

SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE EDUCAÇÃO

Crítica ao monopólio estatal na rede escolar

Mário Fernando de Campos Pinto

Prefácio de Rui Machete

Sobre os direitos fundamentais de educação

Crítica ao monopólio estatal na rede escolar

INSTITUTO DE ESTUDOS POLÍTICOS

Sobre os direitos fundamentais de educação

Crítica ao monopólio estatal na rede escolar

Mário Fernando de Campos Pinto

Prefácio de Rui Machete



Universidade Católica Editora

Catálogo recomendada

PINTO, Mário Fernando de Campos

Sobre os direitos fundamentais de educação : crítica ao monopólio estatal na rede escolar. – Lisboa : Universidade Católica Editora, 2008. – 288 p. ; 23 cm
(Ideias e estudos políticos ; 3)

I – Tít.

ISBN 978-972-54-0209-2

CDU 37.014.1
342.733

Colecção: Ideias e Estudos Políticos

Director: João Carlos Espada

Propriedade: Instituto de Estudos Políticos
Universidade Católica Portuguesa
www.iep.lisboa.ucp.pt

© Instituto de Estudos Políticos

© Universidade Católica Editora | Lisboa 2008

Edição: Universidade Católica Editora, Unipessoal, Lda.

Revisão editorial: Helena Romão

Composição gráfica: Empresa do Diário do Minho, Lda.

Data: Janeiro 2009

Depósito Legal: 286969/08

ISBN: 978-972-54-0209-2

Universidade Católica Editora

Palma de Cima – 1649-023 Lisboa

tel. (351) 217 214 020 fax (351) 217 214 029

uce@uceditora.ucp.pt www.uceditora.ucp.pt

Índice

Nota Prévia do Autor	13
Prefácio	15

PRIMEIRA PARTE – ENUNCIACÃO DOS TERMOS DA QUESTÃO

CAPÍTULO I

O direito português consagra um regime de liberdades de educação; mas, na prática, o sistema escolar continua dominado por um monopólio de Estado-educador

1. O regime constitucional e legal do sistema escolar	25
1.1. Constituição da República Portuguesa	25
1.2. Lei de Bases do Ensino Particular e Cooperativo	25
1.3. Lei da Liberdade do Ensino	26
1.4. Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo	26
1.5. Lei de Bases do Sistema Educativo	27
1.6. Regime legal da gratuitidade do ensino obrigatório	28
1.7. Estatuto do Ensino Superior Particular e Cooperativo	28
1.8. Quadro legal da educação pré-escolar	29
1.9. Integração das escolas privadas na rede escolar nacional	30
1.10. Conclusão	30
2. A praxis administrativa do monopólio escolar do Estado	31
3. Mas existe, de facto, um monopólio de Estado?	36
4. E pode-se qualificar a situação como de autêntico monopólio?	45
5. É criticável um monopólio estatal na prestação de serviços públicos de bem-estar?	49
5.1. O princípio antimonopolista em geral, no exercício das liberdades	49
5.2. O princípio antimonopolista na educação e na cultura	53
5.3. A interpretação do n.º 1 do art. 75.º da Constituição	57
5.4. A função de bem-estar não é monopólio de Estado	61
5.5. O princípio fundamental da subsidiariedade do Estado	66
6. Os termos da questão. Violação de princípios constitucionais e incumprimento da lei	72
6.1. Desrespeito pelas liberdades fundamentais de educação	73

6.2. Incumprimento do direito social ao ensino para todos.....	73
6.3. Violação do princípio da gratuidade universal do ensino obrigatório.....	73
6.4. Violação do princípio da igualdade e não discriminação.....	74
6.5. Violação do princípio da subsidiariedade e da não concorrência desleal.....	74
6.6. Violação dos princípios da boa administração.....	75
6.7. Violação da proibição de o Estado programar a educação.....	75
7. Indicação de sequência: a questão jurídica e a questão ideológica.....	76

SEGUNDA PARTE – A QUESTÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO II

Os direitos fundamentais na Constituição

8. Direitos fundamentais: pessoais e sociais.....	79
9. Breve referência à história constitucional dos direitos fundamentais.....	84
9.1. Direitos, liberdades e garantias pessoais civis.....	84
9.2. Direitos, liberdades e garantias pessoais de participação política.....	84
9.3. Direitos sociais.....	85
10. Duas concepções sobre os direitos sociais.....	90
11. Portugal, Estado de direito democrático.....	96
12. Um incidente na Constituinte.....	102
13. A primazia dos «direitos, liberdades e garantias».....	105
14. Crítica às teorizações confusionistas dos direitos fundamentais.....	107

CAPÍTULO III

Os direitos fundamentais de educação

A – Os direitos de educação no texto constitucional de 1976.....	111
15. A monopolização estatal do ensino escolar no texto constitucional de 1976.....	111
16. Uma interpretação jurídica do texto constitucional de 1976.....	113
17. A doutrina antiliberal do texto constitucional de 1976.....	114
B – Os direitos de educação depois da revisão constitucional de 1982.....	117
18. As leis ordinárias que «releram» o texto constitucional de 1976.....	117
19. A questão da constitucionalidade desta legislação.....	119
20. A revisão constitucional de 1982.....	121

20.1. Revisão do art. 43.º.....	121
20.2. Revisão do art. 74.º.....	121
20.3. Revisão do art. 75.º.....	122
20.4. Conclusão acerca do sentido da revisão de 1982	124
21. Legislação posterior à revisão constitucional de 1982	125
21.1. Estatuto do Ensino Superior Particular e Cooperativo	126
21.2. Regime jurídico da gratuidade do ensino obrigatório.....	126
21.3. A rede escolar nacional	129
21.4. Organização e financiamento da educação pré-escolar.....	130
22. Conclusão sobre o regime jurídico-constitucional em vigor	131

CAPÍTULO IV

Breve incurso na teoria dos direitos fundamentais

23. Razão de ordem.....	135
A – Interpretação e teorias dos direitos fundamentais.....	136
24. As teorias que determinam a interpretação dos direitos fundamentais	136
25. A teoria liberal dos direitos fundamentais.....	136
26. A teoria institucional dos direitos fundamentais	137
27. A teoria dos valores.....	139
28. A teoria democrática-funcional	140
29. A teoria social dos direitos fundamentais.....	141
30. A interpretação conforme à Constituição	142
B – Algumas notas da doutrina de autores alemães.....	144
31. A doutrina dos direitos sociais «adscritos» nos direitos fundamentais.....	144
32. Algumas notas da doutrina de Robert Alexy	145
33. Algumas notas da doutrina de Häberle.....	151
34. Algumas notas da doutrina de Böckenförde.....	153
35. Algumas notas da doutrina de Habermas.....	154
C – Breves notas de jurisprudência constitucional.....	157
36. Jurisprudência constitucional norte-americana.....	157
37. Jurisprudência constitucional alemã	158
38. Jurisprudência constitucional espanhola.....	160
39. Jurisprudência constitucional francesa.....	162

D — Breves anotações sobre instrumentos normativos supranacionais.....	163
40. <i>A Resolução do Parlamento Europeu sobre a liberdade de ensino.....</i>	163
40.1. <i>O direito prioritário dos pais.....</i>	164
40.2. <i>A responsabilidade do Estado pela rede de escolas estatais e privadas.....</i>	164
40.3. <i>Independência do Estado: nem confessionalidade, nem laicismo.....</i>	164
40.4. <i>Igualdade entre escolas estatais e privadas.....</i>	164
40.5. <i>Igualdade de financiamento público.....</i>	165
41. <i>A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.....</i>	165
42. <i>Comparação da Carta da UE com os instrumentos da ONU.....</i>	168
E — Interpretação do Estado de direito democrático português.....	169
43. <i>Os resíduos ideológicos na interpretação da Constituição.....</i>	170
44. <i>A doutrina do «Estado constitucional».....</i>	172
45. <i>Uma formulação constitucional paradigmática: o art. 58.º, sobre o direito ao trabalho.....</i>	175
46. <i>Ainda um outro exemplo de paralelismo constitucional.....</i>	176
CAPÍTULO V	
A divergência, na doutrina constitucional portuguesa, quanto ao direito social ao ensino	
47. <i>Os termos da divergência.....</i>	179
47.1. <i>A interpretação do art. 43.º da Constituição.....</i>	179
47.2. <i>A interpretação do art. 74.º da Constituição.....</i>	179
A — A posição de Gomes Canotilho e Vital Moreira.....	181
48. <i>Uma interpretação liberal para a liberdade de ensino privado.....</i>	181
49. <i>Uma interpretação institucional da liberdade de ensino.....</i>	183
50. <i>Uma interpretação democrática-funcional para o «ensino público».....</i>	186
51. <i>O «serviço público de ensino»: a questão do serviço público na escola pública....</i>	186
51.1. <i>Uma distinção conceitual que se torna indistinção.....</i>	186
51.2. <i>A alegada dualidade de sistemas de ensino, no art. 75.º da CRP.....</i>	187
51.3. <i>O «sistema educativo» da Lei de Bases do Sistema Educativo (LBSE).....</i>	188
51.4. <i>Distinção entre sistema educativo e efectivo exercício educativo.....</i>	190
52. <i>Algumas conclusões.....</i>	192
B — A posição de Jorge Miranda e Rui Medeiros.....	198
53. <i>A liberdade de escola.....</i>	198
54. <i>Escolas privadas necessárias à liberdade de escola.....</i>	199

TERCEIRA PARTE – A QUESTÃO DOUTRINÁRIA. CRÍTICA AOS PRINCIPAIS ARGUMENTOS CONTRA A ESCOLA PRIVADA

CAPÍTULO VI

A argumentação do pluralismo

A – O bom “pluralismo interno” da escola estatal contra o mau “pluralismo externo” da escola privada. O problema da democracia pluralista	203
55. <i>A tese do bom pluralismo interno e do mau pluralismo externo.....</i>	203
56. <i>Crítica à tese dos dois pluralismos.....</i>	204
56.1. <i>Crítica à tese desvalorizadora do pluralismo da escola privada.....</i>	204
56.2. <i>Notas da história parlamentar desta questão.....</i>	208
57. <i>A interpretação do princípio da neutralidade do Estado</i>	211
B – A irrerealidade do «pluralismo interno» da escola estatal.....	214
58. <i>Os dois argumentos que provam a irrerealidade do pluralismo interno</i>	214
58.1. <i>A escola estatal não é verdadeiramente neutra</i>	215
58.2. <i>A escola estatal não é verdadeiramente pluralista. A impossibilidade prática da escolha da educação por parte dos alunos e seus pais</i>	218
59. <i>As ideologias e os modelos estatistas de organização escolar</i>	220
60. <i>Conclusão: o modelo estatal da escola não é excelente.....</i>	226
C – A contradição da negação e da imposição do pluralismo interno na escola privada.....	227
61. <i>O «pluralismo externo» e o «pluralismo interno», na escola privada.....</i>	227
62. <i>Jurisprudência</i>	231

CAPÍTULO VII

A argumentação da infungibilidade

63. <i>O argumento da infungibilidade das prestações sociais de ensino</i>	233
64. <i>O argumento do «modelo republicano da escola pública»</i>	235

CAPÍTULO VIII**A questão dos meios financeiros**

65. O argumento da insuficiência de meios financeiros para o ensino privado.....	239
--	-----

QUARTA PARTE – PARA UMA REFORMA DO SISTEMA ESCOLAR**CAPÍTULO IX****Pressupostos principiológicos da reforma escolar**

66. Reforma dos velhos sistemas escolares.....	247
67. No quadro do Estado de direito democrático	248
68. Exercício individual e colectivo das liberdades de aprender e de ensinar	249
69. O direito social à educação e ao ensino para todos	250
70. Primazia da liberdade de aprender.....	250
71. A prioridade do direito dos pais na educação dos filhos.....	252
72. O papel do Estado na educação e no ensino.....	253
73. O princípio da subsidiariedade. O n.º 1 do art. 75.º da CRP.....	256
74. O princípio da economicidade	258
75. O novo paradigma da prestação de “serviços públicos” pelos privados	260

CAPÍTULO X**Alguns aspectos de organização e de funcionamento**

76. A autonomia das escolas: o projecto educativo.....	265
77. Liberdade de escolher a escola	267
78. Rede escolar, antes que sistema escolar	267
79. Garantia do pluralismo educativo	268
80. A questão do financiamento.....	268
81. O financiamento na lei em vigor.....	269
82. Conclusão final.....	270

Bibliografia.....	273
--------------------------	------------

«A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado [...] no pluralismo de expressão [...], no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais [...] visando a realização da democracia económica, social e cultural [...]».

(Art. 2.º da Constituição da República Portuguesa)

«É garantida a liberdade de aprender e ensinar. É garantido o direito de criação de escolas particulares e cooperativas».

(Art. 43.º da CRP)

«A liberdade de ensino exerce-se [...] designadamente por: [...] ausência de qualquer tipo de discriminação ideológica ou política na autorização, financiamento ou apoio por parte do Estado às escolas particulares e cooperativas [...]».

(Art. 2.º da Lei n.º 65/79)

«O Estado apoia e coordena o ensino nas escolas particulares e cooperativas [...] e] são designadamente atribuições do Estado [...] conceder subsídios e celebrar contratos para o funcionamento das escolas particulares e cooperativas, de forma a garantir progressivamente a igualdade de condições de frequência com o ensino público nos níveis gratuitos e a atenuar as desigualdades existentes nos níveis não gratuitos».

(Art. 6.º da Lei n.º 9/79)

Nota Prévia do Autor

Este livro nasceu de um pedido dirigido ao Autor, no sentido de dar publicação a um texto inicialmente preparado como introdução a um debate sobre as liberdades de educação. Foi depois entendido haver vantagem em acrescentar-lhe outros textos que entretanto haviam sido esboçados como notas de apoio para exposições orais, em seminários de curta duração. Resultou assim um livro que não foi escrito de raiz, e reúne, nas suas várias partes, textos escritos para exposições em ocasiões diferentes.

Apesar das inevitáveis acomodações levadas a cabo, e da unidade global que se procurou com os indispensáveis acrescentos, são ainda visíveis certas recapitulações expositivas, e até repetições, devidas à história do texto, as quais, bem ou mal, foram admitidas como compagináveis com a intenção que preside à publicação. Intenção que é a de servir um público alargado, o cidadão comum, na intervenção cívica sobre um dos maiores problemas da reforma do nosso *Estado social*, melhor dito, do nosso *Estado de direito democrático e social*, numa perspectiva de cultura e de liberdade. Neste contexto, as indispensáveis digressões por aspectos jurídicos são limitadas a noções básicas, sem excursões eruditas, apresentadas de modo a que possam ser utilmente compreendidas pelos não juristas, e sempre procurando citar versões mais acessíveis das fontes.

O livro vai dedicado a todos — e muitos são — os que, numa controvérsia epocal, se bateram e se batem, no *Estado constitucional* dos nossos dias, pelas liberdades pessoais fundamentais de educação e de ensino, e por um paradigma de *Estado social subsidiário: activa e negativamente subsidiário*. Mas especialmente à memória de António de Sousa Franco.

Devo agradecimentos a Rui Machete, pelas discretas e amigas sugestões, e muito especialmente pelo Prefácio; a Manuel Braga da Cruz, pelo constante apoio e incentivo; a Fernando Adão da Fonseca, pelas sugestões e estímulos para ultimar este livro; a João Carlos Espada, pelo acolhimento do livro na colecção do Instituto de Estudos Políticos; a Rodrigo Queiroz e Melo, por vários elementos estatísticos e documentais.

E devo muitíssimo a minha Mulher, Maria José, e a meus Filhos, Paulo e Ana, que me acompanharam, *cor unum et anima una*, na jornada de organizar este livro.

Por fim, desejo afirmar que o espírito que preside ao discurso do presente livro é o da defesa de uma igual Liberdade, para nós e para os outros; que socialmente obriga, na feliz expressão de Jónatas Machado, a «...contrariar o chamado *impulso da intolerância*, sempre presente no sistema social...»¹.

¹ Jónatas Machado, *Liberdade de Expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, p. 1129.

Prefácio

RUI CHANCERELLE DE MACHETE

O trabalho dado agora à estampa por Mário Pinto “Sobre os Direitos Fundamentais de Educação”, uma crítica minuciosa e fundamentada ao monopólio actual da rede escolar praticado em Portugal, como se diz em subtítulo, representa um notável esforço argumentativo em favor das liberdades de aprender e de ensinar, tal como decorrem da formulação actual da Constituição de 1976. Evidencia de modo convincente a existência de uma pré-compreensão, aliás bastante generalizada, contra o ensino particular, alegadamente visto como um privilégio elitista de uma classe abastada e como tal insusceptível de ser equiparado, em termos de necessidade de financiamento e de apoio em geral, ao ensino público. Desmonta também, com larga cópia de razões, a ideologia dominante a favor da necessária superioridade da escola pública. Realista, admite que a exequibilidade da igualdade de oportunidades entre o ensino público e o privado depende “de uma reserva do possível”, sobretudo económico-financeira, que, todavia, não deve ser concebida, nem em termos definitivamente estáticos, nem por forma completamente discricionária e menos ainda negativamente discriminatória.

Seria estultícia repetir o rico caminho discursivo que o Autor percorreu, mesmo quando aqui e além possam existir divergências menores que não põem em causa a essencial convergência de opiniões entre prefaciador e prefaciado. No âmbito de um texto que terá de ser necessariamente curto, desejamos analisar, sem desenvolvimentos excessivos, três pontos que se nos afiguram particularmente relevantes. Mário Pinto, em primeiro lugar, faz uma análise jurídica, ao nível dos direitos fundamentais, das liberdades de aprender e de ensinar, realizando uma investigação aprofundada e monográfica que é raro encontrar na doutrina constitucional portuguesa, sempre mais voltada para a teoria geral ou para sínteses globais. Em segundo lugar, o livro dedica particular atenção à forma como na prática se concretizam as liberdades de aprender e de ensinar, ao modo de regulação dos direitos fundamentais estudados, procedendo a um exame cuidado da compatibilização entre o nível constitucional dos direitos subjectivos fundamentais e a sua tradução na legislação ordinária. Depois, e é talvez uma das partes mais interessantes do seu trabalho do ponto de vista jurídico, Mário Pinto, partindo da superioridade originária dos

direitos de liberdade sobre os direitos sociais¹, demonstra a existência de direitos sociais derivados das liberdades de aprender e de ensinar.

O primeiro ponto assinalado não carece de maiores explicações. Quanto ao segundo, vale a pena, pelos seus desenvolvimentos e por a perspectiva sobre as liberdades tratadas não ser frequente em Portugal, dedicar-lhe maior atenção. Fá-lo-emos, quer quanto à sua concretização na lei ordinária, quer quanto ao modo de reforçar a sua efectivação por via dos direitos da prestação positiva derivados daquelas liberdades.

Mário Pinto começa por lembrar que, desde a revisão constitucional de 1982, as liberdades de aprender e de ensinar se encontram garantidas pelo artigo 43.º da nossa Lei Fundamental também para ensino privado. Aí se proíbe que o Estado programe a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas; também no mesmo artigo se diz que o ensino público não será confessional e que é garantido o direito de criação de escolas particulares. Em desenvolvimento do normativo constitucional anterior, ao qual devem acrescentar-se os artigos 73.º, 74.º e 75.º inseridos no capítulo dos direitos e deveres culturais fundamentais, o legislador ordinário elaborou a Lei n.º 9/79, de 19 de Março, sobre as Bases do Ensino Particular e Cooperativo, de que se salienta o seu artigo 1.º, resumindo com felicidade o essencial da temática do acesso à educação e à cultura e ao exercício das liberdades de aprender e de ensinar como modo de realização do direito matricial fundamental de todo o cidadão ao pleno desenvolvimento da sua personalidade. Refira-se ainda a Lei n.º 65/79, de 4 de Outubro, sobre a Liberdade de Ensino. Sob o ponto de vista organizatório, esta legislação está completada pelo Decreto-Lei n.º 553/80, de 21 de Novembro.

A vasta panóplia de preceitos constantes da legislação ordinária, que respeitam aos direitos fundamentais de aprender e ensinar consagrados na Lei Fundamental, deveria conduzir ao reconhecimento inequívoco das vinculações decorrentes daqueles direitos subjectivos. O Estado, através dos seus Poderes Legislativo, Executivo e Judicial, encontra-se imediatamente sujeito aos deveres que, do lado activo da relação jurídica, correspondem àqueles direitos. É o que resulta directamente da força jurídica emprestada aos direitos fundamentais de abstenção pelo artigo 18.º, n.º 1

¹ Claríssimo, nesse sentido, Böckenförde, *Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge*, reproduzido em Staat, Verfassung, Demokratie, Francoforte, 1991, pág. 146 e segs.

da Constituição. Estes direitos limitam negativamente a liberdade de conformação do legislador ordinário e o próprio elenco e forma de realização das tarefas fundamentais do Estado – artigo 9.º da Constituição e também os seus artigos 74.º a 77.º, sobre as orientações da política de ensino.

Muitos aspectos da actividade do Estado que se traduzem na intromissão ou em restrições às liberdades de aprender e de ensinar deveriam assim ficar subtraídos à livre escolha do legislador ordinário e à discricionariedade da Administração Pública.

O exame das medidas legislativas e administrativas tomadas nesta matéria e a própria forma como se tem desenvolvido o debate ideológico relativo ao lugar e papel do ensino privado face ao público – onde muitas das posições desfavoráveis ao ensino privado ou exaltando o serviço público não realçam que devem ser entendidas numa perspectiva “de jure condendo” ou de revisão constitucional e não como se fossem consentâneas com as disposições vigentes – mostram existir grande distância entre o que deve ser, sob esta perspectiva, o nosso sistema de ensino, e o que ele é efectivamente na realidade. Muitas vezes revelam também que não há consciência das opções feitas pelo legislador constituinte e confirmadas depois pelo legislador ordinário. É um ponto muito importante evidenciado com mestria neste livro.

A desatenção ou desrespeito dos poderes públicos e de grande parte da doutrina põem igualmente em causa, ou pelo menos tornam incerto, o lugar da Constituição no ordenamento jurídico português, pelo menos no que concerne à hierarquia dos direitos subjectivos públicos que aquela reconhece. Estes valeriam, afinal, sobretudo na sua dimensão objectiva, reduzindo a mera proclamação nominal a sua dimensão de verdadeiras pretensões jurídicas imediatamente exequíveis.

Se a questão sobre o papel da Lei Fundamental se pode colocar, como se pôs na Alemanha, à cerca da possibilidade da definição da situação jurídica de terceiros ser logo feita pela norma constitucional – v.g. a relação entre o proprietário que pretende construir e o vizinho, ou entre concorrentes a um mesmo bem –, e terá de ser apreciada a propósito da admissibilidade dos chamados efeitos para com terceiros dos direitos fundamentais², já a dúvida não parece razoável no que se reporta às pretensões de

² Sobre o problema, veja-se a clara exposição de R. Wahl, “Die doppelte Abhängigkeit des subjektiven öffentlichen Rechts”, Deutsches Verwaltungsblatt, 1996, pág. 641 e segs.

“non facere”, que têm por sujeito passivo de relação o Estado legislador ou o Estado administrativo. Esses são imediatamente resultantes das normas constitucionais como pretensões jurídicas de “non facere”. Daí resulta também que o direito subjectivo público constituído por uma norma constitucional não perde a sua natureza e lugar na hierarquia por ser reproduzido num preceito da lei ordinária. A inobservância da lei ordinária, se esta meramente repetir a lei constitucional, designadamente em matéria de violação de direitos subjectivos públicos, tem de considerar-se como ferida de inconstitucionalidade material, com as consequências daí decorrentes.

Mas, no exame a que procede dos direitos fundamentais de liberdade, Mário Pinto vai mais fundo e examina em que medida das liberdades de aprender e de ensinar derivam direitos a prestações positivas. Louvando-se no ensinamento de prestigiosos juristas germânicos, o Autor conclui fundamentadamente pela afirmativa.

É um dos pontos mais interessantes e, também, dos mais delicados da sua argumentação jurídico-constitucional. Limitar-nos-emos a indicar com brevidade as razões da nossa concordância.

Recorde-se, desde logo, que é cada vez mais generalizada a opinião de que o Estado tem o dever de cuidar das condições fácticas que possibilitam o pleno exercício das pretensões de exigir a abstenção dos poderes públicos que caracterizam os direitos de liberdade. O gozo de espaços de liberdade, não sujeitos no seu âmbito a quaisquer indicações vinculativas sobre o modo de a usufruir — afinal o objecto da exigência de abstenção dos poderes públicos —, em que se consubstanciam os direitos de liberdade, requer que sejam também conferidos aos seus titulares direitos a prestações positivas por parte do Estado³. Essas prestações positivas traduzem-se em acções modificativas da realidade, que dêem aos direitos e liberdades condições fácticas de exequibilidade e não as reduzam a meras declarações nominais. As liberdades de aprender e de ensinar, se efectivamente a criação de escolas e o recrutamento de professores for uma mera graça aleatória do Estado, são, afinal, liberdades vãs.

Não se trata apenas de uma incumbência do Estado de prosseguir uma das finalidades que lhe são assinaladas pela Constituição, de um dever funcional sem

³ Para além de Böckenförde, no estudo já citado, veja-se, por exemplo, Wolfgang Rübner, “Leistungsrechte” in Merten/papier, “Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa”, vol. II, Heidelberg, 2006, pág. 693 e segs.

correspondência com uma posição activa de direito subjectivo, mas de verdadeiros deveres subjectivos de realização de prestações positivas inseridos em relações constitucionais entre os poderes públicos e os cidadãos.

Regista-se, aliás, grande paralelismo entre o chamado direito fundamental à protecção jurídica ou à segurança jurídica (“das Grundrecht auf Sicherheit”) e os direitos sociais propriamente ditos. O direito à vida e à integridade física, que é um direito de liberdade, não é realizável se não houver prestações positivas por parte do Estado que impeçam terceiros de o pôr em risco ou de destruir o bem protegido. O Estado, o Poder legislativo, o Executivo, em cumprimento da lei, e o Judicial, devem tomar as medidas positivas para que o cidadão goze de direitos de liberdade que o soberano tem o dever de garantir. Para além do clássico “status negativus libertatis” há um “status positivus libertatis”.⁴

Os direitos de protecção ou de defesa derivados dos direitos fundamentais de liberdade, dos “Abwehrrechte” do cidadão contra o Estado, como é evidenciado com clareza na dissertação seminal de Robert Alexy, precisamente pela sua funcionalidade, assumem um carácter de necessidade em relação a estes. É essa nota que torna compreensível que a sua consagração e eficácia, como verdadeiros direitos subjectivos, não possa ser deixada à discricionariedade de maiorias parlamentares. Regista-se, assim, um potencial conflito entre o princípio democrático e o legislador ordinário, de um lado, e os tribunais, sobretudo o Tribunal Constitucional mais vocacionado para a sua “descoberta”, do outro. Essa conflitualidade agrava-se em matéria de direitos a uma determinada estrutura organizatória ou a procedimentos públicos e, mais ainda, no caso dos direitos sociais em sentido estrito. Quando existam verdadeiros deveres subjectivos de realizar prestações positivas a favor dos cidadãos individualmente considerados, quando estes tenham direito a algo de concreto como a habitação, a saúde ou a instrução que lhes deva ser fornecido pelo Estado, torna-se inevitável, para a política, a perda ou limitação da liberdade de escolha dos fins do Estado e das opções legislativas e administrativas para a atribuição de bens. É essa restrição à liberdade dos parlamentos ou dos governos de escolherem que

⁴ Josef Isensee, “Das Grundrecht auf Sicherheit”, Berlim, 1983, pág. 27 e segs. Veja-se também ainda entre outros, Robert Alexy, “Theorie der Grundrechte”, ed. Suhrkamp, Baden-Baden, 1985, pág. 410 e segs. Mais recentemente, com desenvolvimentos sobre as relações constitucionais poligonais, Christian Calliers, “Schutzpflichten, in Merten/papier, “Handbuch ...”, cit., vol. II, pág. 964 e segs.

políticas devem prosseguir em matéria de repartição de bens que constitui o grande obstáculo à aceitação dos direitos sociais. Com efeito, a distribuição de bens, que é feita neste caso pelo Estado, passa a ser vinculada, e a lei substitui-se à livre decisão política. As imposições decorrentes da lei sobrepõem-se às discussões e combates políticos.

O dever subjectivo de prestar, próprio dos direitos sociais em sentido estrito, tem paralelo com o direito ou direitos de defesa ou protecção quando aquele resultar de uma derivação dos deveres de abstenção correlativos aos direitos de liberdade. Essa derivação torna-se indiscutível quando o agir livre próprio dos direitos fundamentais se tornar vazio de significado sem essa conexão com os direitos sociais. Por isso mesmo, os direitos sociais derivados do direito de liberdade, embora com as características estruturais próprias de todos os restantes direitos sociais, têm de ser considerados em relação a cada direito de liberdade que os justifica e lhes é matricial. O Acórdão do Tribunal Constitucional alemão em matéria de auxílios financeiros, de 8 de Abril de 1987, e a polémica que se lhe seguiu são bons exemplos da exigência de se fazer a análise caso a caso, direito a direito.⁵

Mário Pinto procede a esse exame de conexões necessárias em relação às liberdades de aprender e de ensinar. A sua tarefa encontra-se facilitada quanto à demonstração e resultados, pela circunstância de o legislador português ter procedido à transposição e concretização também dos direitos sociais para o direito ordinário, ainda que com a reserva de possibilidade da sua efectivação à medida que tal se vá tornando financeiramente exequível. Essa ressalva, no entanto, não pode justificar que seja esquecida a obrigação de prosseguir uma dinâmica tendente à sua realização. Neste ponto, a comparação entre o aumento de gastos com as subvenções à escola privada ou directamente aos seus alunos e a diminuição de despesas que por esse motivo se deixaram de fazer no ensino público, carece de ser mais aprofundada para que se torne operacional⁶. Mas, a “reserva do possível” não destrói o direito. Apenas justifica e impõe a racionalidade da ponderação relativa de direitos que

⁵ BVerfGE 75, 40. Vejam-se o texto do Acórdão, comentário e discussão subsequentes no livro “Zukunftsperspektiven der Freien Schule”, editado por Friedrich Müller e Bernd Jeand’Heur, Berlim, 1996.

⁶ Veja-se o “modelo” que preconiza o recurso à existência mínima dos direitos sociais considerado em Robert Alexy, “Theorie der Grundrechte”, pág. 466 e segs., o qual, por maioria de razão, devia ser aplicado aos direitos sociais e práticas administrativas derivados de liberdades fundamentais.

devem ser realizados, em função das disponibilidades de cada momento, designadamente as de carácter financeiro.

Os deveres de protecção positiva, que se contrapõem aos direitos sociais, são, na distinção entre princípios e normas proposta por Robert Alexy, deveres existentes “prima facie”. Os deveres derivados dos direitos de liberdade, correspondam eles a direitos de defesa ou a direitos sociais em sentido estrito, representam deveres já não sujeitos à especial ponderação comparativa a que devem ser sujeitos os restantes deveres sociais.

Mas, a demonstração que Mário Pinto faz, para além de reforçar a sua tese central sobre a existência e alcance de direitos subjectivos a prestações positivas por parte do Estado derivados e conexos com as liberdades de aprender e ensinar, tem ainda a vantagem de sublinhar que a violação da lei ordinária, porque esta reproduz preceitos da Lei Fundamental, constitui simultaneamente uma inconstitucionalidade.

Dizendo as coisas de outra maneira: os direitos fundamentais sociais derivados das liberdades de aprender e de ensinar já se qualificam, no que respeita à sua natureza jurídica, como autênticas pretensões. Faltam todavia ainda ao nível legislativo, sempre sob a reserva do razoavelmente possível, algumas medidas organizatórias e, na sequência destas, os actos administrativos de execução adequados.

Parece, assim formulado, muito pouco. Mas, na realidade é grande a diferença entre o cumprimento dos direitos subjectivos fundamentais a prestações complementares correlativos das liberdades de aprender e de ensinar garantidas pela Constituição e o seu incumprimento ou o desinteresse por criar as condições para que este se torne possível.

Ter chamado a atenção para este incumprimento — e ter demonstrado a incompreensão e por vezes a má vontade que o explicam —, não é o menor dos méritos deste livro.

Hans Heinrich Rupp, em memorável estudo dedicado à actualidade e universalidade da separação entre o Estado e a Sociedade ⁷, sublinha que a protecção contra a

⁷ “Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft” in Isensee/Kirchhof, “Handbuch des Staatsrechts”, vol. II, 3.ª ed., Heidelberg, 2004, pág. 880 e segs. especialmente 909 e segs.

ingerência da política não é apenas juridicamente garantida pelas liberdades individualmente consideradas. Requer um sistema de defesa face ao Estado, devidamente conformado pela Constituição, e que não resulte apenas do somatório dos direitos subjectivos fundamentais de cada cidadão. A sociedade civil, para se afirmar, carece de um sistema operativo estruturado pela interacção e interdependência dos direitos individuais – incluindo também os direitos sociais derivados necessariamente das liberdades – que possa agir com eficácia a um nível macro, diverso portanto da esfera de influência de cada pessoa singular. Por isso mesmo o titular dos direitos fundamentais, para além da prossecução individual dos seus interesses, contribui igualmente para que o todo social se realize de acordo com os princípios e valores da Constituição. Por sua vez, quando as liberdades e os direitos a prestações positivas que os acompanham são violados, também, por reflexo, a sociedade sofre uma agressão. Importa, assim, para a consecução de uma sociedade mais aberta e livre, que o legislador ordinário, a Administração Pública e os tribunais actuem sempre em estrita conformidade com a Constituição e os valores fundamentais de respeito pela pessoa humana que esta consagra.

O livro de Mário Pinto representa uma séria contribuição para que o *deficit* na realização dos direitos de aprender e de ensinar existente em Portugal seja colmatado. Devemos estar-lhe gratos por isso!

12 de Novembro de 2008

PRIMEIRA PARTE
ENUNCIÇÃO DOS TERMOS DA QUESTÃO

CAPÍTULO I

O direito português consagra um regime de liberdades de educação; mas, na prática, o sistema escolar continua dominado por um monopólio de Estado-educador

I. O regime constitucional e legal do sistema escolar

As bases jurídicas fundamentais do sistema escolar português estão hoje constituídas: em primeiro lugar, pelo normativo constitucional, desde a sua revisão de 1982; e depois, por diversa legislação ordinária. Nesta legislação destacam-se, como mais importantes, com referência às liberdades de ensino: três diplomas aprovados ainda antes da revisão constitucional de 1982, a Lei de Bases do Ensino Particular e Cooperativo (Lei n.º 9/79), a Lei da Liberdade do Ensino (Lei n.º 65/79) e o Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo (DL n.º 553/80); e três diplomas legais posteriores: a Lei de Bases do Sistema Educativo (Lei n.º 46/86), o diploma da gratuidade da escolaridade obrigatória (DL n.º 35/90) e o Estatuto do Ensino Superior Particular e Cooperativo (DL n.º 16/94).

Seleccionemos, seguidamente, alguns dos principais enunciados destes diplomas, que são muito claros e eloquentes.

1.1. Constituição da República Portuguesa

A Constituição consagra e garante as liberdades jurídicas de educação e ensino, em termos inequívocos: «é garantida a liberdade de aprender e ensinar» (n.º 1, art. 43.º); e «é garantido o direito de criação de escolas particulares e cooperativas» (n.º 4, art. 43.º). Além disso, garante os respectivos direitos sociais, isto é, as condições fácticas daquelas liberdades, assim: «todos têm direito à educação e à cultura» (art. 73.º); e «todos têm direito ao ensino com garantia do direito de igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar» (n.º 1, art. 74.º).

1.2. Lei de Bases do Ensino Particular e Cooperativo

Sem qualquer margem para dúvidas, a Lei de Bases do Ensino Particular e Cooperativo proibiu a discriminação das escolas privadas, mesmo quanto ao financiamento público. Com efeito, diz o n.º 1 do art. 6.º: «o Estado apoia e coordena o ensino nas escolas particulares e cooperativas, respeitando inteiramente os direitos consignados no art. 1.º desta lei [...]». Ora, esta declaração de apoio estadual

ao ensino nas escolas privadas, por aplicação efectiva dos direitos consignados no art. 1.º, garante e favorece, sem discriminação, o ensino privado. É este o texto do art. 1.º: «(1) É direito fundamental de todo o cidadão o pleno desenvolvimento da sua personalidade, aptidões e potencialidades, nomeadamente através da garantia do acesso à educação e à cultura e do exercício da liberdade de aprender e de ensinar. (2) Ao Estado incumbe criar condições que possibilitem o acesso de todos à educação e à cultura e que permitam igualdade de oportunidades no exercício da livre escolha entre pluralidade de opções de vias educativas e de condições de ensino. (3) É reconhecida aos pais a prioridade na escolha do processo educativo e de ensino para os filhos».

Confirmando ainda, de modo inequívoco, o imperativo da execução dos princípios enunciados, esta mesma Lei de Bases fixou um princípio de progressividade para o cumprimento da garantia das condições de frequência nas escolas privadas, em igualdade com as das escolas estatais, nestes termos: «são designadamente atribuições do Estado [...] d) conceder subsídios e celebrar contratos para o funcionamento de escolas particulares e cooperativas, de forma a garantir progressivamente a igualdade de condições de frequência com o ensino público nos níveis gratuitos e a atenuar as desigualdades existentes nos níveis não gratuitos» (art. 6.º, n.º 2).

1.3. Lei da Liberdade do Ensino

Por sua vez, a Lei da Liberdade do Ensino enuncia: «a liberdade do ensino [...] traduz-se, designadamente, por: [...] existência progressiva de condições de livre acesso aos estabelecimentos públicos, privados e cooperativos, na medida em que contribuam para o progresso do sistema nacional de educação, sem discriminações de natureza económica, social ou regional» (al. e) do art. 2.º). E, numa outra norma, especifica ainda mais a proibição de discriminações, nestes termos claríssimos: «ausência de qualquer tipo de discriminação, nomeadamente ideológica ou política, na autorização, financiamento e apoio por parte do Estado às escolas particulares e cooperativas, nos termos da Lei n.º 9/79, de 19 de Março, e respectiva legislação complementar» (al. i) do art. 2.º). A referência à legislação complementar da Lei n.º 9/79 remete para o DL n.º 553/80, que inclui a caracterização dos tipos de contratos a celebrar com as escolas privadas para o financiamento pelo Estado.

1.4. Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo

Este diploma integra as escolas privadas no sistema escolar nacional: «as escolas particulares que se enquadrem nos objectivos do sistema educativo, bem como as

sociedades, associações ou fundações que tenham como finalidade dominante a criação ou manutenção de estabelecimentos de ensino particular, gozam das prerrogativas das pessoas colectivas de utilidade pública e, consequentemente, são abrangidas pela Lei n.º 2/78, de 17 de Janeiro» (n.º 1 do art. 8.º). Na alínea g) do art. 4.º, reconhece competir ao Estado «promover progressivamente o acesso às escolas particulares em condições de igualdade com as públicas». Não se pode ser mais claro. Para este objectivo, diz a lei: «compete ao Estado [...] apoiar os estabelecimentos de ensino particular através da celebração de contratos e da concessão de subsídios e de outros benefícios fiscais e financeiros, bem como velar pela sua correcta aplicação» (al. f) do art. 4.º).

Quanto aos contratos, distinguem-se três tipos.

Os «contratos de associação», que «têm por fim possibilitar a frequência das escolas particulares nas mesmas condições de gratuitidade do ensino público», celebrados com as escolas «situadas em zonas carecidas de escolas públicas» – este terá sido um critério introduzido por razões de progressividade, com alguma ambiguidade por evocar o famigerado critério da supletividade do ensino privado, que estava então na Constituição e está hoje revogado.

Os «contratos simples», que são os que apoiam os alunos, na base das suas necessidades e sem qualquer relação com a supletividade da escola privada relativamente à escola estatal, mas sim com o fim de garantir a igualdade de oportunidades na escolha livre da escola privada.

Finalmente, os «contratos de patrocínio», que têm por fim estimular e apoiar o ensino em domínios não abrangidos pelo ensino *oficial*, nomeadamente a criação de cursos com planos próprios e a inovação pedagógica. Presente-se, aqui, de certo modo, a ideia de apoio e estímulo do Estado à inovação e à liberdade de projecto educativo.

1.5. Lei de Bases do Sistema Educativo

Esta lei define assim a estrutura do sistema educativo: «o sistema educativo desenvolve-se segundo um conjunto organizado de estruturas e de acções diversificadas, por iniciativa e sob responsabilidade de diferentes instituições e entidades públicas, particulares e cooperativas» (n.º 3 do art. 1.º). Nos artigos seguintes, a Lei de Bases enuncia, de modo claro, os «princípios gerais» (art. 2.º) e os «princípios organizativos» (art. 3.º) do sistema educativo» nacional. E integra no sistema, de forma claríssima embora respeitando a sua especificidade, o «ensino particular e cooperativo» (art. 54.º ss.).

A Lei de Bases distingue bem entre a principiologia e a estrutura do sistema educativo, e aquilo a que chama «recursos materiais». É nos recursos materiais

que está regulada a «rede escolar» (art. 37.º ss.). A rede escolar inclui «uma rede de estabelecimentos públicos de educação e ensino que cubra as necessidades de toda a população»; mas a mesma Lei acrescenta duas normas muito importantes: [1] «os estabelecimentos de ensino particular e cooperativo que se enquadrem nos princípios gerais, finalidades, estruturas e objectivos do sistema educativo são considerados parte integrante da rede escolar»; e [2] «no alargamento ou no ajustamento da rede, o Estado terá também em consideração as iniciativas e os estabelecimentos particulares e cooperativos, numa perspectiva de racionalização de meios, de aproveitamento de recursos e de garantia de qualidade» (art. 55.º).

A Lei de Bases diz ainda, quanto ao apoio ao ensino privado: [1] «o Estado fiscaliza e apoia pedagógica e tecnicamente o ensino particular e cooperativo»; e [2] «o Estado apoia financeiramente as iniciativas e os estabelecimentos de ensino particular e cooperativo quando, no desempenho efectivo de uma função de interesse público, se integrem no plano de desenvolvimento da educação, fiscalizando a aplicação das verbas concedidas» (art. 58.º).

1.6. Regime legal da gratuitidade do ensino obrigatório

O diploma legal que estabeleceu o regime da gratuitidade do ensino obrigatório (DL n.º 35/90) veio expressamente cobrir tanto as escolas estatais como as privadas, tendo incluído uma disposição final transitória para a consecução prática da sua equiparação, nestes termos: «a aplicação do disposto no presente diploma ao ensino particular e cooperativo far-se-á de modo gradual, de acordo com os meios financeiros disponíveis e com base no disposto no Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 553/80, de 21 de Novembro». Esta disposição transitória torna ainda mais claro que as escolas privadas não estão excluídas do regime de financiamento público da gratuitidade do ensino obrigatório, que efectivamente também ministram; e, inclusivamente, indica o método para a respectiva inclusão.

1.7. Estatuto do Ensino Superior Particular e Cooperativo

Para o ensino superior, o Estatuto do Ensino Superior Particular e Cooperativo (DL n.º 16/94) afirma expressamente que «o ensino superior particular é uma forma de exercício do direito fundamental da liberdade de ensino» (n.º 1 do art. 3.º); e que «cabe ao Estado, no domínio do ensino superior particular e cooperativo [...] assegurar condições de igualdade de oportunidades no acesso aos cursos ministrados nos estabelecimentos de ensino» (art. 8.º).

1.8. Quadro legal da educação pré-escolar

«A frequência da educação pré-escolar é facultativa, no reconhecimento de que cabe, primeiramente, à família a educação dos filhos, competindo, porém, ao Estado contribuir activamente para a universalização da oferta da educação pré-escolar, nos termos da presente lei» (Lei n.º 5/97, art. 3.º, n.º 2). «As redes de educação pré-escolar são constituídas por uma rede pública e uma rede privada, complementares entre si, visando a oferta universal e a boa gestão dos recursos públicos» (art. 9.º). «Incumbe ao Estado apoiar as iniciativas da sociedade no domínio da educação pré-escolar, nomeadamente: a) dos estabelecimentos de ensino particular e cooperativo» (art. 7.º). «A componente educativa da educação pré-escolar é gratuita. As restantes componentes da educação pré-escolar são comparticipadas pelo Estado de acordo com as condições sócio-económicas das famílias, com o objectivo de promover a igualdade de oportunidades, em termos a regular pelo Governo» (art. 16.º). «(1) Para efeitos do presente diploma, a igualdade de oportunidades implica, nomeadamente, que as famílias, independentemente dos seus rendimentos, beneficiem das mesmas condições de acesso, qualquer que seja a entidade titular do estabelecimento de educação pré-escolar. (2) Para efeitos do disposto no número anterior, compete ao Estado a criação de condições para apoiar e tornar efectivo o direito de acesso à educação pré-escolar, nomeadamente através da gratuitidade da componente educativa, nos termos da lei» (DL n.º 147/97, art. 7.º).

A gratuitidade da educação pré-escolar abrange também os estabelecimentos privados, como expressamente reconheceu o Provedor de Justiça, dando satisfação a uma reclamação da Associação dos Estabelecimentos de Ensino Particular e Cooperativo, nestes termos: «O DL n.º 147/97 veio desenvolver os princípios gerais do regime, sendo aqui de realçar a importância conferida ao direito de opção educativa e à igualdade de oportunidades das famílias, consubstanciada na possibilidade de, independentemente dos seus rendimentos, beneficiarem das mesmas condições de acesso aos estabelecimentos de educação pré-escolar, qualquer que seja a natureza da entidade titular em causa»².

² Ofício n.º 18-04-2000 * 007037 da Provedoria de Justiça: «Tenho por bem *Recomendar* a Vossa Excelência [a Secretária de Estado da Administração Escolar] que o Estado, por meio do Ministério da Educação, assuma progressiva e faseadamente o dever que lhe é cometido pela lei, de suportar integralmente os encargos da componente educativa da educação pré-escolar em toda a rede escolar deste nível de ensino [que, nos termos da lei, inclui uma rede pública e uma rede privada].»

1.9. *Integração das escolas privadas na rede escolar nacional*

Ainda um outro diploma legal atribui às escolas privadas uma igualdade com as escolas públicas para os efeitos de integração na rede escolar nacional: «as escolas particulares e cooperativas passam a fazer parte integrante da rede escolar, para efeitos do ordenamento desta» (art. 1.º do Decreto-Lei n.º 108/88).

1.10. *Conclusão*

Podemos assim concluir: as bases jurídicas do sistema educativo, devidamente interpretadas e aplicadas, deveriam ter imposto a organização e o funcionamento de um novo sistema escolar nacional de liberdades de educação, no qual o Estado não discriminasse o ensino privado. Deveríamos ter assistido, desde 1982, a uma evolução *liberal democrática e social* do sistema escolar português — que, desde o despotismo iluminado³, viveu continuamente em regime autoritário de Estado-educador, dos mais radicais da Europa, embora atravessando períodos diferentes, designadamente: a Primeira República, que, em termos de grande violência contra a Igreja e o ensino da Igreja, cedeu ao laicismo jacobino⁴ (1910-1926); depois, o *Estado Novo* corporativo autoritário⁵ (1926-1974); em

³ Com o Marquês de Pombal (séc. XVIII), o despotismo iluminado iniciou a tradição estatista no ensino, a que se seguiram, nos séculos XIX e XX, períodos recorrentes de agressiva política jacobina. Para uma resenha histórica das políticas públicas escolares, com remissão para bibliografia extensa aos melhores autores da história da educação em Portugal, cfr. Jorge Cotovio, *O ensino privado*. Este Autor refere: «com Joaquim Ferreira Gomes, vale a pena perguntar se a expulsão dos jesuítas terá sido o pretexto para a efectivação dos anseios monopolistas do Marquês (porque entende ser atribuição do Estado criar um sistema público de ensino) ou cria um sistema estatal de ensino porque sente a obrigação de substituir as escolas dos jesuítas» (p. 41).

⁴ Entre a abundante bibliografia, v. duas recentes dissertações doutorais: Maria Lúcia de Brito Moura, *A guerra religiosa na Primeira República*; João Maria Félix da Costa Seabra, *A Lei Portuguesa da separação do Estado e das Igrejas*, de 20 de Abril de 1911; e o livro de referência de Vasco Pulido Valente, *O poder e o povo: a revolução de 1910*.

⁵ Apesar de, no tocante à educação e ao ensino, as fórmulas constitucionais durante o Estado Novo não terem sido estatistas (v. arts. 42.º a 44.º da Constituição de 1933), o subsistema escolar sofreu o monopólio do ensino *oficial*, que, com a submissão administrativa do subsistema privado (embora formalmente declarado de interesse público), ministrou um *projecto educativo oficial* às várias gerações de alunos — o que comprova que, como também acontece hoje, uma coisa são os dispositivos legais, outra coisa é a realidade efectiva do sistema escolar do Estado. Sobre este período, além da bibliografia acessível, v. Adalmiro de Castro, “O papel do ensino livre nos ciclos da história portuguesa”, Roberto Carneiro (coord.), *Ensino livre. Uma fronteira de hegemonia estatal*, pp. 119 ss. A defesa da liberdade do ensino particular teve lugar nesse período, designadamente sob inspiração da doutrina social da Igreja — cfr., como exemplo a destacar, Guilherme Braga da Cruz, *Direitos e deveres do Estado na educação*; e ainda

seguida, o período revolucionário de socialismo autoritário⁶ (1974-76); e, ainda depois, o período da Constituição «equivoca e ambígua»⁷ socialista sob tutela militar do Conselho da Revolução⁸ (1976-1982).

2. A praxis administrativa do monopólio escolar do Estado

Mas a verdade é que — mesmo depois de revisto, em 1982, o quadro constitucional de 1976 (o qual tinha estabelecido um monopólio de Estado para uma *educação oficial*⁹), e de publicada a legislação que veio reconhecer as liberdades de educação e declarar a garantia das condições fácticas para o seu exercício, por via dos direitos sociais correspondentes —, o sistema escolar português (exceptuando na parte que toca à educação pré-escolar)¹⁰ não se libertou do monopólio estatal que o domina secularmente; não evoluiu suficientemente para formas de organização e de funcionamento respeitadoras e promotoras das liberdades pessoais de educação e ensino equitativamente para todos, à imagem de outros países europeus, como por exemplo, Suécia, Irlanda, Dinamarca, Islândia, Alemanha,

sobre esta temática, deste ilustre Professor, *Direitos da família, da Igreja e do Estado*. Recorde-se ainda que o regime corporativo do Estado Novo recusou por largo tempo autorizar a criação de uma Universidade Católica, que só veio a ser finalmente reconhecida nos seus últimos anos, com o Ministro da Educação Veiga Simão.

⁶ Durante o governo revolucionário de Vasco Gonçalves, chegou a estar preparado um projecto de diploma legal que nacionalizava todas as escolas privadas.

⁷ Esta expressão foi cunhada por José Pacheco Pereira: «Desde o 25 de Novembro até finais de 1985, todos os grandes impasses de um Estado feito pelas “conquistas da revolução”, construído institucionalmente por uma Constituição equivocada e ambígua [...]. Convém lembrar que a Constituição ainda tinha fortes resquícios do poder militar, que a parte económica da Constituição consagrava as nacionalizações, a reforma agrária e o controlo operário...» — id., “Pouco em comum entre 2005 e 1985”, *Público*, 29-09-2005.

⁸ Durante o qual, como veremos, o regime constitucional excluiu as escolas privadas de qualquer garantia constitucional e reservou para o Estado o monopólio jurídico de uma rede escolar *oficial* para toda a população.

⁹ Dizia assim o n.º 1 do art. 75.º do texto constitucional de 1976: «o Estado criará uma rede de estabelecimentos *oficiais* de ensino que cubra as necessidades de toda a população» (o itálico é nosso). A este n.º 1 seguia-se o n.º 2, com esta redacção: «o Estado fiscaliza o ensino particular *supletivo* do ensino público» (o itálico é nosso).

¹⁰ Mas não sem que, como já vimos, tivesse sido necessária uma recomendação do Provedor de Justiça.

Áustria, Holanda, Bélgica, Inglaterra¹¹. Em vez de reformas consistentes inspiradas por uma séria e equilibrada compreensão e respeito dos princípios constitucionais, e por uma honesta aplicação das disposições legais, as sucessivas políticas públicas educativas não abandonaram de facto a velha concepção do Estado-educador.

Da tradicional linha da política educativa e escolar conservadora dos sucessivos Governos, é justo excepcionar a acção do Ministro da Educação Roberto Carneiro, que, sem ter tido tempo para fazer cessar inteiramente a dominação factual do monopólio do Estado, introduziu reformas legislativas inovadoras na história da educação em Portugal, cuja implementação iniciou com soluções de respeito pela liberdade de educação — que se têm mais ou menos mantido, mas sem desenvolvimentos posteriores¹². Além de Roberto Carneiro, deve ainda registar-se mais recentemente a orientação de abertura ao pluralismo do Ministro da Educação, Marçal Grilo. Outros Ministros da Educação houve ainda que, embora sem dúvida com sensibilidade social-liberal, não levaram a cabo uma reforma que tivesse alterado a situação do monopólio estatal no ensino, como no caso de Valente de Oliveira, José Augusto Seabra, Manuela Ferreira Leite, Guilherme d’Oliveira Martins, David Justino e Carmo Seabra. Especialmente nalguns casos, os curtos períodos de governação e as circunstâncias políticas envolventes podem explicar esta aparente dificuldade reformista¹³.

¹¹ É abundante a bibliografia a este respeito. Cfr., por exemplo, Luigino Binanti, *Scuola pubblica e privata nel mondo*; A. Fernandez; J.-D. Nordmann, *O direito de escolher a escola*; e ainda os estudos comparativos, e as descrições por países, da rede da União Europeia, “Eurydice”, designadamente os dois seguintes estudos: *Financing and management of resources in compulsory education. Trends in national policies, Comparative Study*, 2000; *Private education in the European Union. Organization, administration and the public authorities’ role, Comparative Study*, 2000.

¹² Sobre o período do Ministro Roberto Carneiro, cfr. o relatório de um qualificado universitário especialista em ciências da educação, que foi seu Secretário de Estado, Pedro da Cunha, “A evolução do ensino particular e cooperativo na vigência do XI Governo constitucional (1987-1991)”, Roberto Carneiro (coord.), *Ensino livre*, pp. 129 ss.; e ainda Jorge Cotovio, *O ensino privado*, pp. 94 ss.

¹³ Comprovam esta interpretação as públicas declarações políticas de convicção pessoal dos referidos ex-ministros em Governos do PSD e do PSD-CDS. Globalmente no mesmo sentido, Eduardo Marçal Grilo e Guilherme d’Oliveira Martins, ex-ministros em Governos do PS, que subscreveram recentemente um importante artigo, publicado no jornal Expresso de 08 de Março de 2008, no qual defendem um *serviço público escolar* que integre as escolas privadas: «Não deve, porém, confundir-se escola pública e serviço público de educação, pois que este tanto pode ser prestado por instituições públicas como por instituições privadas.». Para uma resenha histórica das políticas ministeriais, v. Jorge Cotovio, *O ensino privado*.

Explicação para este *conservadorismo do modelo escolar* é, sem dúvida, o domínio de interesses corporativos muito fortes sobre as sucessivas políticas governativas e administrativas: desde logo, por parte da própria Administração Escolar (que é uma antiga e poderosa tecno-estrutura de poder burocrático da Administração Pública); bem como dos sindicatos dos professores (maioritariamente influenciados por dirigentes defensores das carreiras públicas e de um *monopólio de Estado* no sistema educativo), com enorme interferência no Ministério da Educação¹⁴; e, ainda, da corrente universitária de tendência *construtivista iluminada*, instalada nas escolas superiores públicas de educação, criadora do famigerado «*eduquês*»¹⁵.

Mas, sobretudo, é em geral determinante a persistência de concepções políticas e ideológicas que, perante a questão da liberdade de escolha da educação e da escola (que é um direito fundamental de *liberdade pessoal*), não hesitam em a criticar pelos injustamente alegados maus resultados práticos de desigualdade a que se diz conduzir. A igualdade é agora o novo argumento para o velho e conservador desígnio da limitação das liberdades: depois de, ao longo de séculos, as liberdades pessoais terem sido restringidas em nome da *ordem* e do receio do seu mau uso individual, veio uma certo iluminismo, e vem uma certa pós-modernidade, defender que a restrição se justifica já não em nome da velha ordem, mas agora em nome da igualdade. Sob várias formulações (como por exemplo a da coesão social), e paradoxalmente invocando abstracta e formalmente — tal como outrora — o mote do interesse público de uma certa unidade de socialização (e até o de um maior pluralismo individual...), convergem em pôr as suas complacências *iluministas* num exclusivo «serviço público de educação» de carácter estatal: ao fim e ao cabo, numa função de Estado como instância de poder, a partir da qual, através de uma *educação escolar obrigatória pública*

¹⁴ Cfr. notícia da Agência Lusa, de 21.06.2006: «Em Junho de 2005, o Primeiro Ministro José Sócrates anunciou, durante um debate mensal na Assembleia da República, a intenção de reduzir de 1327 para 450 o número de professores que estavam fora das escolas a exercer funções sindicais»; «a Ministra da Educação classificou hoje como “escandaloso” o facto de haver 450 professores com funções sindicais a tempo inteiro, reiterando a intenção de reduzir esse número para 300».

¹⁵ O «*eduquês*» é uma expressão atribuída ao Ministro da Educação Marçal Grilo quando, visivelmente incomodado com a obscuridade de alguns chamados cientistas da educação, um dia pediu para se deixar de falar a linguagem incompreensível com a qual a corrente dominante nas ciências da educação tenta justificar o “status quo” educativo, que é desastroso. A expressão ganhou enorme popularidade e entrou na linguagem corrente. O «*eduquês*» foi recentemente analisado por um prestigiado estudioso da metodologia das ciências, num livro que teve muita ressonância: Nuno Crato, *O “Eduquês” em discurso directo. Uma crítica da pedagogia romântica e construtivista*.

e centralizada, é possível endoutrinar os cidadãos e conformar a *sociedade civil*¹⁶. Esta é a conclusão a que se chega, na história da educação, para muitos dos países do ocidente, desde a Revolução Francesa, sem dúvida com variantes mas em grande convergência; e é ainda confirmada, na actualidade, em boa parte das ideologias de pendor colectivista ou jacobino que influenciam políticas de Estado.

Um exemplo significativo. O Relatório final do *Debate nacional sobre educação*, elaborado no termo de vários debates no âmbito do Conselho Nacional de Educação, pôde ser escrito, e pode agora ser lido, como se, em Portugal, o ensino privado não existisse. Trataram-se as mais diversas questões da educação e do sistema educativo, como se todas as escolas fossem do Estado, ou estivessem estritamente sob a Administração Pública — quando a verdade é que a problemática das escolas privadas é irredutivelmente específica e muito distinta da das escolas estatais, e que, em termos quantitativos, a sua representatividade é significativa: um estudo estatístico preparatório do mesmo *Debate Nacional* veio revelar que um em cada cinco alunos está matriculado em escolas privadas¹⁷.

Sem dúvida, não foi possível omitir, no dito Relatório final, que, no Debate, «outras intervenções, referindo o artigo 43.º da Constituição da República Portuguesa, que estabelece a garantia da liberdade de aprender e de ensinar, consideram que esta garantia implica a igualdade de circunstâncias entre o ensino público e o ensino privado, o reconhecimento da mesma dignidade e criação de condições para uma escolha livre pelas famílias»¹⁸. E não foi possível omitir o registo da tese de que «o direito e o dever de educar deverá ser recolocado nas famílias, devendo competir a estas fazer livremente as opções educativas que acharem mais convenientes para os seus educandos, independentemente da sua situação económica ou situação social»; e ainda o registo da proposta do cheque escolar: «para obviar a que só tenha acesso a

¹⁶ Cfr., para uma breve mas ilustrativa história do choque entre a ideia da liberdade de educação e o designio do controlo da educação pelo Estado, ao longo das vicissitudes jurídico-políticas na França pós-revolução até à actualidade (a experiência francesa é paradigmática para o que sucedeu em grande parte da Europa, designadamente em Portugal), Jacques Robert; Jean Duffar, *Droits et libertés fondamentales*, pp. 615-655. Quanto ao panorama português das últimas décadas, a sua sugestiva ilustração pode ver-se nas cortantes declarações de uma personalidade que em Portugal se dedicou ao ensino escolar, o Padre Burguete. No jornal *Público* do dia 8 de Maio de 1994, o Padre Burguete, que foi por longo tempo Presidente da AEEP — Associação das Escolas de Ensino Privado (que representa meio milhar de escolas privadas) —, deu uma entrevista e dela se destacam duas declarações. Primeira: «em trinta anos, nada mudou». Segunda: «se fosse Ministro da Educação, demitia-me, por não conseguir trabalhar».

¹⁷ Rui Santos; Paulo Coelho Dias, *INSISTE, Indicadores do Sistema Educativo, 1986-2006*, p. 146.

¹⁸ *Relatório final do debate nacional sobre educação*, p. 63.

um ensino de qualidade quem pode pagar a escolas particulares, sugere-se a entrega às famílias do cheque/educação, um quantitativo pecuniário a despende com a educação»¹⁹. Mas, dito isto, e após o imediato relato da discordância de «alguns intervenientes», o assunto vai desaparecer dos conteúdos do Relatório²⁰.

Efectivamente, o Relatório imediatamente marginaliza ou minoriza a questão, com base na afirmação da sua não consensualidade (argumento que não é invocado para tantas outras questões, que também não são consensuais): «tendo, sobretudo, presente a ideia de escolha entre escola pública e escola privada, esta questão dividiu claramente as posições dos participantes no debate: os que se mostram favoráveis e os que se opõem»²¹. E especifica: «Num sentido contrário ao já referido, alguns intervenientes defenderam que num país com as assimetrias e os atrasos estruturais conhecidos, a escola pública não se tem assumido de forma eficaz como instrumento de combate à exclusão, tornando-se ela mesma a expressão do dualismo social. O reforço da liberdade de escolha [...] vem consolidar uma diferenciação social entre escolas, a que não é indiferente a divulgação dos rankings que compara escolas frequentadas por alunos provenientes de contextos culturais muito diversos. Uma Nação democrática e solidária não pode aceitar que as escolas se dividam em escolas para ricos e escolas para pobres»²².

Como é perfeitamente evidente, esta argumentação (exposta em termos aliás contraditórios, quando ataca a ineficiência da escola pública), devia, se levada às suas últimas consequências, concluir pela proibição das escolas privadas; e pela defesa de um sistema escolar único, público e obrigatório, isto é, *oficial*, como se fez no texto constitucional de 1976. Na vigência da Constituição em vigor, que no art. 43.º consagra a liberdade de escola privada como liberdade fundamental — garantida constitucionalmente nos fortes termos do art. 18.º, isto é, impondo directamente o seu respeito às entidades públicas e aos próprios cidadãos — uma tal posição é anti-constitucional: quando *nacionalmente* se discute o sistema público escolar, o debate tem de se fazer «taking rights seriously»; não se pode depreciar o legítimo exercício de liberdades constitucionais.

A referida depreciação é aliás tanto mais ideológica quanto, na sua aparência igualitarista, sem dúvida patenteia uma indesculpável contradição lógica, porque a

¹⁹ *Idem*, p. 64.

²⁰ Na verdade, houve pelo menos uma importante e sólida comunicação em defesa das liberdades de educação em escola privada: Fernando Adão da Fonseca, [Audição Pública de 4 de Janeiro de 2007], *Audições públicas no debate nacional sobre educação*, pp. 219-232.

²¹ *Relatório final do debate nacional sobre educação*, p. 64.

²² *Ibidem*.

melhor maneira de manter e reforçar a (alegadamente criticável) situação actual, isto é, escolas para ricos separadas das escolas para pobres, é precisamente manter o que está: reservando o acesso às escolas privadas aos que podem pagar elevadas propinas, não facultando aos pobres, através do cheque escolar, uma igualdade de oportunidade de acesso a essas escolas. O cheque escolar é que modificaria a situação e viria instaurar uma *igualdade igual* para todos. Portanto, a preocupação subjacente não é a da desigualdade entre ricos e pobres: a questão subjacente é, evidentemente, a da desigualdade entre educação estatal e educação privada, entre estatismo e liberdades individuais.

Finalmente, o assunto fica de facto excluído, no referido Relatório, com esta sibilina «recomendação»: «garantir a liberdade de escolha das escolas pelas famílias, acompanhada de uma avaliação credível de cada estabelecimento escolar e o acompanhamento daqueles que se revelarem com mais dificuldades ou que se encontrem em contextos particularmente difíceis»^{23,24}.

3. Mas existe de facto um monopólio de Estado?

Esta pergunta é compreensível. Perante a enunciada contradição da prática com a Constituição e a lei, levanta-se naturalmente uma interrogação de incredulidade: mas como pode de facto existir em Portugal um sistema escolar monopolista de *Estado-educador*, sob uma Constituição e uma legislação ordinária onde, como já vimos, se garantem as liberdades de educação e o seu efectivo exercício, em igualdade de oportunidades, mediante a satisfação do direito social ao ensino escolar para todos, sem discriminação entre escolas do Estado e escolas privadas?

Tal interrogação de incredulidade esbarra infelizmente contra a realidade inequívoca, em que a escola estatal predomina em situação de monopólio *de facto*, com

²³ *Idem*, p. 66.

²⁴ O assunto também não consta dos estudos eruditos elaborados nada mais nada menos do que no âmbito da *Sociedade Portuguesa das Ciências da Educação*, como «contributos da investigação educacional para o desenvolvimento da Educação em Portugal, nos últimos vinte anos», a solicitação do CNE. Verifica-se até que um tema como “Administração da educação e autonomia das escolas” pôde ser cientificamente desenvolvido sem aparentemente ter havido necessidade de esclarecer se o estudo abrangia apenas as escolas do Estado ou também as escolas privadas, quando a verdade é que existe evidente diferença entre o estatuto jurídico de umas e de outras, condicionante do tratamento da questão – cfr. Licínio C. Lima, “Administração da educação e autonomia das escolas”, *A educação em Portugal (1986-2006)*. *Alguns contributos de investigação*, pp. 15-77.

base sobretudo no privilégio do financiamento público – e, de resto, com um forte centralismo administrativo –, pelo que é legítimo falar de um sistema de Estado-educador²⁵. Aliás, a realidade do privilégio da escola estatal não é negada; muito pelo contrário, é até politicamente defendida – são constantes as mais variadas declarações e iniciativas de *defesa* da escola estatal *contra* a escola privada, como se de um combate político se tratasse²⁶.

Na verdade, administrativamente e de facto, a liberdade concedida às escolas privadas é menor do que a das escolas do Estado. Esta discriminação chega mesmo ao ensino superior, e vai muito além da iniquidade da discriminação dos seus alunos pelo financiamento público. Por exemplo, o Governo tem recusado administrativamente à iniciativa privada a criação de faculdades de medicina, enquanto ele próprio cria novas faculdades de medicina e alarga um primeiro ciclo de estudos de medicina a universidades *públicas* sem comparáveis condições de qualidade com universidades privadas concorrentes²⁷. E, de um modo geral, controla burocraticamente

²⁵ O centralismo é um dos traços característicos do nosso sistema escolar, geralmente reconhecido – cfr. o *Relatório final do debate nacional sobre educação*, *passim*.

²⁶ Como adiante melhor se verá, não falta quem acuse a escola privada de ser democraticamente suspeita e criticável, quando muito merecedora de apenas uma liberdade formal, sem apoios do Estado; do mesmo passo se defendendo claramente uma posição de privilégio da escola estatal, designadamente pelo exclusivo do financiamento público: verdadeiramente um monopólio de Estado. Mas, diga-se desde já: uma doutrina que defende a escola estatal monopolista, e justifica o seu privilégio do exclusivo do financiamento público como combate ao livre pluralismo educativo das pessoas e dos grupos sociais da sociedade civil, designadamente grupos ou comunidades de diferentes culturas ou tendências, civis ou religiosas, outra coisa não é senão uma doutrina (colectivista ou jacobina) de Estado-educador.

²⁷ Foi o caso da criação de Faculdades de Medicina nas universidades públicas do Minho e da Beira Interior, e da extensão dos primeiros anos dos cursos de medicina às universidades públicas da Madeira e dos Açores, depois de o Governo ter negado a universidades privadas autorização para abertura de cursos de medicina. A que se veio somar, mais recentemente, a criação de um novo curso de medicina, na Universidade pública do Algarve. Vital Moreira tomou já posição pública, nesta questão: «Não se compreende a espécie de tabu, ou simples preconceito, que existe entre nós contra a admissão de cursos privados de Medicina, caso único no panorama português do ensino superior. É certo que há alguns anos uma comissão “ad hoc” reprovou todas as candidaturas então existentes, por alegada falta de qualidade. No entanto, independentemente de saber se não foi utilizada uma grelha demasiado exigente, que teria chumbado qualquer outro curso privado em qualquer área, não é de excluir a possibilidade de agora poder haver candidaturas mais consistentes. Não há nenhuma razão para pensar que não existe uma única instituição privada em condições de criar e sustentar um curso decente de Medicina, sem perder, antes pelo contrário, na comparação com os cursos médicos que muitos jovens portugueses hoje pagam no estrangeiro, desde a Espanha e a República Checa até ultimamente à República Dominicana, como foi recentemente noticiado!» – *Público*, 15-07-2008.

a organização dos cursos nas próprias universidades privadas, não o fazendo nas universidades do Estado.

Porém, o aspecto decisivo é que, e de modo mais grave quanto ao ensino obrigatório, o Estado tem praticamente reservado o monopólio do financiamento público para as suas escolas, por este modo fazendo concorrência desleal às escolas privadas, que são exercício de direitos fundamentais. Apenas uma pequena percentagem de escolas privadas no ensino obrigatório beneficia de contratos de financiamento com o Governo; e, ao longo destes mais de vinte últimos anos, não se evidenciou uma tendência de progressividade nos apoios de financiamento público ao ensino privado, como manda a lei.

Por outro lado, as escolas subsidiadas permanecem sob uma ameaça permanente de retrocesso, porque em qualquer altura pode o Governo denunciar os contratos e não renovar o financiamento anual²⁸ — nem sequer neste aspecto houve progresso.

Acresce que uma boa parte das escolas privadas subsidiadas estão sob contrato de associação, o qual tem, como condição legal, a de essas escolas serem supletivas da rede estatal — o que significa que, em rigor, este apoio é dado à rede estatal, e não à rede privada; e, se considerado como apoio à rede privada, é mais um apoio à *iniciativa* privada do que um apoio ao *ensino privado*, que é o que verdadeiramente importa²⁹.

A situação devia poder avaliar-se facilmente, em termos absolutos e em termos relativos, com base na leitura dos dados estatísticos que o Ministério da Educação possui sem qualquer dúvida. Infelizmente, a sua divulgação é restrita ou nula. Assim, os estudos estatísticos disponíveis são escassos. Pode questionar-se se, na origem desta escassez, está, ou não, o desígnio monopolista de, até pela falta de dados estatísticos, se prosseguir o objectivo do apagamento ou invisibilidade do ensino privado.

Um exemplo. Recentemente, foi publicado um vasto estudo estatístico, *sobre os indicadores do sistema educativo durante o período 1986-2006*³⁰. Essa investigação destinou-se a fundamentar os trabalhos oficialmente programados em vista de cumprir um importante objectivo nacional, assim enunciado: «como vamos melhorar a Educação nos próximos anos?». Pergunta que (e citando) traduz um «desafio ambicioso proposto pelo próprio CNE, enquanto entidade responsável pela organização do *Debate nacional sobre Educação*, promovido pela Assembleia da República conjuntamente com o Governo, por ocasião dos vinte anos da publicação da Lei de Bases do Sistema Educativo»³¹.

²⁸ Tem havido acusações de o Governo usar esta arma para manter as escolas privadas em submissão.

²⁹ Esta ideia deve ser enfatizada: o que mais importa não é o apoio à iniciativa *empresarial* privada; mas sim o apoio ao *ensino* privado.

³⁰ Rui Santos; Paulo Coelho Dias, *INSISTE, Indicadores do Sistema Educativo, 1986-2006*.

³¹ *Idem*, p. 9.

«Conhecer o desempenho do sistema foi o objectivo do referido estudo [estatístico]...», diz-se nesse mesmo estudo. Pois bem, no estudo não se mostram quaisquer dados quanto à despesa pública com o ensino privado, nem se mostram os números dos alunos do ensino privado com apoio e sem apoio do financiamento público. Sendo certo que a lei prevê esse financiamento, como se pode omitir a exibição estatística da correspondente execução administrativa? Pois pode... Dizem assim os autores, a dada altura: «embora haja despesa pública executada para servir alunos matriculados no sector privado, nomeadamente mediante protocolos do ME com instituições de educação e ensino privadas, o grosso da despesa dos Ministérios da tutela diz evidentemente respeito a encargos do sector público do Sistema Educativo, razão pela qual [?] optámos por restringir a capitação aos alunos matriculados no sector público. Constituindo um erro menor do que a opção de tomar a totalidade dos alunos como denominador, é provável [?] que o efeito desta opção seja enviesado, inflacionando especialmente o indicador no nível pré-escolar»³².

No tratamento dos dados financeiros, é flagrante que houve consciência da opacidade quanto ao financiamento do ensino privado — diz o estudo: «os dados sobre o financiamento do sistema educativo português padecem de algumas limitações que importa explicitar à partida. Os números oficiais dizem respeito apenas à despesa pública em educação (despesas das Administrações Públicas) ao nível mais elevado de agregação (despesa total)»³³.

Ficamos a saber que «a despesa total das Administrações Públicas em educação quadruplicou desde 1990, a preços constantes». E que algumas tabelas «mostram a evolução da despesa pública executada pelos Ministérios com tutela sobre o sistema educativo, decomposta por funções (despesa a que chamamos directa nos diferentes níveis de educação/ensino, despesa de apoio social e despesas de administração e outras)...». Mas nada quanto à distinção entre ensino estatal e privado. Ora, o Ministério sabe perfeitamente quanto gastou em cada ano com o ensino privado, e essa verba é politicamente muito importante para a análise do sistema educativo. Sem ela, e sem se dizer quantos os alunos do ensino privado que são apoiados financeiramente, excluiu-se praticamente de todo o debate a questão do financiamento ao ensino privado, o que não é legítimo. *Quod erat demonstrandum...*

A omissão é tanto mais chocante quanto é certo que, para outras variáveis, foi incluída uma comparação entre as escolas estatais e as escolas privadas. Por exemplo, quanto às taxas de transição e de conclusão, quanto ao número de docentes e de alunos por docente, quanto à evolução dos alunos matriculados no sector privado desde 1985/86 até 2005/06, e a estrutura da sua distribuição segundo o nível de educação.

³² *Idem*, p. 35.

³³ *Idem*, p. 21.

De resto, os autores apresentam, no final, algumas considerações sobre a comparação entre o *sector público* e o *sector privado* (mas não sobre a variável financeira, obviamente), afirmando, a certa altura: «durante todo o período, o sector público dominou o Sistema Educativo, no que respeita ao seu peso total dos alunos. Mas o sector privado cresceu mais acentuadamente, tendo aumentado quase ininterruptamente o seu peso relativo ao longo dos 20 anos observados, de 11 por cento em 1985/86, para 19 por cento em 2005/06. Embora longe de podermos falar de “privatização” do Sistema Educativo, são dignos de atenção os factos de quase 1 em cada 5 alunos estar matriculado em instituições de educação do sector privado e de esse peso ter quase duplicado em 20 anos»³⁴.

E extravasando o juízo estatístico, comentam: «o sector privado constitui uma oferta supletiva colmatando défices quantitativos da oferta pública. Esta parece ter sido a lógica do aumento do peso relativo do sector privado nos níveis pré-escolar (frequentemente ao abrigo de protocolos com o Estado), e superior até meados dos anos 90...»³⁵. Não se percebe esta qualificação de *supletividade*, que é altamente polémica, na história ideológica da questão. Mas parece que afinal os autores se pronunciam sobre «a lógica do aumento do peso relativo do sector privado [...] ao abrigo de protocolos», sem terem fornecido os dados sobre os protocolos. Como adiante se dirá, o antigo Conselho Coordenador do Ensino Particular e Cooperativo estava ultimamente publicando estatísticas sobre estas variáveis da cobertura financeira aos alunos do ensino privado, por via dos protocolos. Designadamente ao abrigo de contratos de associação. Talvez por isso foi extinto³⁶.

³⁴ *Idem*, p. 146.

³⁵ *Idem*, pp. 146-147.

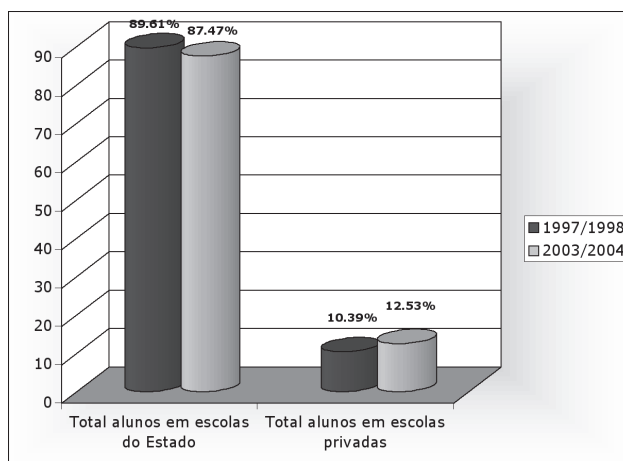
³⁶ Valerá a pena registar que o Conselho Coordenador do Ensino Particular e Cooperativo tinha iniciado, apesar da sua pobreza de meios, a elaboração de estudos e análises estatísticas sobre o ensino privado, aliás publicadas em aspecto gráfico artesanal. A intenção deste programa pode ler-se na “Nota de Abertura” do primeiro dos cadernos publicados — diz assim o Director do CCEPC, António de Almeida Costa: «o presente trabalho constitui o primeiro de uma sequência que se pretende de reflexão consequente sobre o funcionamento do Ensino Particular e Cooperativo, em Portugal, analisando as condições da sua integração no sistema nacional de ensino. Nesta reflexão serão especialmente postas em questão as relações entre o Estado e as instituições privadas, dentro do quadro constitucional vigente, bem como as soluções concretas em que se suportam essas relações. Para tal, outras análises se seguirão a esta primeira, com a consciência de que as limitações de toda a ordem — humanas, financeiras e técnicas — com que o Conselho Coordenador se debate serão, necessariamente, impeditivas de uma progressão dos estudos tão rápida quanto se desejaria. E estas razões, só por si, justificam a afirmação de grande apreço pelo trabalho agora realizado, com o reconhecimento a todos quantos nele se envolveram» — cfr. Maria da Conceição Cordo Reis (coord.), *Um olhar sobre os contratos de associação*, 1997. Depois de se lerem estas *perigosas* considerações, fica logo sugerida a causa da extinção do Conselho Coordenador do Ensino Particular e Cooperativo.

Vejamos, então, alguns números de que pudemos dispor³⁷.

Quadro I – Alunos do ensino básico e secundário (Continente). Evolução comparativa entre 1997/1998 e 2003/2004.

	1997/1998		2003/2004		Variação % do n.º de alunos
	F	%	F	%	
Total nacional alunos	1616841	100	1455877	100	- 9.96
Total alunos em escolas do Estado	1448817	89.61	1273486	87.47	-12.10
Total alunos em escolas privadas	168024	10.39	182391	12.53	8.55

Gráfico I – Distribuição dos alunos no ensino público e no privado

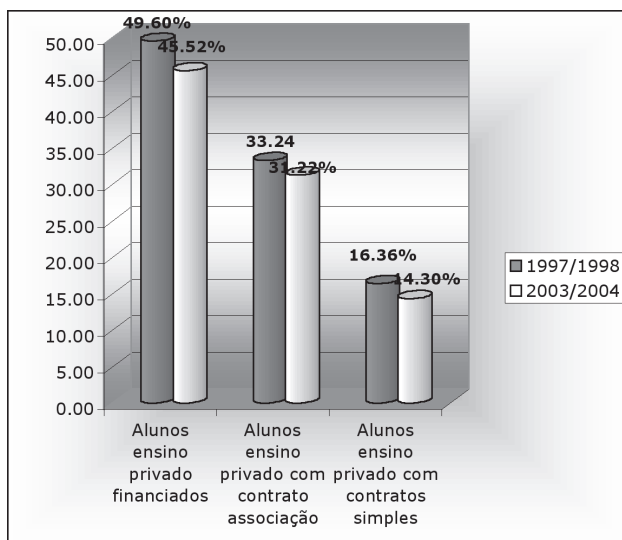


³⁷ Os dados estatísticos que se apresentam nestes quadros foram fornecidos pelo Dr. Rodrigo Queiroz e Melo, Director Executivo da AEEP.

Quadro II – Financiamento aos alunos do ensino privado³⁸

	1997/1998		2003/2004		Variação % do n.º de alunos
	F	%	F	%	
Alunos não financiados	84691	50.40	99364	54.48	17.33
Alunos financiados	83333	49.60	83027	45.52	- 0.37
Alunos com contrato associação	55846	33.24	56941	31.22	1.96
Alunos com contratos simples	27487	16.36	26086	14.30	- 5.1

Gráfico II – Distribuição do financiamento aos alunos do ensino privado



³⁸ O financiamento do ensino privado pode revestir várias forma. [1] «Contratos simples» são aqueles em que o Estado subsidia a frequência dos alunos em escolas privadas, sem subordinação ao requisito de estas se situarem em «áreas carecidas de escolas públicas», atribuindo certo montante por aluno e impondo uma redução da propina exigida pela escola – DL n.º 553/80 (Estatuto do Ensino Particular e

Como se vê, tem diminuído, nestes últimos anos – em vez de aumentar progressivamente, como manda a lei – o número de alunos do ensino privado financiados, sendo certo que o número total de alunos matriculados deste ensino aumentou.

À informação destes quadros, pode ainda acrescentar-se o seguinte: o número de alunos cobertos por contratos de associação, que foi, em 2003/04, de 56941³⁹, diminuiu para 54974, em 2004/05, o que representa uma quebra de 1,56% relativamente a 1997/98. Com esta diminuição, desapareceu o único indicador de progresso no apoio ao ensino privado, ainda que modesto e ambíguo (um aumento de 1,96%), que se tinha registado no quadro comparativo atrás apresentado, para o período entre 1997/98 e 2003/04.

Portanto, pode afirmar-se, sem margem para dúvida, que ultimamente o financiamento do Estado ao ensino privado não tem crescido, desobedecendo à lei – a qual, como já vimos, impôs uma obrigação de cobertura progressiva.

Esta tendência estatística, comprovada nos últimos anos, confirma-se se alargarmos a comparação a uma data mais recuada. Dados disponíveis para o ensino básico e secundário mostram que, em 1991/92, os alunos de escolas privadas cobertos por uma subsidiação pública, nos termos dos chamados contratos simples, eram 49833⁴⁰. Ora, este número diminuiu severamente para 26086, em 2003/04⁴¹ – isto é, para quase metade.

A curva dos contratos de associação celebrados com escolas privadas passa por estes valores: em 1986/87: 66 escolas; em 1991/92: 67 escolas; em 1996/97:

Cooperativo) arts. 12.º, 13.º, 17.º e 18.º. [2] «Contratos de associação» são celebrados, pelo prazo mínimo de um ano, com escolas particulares situadas em zonas carecidas de escolas públicas, e têm por fim possibilitar a frequência das escolas particulares nas mesmas condições de gratuidade do ensino público (DL n.º 553/80, art. 14.º). [3] «Independentemente dos subsídios e outras formas de apoio estabelecidos nos contratos, o Estado pode conceder às escolas particulares que se integrem nos objectivos do sistema educativo subsídios especiais de arranque, de inovação pedagógica, de viabilização financeira, de ampliação de instalações, de apetrechamento ou reapetrechamento, de apoio a actividades circum-escolares e outros, devidamente justificados» (DL n.º 553/80, art. 22.º, n.º 1)

³⁹ Ou de 56461, segundo o Conselho Coordenador do E.P.C: *Contratos do E.P.C. em números*, Doc. 2, Novembro, 2005.

⁴⁰ V. Pedro da Cunha, “A evolução do ensino”, Roberto Carneiro (coord.), *Ensino livre*, p. 142.

⁴¹ Cfr. Ana Maria Amorim Gomes da Silva, *Contratos do E.P.C. em números, 2001/02 a 2003/4*, 2005.

89 escolas; em 1997/98: 92 escolas⁴²; em 2004/05: 94 escolas⁴³. Por estes dados, verifica-se que o número de escolas se mantém e até cresce, o que significa que o ensino privado é flexivelmente utilizado para suprir escolas estatais. Mas, como vimos, o número total de alunos abrangidos por estes contratos diminuiu. Esta diminuição pode corresponder, em parte, ao decréscimo global de alunos no sistema escolar nacional. Mas, além disso, o Ministério tem obrigado a uma transferência forçada de alunos das escolas privadas com contrato de associação para as escolas estatais da área, quando estas têm vagas, como sucedeu no tão debatido caso do Colégio de Calvão, que provocou um largo movimento dos pais dos alunos noticiado na comunicação social⁴⁴.

Quanto ao ensino superior, os apoios que já foram concedidos às escolas privadas em anos anteriores têm sido reduzidos e extintos, enquanto os orçamentos para as escolas estatais têm crescido exponencialmente. Os apoios descritos por Pedro da Cunha para o período de 1986 a 1991 não têm actualmente qualquer correspondência⁴⁵.

Em conclusão: pela sua reduzida expressão, em termos absolutos e em termos relativos, pela sua tendência de diminuição e pela sua precariedade, o volume e as características dos apoios financeiros do Estado ao ensino escolar privado, em Portugal, não cumprem a Constituição e as leis: não respeitam os direitos fundamentais (nem as liberdades individuais, nem os direitos sociais), designadamente o direito à gratuidade universal do ensino obrigatório, penalizando assim especialmente os alunos com menores recursos económicos, que não podem obviamente pagar propinas, ficando por isso praticamente *proibidos* de exercer o seu direito constitucional de escolher a escola privada e *coagidos* a escolher a escola estatal.

⁴² Os dados dos anos 1986/87 foram colhidos de Pedro da Cunha, “A evolução do ensino”. Os dados dos anos seguintes, desde 1991/92 até 1997/98, foram colhidos em documentos do Conselho Coordenador do EPC, *Um olhar sobre os contratos de associação*, de Novembro de 1997 e de Junho de 1999.

⁴³ Dados obtidos por amável informação do Dr. Rodrigo Queiroz e Melo, Director Executivo da AEEP.

⁴⁴ «Os contratos de associação que as escolas privadas fazem com o Estado estão ameaçados – a denúncia foi feita pelo Presidente do Movimento Cívico de Pais e Encarregados de Educação, que promoveu dia 19 de Janeiro [de 2002], no Calvão, Aveiro, o seu III Encontro Anual... «O Estado e as escolas privadas estabelecem contratos de associação para garantir o apoio financeiro do primeiro às segundas, possibilitando a gratuidade do ensino» – explicou, à *Agência Ecclesia*, João Pedro Magalhães Crespo – mas a ameaça a estes contratos está «na redução que o Ministério da Educação tem imposto às escolas privadas quanto ao número de alunos que estas podem ter com financiamento».

⁴⁵ V. Pedro da Cunha, “A evolução do ensino”, *maxime* p. 143.

Não pode deixar de se imputar aos responsáveis políticos e governamentais a consciência deste efeito, justificando-se por isso a afirmação de que o Estado quer, consciente e deliberadamente, impedir os alunos de frequentar escolas privadas. E já que não pode impedir os ricos, ao menos pode impedir os pobres. Como disse Sousa Franco: «não sendo o ensino só um bem mercantil, porque há-de ele ser caro nas instituições do ensino privado e cooperativo e barato nas instituições de ensino público? Penso que só há uma resposta para isto: é que esta situação resulta de o Estado querer fazer uma discriminação e querer empurrar a generalidade da população para o ensino público, dificultando aos pobres a liberdade de opção escolar»⁴⁶.

Torna-se assim evidente uma intencional concorrência desleal do Estado, por via da prática exclusividade da gratuitidade nas escolas estatais, que mantém o ensino privado impedido de se desenvolver no livre e legítimo exercício das liberdades constitucionais dos cidadãos.

4. E pode-se qualificar a situação como de autêntico monopólio?

A resposta é afirmativa: existe um autêntico *monopólio de facto*. Não só um monopólio que dificulta a competição das escolas privadas face às escolas estatais, limitando ou até impedindo as iniciativas privadas de oferta de ensino escolar; mas também, e sobretudo, um monopólio que se impõe, como existencialmente evidente, àqueles titulares da liberdade de aprender (constitucionalmente garantida) que, desejando exercitar o seu direito frequentando uma escola privada, contudo o não podem fazer, porque não têm recursos económicos para pagar as propinas — e, por falta de apoio do Estado ao ensino privado, são assim forçados a frequentar uma escola estatal.

Vejamos a questão do conceito de monopólio, ainda que em termos muito breves. Qual é a marca essencial do monopólio?

Não é, como alguns afirmam (com a óbvia intenção de esquivar a crítica ao monopólio escolar do Estado), o exclusivo jurídico, formalmente estabelecido, de uma actividade. Por outras palavras: a marca essencial do monopólio não é necessariamente uma *exclusividade estabelecida por lei*. Os monopólios mais frequentes na

⁴⁶ António de Sousa Franco, “A liberdade de aprender e de ensinar no âmbito das liberdades fundamentais — Fundamentação da liberdade de ensino”, Roberto Carneiro (coord.), *Ensino livre*, p. 39.

vida civil, que impedem o exercício dos direitos humanos, não são os monopólios *jurídicos*, isto é, aqueles que *excluem* a liberdade de iniciativa dos concorrentes por via jurídica. São os monopólios *de facto*, que não proibem juridicamente, mas tornam praticamente impossível, ou muito difícil, a iniciativa dos demais concorrentes privados – os quais vão resistindo com injustas dificuldades, antes de morrerem ou ficarem muito diminuídos. Insista-se: o que os monopólios *de facto* provocam, portanto, não é uma *exclusão jurídica*; é sim uma injusta dificuldade prática de competição e sobrevivência para os demais; é sim uma *exclusão fáctica* da leal e justa competição. O cidadão comum sabe que é contra estas situações de *dominação fáctica* que se torna necessária a luta antimonopolista, em democracia; e que é para este efeito que, por exemplo, se criam as conhecidas *autoridades reguladoras* ou as autoridades de *defesa da concorrência*.

Foi sem dúvida no campo da economia onde há mais tempo a questão dos monopólios se levantou e se tratou. Mas a problemática essencial dos monopólios refere-se à competição, em geral, e não apenas à competição no mercado económico. Por isso, hoje ela não é uma questão restrita da mercantilização, mas sim uma questão mais ampla da competição em democracia pluralista. Desde logo, é por uma justa competição inter-partidária (donde haverá de excluir-se qualquer ideia de monopólio) que se garante praticamente a democracia. Hoje, há grandes constitucionalistas que elaboram um conceito jurídico de «mercado» que vai para além da vida económica e se situa no centro estruturante da vida social e política geral. Assim, o conceito de mercado ganha um alcance mais amplo, ao fim e ao cabo correspondente à ideia de competição livre e justa na perspectiva do exercício das liberdades democráticas. Um exemplo é o do contributo de Häberle, que defende: «El mercado se ha convertido en un espacio social y cultural en el que la dignidad humana no sólo es postulada, sino también practicada»⁴⁷.

⁴⁷ Na tradução de Miguel Azpitarte Sánchez, leia-se o seguinte excerto de um artigo de Peter Häberle, com o título, *Siete tesis para una teoría constitucional del mercado*: «El mercado se ha convertido en un espacio social y cultural en el que la dignidad humana no sólo es postulada, sino también practicada. El Estado constitucional muestra “la tercera vía” entre los fallos del Estado y los fallos del mercado, por usar las palabras habituales en la disputa, a través de las estructuras que ha desarrollado para su mercado, de las funciones positivas que ha logrado a través de la economía de mercado y de las correcciones que costosamente ha realizado con principios materiales y procesales. (...) La idea anglosajona de la «caring, sharing society» debería ser recibida con más fuerza. (...) El mercado y la economía de mercado constituyen hoy un problema constitucional central. Los textos clásicos entendidos en sentido amplio [45], y la evolución escalonada (a menudo vinculada a esos textos clásicos) de los textos constitucionales, ahora en sentido estricto, ofrecen más que una mera indicación de problemas. Muestran – observados de manera general – que la vida económica trata en parte de la libertad constitucionalizada – y la responsabilidad –, de una sección

A teoria económica diz que o monopólio pode ser legal, natural ou de facto: segundo «beneficia de um exclusivo conferido por lei, [...] da escassez natural de determinados elementos, geralmente matérias-primas [ou] se criou por virtude de certas circunstâncias ligadas ao funcionamento do mercado»⁴⁸. Ora, é evidente que, na questão de que tratamos, não há nem um monopólio natural, nem um monopólio legal ou jurídico. Nós afirmamos que não é a Constituição, nem a lei ordinária, que impõem o monopólio escolar do Estado *de facto existente*, designadamente o monopólio do financiamento público; são as práticas governativas e administrativas, aliás em desobediência à lei – e é por isso que o monopólio do ensino escolar é um monopólio *de facto* que ofende a lei.

Como já foi muitas vezes dito, o que exactamente se verifica, em Portugal, é que as escolas privadas são dominadas pelo poder administrativo *discriminatório* do titular das escolas estatais. A discriminação das escolas privadas nem sequer é dissimulado na *linguagem pública* do Governo e da Administração Pública, inclusive dos próprios Ministros da Educação, como facilmente se pode provar pelo registo das suas declarações públicas⁴⁹. E, além disso, são dominadas pela concorrência da

de la libertad cultural, de la justicia y del bienestar general, que no son dadas a la Constitución por la naturaleza, sino constituidas en el ámbito cultural» – cfr. <http://www.ugr.es/~redce/REDCE5/articulos/01peterhaberle.htm>

⁴⁸ José Joaquim Teixeira Ribeiro, *Economia Política. Aparentamentos das lições ao curso jurídico de 1958-1959*, p. 317.

⁴⁹ É corrente (na linguagem pública do Ministro da Educação, da Administração Escolar e dos sindicatos) falar de escolas e de ensino, quando apenas se querem referir as escolas e o ensino do Estado. Desde há anos é sistematicamente conduzida uma estratégia de *extinção administrativa e semântica* do ensino privado. Por exemplo. Extinguiram-se todas as instâncias administrativas que tratavam especialmente do ensino privado (como a velha Direcção Geral do Ensino Privado) ou que institucionalizavam a participação dos representantes do ensino privado na *resolução específica* dos seus assuntos (como o Conselho Coordenador do Ensino Particular e Cooperativo), quando é evidente que este sector do ensino tem problemas muito específicos. Assim se elimina o mais possível a própria visibilidade do ensino privado, para o absorver no todo estatal. Por outro lado, quando oficialmente se fala do ensino, *tout court*, só se significa o ensino do Estado. É, sem dúvida, consciente ou inconscientemente, um modo de matar, ao mesmo tempo administrativa e semanticamente, o ensino privado. É habitual que o Ministro da Educação, na Assembleia da República ou nas televisões, nas entrevistas ou nas declarações, só pressuponha o ensino estatal quando fala do ensino, sem mais, como se não fosse também ministro do ensino privado. Recentemente, após os exames nacionais deste ano, 2008, e dado ter-se levantado uma crítica generalizada ao facilitismo dos exames, suspeito de querer esconder o baixo nível do ensino, o Secretário de Estado Walter Lemos acusou as críticas de serem uma campanha *para atacar o ensino público*, quando ninguém tinha feito nenhuma alusão ao público ou ao privado. O fenómeno, de resto, não se limita ao ensino: também se evidencia na saúde. Por exemplo, a imprensa noticiou recentemente que Ana Jorge (que

gratuidade ou quase gratuidade de frequência que as escolas estatais oferecem no mercado escolar — gratuidade *exclusiva* de facto, que não de direito — porque as escolas privadas, sem financiamento público, não podem concorrer oferecendo também um ensino gratuito. Por estes dois meios, administrativo e financeiro, se impede uma concorrência legítima e saudável, leal e equilibrada entre escolas estatais e privadas, de acordo com os princípios da igualdade jurídica e da igualdade social de oportunidades — ou, se se preferir, de acordo com o princípio da igualdade nas suas duas expressões, a jurídica e a fáctica.

E note-se bem que (como adiante melhor veremos) o facto de os projectos educativos serem ou poderem ser diferentes, nas escolas estatais e nas escolas privadas, não altera os termos essenciais das questões da concorrência e do monopólio, como a ciência económica explica através da chamada teoria da *concorrência monopolista*.

Fique, portanto, bem sublinhado que, para negar o monopólio escolar estatal, não basta afirmar que não há *exclusividade jurídica* em favor das escolas estatais. Vital Moreira diz: «o sistema público de ensino [...] não tem, nem poderia ter, nenhuma posição exclusiva. É livre a criação de escolas particulares, tal como a sua frequência»⁵⁰. Mas a questão não é a de uma simples liberdade jurídico-formal. Só um jurista formalista (que Vital Moreira não é) poderia limitar o conceito de monopólio ao monopólio jurídico. Na prática, é inegável que o Estado possui hoje, de facto, uma «posição exclusiva», que é a *exclusividade prática* do financiamento público — para além do exclusivo das muito importantes *externalidades* dos poderes de regulação. É esta *exclusividade prática do financiamento público* que permite oferecer gratuitamente o ensino estatal, contra o ensino privado pago pelos utentes com propinas necessariamente altas — e não se pode imaginar forma mais mortífera de concorrência, e além de mortífera *desleal* porque custeada pelos impostos de todos.

é «Ministra da Saúde», e não apenas do sector público da saúde) lamentou que a ADSE tivesse celebrado acordos com hospitais privados, significando que devia ter preferido os hospitais públicos, apenas porque públicos (cfr. jornal *Sol* de 05-07-2008). Vital Moreira comentou assim: «A Ministra da Saúde bem pode lamentar o “negócio” da ADSE com o Hospital da Luz, mas é evidente que o subsistema de saúde dos funcionários públicos, que não faz parte do SNS, tem todo o direito de comprar serviços a hospitais privados, desde que estes adiram às condições gerais definidas por aquele. O único problema é saber se os hospitais públicos podem competir com os privados nesse mercado» — cfr. blog *Causa Nossa*, 08.05.2008.

⁵⁰ Vital Moreira, “A singularidade da escola pública”, *Público*, 14-07-2005.

5. É criticável um monopólio estatal na prestação de serviços públicos de bem-estar?

Assente que há de facto um verdadeiro monopólio, poderá ainda alguém objectar: dado que aqui não tratamos de uma situação restrita de mercado económico, mas sim de actividades prestativas no âmbito da *função pública* de satisfação de direitos sociais, poderemos nós raciocinar de acordo com a teoria da concorrência e dos monopólios?

A resposta deve incluir dois aspectos: o primeiro, respeitante à razão de ser do princípio antimonopolista (é este princípio exclusivo da vida económica?); e o segundo, respeitante à razão de ser da função estadual da promoção do bem-estar (é ela uma função exclusiva ou dominante do Estado?).

5.1. O princípio antimonopolista em geral, no exercício das liberdades

O problema jurídico do monopólio coloca-se, sem dúvida, no mercado económico. Mas, como já vimos, é errado pensar que se trata de uma questão limitada às relações económicas. O problema dos monopólios económicos é um problema de liberdades e de igualdades fundamentais, cujo dever de respeito vincula os privados e o próprio Estado. É, sim, um problema de concorrência no mercado, mas entendendo o mercado na sua essência jurídico-política, como o *espaço das liberdades que se encontram entre si*, das relações livres entre cidadãos, e entre cidadãos e o Estado, no exercício de liberdades individuais fundamentais. Em democracia pluralista, a economia de mercado não é um reino jurídico-político à parte, com uma regulação excepcional. Tem, sem dúvida, especificidades regulativas; mas as bases constitucionais da vida económica são «direitos, liberdades e garantias» fundamentais pessoais, desde logo: o direito de iniciativa privada (art. 61.º) e de trabalho (art. 47.º), seja como empresário por conta própria e empregador, seja como trabalhador por conta de outrem; o direito de propriedade privada e de actividade económica privada (arts. 61.º; 62.º; 80.º; 81.º⁵¹).

Assim, os monopólios na economia não são inconvenientes apenas pelos seus resultados económicos; são-no desde logo porque ofendem o exercício de

⁵¹ Deve-se notar que, no art. 81.º, a Constituição refere literalmente o princípio do combate aos monopólios não apenas ao «âmbito económico», mas ainda, além do económico, ao «âmbito social», assim: «incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social: [...] f) assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral».

direitos fundamentais de liberdade, constitucionalmente reconhecidos e garantidos, evidenciando, portanto, a necessidade de uma regulação (antimonopolista) para defesa e garantia do princípio da igualdade no exercício de direitos humanos, e especificamente de uma igualdade de oportunidades.

Insista-se: esta igualdade de tratamento, que está na base do Estado de direito, não se aplica apenas nas relações entre os privados; vincula também as relações entre o Estado e os privados. A relação desigual entre Estado e cidadãos justifica-se estritamente na medida em que é indispensável que o Estado exerça sobre os cidadãos um poder (de *imperium*) destinado a impor o cumprimento dos deveres dos cidadãos, como garantia dos direitos fundamentais de liberdade e de solidariedade social — em suma, como garantia da segurança e da justiça. Justifica-se como Estado regulador; não se justifica como Estado empresário ou prestador de bens ou serviços materiais ou sociais que estão no mercado. É por esta razão essencial de princípio que, por exemplo, o Tratado da União Europeia impõe o princípio da igualdade de tratamento entre as empresas do Estado e as empresas privadas; sem este princípio da igualdade de tratamento, o Estado oprimiria as liberdades individuais com as suas iniciativas na economia. E não se argumente com o interesse geral: se as iniciativas do Estado visam o interesse geral, também é do interesse geral a liberdade de iniciativa privada (e não apenas da iniciativa privada económica), como direito fundamental (CRP, art. 61.º).

Na base da vida económica, como da vida social e cultural, está sempre a mesma questão fundamental de direitos e liberdades: o Estado tem de garantir que ninguém pode exercer *direitos e deveres universais* (na economia, na vida social e cultural) em termos de impedir que outros também os exerçam: as liberdades não podem matar as liberdades. Por outras palavras: tem de haver igualdade de oportunidades na concorrência das liberdades.

Mas se a liberdade fundamental de uns não pode matar as liberdades fundamentais de outros, por maioria de razão o Estado não pode sufocar as *liberdades individuais fundamentais*, constituindo-se em concorrente privilegiado dos cidadãos e da sociedade civil — pelo contrário, o seu fundamento e a sua função é garanti-las e apoiá-las — substituindo-as apenas supletivamente. Eis a verdadeira questão substancial. Este dever e este condicionamento do Estado está na base da própria Constituição — diz o art. 18.º da CRP: «os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas».

Sobre a questão do mercado, na perspectiva das liberdades de comunicação — entre as quais, num sentido amplo, se podem incluir as liberdades de aprender

e ensinar —, permitimo-nos, com a devida vénia, transcrever um excerto muito elucidativo da dissertação de doutoramento de Jónatas Machado, uma aprofundada e erudita investigação sobre a liberdade de expressão. Como se poderá verificar, as considerações transcritas fornecem um quadro de teorização que, *mutatis mutandis*, é analogicamente válido para as liberdades de educação e ensino.

A certa altura, Jónatas Machado enuncia assim uma problemática fundamental: «já ficou demonstrado o relevo constitucional da liberdade de expressão em sentido amplo na estruturação e dinamização do sistema social. [...] A questão fundamental consiste em saber qual deve ser a melhor forma de intervenção regulatória estadual em ordem à realização desses valores: os mecanismos do mercado ou a estruturação legislativa e administrativa de um serviço público. O mercado encontra-se numa posição de vantagem como meio de efectivação das liberdades de comunicação⁵². [...] o mercado repousa em valores e princípios internamente ligados ao sentido normativo originário das liberdades da comunicação, a saber, a autonomia individual, a voluntariedade da interacção comunicativa e a descentralização da autoridade. Também no domínio das ideias e opiniões o impulso decisivo cabe aos indivíduos e aos grupos, na sua qualidade de emissores, distribuidores e receptores da comunicação, e não aos poderes públicos, ou a qualquer outra autoridade com capacidade para decidir, de forma centralizada e unilateral, o conteúdo das ideias e opiniões que devem ser originadas, divulgadas e acolhidas. Esta estrutura tipicamente *market based*, ainda que com adaptações, vale para todos os subsistemas de acção social, sem prejuízo das suas especificidades valorativas, materiais, estruturais e funcionais»⁵³. E mais adiante, continua Jónatas Machado: «O *laissez faire* do mercado tem o seu equivalente no *laissez parler* das liberdades da comunicação. No limite encontra-se a necessidade de *salvaguardar a abertura e a integridade dos canais de comunicação*, evitando que o *abuso* da liberdade de uns leve ao *silenciamento* forçado de outros. É esse o sentido do *mercado livre das ideias*, entendido como espaço social de competição espiritual e intelectual autónoma entre indivíduos e grupos»⁵⁴. E finalmente: «A opção pelo mercado é uma questão de princípio e não um imperativo instrumental ou uma estratégia regulatória. Os valores e princípios subjacentes

⁵² Jónatas Machado, *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, p. 871.

⁵³ *Idem*, p. 872.

⁵⁴ *Idem*, pp. 872-873.

à estrutura típica do mercado são os mesmos que garantem a edificação de uma *sociedade aberta*»⁵⁵.

Resulta assim muito claro que o problema do monopólio não se coloca apenas na economia, mas também, *mutatis mutandis*, noutras áreas da vida social, política e cultural, uma vez que toda a vida social, numa democracia pluralista, é (passe a expressão) um grande *mercado das liberdades* — no sentido de um espaço de encontro dos direitos e das liberdades individuais fundamentais de todos os cidadãos entre si, num quadro de igualdade jurídica e desejavelmente ainda num quadro de igualdade de oportunidades fácticas⁵⁶.

Por esta razão (questão de liberdades individuais, ofensa aos direitos fundamentais e à igualdade de oportunidades no seu exercício), o combate aos monopólios vale para *todo o amplo espaço dos direitos e liberdades pessoais* (em todos os outros domínios, e até por maioria de razão, para além do âmbito da economia) — como, por exemplo, os mercados das liberdades de imprensa, rádio e televisão, das liberdades culturais, religiosas ou outras, constitucionalmente reconhecidas e garantidas, onde é consensual o combate aos monopólios. Hoje, em todo o amplo campo das liberdades fundamentais, não se aceita que uma religião, uma doutrina, uma ideologia ou uma anti-ideologia usufrua de um monopólio, mesmo em nome do Estado.

Em suma: o antimonopolismo no espaço do exercício dos direitos e deveres fundamentais vincula igualmente os privados e o Estado, portanto. E poderá alguém negar que as liberdades individuais fundamentais de aprender e de ensinar, com a liberdade individual fundamental de (criar e frequentar) escola privada, se incluem no âmbito das liberdades que vinculam também as entidades públicas?⁵⁷

Prova de que se vem dando cada vez maior importância a esta questão, em toda a vida social, é a multiplicação de *entidades reguladoras*, e de *provedores*, em diversas actividades, para além do âmbito da economia. Uma vez de iniciativa pública, mas outras vezes mesmo de iniciativa privada — por exemplo, a Alta Autoridade para a Comunicação Social e os *provedores* próprios dos órgãos de comunicação social.

⁵⁵ *Idem* p. 873.

⁵⁶ Por exemplo, é corrente, e correcto, falar-se do «mercado do trabalho», e então não se trata de *mercadorias*, mas de relações contratuais entre pessoas e de direitos fundamentais. Também se fala de «oferta cultural» no *mercado* dos meios de comunicação social e cultural — e há outros exemplos em vários sectores da vida social, como por exemplo o chamado *mercado político*.

⁵⁷ Na bibliografia internacional, é normalmente usada a expressão «public school monopoly»: v. Robert B. Everhart (ed.), *Public School Monopoly*; Julian Le Grand, *The other invisible hand*; estudos comparativos da rede «Eurydice».

Já em 1979, a Lei da Liberdade do Ensino (Lei n.º 65/79) criou um Conselho para a Liberdade do Ensino, expressamente «com a atribuição de velar pelo respeito da liberdade do ensino e de apreciar quaisquer infracções à mesma», Conselho que nunca foi de facto implementado, e aparentemente caiu no esquecimento. *Et pour cause!*

Portanto, quando o Estado regula um mercado de liberdades, como por exemplo nos casos da comunicação social, da liberdade religiosa, da educação e do ensino, é óbvio que a intervenção é para promover nesse mercado os direitos da pessoa humana; não pode, ao mesmo tempo, criar para si, nesse mesmo mercado, uma posição concorrencial monopolista. Seria contraditório, no quadro da actual doutrina da «democracia constitucional». Foi já segundo esta ideia moderna que entre nós se considerou — quando se procedeu à revisão das concepções centralistas e autoritárias que se tinham infiltrado na «Constituição equívoca e ambígua» socialista sob tutela do Conselho da Revolução (1976-1982) —, que era um imperativo democrático que o Estado prescindisse dos meios de comunicação social que tinha nacionalizado no período revolucionário; e que os *media* que manteve ficaram limitados por um estatuto específico de serviço público funcionalmente determinado à satisfação de direitos fundamentais subjectivos dos cidadãos, mas não a tarefas colectivistas de Estado nem à *concorrência desleal* com os privados⁵⁸.

5.2. O princípio antimonopolista na educação e na cultura

Pelo que toca especialmente à educação e à cultura, é a própria Constituição que proíbe o Estado de concorrer com os privados, quando estabelece, precisamente na disposição imediatamente seguinte àquela em que se afirmam as liberdades de aprender e de ensinar: «o Estado não pode programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas» (n.º 2 do art. 43.º da CRP). Obviamente, sem estas dimensões, não existe educação nem cultura possível. Por isso, o Estado está excluído da educação e da cultura (isto é, excluído de interferir no espaço das liberdades educativas e culturais dos indivíduos e dos grupos — e, em geral, no *espaço da comunicação*), embora possa apoiar os privados nessas áreas e (supletivamente) criar instituições educativas e culturais públicas mas

⁵⁸ Note-se que, com bons argumentos, o serviço público de televisão, que absorve grandes montantes de financiamento público, tem sido frequentemente acusado de não produzir um serviço público claramente identificável, de ser dependente relativamente ao Governo e de fazer concorrência desleal aos privados.

sem lhes poder *transmitir* opções em concorrência com as opções dos privados, nem de projectos educativos, nem de projectos culturais⁵⁹.

Merece ser sublinhado: o que substancialmente está sempre em causa, na criação de escolas privadas e na correspondente oferta escolar, é o exercício das liberdades fundamentais de aprender e de ensinar dos privados, constitucionalmente garantidas, numa sua expressão aliás incontornável⁶⁰. Não há, portanto, um paralelismo entre a iniciativa do Estado e a iniciativa privada. A criação e a direcção das escolas privadas é uma liberdade constitucional dos cidadãos que tem o sentido de ser a forma indispensável para organizar o exercício das liberdades de ensinar e aprender, isto é, de *escolher* a educação que se *dá* e se *recebe*. Por sua vez — não sendo titular de direitos fundamentais de educação, não podendo *dar* nem *receber* educação, não sendo nem educador nem educando (a própria Constituição lho proíbe) — o Estado só pode ter legitimidade para criar escolas num papel instrumental, portanto supletivo e *exterior* à escola propriamente dita. Parafraseando uma linguagem moderna, diremos que o Estado só pode fornecer *hardware*, mas não pode fornecer *software* educativo⁶¹.

O Estado *não pode assim competir entre os privados nem contra os privados impondo um modelo de escola contra outros modelos de escola*. Se o que essencialmente constitui (deve constituir) a trama e a vida do sistema educativo escolar nacional (nas escolas estatais entre si⁶², nas escolas privadas entre si, entre todas as escolas estatais e

⁵⁹ Cfr. Jorge Miranda, “Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais”, *O Direito*, n.º 138, 2006.

⁶⁰ A escola privada pode ser criada por professores, ou por outras entidades (individuais ou colectivas), que pretendam exercer a sua liberdade de ensinar; mas nada obsta que alunos, ou pais de alunos, criem uma escola, neste caso como meio de exercer a sua liberdade de aprender. Na história do ensino verificam-se precisamente estes dois tipos de iniciativas, que deram origem a dois tipos de universidades: as chamadas *universidades de professores* e *universidades de alunos*.

⁶¹ Acerca da autonomia das escolas estatais, cfr. Hans-Peter Füssel, “A autonomia das escolas numa perspectiva institucional”, *Educação e Direito*, n.º 1, 1999, pp. 73 ss.

⁶² Entre as escolas estatais do ensino básico e secundário não há competição baseada na diferenciação de projecto educativo, porque não há autonomia de escola e porque estão sujeitas a um forte centralismo administrativo, que vai ao ponto de impor aos alunos a inscrição obrigatória na escola da sua zona geográfica — cfr. a recente exemplificação deste centralismo no Despacho n.º 14026/2007, do Gabinete do Secretário de Estado da Educação (DR, 2.ª série, n.º 126, 3 de Julho de 2007) — que diz aplicar-se também às escolas privadas —, onde se impõe que o pedido de matrícula é apresentado na escola do ensino público da área da residência do aluno ou da actividade profissional dos pais ou encarregados de educação (ou ainda, no caso dos alunos que pretendem frequentar o ensino particular, na escola pretendida). Apenas se

privadas), é primacialmente o exercício de liberdades pessoais fundamentais (no quadro da justa regulação legal), então tem de concluir-se que qualquer espécie de dirigismo, de conformação uniformizadora ou de concorrência estatal, mormente se monopolista, é um excesso e um abuso do poder de regulação, uma grave violação ao Estado de direito democrático — porque viola o princípio da neutralidade do Estado na garantia das liberdades e da democracia pluralista; e uma grave violação ao Estado social — porque viola o princípio da igualdade entre os cidadãos. Para além de ser impeditiva da liberdade de criação e do estímulo para a excelência, em suma, impeditiva de progresso.

Numa intervenção num Seminário organizado pelo Conselho Nacional de Educação sobre a autonomia das escolas do ensino superior, António Barreto incluiu a *competição* (entre universidades e faculdades) como a segunda das suas propostas, significativamente depois da primeira proposta: «diversificar». Declarou a propósito: «é indispensável e útil que as universidades e as faculdades possam e devam competir entre elas, competir pela qualidade, pela excelência, pelo conforto dos estudantes, dos professores e dos funcionários, pela projecção nacional e internacional, pelos estímulos ao ensino e à investigação, pela modernidade, pela inovação e pelo ambiente pedagógico. Eu sei, todos nós sabemos, que a ideia de competição entre faculdades e entre universidades é particularmente rejeitada pela cultura universitária em vigor. Não estou a falar de competição de mercado — aliás, nunca, ou quase nunca, utilizo o termo mercado quando falo de universidade. A livre escolha do estudante, a liberdade de escolha dos professores e a liberdade de investigação podem ser incluídas numa ideia metafórica de mercado»⁶³. Nesta reflexão de António Barreto está bem clara a ideia de que o elemento mercantil pode estar, mas pode também não estar incluído nos processos sociais de competição [competição que aliás «coexiste com a cooperação, desde que a cooperação seja voluntária»⁶⁴].

Mas o que vale para as escolas do ensino superior vale para todas as escolas, de outros graus de ensino. É aliás para serem diversas, para satisfazer o direito de

abrindo uma limitada possibilidade, nas escolas públicas do ensino secundário, de os órgãos de direcção destas escolas poderem «aceitar pedido de transferência de alunos que manifestem interesse em inscrever-se no estabelecimento pretendido com fundamento no seu projecto educativo» (n.º 3.6).

⁶³ António Barreto, “A autonomia do ensino superior — que horizontes futuros?”, *Autonomia das instituições de ensino superior*, Conselho Nacional de Educação, [Actas do Seminário realizado em 14-06-1999], pp. 110-111.

⁶⁴ António Barreto, *ibidem*.

escolha dos alunos e seus pais e portanto para competirem entre si, que se justifica praticamente a autonomia das escolas, que toda a gente defende⁶⁵.

No sentido metafórico de mercado (na expressão de António Barreto), pode perfeitamente afirmar-se que a Constituição Portuguesa legitima um *mercado escolar*, na medida em que garante a iniciativa privada no ensino escolar em *livre concorrência* com a iniciativa estatal. Foi o próprio legislador (na Lei de Bases do Ensino Particular e Cooperativo) que o interpretou assim, ao regular a organização e a acção das escolas privadas, que aliás fiscaliza, atribuindo-lhes *equivalência* à actividade das escolas do Estado, e até concedendo às escolas privadas, «quando ministrem ensino colectivo que se enquadre nos objectivos do Sistema Nacional de Educação», o gozo «das prerrogativas das pessoas colectivas de utilidade pública»⁶⁶. E foi ainda uma outra importante lei, por sinal chamada Lei da Liberdade do Ensino, que postulou uma concorrência leal entre escolas estatais e privadas, quando estabeleceu o seguinte: «a liberdade do ensino exerce-se nos termos da Constituição e da lei e traduz-se, designadamente, por [...] existência progressiva de condições de livre acesso aos estabelecimentos públicos, privados e cooperativos, na medida em que contribuam para o progresso do sistema nacional de educação, sem discriminação de natureza económica, social ou regional»⁶⁷. Esta expressa proibição de discriminação é enfática: «ausência de qualquer tipo de discriminação, nomeadamente ideológica ou política, na autorização, financiamento e apoio por parte do Estado às escolas particulares e cooperativas...».

Não se pode pois negar que a lei afirma, aqui, peremptoriamente, uma concorrência dos privados com as escolas estatais; nem se pode negar que a lei exclui expressamente qualquer discriminação, mesmo financeira, nessa concorrência — o que, evidentemente, exclui a possibilidade de um monopólio estatal, mesmo de facto⁶⁸.

⁶⁵ Nos debates que ocorreram no âmbito do "Debate nacional sobre educação", foi geral a crítica ao excessivo dirigismo centralista e uniformizador do Ministério da Educação, e a defesa da maior autonomia das escolas — v. "Audições públicas", Conselho Nacional de Educação, *passim*.

⁶⁶ Cfr. Lei n.º 9/79, art. 3.º, n.º 2.

⁶⁷ Cfr. Lei n.º 65/79, de 4 de Outubro, al. e) do art. 2.º.

⁶⁸ Uma prova da real concorrência existente ficou bem demonstrada pelo curioso reflexo das escolas públicas, quando, precisamente alegando um conflito de interesses com as escolas privadas, reivindicaram e obtiveram a limitação, aos professores das escolas públicas, da acumulação de serviço docente em escolas privadas. Era esta uma rara situação em que poderiam sofrer efeitos negativos de concorrência, porque, em geral, estão sempre em vantagem concorrencial, pelo facto do financiamento público. Também se poderá registar outro movimento de reacção anticoncorrencial quando, nas escolas públicas superiores, se reivindicou, para as escolas privadas, a aplicação

É a esta luz que ganha todo o sentido a iniciativa da Lei da Liberdade do Ensino, que, como já se disse, criou um «Conselho para a Liberdade do Ensino»: «é criado junto da Assembleia da República o Conselho para a Liberdade do Ensino, com a atribuição de velar pelo respeito da liberdade do ensino e de apreciar quaisquer infracções à mesma, nos termos da presente lei» (art. 3.º).

Note-se que esta perspectiva de proibir a discriminação do ensino privado perante o ensino estatal (que vimos afirmada nas leis recentes) tem sentido prático; mas, em bom rigor, devia considerar-se uma desnecessidade teórica. Tem sentido prático porque a herança histórica é a de um monopólio e de um privilégio estatal no ensino, face ao qual é preciso garantir o ensino privado, extinguindo a anterior discriminação a favor do Estado. É uma desnecessidade teórica porque, hoje por hoje, o Estado já não pode ser levado à conta de Estado-educador; e, por isso (embora conservando o papel de Estado regulador), já não pode considerar-se (como Estado prestador) em verdadeira igualdade com os privados, mas apenas num papel subsidiário e instrumental, incompatível com qualquer privilégio ou monopólio. É a este propósito que se levanta o problema de interpretar a obrigação do n.º 1 do art. 75.º da CRP.

5.3. *A interpretação do n.º 1 do art. 75.º da Constituição*

Perguntarão alguns: mas então, e a obrigação constitucional do n.º 1 do art. 75.º? Aí se diz: «o Estado criará uma rede de estabelecimentos públicos de ensino que cubra as necessidades de toda a população». A resposta é evidente. A menos que se admitisse que o desígnio constitucional é obrigar ou pressionar as pessoas a preferir a escola estatal, o que seria um absurdo, a interpretação que tem de dar-se à expressão, «que cubra as necessidades de toda a população», só pode querer dizer: *que cubra as necessidades de todos os que livremente desejarem a escola estatal. Isto é, sem ofensa das liberdades de educação, sem ofensa da concorrência dos privados e da sua não discriminação.*

do principio do *numerus clausus* — aliás com manifesto abuso de poder, porque o *numerus clausus* é uma arbitrariedade que o Governo pode mandar nas suas escolas, mas não pode impor nas escolas privadas, para aquém das limitações físicas e pedagógicas tecnicamente existentes em cada caso — aliás, o *numerus clausus* foi sempre inconstitucional, porque foi abaixo destas limitações. Verificou-se, ainda, uma evidentemente intencional multiplicação de criação de cursos, nas universidades públicas, copiando, por vezes à letra, exactamente as iniciativas mais criativas das universidades privadas — o que não deixou de merecer críticas que vieram a público, não porque era concorrência, mas sim porque era desleal.

Com esta interpretação, a existência de uma rede escolar do Estado, capaz de acolher todos os que a desejarem frequentar, não cria uma opressão sobre as liberdades; nem cria necessariamente uma concorrência desleal por parte das escolas estatais. O que provoca a consequência da concorrência desleal entre escolas, estatais e privadas, e da discriminação entre cidadãos, é, isso sim, a não satisfação (através do financiamento público) de uma efectiva *igualdade de oportunidades* para todos os cidadãos de frequentarem as escolas privadas; a fim de que, no exercício da sua liberdade (jurídica) de aprender, possam preferir (não apenas *por direito*, mas também *de facto*), como educação escolar da sua livre escolha e sem penalização financeira, quer as escolas estatais quer as privadas – igualdade de oportunidades aliás expressamente imposta pelo art. 74.º da CRP.

Em conclusão: no mercado constituído pelo sistema escolar português, em que se integram as escolas estatais e as escolas privadas⁶⁹, o monopólio estatal do financiamento público exclusivo às escolas estatais é, de facto, um injusto e injustificado monopólio. E sobre monopólios do Estado, escreveu recentemente Vital Moreira: «só há uma coisa pior do que um monopólio público: é um monopólio privado»⁷⁰.

Nesta afirmação, a ideia subjacente é que os monopólios, públicos e privados, são, em absoluto, das piores coisas; e que, em termos relativos, só um monopólio privado é pior do que um monopólio público. Pois bem: merece-nos inteira concordância a ideia de que ambas as coisas são absolutamente muito más; mas se as quisermos ordenar entre si, então nos parece que a conclusão justa é a inversa. Porque –, se pensarmos que o poder do Estado é muito mais potente e virtualmente opressor do que o poder dos privados, e que o poder dos privados não oprime sem o aval activo ou passivo do poder do Estado (como a história dos totalitarismos, dos autoritarismos e dos individualismos demonstra) –, então diríamos que é bem mais perigoso um monopólio público do que um privado. Por isso, nós concordamos com Vital Moreira apenas no mérito absoluto, mas não no mérito relativo da sua apreciação: lá onde a questão é a de combater o poder dos monopólios contra a liberdade das pessoas e a sua eminente dignidade, *só há uma coisa pior do que um monopólio privado: é um monopólio público*. Toda a história milenar da opressão das liberdades individuais pelo Estado o prova: historicamente, o Estado quase sempre defendeu a segurança com sacrifício da justiça, isto é, das liberdades iguais. O Estado não tem em si a virtude de defender as liberdades: não é o Estado que garante as

⁶⁹ Recorde-se que, como já vimos, a lei determina que as escolas privadas fazem parte da rede escolar nacional.

⁷⁰ Vital Moreira, blog *Causa Nossa*, 03-07-2007.

liberdades, são as liberdades (e a democracia, isto é, a *domesticação* do Estado) que *limitam* o poder do Estado e o *transformam* em instrumento institucional de garantia das liberdades e da democracia.

Em muitos países, mesmo em democracia pluralista, existe hoje um debate público, integrado na luta pelos direitos humanos e pela liberdade — e também na luta pela *racionalização* dos serviços públicos criados desde o século XIX numa óptica de Estado e de *direito objectivo*, não na óptica de uma ordem pública de direitos humanos *subjectivos* —, que expressamente se enuncia na alternativa: a favor ou contra o monopólio do Estado no ensino escolar⁷¹. Uma prova de que é analiticamente normal (e isto é o que importa, não uma razão ideológica) aplicar a teoria dos mercados no estudo dos sistemas educativos nacionais, em que os privados concorrem com o Estado, é o facto de, na rede europeia «Eurydice» (rede informativa para a educação na União Europeia, que trabalha com a participação activa dos próprios Estados nacionais e suas Administrações Públicas escolares), se aplicar a análise teórica dos mercados ao estudo comparativo dos sistemas educativos europeus⁷². Aliás, e como é bem sabido, o estudo *crítico* dos serviços públicos faz desde há muito parte das especialidades curriculares nas melhores escolas de economia e gestão, bem como das escolas de ciência política, e a bibliografia é enorme⁷³.

⁷¹ Está desde há muito presente, no panorama americano, a defesa das liberdades de escolha e de oferta de educação escolar contra o monopólio do Estado — cfr. Julian Le Grand; Ray Robinson, *The economics of social problems. The market versus the State*; Robert B. Everhart (coord.), *The public school monopoly. A critical analysis of education and the State in american society*.

⁷² Cfr. *Financing and management of resources in compulsory education. Trends in national policies* — cujo Capítulo 6 tem por título «ensino e mercado concorrencial», no qual se desenvolve uma longa e pedagógica aplicação da teoria dos mercados ao ensino.

⁷³ V. a mais recente publicação de Julian Le Grand [conhecido professor na *London School of Economics* que foi assessor do Primeiro Ministro Tony Blair], *The other invisible hand. Delivering public services through choice and competition*, onde se dedica um vasto capítulo à educação escolar. Nesta obra, depois de uma tipificação e breve caracterização dos mecanismos fundamentais do funcionamento dos sistemas de prestação de serviços públicos (a confiança, o comando-e-controlo, a *gestão-participativa* e a mão invisível), analisa-se e critica-se muito detidamente a «tradição intelectual que reage fortemente contra a argumentação favorável à utilização do modelo de prestação de serviços públicos com base na escolha e na competição»; e, precisamente para o caso da educação escolar, conclui-se favoravelmente à adopção de um sistema combinado de escolha e competição — cfr. pp. 54 ss. Contra os defensores da alegada ética dos serviços públicos e da alegada demonização dos privados, Le Grand afirma: «a verdade é que o sector público não tem o monopólio da virtude e o sector privado não tem o monopólio do vício» — p. 62.

Verifica-se efectivamente que toda a concepção dos serviços públicos na área da produção de bens económicos e de serviços de bem-estar, que num certo tempo histórico e ideológico foram monopólios públicos, está actualmente em reforma e privatização, especialmente na Europa, precisamente com aplicação da *teoria dos mercados*. O caso dos sistemas educativos não foge a esta tendência, como se ilustra sobretudo com as reformas consumadas na Suécia e na Inglaterra⁷⁴ (para além da consolidação dos exemplos em que a *solução social liberal* é antiga, e dos ensaios reformistas noutros países), em que se estabeleceu uma igualdade de concorrência entre as escolas estatais e as privadas na base equitativa do financiamento do Estado para umas e para outras⁷⁵. E não é caso de convocar para esta questão as grandes alternativas ideológicas de Estado; porque, do que se trata é do maior ou menor respeito pelos direitos individuais («taking rights seriously») na base democrática da organização do Estado social.

Numa breve síntese sobre “a liberdade de ensino na Europa: factos, tendências e desafios”, escreve um autor: em diversos países, a defesa do sector privado, em matéria de ensino, parece estar directamente relacionada com as opções políticas formais. A concepção socialista dos direitos ao ensino é, historicamente, entendida como hostil ao pluralismo externo, defendendo que a diversidade e a liberdade devem ser exercidas *no próprio seio* das escolas e não *entre diferentes escolas*. Na sua essência, existe um conflito polarizado entre, por um lado, a opção por um sistema público uniforme e neutro, controlado por um governo «único e laico» e, por outro lado, a opção por um pluralismo externo e pela escolha dos pais entre escolas diferentes, a partir de um sistema diversificado, que é principalmente de inspiração religiosa. Em grande medida, este eterno debate culmina numa discordância sobre a definição do “ensino público”. Uma vez que fornecem um serviço público à sociedade, para o qual é muitas vezes acordado pelo Governo um apoio financeiro, as escolas não-estatais poderiam ser consideradas como parte do sistema do ensino público (mas “não oficial”), agindo ao

⁷⁴ Na Inglaterra, depois da reforma do Primeiro Ministro Tony Blair, que liberalizou a subsídio pública ao ensino, David Milliban, que foi conselheiro de Tony Blair e é actualmente Ministro dos Negócios Estrangeiros de Gordon Brown e candidato a seu sucessor, «assinala como futura tarefa dos trabalhistas a *imaginação para distribuir mais poder e controlo aos cidadãos sobre a educação, a saúde e os serviços sociais que recebem*» – cfr. *Expresso*, 02-08-2008.

⁷⁵ Para uma referência actualizada a um grande número de reformas neste sentido, cfr. Julian Le Grand, *The other invisible hand*; e os documentos *Eurydice*, da União Europeia, sobretudo o já citado anteriormente sobre o financiamento e ainda: *Private education in the European Union; organization, administration and the public authorities' role. Comparative study*, 1999-2000.

serviço do interesse público. Certos países delineiam doutro modo os parâmetros do “ensino público”. A maior parte das escolas católicas da Inglaterra faz parte do sistema “público”, enquanto que, na Holanda ou na Bélgica, recebendo o mesmo subsídio do Estado, são consideradas “privadas”⁷⁶.

5.4. A função de bem-estar não é monopólio de Estado

Importa agora considerar o segundo aspecto da questão atrás enunciada, respeitante à razão de ser da função estadual da promoção do bem-estar: é ela uma função exclusiva de soberania?

Antes de mais, importa distinguir, no exercício da função de bem-estar: por um lado, [1] o que podem ser as regulações de interesse público sobre as condutas dos particulares e sobre os próprios sistemas públicos de bem-estar; e, por outro lado, [2] as actividades prestativas, em si mesmas, na sua organização, direcção e desempenho.

Claro que as *regulações de bem-estar*, quer ordenando as condutas dos particulares, quer organizando os regimes jurídicos públicos prestativos, determinadas por finalidades de interesse público de bem-estar colectivo, só podem ser estabelecidas pelo Estado. Os privados não podem vincular a organização da sociedade de bem-estar. Em rigor, trata-se de regulações da ordem pública: a proibição ou a imposição de certas condutas, em nome do bem-estar publicamente assumido pelo Estado, e a criação jurídica de sistemas prestativos em matéria de segurança social, de saúde pública ou de ensino escolar, como por exemplo, a imposição da segurança social obrigatória, da vacinação obrigatória e do ensino obrigatório.

Mas o mesmo não se pode afirmar, em princípio, para a titularidade e para a produção e disponibilização das próprias actividades prestadoras de bens e serviços materiais e sociais correspondentes dos regimes públicos de bem-estar. Tratando-se de produzir e disponibilizar bens ou serviços, tanto os privados como a Administração Pública o podem fazer, em princípio. Assim, não existe aqui um *monopólio natural do Estado*. Por exemplo: para a produção e disponibilização de cuidados de saúde (satisfatórios do sistema público de saúde), tanto uma clínica privada como uma clínica estatal são igualmente capazes e competentes. E não se pode dizer que, pelo facto de ser necessária uma disciplina legal e administrativa (estadual) para o

⁷⁶ Ethienne Verack, “Educação, uma questão de liberdade: liberdade de ensino na Europa – factos, tendências e desafios”, *Pastoral catequética, revista de catequese e educação*, Janeiro-Abril, 2005, pp. 77-78.

sistema público de saúde, se torne necessário que só as clínicas estatais possam produzir e disponibilizar as respectivas prestações de saúde.

Tomando os exemplos mencionados, um dado regime de segurança social obrigatório, um dado regime de saúde pública, um dado regime de escolaridade obrigatória, podem ser material e socialmente executados, quer por serviços do Estado, quer por serviços privados – sem prejuízo das regulações públicas e da fiscalização do Estado. A nossa experiência política mostra que os regimes de segurança social, de saúde e de ensino são satisfeitos quer por serviços estatais, quer por serviços privados, quer por uns e outros. Por vezes, os regimes impõem aos privados a responsabilidade desses serviços, como no caso dos seguros de acidentes de trabalho e de certas vacinações; noutros casos, o Estado garante em formas variadas, em regra não exclusivas, a efectiva prestação de bens e serviços materiais, como nos seguros sociais de desemprego, na saúde e no ensino.

A esta luz, portanto, não é legítimo insinuar a ideia de que, porque se trata de uma *intervenção do Estado* de bem-estar, é impertinente falar de monopólio nos casos em que o Estado reserve para si o exclusivo das prestações públicas de bem-estar – alegando que, prosseguindo o *interesse público* do bem-estar colectivo, o Estado exerce uma função que não é facultativa, mas sim obrigatória para o próprio Estado, portanto numa não-concorrência com as actividades e liberdades privadas, que tipicamente prosseguem *interesses privados*.

Esta argumentação contém desde logo um sofisma, porque confunde a obrigação de regular e garantir determinados resultados funcionais, com os termos monopolistas sobre os meios práticos da sua produção. São coisas distintas. Constitui um erro primário pensar que existe contradição entre obrigatoriedade e subsidiariedade no desempenho de uma função. Aliás, os serviços públicos de bem-estar são sempre, em princípio, determinados por lei ordinária, ainda quando se entenda que visam a satisfação de direitos sociais fundamentais. Ora, a lei não está em princípio constitucionalmente obrigada a criar monopólios estatais quando se trate de satisfazer direitos sociais; e nem mesmo quando se quer servir o bem-estar sem referência a direitos fundamentais.

Por outro lado, é ainda um erro maior pressupor que os privados, quando prosseguem interesses privados, não concorrem na satisfação do interesse público de bem-estar, e portanto não *concorrem legitimamente* com o Estado na prossecução da função pública de bem-estar. Apesar de ainda nela se poderem notar vestígios colectivistas da sua génese, a Constituição afirma, até mesmo para a própria iniciativa económica – normalmente aquela iniciativa privada que é mais conotada com o interesse meramente privado e egoísta – que ela é livre e se exerce «*tendo em conta o interesse geral*» (art. 61.º). Por outro lado, se há coisa evidente, no texto constitucional,

é a expressa pressuposição de que as actividades das entidades privadas são decisivas na produção das prestações fácticas indispensáveis ao bem-estar: leiam-se as normas dos artigos 53.º e seguintes, sobre os diversos direitos sociais enunciados, e lá se encontram numerosas explicitações da pressuposição das actividades privadas para a sua satisfação, e até a afirmação do dever de o Estado *apoiar* e *coordenar* as entidades privadas que satisfazem direitos sociais – por exemplo, nos casos da segurança social e solidariedade (art. 63.º), dos serviços de saúde (art. 64.º), do direito à habitação (art. 65.º), dos direitos sociais à protecção da família (art. 67.º), das crianças e dos idosos (arts. 70.º e 72.º), do direito ao ambiente e qualidade de vida (art. 66.º), etc. Só um grosseiro preconceito colectivista é que poderia pensar que por princípio as iniciativas e actividades privadas são despossuídas de interesse para a colectividade. Um tal preconceito levaria a colocar a cargo do Estado a satisfação de todos os interesses comuns, ou gerais – o que representaria não apenas a miséria civil, mas até a morte civil, um verdadeiro totalitarismo. De facto e de direito, o Estado não fornece senão uma pequena parcela do bem-estar geral. Resta saber qual e como.

Assim, e sem prejuízo do princípio da responsabilidade do Estado em prol do interesse público de bem-estar, não se pode afirmar que as respectivas iniciativas estaduais não concorrem com as iniciativas privadas. Se assim fosse, estaríamos a prestar tributo a um conceito de totalitarismo de Estado; ora, numa «democracia constitucional», a própria liberdade de iniciativa dos privados, traduzida no exercício de *direitos* e *deveres* fundamentais, é obviamente, ela própria, de interesse público fundamental.

Deve sublinhar-se: não apenas de *direitos*, mas também de *deveres* fundamentais. O Estado não pode impedir ou dificultar aos cidadãos, nem o exercício dos direitos, nem o cumprimento dos deveres fundamentais, sob pena de ofensa à sua dignidade pessoal e ao Estado de direito democrático. Apesar de os deveres fundamentais não terem merecido, nos instrumentos supranacionais de direitos humanos e nas Constituições dos Estados, uma menção especificada comparável com a dos direitos fundamentais, isso tem a ver com problemas políticos e institucionais práticos (de que não podemos aqui dar conta), mas não significa a irrelevância constitucional dos deveres humanos fundamentais, e desde logo do dever fundamental de solidariedade que se especifica em actividades de serviço ao bem-estar da comunidade. Como se diz logo no art. 1.º da Declaração Internacional dos Direitos do Homem, «todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade». *Agir em espírito de fraternidade* exige cumprir os deveres de solidariedade, o que pressupõe que o Estado não absorve toda a função de solidariedade social. Aliás, o verdadeiro progressismo social não está no crescimento do Estado, mas sim na perfeição da sociedade.

Portanto, a iniciativa privada na oferta de prestações de bem-estar de interesse público tem plena legitimidade humana, social e constitucional; e não afecta a função do Estado — apenas a condiciona, de acordo com o princípio da subsidiariedade, como veremos adiante.

Por sua parte, os cidadãos podem legitimamente preferir as prestações de bem-estar oferecidas pelos privados (igualmente no exercício da sua liberdade fundamental). Daí que se reconheça que *o particular pode obter a satisfação das suas pretensões prestacionais através do comércio privado*⁷⁷ — sem ou com apoios financeiros do Estado.

Em suma, é um princípio democrático geral que a livre e legítima iniciativa privada (de acordo com a Constituição e com as leis) é de interesse público. Neste sentido, é o exercício dos direitos individuais fundamentais que determina o interesse público, e não há um interesse público contra as liberdades individuais fundamentais. É verdade que as prestações de bem-estar podem ser *instrumentalmente* determináveis pelo Estado em termos objectivos, no quadro do Estado de direito democrático e social; mas aí o Estado não pode esquecer que está constitucionalmente vinculado à função dos direitos sociais: funcionalmente, teleologicamente, as prestações visam um resultado que é *essencialmente* medido em termos *subjectivos* pelos cidadãos (esta subjectividade é recheio essencial das liberdades individuais fundamentais); e não se podem conceber como monopólio de Estado.

Sucedo, além disso, que, além das razões liberais e democráticas, se afirmam hoje também razões económicas e antiburocráticas a favor da *privatização* de serviços públicos de bem-estar tradicionalmente estatizados, sem prejuízo da sua função. Escreveu, a propósito, Vital Moreira: «a liberalização e privatização dos antigos serviços públicos prestacionais, como as telecomunicações, não significa a eliminação de “obrigações de serviço público”, incluindo o “serviço universal” (acessibilidade de toda a gente ao serviço a preços regulados) e as tarifas sociais, para as pessoas com menores rendimentos. Assim se concilia a abertura ao mercado com os serviços públicos»^{78,79}.

Sinais claros desta problemática — hoje crescente precisamente no seio do Estado de direito democrático e social — revela-se na teoria do direito administrativo,

⁷⁷ Neste sentido, também Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 408.

⁷⁸ *Causa Nossa*, 22-05-2007.

⁷⁹ Tenha-se presente, ainda, que o Estado não está impedido de prosseguir interesses privados — é bem conhecido o exemplo histórico das «explorações do Estado [que] são empresas que se organizam e actuam como qualquer empresa capitalista privada. São empresas de capitalismo de Estado» - Teixeira Ribeiro, *Economia Política*, p. 228. Também aqui se tem hoje de entender pertinente a aplicação da teoria dos mercados e do combate antimonopolista.

que dá conta de múltiplas formas de *participação* dos privados na esfera das actividades de carácter administrativo, e de uma certa *privatização* da própria Administração Pública⁸⁰. Este fenómeno está visível na ordem do dia, em Portugal, nas reformas da Administração Pública — a ponto de os trabalhadores dos serviços públicos da Administração de bem-estar perderem o tradicional estatuto de funcionários públicos e passarem para o regime jurídico privado do contrato de trabalho, como aliás se verifica em outros países europeus. E está também visível, de modo ainda mais evidente, nas orientações da União Europeia, designadamente no sentido de uma irrecusável reforma dos traços estatais burocráticos do modelo social europeu.

Aliás, a ideia essencial não é uma real inovação; pelo contrário, trata-se de regressar equitativamente a uma ideia clássica, de limitação das manifestações de poder excessivo do Estado, e de garantia da intervenção dos cidadãos. É o que, aliás, se pode redescobrir na ideia da *democracia participativa*, que reivindica uma participação dos privados nas formas de exercício das funções públicas, até daquelas que, por princípio, são atribuídas exclusivamente a órgãos de Estado — um exemplo bem expressivo, entre nós, é o *direito de participar na elaboração da legislação do trabalho*, que a Constituição garante às associações sindicais (al. a) do n.º 2 do art. 56.º). Para já não falar do papel dos partidos políticos, que, sendo associações de direito privado constituídas no exercício e para o exercício de liberdades pessoais civis fundamentais, embora com especificidades de regime, contudo intervêm (e privilegiadamente) no exercício de poderes de soberania. Registem-se, ainda, alguns fenómenos de parcial privatização de serviços públicos de soberania ou poder público, como por exemplo os do notariado e da segurança pública. Tudo isto evidencia que o fenómeno da desmonopolização dos serviços públicos tradicionais nem é verdadeiramente restrito à esfera da função do bem-estar social.

Considerando então a incidência destas considerações na área do ensino, verifica-se que as vozes politicamente adversárias do ensino privado não têm razão. Aliás, não apresentam prova constitucional e jurídica, porque a lei e a jurisprudência são inequívocas, desde as leis de 1979. Como registou Paulo Adragão⁸¹, com base no Parecer n.º 4/79 da Comissão Constitucional: «a satisfação da necessidade de ensino, correspondendo a uma função de interesse público, pode com efeito ser cabalmente assegurada por entidades particulares, porque não constitui [...] matéria intrinsecamente pública [estatal]». E da legislação posterior a este parecer da Comissão Constitucional, ressalta ainda mais irrecusavelmente a tese que recusa o monopólio

⁸⁰ Cfr. Maria João Estorninho, *A fuga para o direito privado*.

⁸¹ Paulo Adragão, *A liberdade de aprender e a liberdade das escolas particulares*, p. 250.

estatal da satisfação do serviço público escolar, designadamente da própria Lei de Bases do Sistema Educativo: art. 55.º (1) «os estabelecimentos do ensino particular e cooperativo que se enquadrem nos princípios gerais, finalidades, estruturas e objectivos do sistema educativo são considerados parte integrante da rede escolar; (2) no alargamento ou no ajustamento da rede, o Estado terá também em consideração as iniciativas e os estabelecimentos particulares e cooperativos, numa perspectiva de racionalização de meios, de aproveitamento de recursos e de garantia de qualidade».

5.5. O princípio fundamental da subsidiariedade do Estado

A questão que temos vindo a tratar na rubrica anterior pode e deve ser reconduzida à sua correcta expressão principiológica. Para o efeito, é indispensável distinguir o carácter das várias funções do Estado e das várias actividades da Administração Pública, segundo a titularidade e a natureza dos interesses em causa, os fins em vista, a legitimidade dos sujeitos que os podem e devem prosseguir e os meios necessários mais razoáveis e eficientes. Procedendo deste modo, conclui-se depois quais as funções e actividades do Estado que são, por natureza, da sua exclusiva competência; e quais aquelas em que há, ou pode haver, concurso ou concorrência dos privados, e em que termos. Muito sumariamente, pode dizer-se o seguinte.

Como é sabido, a teoria política afirma que ao Estado competem três grandes funções: a da defesa externa, a da ordem interna e a da promoção do bem-estar na vida da comunidade dos cidadãos⁸².

As funções da segurança externa e da ordem interna são atribuídas ao Estado em regime de monopólio — porque, para além de razões de economia de escala, não seria concebível que privados pudessem responsabilizar-se por essas funções, quando, pela sua própria estrutura e natureza, a respectiva realização exige o exercício de poderes de *imperium* sobre os próprios privados. Nenhuma iniciativa ou organização de privados poderia representar externamente a comunidade política, organizar exércitos e garantir a defesa externa do território e da sociedade política, se necessário pela guerra, uma vez que não tem recurso nem viável nem legítimo à coerção (até ao limite de incluir a coacção física extrema) sobre os cidadãos. Do mesmo modo, não é concebível que alguma organização de privados pudesse legislar, executar as leis (*governar*) e aplicar coercitivamente as leis aos cidadãos (*julgar*), em tudo isto usando do monopólio da força pública.

⁸² Ou, numa outra formulação talvez mais abstracta: a segurança, a justiça e o bem-estar — cfr. Diogo Freitas do Amaral, “Estado”, *Polis*, vol. 2 (D-F).

Observe-se, não obstante, que — como adverte Vieira de Andrade — estes monopólios não são totalitários, isto é, não compreendem tudo o que respeita ao cumprimento das respectivas funções, mas apenas aquilo que é indispensável por imperativo de supletividade: porque uma coisa é o monopólio da força pública, outra coisa é o monopólio ou exclusividade do preenchimento de uma função ou da prossecução de um interesse relevante para a colectividade⁸³.

Porém, quanto à *função de promoção do bem-estar*, para as suas concretas formas prestativas, a necessidade de atribuição de um monopólio de poder soberano não se pode afirmar, porque não se explicita tipicamente pelo *exercício de poderes públicos coercitivos* sobre os cidadãos, nem pelo poder de *organização jurídica da Administração Pública*, mas sim essencialmente por *actividades prestativas de bens e serviços*; e estas formas prestativas fácticas podem, sem impedimento de finalidade, de estrutura ou de eficácia, ser realizadas pelo Estado ou por entes privados. Seja, por exemplo, o caso da execução de *prestações sociais* no desemprego, na doença, na pobreza, na velhice, na habitação, na saúde, na acção social, na protecção da criança, na educação, etc.

Nestes e noutros casos (subsídios, serviços sociais), está fora de causa (no Estado de direito democrático) que as prestações sejam (directa ou indirectamente, sequer) imposições coercitivas de autoridade pública, limitando ou comprimindo, mesmo apenas de facto, as liberdades pessoais; e por isso reservadas absolutamente ao poder soberano do Estado. A função de realizar prestações, como condições fácticas de bem-estar social, é por natureza extrínseca e de carácter instrumental relativamente à autonomia da pessoa humana: visa a potenciação das condições materiais e sociais da sua dignidade, a qual exige auto-realização. Em suma, aquela função prestativa de bem-estar não pode contradizer as liberdades pessoais de escolha⁸⁴: a *liberdade fáctica* não pode ser concebida e *oferecida* (muito menos imposta) contra a *liberdade jurídica*.

Esta doutrina tem de reafirmar-se, no quadro do Estado de direito democrático, contra um vulgar desvio burocrático e autoritário de providencialismo de Estado. Porque a dignidade e a realização da pessoa humana só pode ser titulada e protagonizada pelas próprias pessoas: logo depois do direito à vida e à integridade moral e física, a Constituição afirma como direito fundamental o direito ao desenvolvimento da personalidade (art. 26.º), o que exclui um qualquer providencialismo que,

⁸³ J. C. Vieira de Andrade, “Supletividade do Estado e desenvolvimento”, Mário Pinto; Leite Garcia; João Seabra (coord.), *Gaudium et Spes. Uma leitura pluridisciplinar vinte anos depois*, pp. 113 ss.

⁸⁴ E só aceitam uma ordem pública que, porque tem o sentido de ser a próprio benefício do seu justo exercício por todos, nunca poder ser contra elas.

em vez de libertar, limite ou distorça a auto-realização. São numerosos os autores ilustres que assinalam o perigo e a perversidade dos excessos do providencialismo de Estado, não apenas pelas suas desastrosas consequências económicas, mas ainda pela sua própria contradição com os direitos e deveres humanos fundamentais — escreve, por exemplo, Häberle: «uma mais intensa “estatização das prestações” seria concebível, mas é travada pelos direitos fundamentais, uma vez que em definitivo ela redundaria em prejuízo da liberdade e da humanidade»⁸⁵.

Por isso se requer que, antes e acima de tudo, a liberdade pessoal de escolha seja respeitada, garantida e apoiada: esta *função de libertação* passa, *absolutamente*, pela garantia *externa* do exercício pessoal dos direitos e liberdades individuais, o mais plenamente possível; e passa, *subsidiária e instrumentalmente*, pela realização de prestações materiais, ou criação de condições sociais e culturais (com carácter externo, instrumental e supletivo) consideradas indispensáveis à efectiva exercitação, exercitação livre e pessoal, das liberdades.

Mais, ainda: as actividades privadas que realizam prestações de bem-estar são, em si mesmas, integrantes das liberdades fundamentais dos cidadãos que assim as exercitam. Por exemplo, a Constituição proclama como direito fundamental (de todas as pessoas individuais e das pessoas colectivas específicas) a criação de escolas privadas, que por lei satisfazem o serviço *público* da escolaridade obrigatória⁸⁶. Além disso, e como já se notou acima, a Constituição expressamente declara, para certos direitos sociais, que a sociedade civil os deve satisfazer — nalguns casos, como na educação dos filhos e na protecção da família, da maternidade, dos jovens, a sociedade desempenhou sempre de facto, e por direito natural, um papel que precedeu e precede o papel do Estado. Assim, quer pela sua natureza quer pela sua função, pode dizer-se que as actividades que realizam as prestações de bem-estar, constitucionalmente garantidas, são da *esfera pública*, isto é, *de interesse público*, mas não são uma *esfera estatal*⁸⁷.

Por outro lado, a leitura das disposições constitucionais que impõem tarefas de bem-estar ao Estado também revelam o seu papel instrumental e subsidiário — são constantemente usadas expressões tais como: «promover» ou «assegurar condições»

⁸⁵ Häberle, *I diritti fondamentali nello stato delle prestazioni*, p. 245.

⁸⁶ Em comentário à consagração deste direito, Gomes Canotilho e Vital Moreira observam (*Constituição da República Portuguesa anotada*, p. 628): «trata-se afinal de estender ao serviço de ensino a liberdade de iniciativa económica privada e cooperativa (art. 61.º)». Deverá comentar-se: não é apenas a liberdade de iniciativa económica que assim é «estendida», mas também a liberdade em outras das suas importantes dimensões ou referências: cultural, científica, educativa, religiosa, de ensino; enfim, a liberdade *tout court*.

⁸⁷ Cfr. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Diritto e secolarizzazione*, maxime pp. 102 ss.

(art. 58.º, direito ao trabalho); «promover a democratização da educação» (art. 73.º); e outras de análogo sentido promocional ou ancilar, sempre em referência a actividades e direitos fundamentais da pessoa humana.

No artigo 9.º da Constituição, dedicado à enunciação das «tarefas fundamentais do Estado», atribui-se ao Estado — na al. b) — a tarefa de «garantir os direitos e liberdades fundamentais»; mas, em termos diferentes — na alínea d) —, a tarefa de «promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais e ambientais...». Note-se bem: o verbo, na primeira tarefa, é *garantir*; mas, na segunda tarefa (em que se inclui efectivação dos direitos sociais), é apenas *promover*.

De um modo ou de outro, todas essas disposições impõem à sociedade e ao Estado a promoção de certas condições fácticas necessárias à garantia de direitos fundamentais: se bem notarmos, todo o elenco dos direitos sociais pode reconduzir-se a uma correspondência a «direitos, liberdades e garantias». Em numerosos casos, encontra-se claramente uma correspondência específica, de certo direito social a certo direito de liberdade⁸⁸; mas ainda quando esta correspondência específica for menos identificável, os direitos sociais têm sempre uma correspondência ao direito fundamental de liberdade, de dignidade e de auto-realização pessoal.

Sendo assim — concluamos, então —, a satisfação de condições para o exercício efectivo de direitos de liberdade (por via dos direitos sociais) é necessariamente uma função constitucionalmente subsidiária (o que não quer dizer abstencionista). O facto de as tendências liberais e estatistas advogarem ainda hoje a menor ou maior intervenção do Estado no sistema das prestações de bem-estar — em debate com as *terceiras vias* ou posições centristas ou reformistas, que são actualmente mais representativas do que as extremas — demonstra também a natureza política não exclusiva (e portanto não monopolista) da função de bem-estar do Estado⁸⁹.

⁸⁸ É fácil comprovar com alguns exemplos esta correspondência funcional mais geral: liberdade de constituir família (art. 36.º) e dever de o Estado apoiar a família (direito social do art. 67.º); liberdade de escolha da profissão (art. 47.º) e dever de o Estado «promover a igualdade de oportunidades na escolha da profissão» (direito social do art. 58.º); liberdade de aprender e de ensinar (art. 43.º) e dever de o Estado «promover a democratização da educação realizada através da escola e de outro meios formativos» e assegurar várias dimensões da política educativa (direito social dos arts. 73.º e 74.º).

⁸⁹ Uma interessante exposição, que ilustra a dialéctica de *ponderação* sobre o papel do Estado na área social, pode ler-se no registo de uma exposição oral de Gomes Canotilho (num “Seminário Educação e Família”, realizado pelo Conselho Nacional de Educação), sob o tema: “O sentido actual da intervenção do Estado”, *Educação e família. Actas de um Seminário realizado em 27 de Maio de 2004*, Conselho Nacional de Educação, Lisboa, 2005, pp. 115-126. Muito curiosamente, Fernando Adão da Fonseca diz ter sido estimulado por esta intervenção de Gomes Canotilho, que a dado

Voltando ao nosso tema: os interesses que estão em jogo, os interesses que se satisfazem através da oferta de ensino escolar, são *primacialmente* os interesses *privados* dos cidadãos, titulares dos direitos fundamentais de liberdade de educação e titulares também dos *correspondentes* direitos sociais (portanto: *interesses privados relevados pelo interesse público*). Nenhum outro interesse, seja dito público ou não, se pode impor em contrário à prossecução desses interesses inerentes nas liberdades pessoais fundamentais, num Estado de direito democrático e social — suposto que não está em causa nem a dignidade das pessoas nem a *correspondente* ordem pública. Nesta matéria, o Estado não tem, nem pode ter, nenhum interesse diferente daquele que afinal consiste na garantia *jurídica e fáctica* (esta orientada àquela) dos direitos de liberdade fundamentais dos cidadãos, mediante os quais eles exercitam o seu *direito fundamental de desenvolvimento da personalidade* (constitucionalmente garantido no art. 26.º)⁹⁰. Na satisfação deste primacial interesse pessoal consiste o verdadeiro interesse público.

Neste sentido, ensina-se assim num manual espanhol de referência: «*Hoy, el interés público primario es, justamente, el respeto y el servicio de los derechos fundamentales, cuyo libre y pacífico ejercicio es el fundamento mismo del orden público [...] y no el objetivo a eliminar para una transpersonalización de éste*»⁹¹.

passo usou a expressão “Estado garantidor”, para depois intitular o que veio a ser a sua proposta de discussão sobre «o Estado Garantia», desenvolvida nos chamados «Encontros dos Jerónimos» (v. Fernando Adão da Fonseca, “Estado garantia: o Estado social do século XXI?”, *Nova Cidadania*, n.º 31, 2006) que Gomes Canotilho por sua vez apreciou (v. “Sobre os fundamentos éticos e morais do Estado social”, *Nova Cidadania*, n.º 31, 2006). Para outras intervenções ainda dentro do mesmo debate dos «Encontros dos Jerónimos», v. *Nova Cidadania*, números 31, 32, 33.

⁹⁰ É por isso que se torna *mistificatório* da questão essencial, que é jurídico-constitucional de direitos fundamentais, um certo discurso, pseudo objectivo, sobre a comparabilidade social-científica das soluções de alargar ou não a liberdade de escolha das famílias na educação escolar, a qual objectivamente (mas não sem constantemente qualificar ideologicamente os adversários) resiste *cientificamente* à maior liberdade dos cidadãos – v., por exemplo, João Barroso (org.), *A escola pública. Regulação. Desregulação. Privatização*, 2003.

⁹¹ Vale a pena transcrever mais amplamente o ensino de García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, II, 1989, pp. 60-61. «Los derechos fundamentales constituyen, indudablemente, principios generales del ordenamiento positivados solemnemente en la Constitución, y, por tanto, de eficacia no discutible. Vinculan directamente a la Administración y a los Tribunales que la juzgan (art. 53, 1 de la Constitución). En consecuencia, por una parte (deber de abstención antes aludido), constituyen verdaderos límites a los poderes administrativos, tanto normativos como discrecionales, límites evidentemente infranqueables, tanto por su carácter genérico de principios generales dominantes del ordenamiento como por su específico rango constitucional. Por otra parte, la Administración no sólo no puede penetrar en el círculo exento de estos derechos, sino que la alcanza la obligación positiva de servirlos en los términos del art. 9,

Portanto, é seguro que, na realização da função de bem-estar, o Estado não tem, não pode ter, um monopólio, nem natural nem constitucional; pelo contrário, e conseqüentemente, está sujeito ao *princípio fundamental da subsidiariedade*. Este princípio é secularmente conhecido na história da filosofia política, e teve uma consagração positiva recente muito importante na institucionalização da União Europeia. Ele não implica de forma simplista uma ideia liberal abstensiva ou minimizadora das funções das organizações políticas superiores, designadamente supra-estaduais ou estaduais; ao contrário, implica uma ideia de intervenção pro-activa do Estado, e das instâncias ou grupos maiores, em favor do bem comum — porém respeitadora das legítimas iniciativas e competências de outras instâncias hierarquicamente inferiores ou menores, quer públicas quer privadas, na observância da ideia de que o Estado (e a sua organização político-administrativa) não deve substituir as liberdades individuais e sociais, mas sim potenciá-las, como radicais de dignidade humana. Como bem ensina Zippelius: «o princípio da subsidiariedade deve ser entendido como princípio estrutural global. Sobretudo não deve ser reduzido à relação entre a federação e os Estados federados [...]; tão pouco permite uma limitação à organização do Estado, [devendo] também aplicar-se aos domínios económico, cultural e a outros âmbitos sociais»⁹².

2, que ya hemos visto, esto es, promoviendo las condiciones para asegurar la efectividad de esos derechos y remover todos los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Deber de respeto, pues, y deber positivo de servicio» (p. 60).

«De lo cual se deduce, entrando ya en nuestro régimen positivo: a) Es absolutamente inadmisibile afirmar, como resulta de ciertas exposiciones y aun de algunas decisiones jurisprudenciales, que la Administración disponga de un poder general implícito o derivado de la cláusula general de orden público (arts. 1.º y 2.º LOP), para poder condicionar, limitar o intervenir los derechos y libertades constitucionalmente proclamados en orden a una hipotética articulación de los mismos con la utilidad común o general. Esta es una tesis ríguosamente procedente del absolutismo (y prolongada parcialmente en el XIX por el famoso «principio monárquico»), pero totalmente incompatible con la construcción moderna del Estado de Derecho, que la Constitución ha librado felizmente de todo equívoco. Hoy, el interés público primario es, justamente, el respeto y el servicio de los derechos fundamentales, cuyo libre y pacífico ejercicio es el fundamento mismo del orden público (art. 1 LOP; y aun del orden político entero: art. 10, 1 de la Constitución) y no el objetivo a eliminar para una transpersonalización de éste» (p. 61).

⁹² Reinhold Zippelius, *Teoria geral do Estado*, 3.ª ed., p. 160. No mesmo sentido, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, pp. 362-363; 368: «[...] o princípio da subsidiariedade deve interpretar-se como um *princípio dinâmico*, pois tanto pode conduzir a um exercício de competências mais intenso [...] como a um exercício mais comedido»; porém, num outro lugar, em sentido claramente limitado do princípio da subsidiariedade, como apenas significando abstenção, Gomes Canotilho, *Estado de direito*, p. 39, quando diz: «um *Estado absentista* ou um *Estado subsidiário*».

Em suma, a satisfação dos direitos sociais incumbe ao Estado segundo uma natureza funcional diferente daquela que caracteriza as funções estaduais de segurança externa e de ordem interna: não como poder de *imperium* sobre os cidadãos, necessariamente exclusivo, mas sim como *serviço de carácter subsidiário* perante a iniciativa livre dos cidadãos⁹³. E, por sua vez, sempre de acordo com a mesma lógica, ainda mesmo aquele serviço que, a título subsidiário, for necessário *prestar*, deverá ser subsidiariamente *administrado*⁹⁴.

Assim se compreende muito bem que não se justifica o monopólio do Estado na educação escolar. Na síntese de Manuel Braga da Cruz: «o serviço público de educação não tem necessariamente que ser exercido pelo Estado, mas antes pode e deve ser exercido pela própria sociedade, à semelhança do que ocorre com as prestações exigidas por outros direitos sociais, cabendo ao Estado um papel vigilante e atento para actuar onde a intervenção da sociedade não existir ou não for suficiente»⁹⁵.

6. Os termos da questão. Violação de princípios constitucionais e incumprimento da lei

Em suma, dado que o Estado mantém de facto um monopólio escolar, e postulando que tal não está de acordo, nem com a Constituição, nem com as leis em vigor em matéria de educação e ensino (como já se viu e adiante se demonstrará mais desenvolvidamente), pode desde já enunciar-se uma situação de desrespeito da Constituição⁹⁶ e das leis, em que se podem assinalar várias facetas.

⁹³ Intervindo no 3.º Congresso do ensino particular, Valente de Oliveira disse, em palavras simples mas implicitamente autorizadas pela irrevogável sabedoria comum: «sou dos que não acreditam que o aparelho administrativo do Estado tenha legitimidade para ter o monopólio do interesse comum» – Congresso do ensino particular e cooperativo (III), p. 75.

⁹⁴ A este respeito, e precisamente quanto à Administração Escolar, cfr. Hans-Peter Füssel, “A autonomia das escolas numa perspectiva institucional”, *Educação e Direito*, n.º 1, 1999, pp. 73 ss.: «a administração das escolas [estatais] deve ser pensada segundo um princípio de intervenção subsidiária: enquanto as soluções para os problemas de uma escola forem mais apropriadamente resolvidas na escola, a responsabilidade pela decisão deve pertencer-lhe» [pág. 78].

⁹⁵ Discurso sobre “A educação e a universidade”, *jornal do Colégio Universitário Pio XII*, n.º 17, 2001.

⁹⁶ Sobre o conceito de inconstitucionalidade, cfr. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 1983, p. 274; Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*.

6.1. Desrespeito pelas liberdades fundamentais de educação

Ao impor um monopólio escolar de facto, por via da prática exclusividade da escola estatal ao financiamento público, o Estado desrespeita as *liberdades pessoais fundamentais de aprender, de ensinar e de escola privada*, que a Constituição expressamente garante no art. 43.º, como direitos (*subjectivos*) de liberdade dos cidadãos.

6.2. Incumprimento do direito social ao ensino para todos

Do mesmo passo, não cumpre a obrigação de satisfazer o *direito social ao ensino* — garantido pelo art. 74.º da CRP a *todos* os cidadãos, como direito de *igualdade de oportunidades no acesso ao ensino*, e já determinado em lei ordinária — aos alunos que escolhem ou desejariam escolher as escolas privadas, ficando sobretudo atingidos, nos seus direitos fundamentais de liberdade e de igualdade de oportunidades, os alunos sem recursos económicos para poderem escolher e frequentar a escola privada que desejariam.

6.3. Violação do princípio da gratuidade universal do ensino obrigatório

Em terceiro lugar, o factual monopólio escolar do Estado desrespeita a imposição constitucional e legal da gratuidade universal da escolaridade obrigatória (art. 74.º, a), da CRP), porque de facto financia apenas a gratuidade nas escolas estatais (cuja escolha não é obrigatória) e não efectiva a gratuidade do *ensino obrigatório* aos alunos que legalmente escolhem as escolas privadas, onde legalmente recebem esse ensino. Este argumento da inconstitucionalidade foi invocado no Parecer do Conselho Nacional da Educação sobre o ante-projecto de diploma que inicialmente previa a gratuidade do ensino obrigatório apenas nas escolas *oficiais* e nas escolas privadas com contrato de associação; e foi precisamente em atenção a este argumento que depois sofreu alteração e veio a ser aprovado como diploma legal que aplica a gratuidade também nas escolas privadas: o actual DL n.º 35/90⁹⁷.

Na verdade, sendo absolutamente indiscutível que a escolha de uma escola privada constitui exercício legítimo de uma liberdade constitucional fundamental, não pode essa escolha sofrer discriminação para efeitos da gratuidade universal durante a escolaridade obrigatória.

⁹⁷ Cfr. “Parecer n.º 1/89”, *Pareceres e Recomendações*, 88-89, I vol., pp. 78 ss. Adiante se voltará ao conteúdo deste Parecer.

Aliás, mesmo que em dado momento pudesse haver razões financeiras de curto prazo, a questão da validade do princípio está expressamente confirmada pela lei em vigor ao estabelecer o princípio da progressividade, isto é, que *a gratuitidade deve cobrir progressivamente os alunos das escolas privadas* (cfr. arts. 1.º, 3.º, n.º 1, e 28.º do DL n.º 35/90) – o que, não se tendo verificado desde esta data de 1990, torna ainda mais escandalosa a inconstitucionalidade praticada pela Administração Pública Escolar.

6.4. Violação do princípio da igualdade e não discriminação

Deste modo, o Estado viola o princípio constitucional da igualdade, visto que (manifestamente para além das limitações aceitáveis de acordo com a reserva do possível e do princípio da gradualidade) discrimina pela negativa os cidadãos que escolhem, ou gostariam de escolher, as escolas privadas, não lhes subsidiando o ensino, nem mesmo o legalmente obrigatório e gratuito. Sublinhe-se: esta escolha, ou desejo de escolha, não justifica a discriminação, por nenhuma ordem de razões constitucionais ou legais. Está aqui em causa primacialmente a liberdade de aprender, mas também a liberdade de ensinar, ambas garantidas pela Constituição (n.º 1 do art. 43.º).

A lei em vigor (Lei n.º 65/79) densifica e especifica expressamente que «a liberdade de ensino exerce-se nos termos da Constituição e da lei [...] e traduz-se, designadamente, por [...] ausência de qualquer tipo de discriminação, nomeadamente ideológica ou política, na autorização, financiamento e apoio por parte do Estado às escolas particulares e cooperativas, nos termos da Lei n.º 9/79 [...]» (art. 2.º, al. i). Não seria fácil encontrar termos mais inequívocos contra a ideia da discriminação da escola privada.

6.5. Violação do princípio da subsidiariedade e da não concorrência desleal

Pelo seu monopólio de facto e pelo seu centralismo escolar, o Estado viola duplamente o princípio da subsidiariedade, válido como princípio geral no *Estado constitucional* actualmente defendido como paradigma para os Estados europeus, e que deve ver-se consagrado no art. 6.º da CRP desde a revisão de 1997.

Além disso, e sobretudo por efeito do monopólio do financiamento público às escolas estatais (e na medida em que, por via das discriminações financeiras, pressiona ou mesmo obriga os cidadãos a frequentar as escolas estatais), o Estado faz uma verdadeira concorrência desleal às liberdades constitucionais de iniciativa dos cidadãos no âmbito da criação e do funcionamento de escolas privadas (liberdade de escola privada). E fica assim em causa mais imediatamente a liberdade de ensinar, mas não menos e solidariamente a liberdade de aprender.

6.6. *Violação dos princípios da boa administração*

Agravando as ofensas aos direitos fundamentais dos cidadãos e a princípios constitucionais, o Estado Português acaba por degradar a educação e o ensino escolar dito *público*, ao fazer vigorar no seu monopólio escolar um regime de direcção central, com insuficiente autonomia da direcção e dos corpos escolares, seja dos alunos ou respectivos encarregados de educação, seja de professores⁹⁸. Prova disso é o grande número de escolas estatais que, para além de outras graves deficiências, como por exemplo a da indisciplina dos alunos, apresentam resultados escolares catastróficos, frustrando o direito de educação de sucessivas gerações de jovens e colocando o País num dos piores lugares de toda a União Europeia⁹⁹. Observou, recentemente, Joaquim Azevedo, um respeitado especialista nas ciências da educação, que coordenou o assim designado Debate Nacional de Educação, lançado por iniciativa da Assembleia da República, em 2006: «trinta anos depois do 25 de Abril, a escola não funciona como integrador social, não proporciona igualdade de oportunidades»¹⁰⁰. E sublinhe-se que não se recupera uma criança ou um jovem que não teve educação adequada, pois perdeu-a para sempre. Esta é a tragédia dos nossos maus resultados nas escolas estatais.

Por estes e por outros consabidos defeitos e insuficiências do seu funcionamento, está a Administração Pública da educação longe de respeitar os vários princípios constitucionais estabelecidos para a Administração Pública (v. art. 266.º e segs. da CRP).

6.7. *Violação da proibição de o Estado programar a educação*

Enfim, na situação global de facto verificada, resulta que o Estado se constitui a si próprio como titular privilegiado e favorecido do poder de criação e manutenção de escolas, criando e mantendo (sobretudo através do exclusivo do financiamento

⁹⁸ Sem dúvida também incumprindo, ou malcumprindo, o disposto no art. 77.º da Constituição, sobre a «participação democrática no ensino». Sobre a moderna problemática da Administração Pública com especial aplicação à Administração Escolar, v. Hans-Peter Füssel, *A autonomia das escolas numa perspectiva institucional*.

⁹⁹ São públicos e notórios os maus resultados, quer nas aprendizagens das várias áreas disciplinares, quer na educação disciplinar: a indisciplina nas escolas públicas, contrastando com a situação nas escolas privadas, é um verdadeiro escândalo e uma calamidade educativa para sucessivas gerações de crianças e jovens — o que desde logo evidencia a incapacidade da Administração Pública, em Portugal, para desempenhar um papel educativo. Sobre esta avaliação de literacia e disciplina, numa palavra, de educação, são públicos numerosos relatórios e estudos, nacionais e de origem internacional, tão conhecidos que dispensam citação.

¹⁰⁰ Pode ver-se o resumo de uma sua entrevista no jornal *Público* de 4-12-2006.

público) um *monopólio escolar estatal* contra os direitos fundamentais de iniciativa privada e das liberdades de educação dos cidadãos, violando assim grosseiramente a proibição constitucional que lhe é imposta pelo n.º 2 do art. 43.º da CRP: «o Estado não pode programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas»¹⁰¹.

7. Indicação de sequência: a questão jurídica e a questão ideológica

Nas Partes II e III – que se seguem, neste ensaio – focaremos mais desenvolvidamente os dois aspectos essenciais do problema enunciado: o aspecto jurídico e o aspecto político, aliás ligados e incidíveis.

Na Parte II, apresentar-se-á, em termos simples, mas suficientemente frisantes, o regime jurídico constitucional e legal das liberdades e direitos de educação.

Na Parte III, criticar-se-ão alguns argumentos mais correntemente apresentados no debate político em favor do monopólio da escola estatal, bastião do Estado-educador.

Finalmente, numa Parte IV, apresentar-se-ão alguns tópicos de orientação para a indispensável reforma do sistema escolar português.

¹⁰¹ Como se verá adiante, a argumentação política e ideológica que defende o privilégio da escola estatal caracteriza esta escola como instrumento de uma certa cultura, ou – vale o mesmo – de uma certa «socialização», a mesma para todos os cidadãos escolarizados, a qual se opõe às outras escolhas dos projectos educativos das escolas privadas; e define-se, pela negativa, contra o pluralismo educativo, vendo no pluralismo cultural e educativo da escola privada exactamente uma contradição ao seu desígnio simultaneamente unitário e autoritário. A proibição da programação do ensino do art. 43.º da CRP não prejudica a criação de um regime público geral de escolaridade obrigatória, desde logo porque a própria Constituição o impõe, no art. 74.º; mas prejudica, isso sim, que este regime obrigatório geral possa ser ideológico ou por qualquer forma doutrinariamente programado; e que fique reservada ao Estado a sua execução escolar-administrativa. Para se evitar que o regime da escolaridade obrigatória seja tendencioso, é imperativo que ele seja definido apenas como regime-quadro, exigindo conhecimentos e competências reconhecidas como indispensáveis e exigíveis a todos os cidadãos, compatíveis com todas as mundividências e doutrinas constitucionalmente legítimas, e aberto, em tudo o mais, às opções educacionais dos cidadãos, dentro mas também fora das escolas do Estado.

SEGUNDA PARTE
A QUESTÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO II

Os direitos fundamentais na Constituição

A questão jurídico-constitucional específica, em matéria de educação e ensino escolar, assenta sobre a concepção geral dos direitos fundamentais. Justifica-se, por isso, que o estudo daquela questão seja precedido de uma breve introdução ao regime e à concepção geral dos direitos fundamentais em vigor na nossa Constituição¹⁰².

8. Direitos fundamentais: pessoais e sociais

A nossa Constituição está dividida em quatro partes, antecedidas do «Preâmbulo» e da enunciação dos «Princípios Fundamentais». A primeira parte é inteiramente dedicada aos «direitos e deveres fundamentais». Na segunda parte, inclui-se a constituição da «organização económica». A terceira parte contém a «organização do poder político». A quarta e última parte refere-se à «garantia e revisão da Constituição».

Por ser recente (e também por ter sido elaborada sob pressão de um clima revolucionário utópico), a Constituição Portuguesa acolheu, relativamente às constituições das democracias europeias ocidentais mais antigas, uma listagem muito desenvolvida, e uma sistematização avançada, dos direitos humanos — ainda que não isenta de crítica quanto a várias opções marxistas. A parte dos «direitos e deveres fundamentais» possui 68 artigos, e é a mais extensa logo depois da parte dedicada à organização do poder político, que tem 166 artigos. Divide-se em três títulos, dedicados respectivamente: aos «princípios gerais» (título I), aos «direitos, liberdades e garantias» (título II) e aos «direitos e deveres económicos, sociais e culturais» (título III).

¹⁰² Sobre os direitos e liberdades fundamentais, a bibliografia é hoje muito vasta. Entre nós, pode destacar-se da bibliografia mais recente: Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 3.^a ed.; Jorge Miranda, *A Constituição de 1976*; *id.*, *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 3.^a ed.; Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 7.^a ed.; Gomes Canotilho; Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.^a ed.; Jorge Miranda; Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*; J. C. Espada, *Direitos sociais*; Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais, Teoria Geral*; Jorge Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*; Cristina Queiroz, *Direitos fundamentais sociais*; Gomes Canotilho, *Estudos sobre direitos fundamentais*; Jorge Miranda, *Escritos vários sobre direitos fundamentais*.

Como se vê, a Constituição apresenta os «direitos, liberdades e garantias» como distintos, separados e precedentes dos «direitos económicos, sociais e culturais». Esta solução da sistemática constitucional corresponde à doutrina das democracias ocidentais, em que se faz a respectiva distinção dogmática, uma vez que a estrutura interna, o objecto e a própria função dos «direitos, liberdades e garantias» são diferentes da estrutura interna, do objecto e da função dos «direitos económicos, sociais e culturais» — que, por comodidade, são correntemente referidos mais abreviadamente por «direitos sociais», uso que iremos seguir aqui.

Segundo a teoria largamente dominante, os «direitos, liberdades e garantias» correspondem ao *reconhecimento* e à *garantia* de, por assim dizer, esferas de autonomia pessoal, inerentes à vida e à dignidade da pessoa humana, e portanto *anteriores* ao Estado, dentro das quais (esferas de autonomia) cada pessoa vive, pensa, decide, escolhe e age livremente, por princípio sem a interferência do Estado, e até mesmo *contra* esta interferência; e, uma vez na sociedade política, recebendo o *reconhecimento constitucional* e a protecção *externa* (*garantias normativas e procedimentais*) do Estado. São exemplo destes «*direitos, liberdades e garantias*»: o direito à vida e à segurança pessoal (que é, mais radicalmente, uma liberdade de viver e de viver em segurança); as liberdades de consciência, de pensamento e de opinião; as liberdades de constituir família e de criar e educar os filhos; as liberdades de associação, de comunicação e de imprensa; as liberdades de iniciativa privada e criação (cultural, artística, económica, técnica, etc.); as liberdades culturais e de educação; a liberdade religiosa; as liberdades de associação, manifestação e participação política; etc.

Todos estes *direitos humanos* são, como já foi dito, essencialmente *pessoais* — isto é, inerentes à pessoa humana, nucleares da sua dignidade, independentemente das formas sociais e políticas. «Direitos pessoais» é a expressão da nossa Constituição para os *direitos civis* (art. 24.º e ss.); mas os «direitos de participação política» (art. 48.º e ss.) também se podem afirmar como *pessoais*: como autonomias pessoais *anteriores ao Estado*, no sentido essencial de serem eles que [1] fundam e fundamentam o próprio Estado (do mesmo passo que este os *reconhece*) e [2] fazem funcionar o Estado (do mesmo passo que este os *garante exteriormente*).

Precisamente para vincar que, relativamente a estas liberdades, a estes direitos pessoais fundamentais, o poder político apenas os garante *externamente* (isto é, sem interferir no seu conteúdo nem no respectivo exercício pelos seus titulares) é que frequentemente estes *direitos de liberdade* são referidos como *direitos negativos*, ou seja, como direitos que impõem ao Estado um comportamento *negativo* de interferências. Cada pessoa exerce plena e exclusivamente as suas liberdades de consciência, de expressão, de associação, de comunicação, de profissão, de religião, etc., sem que o Estado possa intervir ou limitar — foi aliás precisamente contra o Estado absoluto

que estas liberdades fundamentais foram historicamente proclamadas pelas revoluções liberais e depois consignadas em solenes *declarações de direitos humanos* e em Constituições políticas estaduais.

Foi dito que para o exercício das suas liberdades fundamentais, o indivíduo não tem necessidade, e antes pelo contrário, de que o Estado desenvolva qualquer actividade interventora; mas tem necessidade, isso sim, de que a sua autonomia seja respeitada e garantida contra o Estado e contra terceiros. É este respeito e esta garantia *externa* que se pede ao próprio Estado. Em princípio, a função do Estado, aqui, é *apenas* a de proteger as *fronteiras exteriores* da esfera de liberdade individual, sem entrar nela: é a de garantir, pela regulação jurídica e por adequados procedimentos, as liberdades pessoais contra terceiros e também contra o próprio poder de Estado. Neste sentido de garantia, os direitos fundamentais de liberdade exigem do Estado *prestações positivas* de regulação protectora e de procedimentos institucionais e técnicos adequados — digamos, de *protecções jurídicas*, por terem natureza jurídica ou técnico-jurídica. Assim se compreende melhor a expressão: «direitos, liberdades e garantias»¹⁰³.

A estrutura interna e a função dos direitos fundamentais (de liberdade), assim caracterizadas, contrastam tipicamente com a estrutura e a função imediata dos *direitos sociais*, que são *direitos positivos*, isto é, *direitos a prestações fácticas* da sociedade ou do Estado: direito a um rendimento mínimo, a cuidados de saúde, a segurança social, à habitação, ao emprego, ao ensino, etc.

Alguns exemplos da nossa Constituição: direito ao emprego, isto é, a condições práticas necessárias à livre escolha de trabalho por via de efectivo acesso a um emprego, sem discriminações, desse modo exercitando a pessoa o seu direito e o seu dever de trabalhar — condições práticas essas que são *promovidas* por via de políticas públicas (art. 58.º da CRP); direito à segurança social, isto é, a uma protecção da liberdade e da igualdade pessoais contra riscos socialmente evitáveis ou compensáveis por via de «um sistema de segurança social» (art. 63.º); «direito à protecção da saúde» (art. 64.º), cuja formulação logo torna claro que se trata de direito a prestações de serviços de saúde; direito à habitação (art. 65.º); direito à protecção social da família, isto é, a apoios à livre constituição e vida das famílias (art. 67.º e ss.); direito à

¹⁰³ Para uma exposição de manual universitário de referência, sobre a «unidade de sentido do sistema dos direitos fundamentais» e sobre «a dupla dimensão dos direitos fundamentais» — isto é, por um lado, a dimensão subjectiva dos direitos fundamentais e, por outro lado, a chamada dimensão objectiva decorrente da sua consagração constitucional — v. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.ª ed., pp. 97 ss.

educação e à cultura, isto é, a meios práticos necessários para o exercício das liberdades de aprender e ensinar e de cultura (arts. 73.º e 74.º).

As prestações dos direitos sociais são condições materiais ou sociais, constituídas por bens ou serviços, exteriores mas necessárias para que as *autonomias* ou *liberdades pessoais fundamentais* possam ser efectivamente exercitadas, em igualdade de oportunidades, por todos e cada um. Neste sentido, os chamados «direitos sociais» não são *autonomias pessoais*, como os direitos de liberdade; de certo modo pressupõem o inverso, isto é, *dependências pessoais*, por isso mesmo originando expectativas jurídicas, «pretensões jurídicas»¹⁰⁴ ou direitos *prima facie*¹⁰⁵, cujo objecto são prestações ou serviços sociais a satisfazer por outrem, a sociedade civil ou o Estado.

Sublinhese, desde já, que é a própria Constituição portuguesa que expressamente atribui não apenas ao Estado, mas também à sociedade civil a função de efectuar prestações satisfatórias dos direitos sociais. Alguns exemplos. Protecção da família: «a família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado» (art. 67.º); protecção das crianças: «as crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado» (art. 69.º); protecção da maternidade e da paternidade: «os pais e as mães têm direito à protecção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível acção em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação» (art. 68.ª); protecção dos jovens: «o Estado, em colaboração com as famílias, as escolas, as empresas, as organizações de moradores, as associações e fundações de fins culturais e as colectividades de cultura e recreio, fomenta e apoia...» (art. 70.º); direito à habitação: «incumbe ao Estado estimular a construção privada, com subordinação ao interesse geral» (art. 65.º); direito à educação: «o Estado promove a democratização da educação e as demais condições para que a educação, realizada através da escola e de outros meios formativos, contribua...» (art. 73.º); direito ao ensino: «o Estado [...] «reconhece e fiscaliza o ensino particular e cooperativo...» (art. 75.º).

¹⁰⁴ *Pretensões jurídicas* é a conceituação preferida por Vieira de Andrade: «à falta de melhor, e dado que se trata de uma figura nova, com autonomia, designaremos os direitos a prestações por pretensões jurídicas, querendo deste modo significar que são mais do que interesses juridicamente protegidos, porque visam em primeira linha a satisfação de bens ou interesses do particular, ainda que não constituam direitos subjectivos perfeitos, por não ser determinável a priori o seu conteúdo normal». «Só uma vez emitida legislação destinada a executar os preceitos constitucionais em causa é que os direitos sociais se consolidam como direitos subjectivos plenos, mas, então, não valem, nessa medida conformada, como direitos fundamentais constitucionais, senão como direitos criados por lei» – José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.ª ed., pp. 390-391.

¹⁰⁵ Segundo a formulação de um dos mais conceituados juristas alemães no estudo dos direitos fundamentais, Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*.

Deve reconhecer-se que esta expressa referência da Constituição portuguesa à função da sociedade civil de satisfazer direitos sociais reveste grande importância constitucional, não apenas social-prática, mas também doutrinária jurídico-política. Aí se pode ver constitucionalmente admitida, entre nós, a distinção entre o Estado e a sociedade, que para alguns tem sido objecto de controvérsia no âmbito da teoria do Estado e do direito constitucional¹⁰⁶. Como diz Cristina Queiroz: «a constituição não é mais a constituição do Estado, mas “a constituição do Estado e da sociedade”: a “ordem jurídica fundamental da comunidade”. Por isso se afirma que a garantia e protecção dos direitos fundamentais não resulta unicamente assegurada pelo princípio da “separação dos poderes”, antes que essa protecção deve vir assegurada pelo Estado e, sobretudo, que esta deve vir assegurada *no* Estado. Quer dizer, não se procura unicamente organizar o poder político e prescrever-lhe um determinado modo de actuação. Pretende-se, antes de mais, estruturar o próprio “corpo social”, a “boa sociedade” de que fala Rawls»¹⁰⁷. Isto não obsta, e muito pelo contrário, a que se possa afirmar, ainda com Cristina Queiroz: «o Estado constitucional apresenta-se como uma ordenação jurídico-pública a que corresponde a “constituição” dos direitos e liberdades fundamentais»¹⁰⁸.

Quanto à distinção e articulação entre *direitos pessoais* e *direitos sociais* – problemática complexa e polémica –, a sua compreensão e articulação essencial ganha maior clareza e sentido à luz da história da questão contemporânea dos direitos fundamentais. Vale a pena uma brevíssima recordação¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Para uma defesa da distinção entre Estado e sociedade, na controvérsia alemã, v. Ernst-Wolfgang Böckenförde, “L’importanza della separazione fra Stato e società nello Stato sociale di oggi”, *Diritto e secolarizzazione*, pp. 82 ss. Sobre esta distinção se pode basear a distinção entre *esfera estatal* e *esfera pública não estatal*, que tem virtualidades muito importantes para a organização e a vida do *Estado de direito democrático e social*.

¹⁰⁷ Cristina Queiroz, *Direitos fundamentais. Teoria Geral*, p. 40.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 41.

¹⁰⁹ V. Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.ª edição, pp. 51 ss.

9. Breve referência à história constitucional dos direitos fundamentais

9.1. *Direitos, liberdades e garantias pessoais civis*

Uma primeira geração dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente foi proclamada pela *revolução liberal*¹¹⁰, que condenou o *Estado absoluto* e fundou o *Estado de direito*, o Estado sujeito à «Lei», à *Constituição de direitos humanos*, cujo princípio básico é o da preeminente dignidade da pessoa humana. Nessa primeira geração de direitos se incluem as liberdades que, assim se pode dizer, são as mais fundamentais entre todos os direitos fundamentais: direito à vida e à integridade pessoal; direito à liberdade e à segurança; garantias da pessoa perante a justiça pública e os procedimentos policiais e judiciais; inviolabilidade do domicílio; direito de constituir família e garantias da família; liberdades de pensamento, de expressão, de imprensa, de associação, de iniciativa privada e de propriedade privada; liberdades de educação; liberdade religiosa; etc. Na Constituição portuguesa, os «direitos, liberdades e garantias pessoais» estão enunciados no Capítulo I do Título II da Parte dedicada aos direitos e deveres fundamentais — «direitos, liberdades e garantias pessoais» é precisamente a rubrica do referido Capítulo I.

9.2. *Direitos, liberdades e garantias pessoais de participação política*

A proclamação histórica, pelas revoluções liberais, daqueles direitos e liberdades pessoais fundamentais resolveu principalmente a questão essencial da libertação

¹¹⁰ Referimo-nos, evidentemente, às revoluções da contemporaneidade que culminaram nos fins do século XVIII, como fruto da evolução das doutrinas filosóficas e políticas que, desde a escolástica ibérica, no século XVI, e depois com o racionalismo jusnaturalista do século XVII, fundamentaram politicamente uma concepção da dignidade fundamental da pessoa humana perante o poder do Estado e uma natureza derivada deste. De que se destacam, já no século XVII, três primeiros documentos, na Inglaterra: *Petition of rights*, de 1628, *Habeas Corpus*, de 1679, e *Bill of Rights*, de 1688; e, no século XVIII, a *Declaração do Bom Povo da Virgínia*, de 1776, a *Declaração de Independência dos Estados Unidos da América do Norte*, de 1776, e depois, em França, a célebre *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789 — a que é justo acrescentar a notável *Constituição espanhola de Cádiz*, de 1812, portanto já no séc. XIX. Obviamente, a história dos direitos fundamentais do homem vem de épocas anteriores, mas foi com a *revolução liberal* que a organização política estadual se conformou constitucionalmente sobre esses direitos. Para uma história do pensamento social da Patrística e da Escolástica, v. Restituto Sierra Bravo, *El pensamiento social de los Padres de la Iglesia*; *idem*, *El pensamiento social e económico de la Escolástica*.

da pessoa perante o Estado absoluto e tirânico, fundamentando, como já se disse, o chamado «Estado de direito»; mas ficou insuficientemente resolvida a questão teórica e prática da democratização do Estado — por exemplo, o direito de voto não estava reconhecido a todos os cidadãos como direito universal. Foi por isso necessário acrescentar às *liberdades pessoais civis*, que já defendiam os cidadãos perante o poder do Estado, os chamados «direitos de participação política», que vieram dar a todos os cidadãos o direito de participar na vida institucional e política pública e, por essa via, vieram dar efectividade à soberania do povo, democratizar o poder político (*revolução democrática*). Aqui se incluem: o direito universal de sufrágio, sem restrições; o direito geral de participação na vida política; o direito de acesso a cargos públicos, designadamente de candidatura a cargos políticos elegíveis; o direito de associação e livre acção de partidos políticos; certas liberdades civis, como as liberdades de opinião, manifestação e associação, ganham uma nova dimensão por via destas garantias de participação política democrática¹¹¹.

A estes direitos da segunda geração é dedicado, na nossa Constituição, um capítulo distinto, logo a seguir àquele que está dedicado aos «direitos, liberdades e garantias pessoais», intitulado assim: «direitos, liberdades e garantias de participação política».

Como já se referiu, também aqui se trata de liberdades *pessoais*, cujo exercício, por assim dizer *soberano*, integra o estatuto do sujeito-cidadão de uma sociedade política. Quanto aos direitos e liberdades pessoais ditas *civis*, contudo, pode, em certo sentido, falar-se de um estatuto da própria *pessoa humana* como membro da sociedade humana, de certo modo mais amplo, fundamental e *precedente* do que o estatuto de cidadão de uma concreta sociedade política.

9.3. *Direitos sociais*

Historicamente, a concepção revolucionária liberal dos direitos, liberdades e garantias pessoais fundamentais *contra* o Estado absoluto acentuou, dialéctica e socialmente, a perspectiva da autonomia individual, desdobrada em liberdades pessoais concebidas como direitos inatos ou naturais, e neste sentido pré-estaduais, os quais garantiam ao indivíduo uma esfera de acção dominada pela sua vontade, um espaço

¹¹¹ A luta ideológica entre *liberais conservadores* e *democráticos progressistas* sobre a introdução destes novos direitos de participação política, especialmente quanto ao direito de voto universal, pode ilustrar-se na história política portuguesa — cfr. António Pedro Mesquita, *Liberalismo, democracia e o contrário*, pp. 22 ss.

dentro do qual a lei silencia e o indivíduo fica soberano, à imagem do princípio hobesiano: *libertas silentium legis* — a liberdade é o silêncio da lei. A igualdade dos cidadãos afirmava-se, assim, como uma igualdade de liberdades individuais: os cidadãos eram vistos e garantidos como titulares de uma igual esfera de liberdade máxima compatível com a igual liberdade de todos entre si¹¹².

Com a revolução industrial e as grandes transformações económicas e sociais, sobreveio a histórica «questão social» e, com ela, ganhou-se consciência de que muitos cidadãos, em razão de certas faltas ou deficiências sobretudo económicas, sociais e educativas, se encontravam *de facto*, ainda que não *de direito*, em situação de grande e injusta dificuldade comparativa para o exercício efectivo das suas liberdades pessoais fundamentais, civis e políticas, numa situação prática de *excluídos*. A análise desta situação despertou a consciência moral de que havia desigualdades económicas, sociais e culturais que eram originadas em anteriores desigualdades de oportunidades. Por exemplo: um jovem cidadão economicamente miserável ou culturalmente ignorante teria grandes dificuldades, ou até mesmo uma impossibilidade prática, de, sem culpa sua, exercer as liberdades fundamentais de iniciativa económica privada (art. 61.º), de criação cultural (art. 42.º), de escolha da profissão (art. 58.º), de participação na vida pública (art. 48.º), etc.

Além disso, compreendeu-se que o bem comum pedia um certo mínimo de bem-estar para todos, e que o acesso das pessoas a esse mínimo poderia e deveria ser promovido por prestações sociais da comunidade e do Estado, em atenção à dignidade humana da pessoa e a imperativos de justiça social, e determinadas por um *dever fundamental (individual e colectivo) de solidariedade social* — o que, em rigor¹¹³, não ofende as liberdades individuais e, pelo contrário, precisamente potencia o seu exercício individual generalizado — porém, com a reserva do excesso de intervenção, que é gerador de efeitos perversos causadores de um dilema a que adiante se fará referência¹¹⁴.

¹¹² Cfr. Luigi Mengoni, “I diritti sociali”, *Argomenti di diritto del lavoro*, n.º 1, 1998, pp. 1-15.

¹¹³ Diz-se em rigor para prevenir o caso de uma solução em que uma solidariedade social entendida de modo colectivista e autoritário subverte as liberdades individuais. Esta questão foi levantada historicamente pelos regimes do chamado *socialismo real*; mas também no seio das *democracias ocidentais* tem lugar uma querela doutrinária entre liberais e socialistas — v. a este respeito o livro de referência de João Carlos Espada, *Direitos sociais*.

¹¹⁴ Diga-se desde já, com Habermas: «Mas esta relação [entre igualdade jurídica e igualdade fáctica] converte-se num dilema, quando as regulações do Estado social, que do ponto de vista da igualdade jurídica têm por fim assegurar uma igualdade fáctica de circunstâncias vitais e posições de poder, só podem conseguir esta meta em condições ou com meios que, por sua vez, restringem sensivelmente, em termos de autonomia privada, os espaços que essas regulações pretendem

Concluiu-se, então, que as situações económicas e sociais ofensivas da dignidade humana, bem como as injustas desigualdades de oportunidades, deveriam beneficiar de uma equitativa repartição da «herança social»¹¹⁵. Foi assim que, mais recentemente, surgiu a ideia de que a comunidade (sociedade civil) e o Estado proporcionassem, por direito, prestações de solidariedade aos cidadãos *carecidos* ou em situação de desigualdade de oportunidades, na medida das necessidades pessoais de cada um e das possibilidades da comunidade¹¹⁶.

Nasceram, para este fim¹¹⁷, como é bem conhecido, certos serviços sociais que vieram a caracterizar o chamado *Estado de bem-estar (welfare state)*, designado também por outras expressões, como *Estado providência* ou *Estado social*. Isto é: um Estado que [1] não apenas garante juridicamente o pleno gozo e exercício das liberdades pessoais civis a todos os cidadãos (Estado liberal, Estado de direito); [2] não apenas garante formalmente o livre e generalizado exercício das liberdades pessoais de participação política, com a conseqüente democratização (Estado democrático); [3] como, além disso, promove que se verifiquem [3.1] condições sociais mínimas de dignidade pessoal para todos e [3.2] que seja possível a todos igualmente, não apenas formalmente mas na prática – em termos

assegurar aos presumidos beneficiários para uma configuração da própria existência» – Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, p. 499.

¹¹⁵ Esta expressão foi usada por T. H. Marshall, na sua histórica conferência, em 1949: «[...] a pretensão de ser aceite como tendo direito a uma quota-parte da herança social [...]» – *apud* João Carlos Espada, *Direitos sociais de cidadania*, p. 21. Em nossa opinião, esta expressão pode, ainda hoje, merecer uma justa glosa de validade actual, mas segundo uma concepção distinta: à luz: [1] de uma superação personalista das ideias individualistas e das ideias colectivistas; [2] de uma concepção jusnaturalista da destinação original universal dos bens; [3] e dos *deveres pessoais fundamentais de solidariedade social* – como, por exemplo, se podem encontrar fundamentados na doutrina social da Igreja – cfr. António dos Reis Rodrigues, *Doutrina social da Igreja, maxime* p. 61 ss.

¹¹⁶ A teoria jus-constitucional conhece bem a questão da articulação entre a *obrigatoriedade* constitucional (*prima facie*) dos direitos sociais e a (normal) indeterminação concreta das prestações sociais para a sua satisfação, que é competência do legislador ordinário, justificada pela natureza accidental das situações económicas e sociais. Sobre esta matéria, cfr., entre nós e por todos, José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais*.

¹¹⁷ Os autores referem ainda uma outra grande motivação histórica do surgimento dos serviços sociais, ou, se se preferir, do Estado social: a intenção política de reforçar a *comunidade nacional*. Teria sido o caso da experiência histórica, verdadeiramente pioneira, da política social de Bismarck. Mas também o caso de Napoleão, exactamente pelo que toca ao sistema de ensino oficial: «não existirá Estado político estável se não houver um corpo docente com princípios determinados. Se não se ensinar desde a infância que se deve ser monárquico ou republicano, católico ou laico, o Estado não formará verdadeiramente uma Nação» – *apud* Alfred Fernandez, *post* de 19-10-2007, <*blog* www.oidel.ch>.

de *igualdade de oportunidades* — o exercício das liberdades pessoais fundamentais (*Estado de direito democrático e social*).

Relativamente a estas prestações de solidariedade social, viriam a corresponder, então, para os cidadãos, e como já se disse, *posições jurídicas*, cuja caracterização ainda hoje varia muito de país para país e de autor para autor: meras expectativas dependentes do direito objectivo, simples *pretensões jurídicas* a prestações, ou direitos subjectivos a prestações fácticas^{118,119}.

Em suma, tomou-se consciência social de que uma liberdade proclamada como fundamental pode ficar com reduzida consistência prática, no seu exercício, se aqueles que a titulam não possuírem as condições materiais e sociais para a exercer concretamente. Os direitos sociais visam então fornecer aos indivíduos as condições fácticas para o exercício das suas liberdades individuais. Foi classicamente este, nos Estados demo-liberais de economia de mercado — que assim evoluíram de Estados de Direito democrático para Estados de Direito democrático e social — o grande argumento em defesa da proclamação dos direitos sociais como também fundamentais, com carácter de indivisibilidade relativamente às liberdades pessoais — indivisibilidade instrumental, ou adjectiva, como é lógico¹²⁰.

A frequentemente proclamada indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais tem sido reclamada no âmbito da ONU. A Proclamação de Teerão, de 13 de Maio de 1968, adoptada por unanimidade na Conferência internacional dos direitos do homem, afirmou o seguinte: «Sendo que os direitos do homem e as liberdades fundamentais são indivisíveis, o gozo completo dos direitos civis e políticos é impossível sem o dos direitos económicos, sociais e culturais». Contudo, esta ideia não pode impedir *a constatação de que nem todos os direitos do homem proclamados pelas convenções internacionais estão colocados para os Estados num mesmo plano, desde*

¹¹⁸ Sobre distinções importantes na história jurídica do Estado social, cfr. José Manuel Sérvulo Correia, “Teoria da Relação Jurídica de seguro social”, *Estudos Sociais e Corporativos*, 1968. Para uma visão actualizada das várias conceitualizações na teoria jurídica, cfr. Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais*.

¹¹⁹ Exemplifica Alexy: «Se trata de un derecho a una acción positiva fáctica cuando se supone un derecho de un propietario de una escuela privada a recibir ayuda estatal a través de subvenciones — BVerfGE 27, 360 (362 ss.), se fundamenta un derecho a un mínimo vital o se considera una “pretension individual del ciudadano a la creación de plazas de estudio” — BVerfGE 33, 303 (333)», Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 195.

¹²⁰ Em rigor, esta consciência já se tinha esboçado na própria Constituição francesa de 1793, onde se consagrou, no art. 21.º: «*Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler.*».

logo com base na separação dos dois Pactos Internacionais respectivamente dos direitos civis e políticos, por um lado, e dos direitos sociais, por outro lado¹²¹. Em Portugal, o distinto estatuto jurídico e funcional destas duas categorias de direitos fundamentais não pode ser posto em dúvida com base na sistemática da Constituição. Não obstante, é frequente, na doutrina e na cena internacional, um certo tratamento confusionista de todos os direitos fundamentais, afirmados como indivisíveis e interdependentes, que beneficia uma tendência ideológica evidente de dar maior importância aos direitos sociais do que aos direitos civis e políticos — quando o que está correcto é dar-lhe importância fundamental, sim, mas como direitos às condições fácticas para o exercício de liberdades fundamentais, portanto funcionalmente subordinados.

Eis, em breves palavras, a génese histórica e doutrinária dos chamados direitos sociais, que têm vindo a ser incluídos no conceito geral dos direitos humanos fundamentais¹²².

Deve contudo reconhecer-se que, se a esquemática apresentação tipológica e histórica que foi feita se pode considerar como amplamente consensual (com a excepção das posições liberais individualistas e das posições socialistas colectivistas, as quais contraditoriamente excluem, as primeiras, os direitos sociais, e as segundas, os direitos liberais), no estudo jurídico mais aprofundado dos direitos fundamentais levantam-se muitas dificuldades e divergências. Designadamente, acerca da distinção e da correlação entre, por um lado, os *direitos, liberdades e garantias* («direitos que [como diz Vieira de Andrade] não consistam em direitos a prestações estaduais»¹²³) e, por outro lado, os *direitos sociais*, que são *direitos de crédito a prestações fácticas*.

Certas dúvidas prendem-se com o facto de, como *garantias* das liberdades civis e políticas, serem necessárias *intervenções positivas* do Estado, de carácter normativo e

¹²¹ Frédéric Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, pp. 120 *passim*.

¹²² Mais recentemente, acrescentam-se por vezes os chamados direitos de quarta geração, como os direitos à qualidade de vida e ao ambiente – cfr. Gomes Canotilho; Vital Moreira, *Constituição*, p. 294. Optámos pela distinção das três referidas gerações de direitos fundamentais em consideração não apenas da história, mas também da sistematização da nossa Constituição e de razões de carácter dogmático. Esta classificação não impede a identificação de novos direitos fundamentais e até mesmo a possível ideia de uma nova geração de direitos. Deve porém registar-se que, sobretudo na cena internacional, se encontra, por vezes, uma diferente classificação, que considera os direitos pessoais de liberdade (civis e políticos) como a primeira geração dos direitos fundamentais; e os direitos sociais, como a segunda geração; às quais se acrescenta uma terceira geração, mais recente, de novos e diferentes direitos, por vezes referidos como «direitos de solidariedade» ou «direitos colectivos» dos povos; cfr., a propósito, e criticando esta tendência internacional, Frédéric Sudre, *Droit international*, pp. 121 *ss*.

¹²³ Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais*, 1.^a ed., p. 196.

técnico-procedimentais — neste sentido, os direitos, liberdades e garantias incluiriam também um *direito a prestações*. Parece contudo ser clara a distinção entre prestações normativas e de procedimento, como *garantias essencialmente jurídicas* dos direitos de liberdade, e prestações de bens ou serviços, como *garantias fácticas*, típicas dos direitos sociais. As prestações normativas e de procedimento público, como garantias jurídicas públicas, são ónus exclusivo do Estado, imediatamente exigíveis — e daí que os direitos, liberdades e garantias da nossa Constituição vinculem imediatamente os privados e as autoridades públicas. Pelo contrário, as prestações fácticas correspondentes aos direitos sociais são à partida indeterminadas, em dois sentidos: por um lado, dependem das condições reais concretas das disponibilidades económicas da comunidade — e são portanto apenas determináveis por via das leis ordinárias, sujeitas ao critério do poder legislativo ordinário; por outro lado, não são monopólio do Estado, pois podem e devem perfeitamente, por sua própria natureza, ser prestadas pelos particulares. Nos direitos sociais, as prestações são objecto, mas também conteúdo, destes *direitos de exigir ou pretender de outrem*; não assim nos direitos de liberdade, onde as prestações de garantia jurídica e procedimental ficam exteriores ao conteúdo dos direitos, que sempre se exprimem por *direitos absolutos de fazer ou não fazer pessoalmente*¹²⁴.

10. Duas concepções sobre os direitos sociais

Nesta altura, é indispensável referir o antagonismo das duas concepções doutrinárias sobre os direitos humanos fundamentais, paradigmaticamente correspondente

¹²⁴ O desenvolvimento desta questão não cabe nas preocupações deste ensaio. Ver uma clara exposição sobre estas dificuldades em Vieira de Andrade, 1.^a ed., pp. 187 ss.; que porém conclui: «Julgamos, todavia, que a clivagem principal dentro dos direitos fundamentais é, no nosso direito constitucional, a que os divide em direitos, liberdades e garantias e restantes direitos, a que poderemos chamar direitos económicos, sociais e culturais ou, abreviadamente, direitos sociais». Para maiores desenvolvimentos, à luz das várias concepções filosóficas e jurídicas, v. ainda, e designadamente, Jorge Miranda, *A Constituição de 1976, maxime o capítulo IX*, pp. 303 ss.; Francisco Lucas Pires, *Teoria da Constituição de 1976. A transição dualista*; Gomes Canotilho; Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1.^o vol., pp. 293 ss. V. ainda: Böckenförde, “I diritti sociali fondamentali nella struttura della Costituzione”, *Stato, costituzione, democrazia*, pp. 189 ss.; Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales, maxime capítulo IX*, sobre o direito a *acções positivas* do Estado, em que este Autor distingue entre prestações em sentido amplo e prestações em sentido estrito: «os direitos a prestações em sentido estrito são direitos do indivíduo frente ao Estado a alguma coisa que — se o indivíduo possuísse meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente — poderia obter também de particulares» - p. 482.

ao histórico antagonismo entre o pensamento liberal individualista e o pensamento socialista colectivista, que se prolongou no conflito do século XX entre as democracias liberais *ocidentais* e as «democracias populares» de leste — mas que também se manifestou entre as democracias ocidentais de raiz liberal e todas as outras formas não socialistas e até anti-socialistas de *Estado social autoritário*.

Na história portuguesa, pode ilustrar-se perfeitamente esta oposição entre Estado de direito e Estado social autoritário (não socialista), como se tira dos seguintes excertos de um histórico discurso de Sá Carneiro, na Assembleia Nacional, em 30 de Junho de 1971, aquando da revisão constitucional em que ele próprio apresentou um projecto de revisão liberalizante, aliás recusado. Comentando o facto de o projecto oficial do regime invocar a referência do Estado social, declarou: «o Estado social não é alternativa da liberalização prometida. [...] Com o dizer-se que ele é social não se define eticamente um Estado. [...] Não há o Estado social; todo o Estado moderno é necessariamente um Estado social. Entre nós, a ideia é velha de, pelo menos, quarenta anos. Apareceu então ligada à de Estado corporativo [com efeito, a referência ideológica oficial nessa fase inicial do Estado Novo foi a de “Estado social corporativo”]. Estado social tanto pode ser Estado despótico como Estado de direito. Lutamos e lutaremos para que seja de direito, quer dizer, de legitimidade e de justiça. [...] Justiça quanto aos direitos da pessoa e quanto ao exercício do poder político, sem esquecer que o primeiro bem que em justiça é devido ao povo são as suas liberdades, devidamente asseguradas e acauteladas. Sem elas, não há ordem autêntica. [...] Os signatários do projecto não se contentam com a construção de um Estado social; querem assegurar-se, logo a partir da Constituição, que ele seja um Estado de direito, o que não sucederá se os direitos da pessoa puderem continuar à mercê do Governo»¹²⁵.

Apesar da superação deste conflito, conseguida na ideia geral, hoje triunfante, do *Estado de direito democrático social* do nosso tempo, ao menos na Europa, o conflito *radical* entre liberais e socialistas (e entre liberais e sociais autoritários) tende a sobreviver nas actuais democracias na questão *interna* das suas formas concretas de organização. A este respeito, o conhecido livro de João Carlos Espada sobre os «direitos sociais de cidadania» constitui uma inegável referência¹²⁶. Mas vejamos os termos essenciais da questão, úteis ao tratamento do nosso tema.

Para as democracias liberais-sociais do nosso tempo (democracias sociais *ocidentais* dos Estados de direito democrático), os direitos sociais vieram juntar-se aos

¹²⁵ Cfr. MANALVO, Bruno, *O projecto de revisão constitucional da ala liberal*, pp. 218-219.

¹²⁶ João Carlos Espada, *Direitos sociais de cidadania*.

precedentes direitos pessoais fundamentais de liberdade, quer os civis quer os políticos, sem por isso os substituir ou sequer prejudicar; muito pelo contrário, e como já vimos pela argumentação da questão histórica, vieram precisamente para tornar acessível o seu exercício efectivo àqueles cidadãos carecidos de condições materiais para tal – e isto segundo um grande princípio, o da igualdade de oportunidades. Norberto Bobbio disse isto mesmo por estas palavras: «na sua mais ampla dimensão, os direitos sociais entraram na história do constitucionalismo moderno com a Constituição de Weimar. A mais fundamentada razão da sua aparente contradição, mas real complementaridade, com os direitos de liberdade é a que vê nesses direitos uma integração dos direitos de liberdade, no sentido de que eles são a própria condição do seu exercício efectivo»¹²⁷.

De um outro consagrado Autor, desta vez germânico, podemos citar: «se a liberdade jurídica deve poder tornar-se liberdade real, o seu titular deve poder ter uma participação fundamental nos bens sociais vitais, participação em si mesma integrante da liberdade porque pressuposto da sua efectivação. (...) A ideia dos direitos sociais, vista deste modo, não surge em contraste com as garantias de liberdade do Estado de direito liberal-burgês, mas como a lógica consequência objectiva de tais garantias numa situação social que sofreu mudança. Também assim se trata de salvaguardar a liberdade, não de a *superar* a favor de formas de liberdade colectiva»¹²⁸.

Esta concepção corresponde à «teoria do Estado social», segundo a classificação de Vieira de Andrade – que nos merece concordância, ressalvada a ambiguidade que anda ligada à expressão¹²⁹.

Porém, mais tipicamente a doutrina das “democracias populares” *de leste* veio defender outra coisa: que os novos direitos sociais substituem as liberdades pessoais fundamentais. O argumento é que estas liberdades pessoais são “burguesas”, de classe, e da classe que deve desaparecer. Assim definiu Lenine a questão, em 1920: «enquanto as classes não forem abolidas, falar de liberdade e de igualdade em geral é [...] defender os interesses da burguesia. Enquanto as classes não forem abolidas, todo e qualquer discorrer sobre a liberdade e a igualdade deverá suscitar a pergunta:

¹²⁷ Norberto Bobbio, “Os direitos do homem, hoje”, *A era dos direitos*, p. 226.

¹²⁸ Böckenförde, *I diritti sociali fondamentali*, pp. 193-194.

¹²⁹ Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais*, pp. 66 ss. Estado social é, de facto, uma designação sintética corrente, mas por vezes utilizada em sentidos ambíguos, sempre que, na verdade, “o social” não respeita nem acrescenta “o liberal e o democrático” do «Estado de direito democrático», antes os substitui. Sobre as tensões internas da ideia de Estado social, v. entre nós, especialmente, Lucas Pires, pp. 361 ss.

Liberdade para que classe? Com que finalidade? Igualdade entre que classes? Sob que relações concretas?»¹³⁰.

Reduzindo deste modo a uma falácia — ou, pior ainda, a uma opressão de classe — as liberdades pessoais dos cidadãos nas democracias liberais-sociais do ocidente, o pensamento ideológico alinhado com os regimes de matriz leninista não reconheceria com valor universal, por exemplo, as liberdades pessoais de educação em escolas privadas. Em seu lugar, deveria instalar-se, exclusivamente a cargo do Estado (portanto em regime de monopólio estatal), nem sequer um sistema universal «socialista» de satisfação de verdadeiros *direitos subjectivos à educação*, mas, mais precisamente, como *direito objectivo*, um sistema «que cubra as necessidades [educativas] de toda a população» — foi exactamente esta, como veremos, a expressão adoptada pelo texto constitucional português de 1976.

Na concepção ideológica marxista-leninista, é alegada a ideia de que o gozo universal destas uniformes prestações fornecidas pelo monopólio do Estado constitui uma *libertação*. Trata-se, porém, de uma libertação perversa, visto que é *liberticida*, enquanto *desnecessariamente* substitutiva do exercício subjectivo das liberdades pessoais. Nesta concepção — continuando com o exemplo da questão da educação, que é o tema principal deste ensaio — as autênticas liberdades de educação, como irreduzíveis liberdades pessoais de escolha, ficam expulsas do *espaço civil*, e confinadas — reconfiguradas — no interior do *serviço público estatal*, aí forçosamente reduzidas ao mais ou menos passivo usufruto do projecto oficial de educação. Assim, nesta *pseudo libertação* da pessoa, a liberdade individual não pode ir além do gozo/sujeição de um serviço educativo autoritariamente definido pelo Estado, ainda por cima de consumo obrigatório por força do princípio da escolaridade obrigatória. Afirmar, nesta situação, a existência de liberdades individuais no espaço interno da escola estatal monopolista (o alegado «pluralismo interno da escola pública») constitui uma suprema ironia, analogicamente comparável (ainda que em grau diferente) com exaltar as liberdades que os presos também podem exercitar dentro da cadeia.

Muito diferentemente, a doutrina humanista e personalista ocidental professa que a raiz das liberdades fundamentais reside na dignidade da pessoa humana, concretamente de cada pessoa humana, a qual está antes e acima do

¹³⁰ *Apud* Rui Machete, *Os Direitos do Homem no Mundo*, pp. 34-35. Na sua obra já referida, Vieira de Andrade classifica esta concepção como “teoria marxista-leninista”. Para uma confirmação no contexto da feitura da nossa Constituição, v. declarações do deputado Francisco Miguel, dirigente do Partido Comunista Português, na Assembleia Constituinte, *Diário da Assembleia Constituinte*, p. 1533. Sobre a concepção marxista do direito, cfr. K. Stoyanovitch, *La pensée marxiste et le droit*.

Estado (*hoc sensu*, independente do Estado e servida pelo Estado); dignidade que é essencialmente inviolável e de que decorrem necessariamente a liberdade e a auto-responsabilidade individuais. Portanto, a esfera em que se respeitam e exercem as liberdades pessoais é espaço de *socialidade personalista* da esfera civil, irrecusavelmente pluralista, que o Estado deve garantir, e não absorver, limitar ou *enquadrar*. E não um *espaço interior* nos serviços públicos estaduais (como no exemplo da *escola estatal monopolista*): sob pena de totalitarismo, ainda que suave, a sociedade civil não pode ser absorvida ou substituída pelo Estado, ou pelos seus serviços, mesmo que sob o pretexto do gozo de garantias oficiais. Sem dúvida, o quadro institucional estadual é necessário para a regulação e a garantia dos direitos, liberdades e garantias fundamentais da pessoa humana; mas não para fazer a sua *transplantação totalitarista*, nem a sua reconstrução ou condicionamento num espaço jurídico estadualizado, porque as liberdades e direitos fundamentais são dimensões intrínsecas da intangível dignidade da pessoa humana no espaço da sociedade civil.

Lê-se, a este propósito, no relatório Rui Machete sobre os direitos do homem no mundo — apresentado em 1978 à Assembleia do Conselho da Europa, na sua reunião conjunta com o Parlamento Europeu, por ocasião do 30.º aniversário da assinatura da Declaração dos Direitos do Homem, das Nações Unidas — que os direitos humanos se desdobram num amplo leque, mas que «é necessário que esse leque tenha um ponto de partida e um fundamento. Existe um certo número de direitos fundamentais do homem dos quais decorrem todos os outros. Estes direitos ligam-se com a dignidade e o valor da pessoa humana. Se o indivíduo não tiver valor, todos os outros direitos que dele emergem não podem ser senão efémeros, uma vez que o Estado pode suprimi-los em qualquer momento»¹³¹.

Estão sem qualquer dúvida neste núcleo intangível da dignidade humana as liberdades fundamentais de aprender e de ensinar. Jorge Miranda defendeu que a liberdade de ensino constitui um direito autónomo que vale por si mesmo; mas que o seu valor se alcança plenamente à luz de certos princípios e direitos fundamentais, e que por isso deve entender-se como imposta por outros direitos e liberdades: «a liberdade de ensino resulta inequivocamente da garantia da inviolabilidade de consciência, da liberdade de ensino de qualquer religião no âmbito da respectiva confissão, da liberdade de exprimir e divulgar o pensamento, do direito de invenção, produção e divulgação de obra científica, literária ou artística e da liberdade de

¹³¹ Cfr. Rui Machete, *Os direitos do homem no mundo*, p. 44.

constituir associações (...) e pode dizer-se acessória da liberdade de os pais orientarem a educação dos filhos (...)»¹³².

Também Sousa Franco afirmou: «não há sociedade humanista sem que o sistema de ensino respeite a autonomia pessoal num dos domínios que mais marcam a liberdade e a identidade de cada pessoa (...); não haverá democracia pluralista sem que o sistema de ensino respeite e autonomia das pessoas e famílias no tocante às suas preferências e convicções, e sem que dê expressão formativa às principais concepções ou correntes sociais, expressas nas respectivas instituições e associações»¹³³.

«De uma forma simples [escreveu Roberto Carneiro] poderá dizer-se que não basta que o poder seja democrático, que ele emane originariamente do voto livre. Importa que ele não seja exercido hegemonicamente, como se o interesse público que compete indubitavelmente ao Estado prosseguir só pudesse ser atingido por um duplo monopólio público: o da sua exclusiva definição e o da sua exclusiva prestação, neste caso pela realização do velho sonho jacobino e laicista de um grande serviço público de ensino. [...] O justo poder [...] é aquele que, sendo legitimado pela vontade popular, constrói a democracia civil, isto é, aquela que compreende a subsidiariedade do Estado face à organização autónoma da sociedade civil»¹³⁴.

Pode pois concluir-se, e é de resto evidente, que, nesta problemática dos direitos fundamentais de educação, uma grave questão política e ideológica reside na relação entre as liberdades fundamentais *pessoais*, por um lado, e os direitos *sociais*, por outro lado. Isto é: entre uma doutrina de garantia jurídica e de apoio fáctico às liberdades individuais (segundo a qual os direitos sociais reforçam instrumentalmente as

¹³² V. discurso proferido na Assembleia Constituinte, *Diário da Assembleia Constituinte*, pp. 1920-1921.

¹³³ Cfr. António Sousa Franco, “A liberdade de aprender e de ensinar no âmbito das liberdades fundamentais – Fundamentação da liberdade de ensino”, Roberto Carneiro (coord.), *Ensino livre*, p. 29. Num outro texto, escreveu Sousa Franco: «A liberdade de ensino é daquelas liberdades que tem encontrado no âmbito da mundividência cristã um lugar privilegiado. Não é difícil entender porquê. Muito antes da consagração liberal dos Direitos do Homem, quer nas vertentes da tradição anglo-saxónica, quer nas da Revolução Francesa, o conceito cristão da eminente dignidade da pessoa humana vincava a ideia de que, por um lado, toda a obra criada estava ordenada para os fins do homem; por outro, que esses fins são os de cada pessoa, como entidade dotada de valor próprio e de fins em si, e não valores abstractos transpessoais ou colectivos, da humanidade, da sociedade, de classes, grupos ou instituições; e, enfim, o de que essa dignidade implica um núcleo central de direitos e deveres, certamente compatível com a ideia dos Direitos do Homem, mas muito mais diversificada e complexa do que ela...» – cfr. Prefácio ao livro de Paulo Pulido Adragão, *A liberdade de aprender e a liberdade das escolas particulares*.

¹³⁴ Roberto Carneiro, “Manifesto contra o Estado hegemónico”, *Ensino livre*, p. 15.

liberdades individuais), *versus* uma ideologia de *substituição* das liberdades pessoais pelos direitos sociais satisfeitos monopolisticamente pelo Estado^{135,136}.

II. Portugal, Estado de direito democrático

Partindo da nossa Constituição, temos vindo a desenvolver uma breve introdução ao estudo dos direitos fundamentais e às grandes concepções doutrinárias que neste nosso estudo se devem sublinhar. Pergunta-se, nesta altura: e qual é a concepção adoptada pela Constituição portuguesa?

Sem dúvida, é a concepção ocidental que inspira e enforma a Parte I da Constituição, sobre os «direitos e deveres fundamentais». O texto constitucional afirma logo no seu primeiro artigo: «Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana...».

O princípio da dignidade da pessoa humana — escreve Jorge Novais — «afasta decisivamente qualquer ideia de projecção do Estado como fim em si, como se o Estado pudesse prosseguir o seu próprio engrandecimento enquanto destino de uma pretensa realidade ética em que o indivíduo se devesse, subordinadamente, integrar. Pelo contrário, num Estado baseado na dignidade da pessoa humana, é a pessoa que é fim em si, como indivíduo singular e não enquanto membro de qualquer corpo ou realidade transpersonalista, seja a família, a corporação, a classe ou casta, a nação ou a raça: o Estado é instrumento que não existe para si, mas que serve as pessoas individuais, assegurando e promovendo a dignidade, autonomia, liberdade e bem-estar dessas pessoas concretas»¹³⁷.

¹³⁵ Sobre os direitos sociais, v. ainda os seguintes artigos publicados na revista *Nova Cidadania*, n.º 12, Abril-Junho, 2002: Rui Machete, *Um novo paradigma nas relações Estado-Sociedade*; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos sociais como direitos fundamentais da pessoa*; Jorge Pereira da Silva, *Direitos sociais e reforma do Estado-Providência*; Mário Pinto, *O direito de educação na carta dos direitos fundamentais da União Europeia*. V. ainda Mário Pinto, “Reformar o Estado-Providência para salvar o Estado-Social”, *Liberdades de aprender e de ensinar*.

¹³⁶ Uma comparação crítica de referência entre a concepção liberal individualista e a concepção socialista sobre os direitos sociais encontra-se na já citada obra de João Carlos Espada, *Direitos sociais de cidadania*. V. ainda uma exposição muito interessante na obra já citada de Lucas Pires. Um bom exemplo de inversão da relação de primazia entre as liberdades fundamentais e os direitos sociais será o do art. 14.º da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais — cfr. Mário Pinto, “O direito de educação no Projecto de Carta dos direitos fundamentais da União Europeia”.

¹³⁷ Jorge Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, p. 52. Este ensaio é especialmente importante, sobre a caracterização do Estado de direito democrático da República Portuguesa.

E ainda: «quando é formalmente acolhida no texto constitucional, a dignidade da pessoa humana, sem perder a sua qualidade de valor moral legitimador da força normativa da Constituição de um Estado de direito material, transforma-se também em dever-ser jurídico, em princípio que vincula toda a actuação dos poderes do Estado...»¹³⁸.

Ora, sendo a pessoa fim em si, e sendo, por essência, ser racional, é necessariamente ser livre, uma autonomia ontológica e teleológica: não é ordenada a ser enquanto membro no Estado (como muito bem diz Jorge Novais: *enquanto membro subordinadamente integrado*), mas a ser livremente, na ordem do Estado, que é uma ordem que tem o fim de a servir. Na dignidade da pessoa humana se radicam juridicamente, pode dizer-se assim, os direitos e liberdades fundamentais, que são essencialmente expressões de liberdade, de auto-determinação. Portanto, o primeiro e verdadeiramente fundamental princípio de um Estado de direito é o princípio da liberdade da pessoa humana. Que é «uma» liberdade igual para todos os homens, porque todos possuem igual dignidade. Daí que a Revolução Francesa tenha proclamado na sua Declaração Universal dos direitos do homem e do cidadão, sem dúvida inspirada na Declaração dos direitos fundamentais do Estado da Virgínia¹³⁹, que *os homens nascem livres e iguais em direitos* (fundamentais)¹⁴⁰.

Após a solene proclamação do seu artigo 1.º, sobre a dignidade da pessoa humana, a Constituição portuguesa faz uma segunda e não menos importante proclamação, no artigo imediatamente seguinte, estabelecendo: «a República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa».

É muito de sublinhar que seja a partir desta expressão — «a República Portuguesa é um *Estado de direito democrático*» — que se define constitucionalmente a República Portuguesa. Historicamente, como já vimos, foi com o advento da segunda geração dos «direitos políticos» que o Estado pôde desde então ser chamado não apenas «Estado de direito» liberal, isto é, de cidadãos livres com liberdades pessoais

¹³⁸ *Idem*, p. 51.

¹³⁹ Da Declaração dos direitos fundamentais da Virgínia: *That all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety.*

¹⁴⁰ Sobre este importante tópico da fundamentalidade e da unidade da liberdade pessoal, cfr. Lucas Pires, *Teoria da Constituição*, maxime pp. 287 ss.: «A Constituição Social».

fundamentais garantidas, mas também «Estado democrático», isto é, de cidadãos *livremente* participantes e poder político controlado pelos cidadãos. Sintetizando, «Estado de direito democrático», no sentido de *Estado de liberdades pessoais fundamentais, civis e políticas*. Como observam Jorge Miranda e Rui Medeiros: «Embora Estado de direito e democracia, historicamente, tenham surgido sob influências e em momentos diversos, hoje uma democracia representativa e pluralista não pode deixar de ser um Estado de direito»¹⁴¹.

Esta é a base irrecusável do Estado constitucional moderno¹⁴². Mas, claro, a República Portuguesa não é um Estado de direito democrático meramente formal. Os direitos fundamentais garantidos não se limitam aos direitos pessoais civis e políticos formalmente entendidos; incluem, além destes – e por causa destes, isto é, por causa da garantia das condições fácticas do seu exercício para todos – os direitos sociais.

Esta ideia merece ser fortemente sublinhada. É assim que o referido art. 2.º o diz, pela expressão: «no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais». Note-se que, em primeiro, vem: *o respeito* (isto é, *garantia de gozo*, através da não intromissão e da protecção externa contra todas as ofensas, dos particulares ou do próprio Estado); e que depois, vem: *a garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais* (isto é, garantia das condições práticas da consistência efectiva do seu exercício). Na existência destas condições práticas para o exercício dos direitos de liberdade por todos os cidadãos é que consiste a *democracia social* – diz o artigo: «*visando a realização da democracia económica, social e cultural*».

É portanto abrindo com esta definição do art. 2.º que a Constituição nos dá logo a chave da relação entre a *base estrutural e funcional* dos direitos fundamentais no «Estado de direito democrático» e a sua *tendencial forma social*: a «realização da democracia económica, social e cultural». Chave que, mais adiante, na Parte I da Constituição, irá ser sistematizada pela separação e distinção dos «direitos, liberdades e garantias pessoais» e dos «direitos sociais» – estes últimos como adjectivos dos primeiros, como condições do seu exercício, de acordo com a ideia das chamadas *democracias de raiz ocidental*, e não como substitutivos, como na ideia das chamadas *democracias populares de leste*.

¹⁴¹ Jorge Miranda; Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, p. 61.

¹⁴² Para uma apresentação culta e simultaneamente acessível da ideia e da questão do Estado de direito democrático, cfr. Gomes Canotilho, *Estado de direito*, mormente as rubricas: “6.2. Estado de direito democrático” e “6.3. Estado de direito e Estado social”.

Vai claramente neste sentido o ensinamento de Vieira de Andrade: «julgamos inequívoco que a concepção antropológica consagrada [na nossa Constituição] é a do humanismo ocidental»¹⁴³. E a tese de Jorge Miranda: «Mas este compromisso [da Constituição de 1976, no tocante aos direitos fundamentais] firmar-se-ia, como já se disse, numa visão da pessoa, da pessoa na sociedade e da pessoa perante o Estado, que corresponde inequivocamente à do humanismo ocidental ou de um humanismo não marxista»¹⁴⁴.

A concepção do humanismo ocidental, talvez melhor, do humanismo *personalista* ocidental, mantém como firme a centralidade da pessoa humana, com a sua eminente dignidade e os decorrentes direitos de liberdade, inalienáveis e imposter-gáveis¹⁴⁵; e é sobre esta base que afirma como desígnio a construção da democracia económica, social e cultural.

O Estado não pode ser uma instância de poder ao dispor de maiorias que o conformem discricionariamente. O Estado só o é verdadeiramente quando tem uma Constituição. Por sua vez, esta Constituição só o é verdadeiramente quando estabelece valores e princípios fundamentais que transcendem o Estado, sobre os quais se edifica o quadro jurídico e social da vida em sociedade – de outro modo, a Constituição não garante a justiça material do poder político estadual e não resolve o problema de garantir a pessoa humana contra a maioria.

Ora, uma Constituição de valores e princípios só é verdadeiramente humana e digna se estiver estruturalmente baseada na dignidade da pessoa humana e funcionalmente ao seu serviço – uma Constituição meramente apenas formal, de valores apenas formais, limitaria o arbítrio anárquico, mas não evitaria o arbítrio moral das maiorias.

E a dignidade humana, para não ser apenas uma expressão oca ou alienada a uma ideologia dominadora, só pode ser densificada sobre a base das liberdades individuais fundamentais. É neste sentido que o Estado se ordena, em primeira e última instância,

¹⁴³ *Os direitos fundamentais*, p. 100; e ainda p. 140. Recorde-se, nesta altura, o teor do primeiro de vários artigos que dão um especial regime de reforço aos direitos e liberdades pessoais, o art. 18.º: «(n.º 1) Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas; (2) a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos; (3) as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais».

¹⁴⁴ *A Constituição de 1976*, p. 322.

¹⁴⁵ *O homem é, deve ser e permanecer sempre, o sujeito, o fundamento e o fim da vida social* – Compendio da Doutrina Social da Igreja, § 106. Nesta orientação, cfr. António dos Reis Rodrigues, *Doutrina Social da Igreja*; id., *A dignidade da pessoa humana e os seus direitos*.

ao respeito e à protecção dos direitos e deveres humanos fundamentais. É então a partir da primazia das liberdades individuais que se torna necessário interpretar, programar e avaliar toda a vida e acção estaduais na garantia dos direitos sociais fundamentais.

«Segundo a concepção própria do *Estado de democracia clássica* [ensina Biscaretti di Ruffia] o valor político fundamental é representado pela eminente dignidade de cada pessoa humana; e só para potenciar as múltiplas possibilidades que na dignidade da pessoa humana estão insitas, e para facilitar a sua efectiva operosidade no seio da sociedade, é que foi instituída e potenciada a organização estadual»¹⁴⁶; «...no âmbito do *Estado de democracia clássica*, mantém sempre a prevalência o princípio da liberdade, ainda mesmo nas concepções mais interventistas que, superando o liberalismo tradicional de 800, chegaram ao trabalhismo britânico e às correntes mais avançadas da social-democracia e da democracia cristã do continente europeu, visando a instauração de uma *democracia social*»¹⁴⁷.

Deste modo, em nossa opinião, se afirma uma contradição e uma superação relativamente às duas maiores e extremas concepções do pensamento filosófico-político dos séculos XIX e XX: as concepções individualistas formais, por um lado, e as concepções positivistas e totalitárias sociais, por outro lado¹⁴⁸. Com efeito — note-se bem —, tanto os individualistas como os colectivistas convergem em afirmar que os direitos sociais entram em contradição insanável com as liberdades individuais: a divergência simétrica entre eles está em que, perante essa alegada contradição, os primeiros recusam os direitos sociais para salvar a sua compreensão das liberdades individuais; e os segundos recusam (ou menorizam) as liberdades individuais para afirmar o colectivismo dos direitos sociais.

Para a referida superação convergem historicamente as mais destacadas correntes de filosofia humanista e social do ocidente, designadamente: a do personalismo cristão, a do liberalismo social humanista e a do reformismo socialista (ou social-democrata) não marxista (ou ex-marxista)^{149,150}.

¹⁴⁶ *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, pp. 64-65. «Isto postula consequentemente que o mecanismo organizativo estadual se deva basear essencialmente sobre a fórmula do *auto-governo* [...] para melhor realizar as livres escolhas de todos os componentes do elemento humano do próprio Estado, isto é, do seu “povo”» — *ibidem*.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 70.

¹⁴⁸ Incluem-se nesta categoria ampla, das concepções autoritárias, regimes muito diferentes e até inimigos, como por exemplo o nazismo, o fascismo e o marxismo-leninismo.

¹⁴⁹ Em nome do marxismo, e porque fortemente arreigado nas bases do seu materialismo dialéctico, ainda foi possível que alguns intelectuais defendessem um certo humanismo; mas nunca defenderam uma concepção fundamental da dignidade pessoal, num sentido personalista.

¹⁵⁰ A convergência de que se fala não exclui um campo de pluralismo ainda muito conflitual, entre doutrinas e políticas, mas já sobre uma certa base de consenso, o «Estado de direito

A nossa Constituição recusa aquela ideia da contradição; e por isso se afasta, quer da concepção individualista, quer da concepção colectivista. Recusa o individualismo liberal, que atribui à liberdade individual o alcance de uma *soberania* formal, e que faz resultar do exercício dessa *soberania* individual, como que por uma mão invisível e mágica, o interesse geral, o bem comum, a coesão social. Mas a Constituição não recusa menos (sobretudo depois das suas várias revisões) a concepção colectivista, que pretende minorizar e até sacrificar as liberdades individuais de valor universal (que se impõem à política) a uma igualdade colectiva material, determinada politicamente, em nome de alegados direitos sociais na prática correspondentes a opções politicamente definidas pelo Estado, visando substituir a *liberal-democracia*, ainda que como base de uma *democracia social*, por uma *democracia social* sem base *liberal-democrata*.

Recorde-se o que Jorge Miranda afirmou, na sua tese de doutoramento, precisamente dedicada à Constituição de 1976: «Sabemos que, enquanto no domínio dos direitos, liberdades e garantias a Assembleia Constituinte viria a perfilhar o modelo liberal e pluralista do Ocidente, no título dos direitos económicos, sociais e culturais ela se aproximaria de certas Constituições de países de Leste. Ai se manifestaria, mais uma vez, o compromisso em que consistiria a sua obra. Mas este compromisso firmar-se-ia [...] numa visão da pessoa, da pessoa na sociedade e da pessoa perante o Estado, que corresponde inequivocamente à do humanismo ocidental ou de um humanismo não marxista»¹⁵¹. Nas palavras de Vieira de Andrade, a síntese da Constituição Portuguesa é assim afirmada: «a distinção [que a nossa Constituição estabeleceu na sua sistemática] entre direitos, liberdades e garantias, de um lado, e direitos económicos, sociais e culturais, de outro lado, também pretende exprimir a supremacia do princípio da dignidade humana individual, já que os direitos mais directamente a ele ligados são incluídos entre os direitos, liberdades e garantias.

democrático e social» — em que porém ainda se inclui uma margem de ambiguidade. Cfr., a propósito, a Encíclica de João Paulo II, *Centesimus Annus* — seja-nos permitido remeter para o nosso artigo, *A doutrina social da Igreja, ontem, hoje e amanhã*. Um interessante sinal, a este propósito, é o *reformismo centrista da social-democracia*, de que é exemplo destacado a célebre *Plataforma eleitoral* assinada por Tony Blair e Gerhard Schroeder, em 1999, intitulada «A terceira via», para Blair, e «o Centro» (*Die Mitte*) para Schroeder. Cfr., ainda, os textos de Ralf Dahrendorf, liberal, e os de Anthony Giddens, social-democrata, designadamente, deste último, *Para além da esquerda e da direita*, e *Para uma terceira via*. Cfr., ainda, Norberto Bobbio, *Destra e sinistra*; Zagrebelsky, *Il diritto mitte*; Jacques Maritain, *Princípios duma política humanista*; João Carlos Epada; Marc Plattner; Adam Wolfson, *Direita e esquerda?; La revue socialiste*, n.º 1 [número dedicado ao tema “socialismo europeu: para uma nova via”]; Conselho Pontifício Justiça e Paz, *Compêndio da doutrina social da Igreja*.

¹⁵¹ A Constituição de 1976, pp. 321-322.

Distinção e supremacia que não são apenas formais e simbólicas, antes se prolongam e materializam num regime exclusivo de protecção acrescida para estes direitos (cfr. designadamente artigo 18.º ss.)¹⁵².

12. Um incidente na Constituinte

A propósito desta distinção entre as duas categorias de direitos, pessoais e sociais, pode considerar-se interessante um incidente ocorrido na Assembleia Constituinte, precisamente sobre a colocação sistemática do *direito social ao ensino*: se conjuntamente com as *liberdades fundamentais de aprender e ensinar*, ou se, em vez disso, separadamente e mais adiante, num título próprio dos direitos sociais. A opção feita pela Constituinte foi a da separação, para vincar a ideia da diferente posição dos direitos sociais relativamente à precedência e primado das liberdades fundamentais. A história conta-se em breves palavras.

Na apreciação em plenário da disposição que consagrou a garantia da liberdade de aprender e de ensinar¹⁵³, o deputado José Augusto Seabra (PPD) propôs, em iniciativa pessoal, que, em vez de se dizer simplesmente «liberdade de aprender e ensinar», se dissesse «o direito e a liberdade de aprender e ensinar». E expôs que a sua ideia era que a garantia constitucional não se traduzisse apenas «numa potencialidade formal, mas [incluísse também] uma concretização dos meios aptos a permitirem [...] o acesso a todas as formas de conhecimento...», isto é, de educação. O deputado Vital Moreira (PCP) apoiou esta proposta exclamando «apoiadíssimo!»; e defendeu, numa intervenção posterior, «que a liberdade de aprender não implica só por si o direito de aprender»; e «que, em geral, todas as liberdades, só por si, não dão àqueles para quem não basta ser titulares dessa liberdade, a possibilidade de as exercerem»¹⁵⁴.

Foi o Deputado Romero de Magalhães (PS) quem, precedendo as votações, esclareceu o consenso interpretativo acerca do projecto que vinha da Comissão Parlamentar que tinha preparado o projecto de Constituição a submeter a plenário, declarando que, partilhando embora as preocupações com a questão das condições de exercício das liberdades, esse não era um problema a ser respondido no capítulo da consagração das liberdades fundamentais pessoais, mas era, isso sim, um problema para o título seguinte, sobre os direitos sociais.

¹⁵² Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais*, 1.ª ed., pp. 100-101.

¹⁵³ Que veio a dar o actual art. 43.º: «É garantida a liberdade de aprender e ensinar».

¹⁵⁴ *Diário da Assembleia Constituinte*, pp. 1154 ss.

Respondendo ainda às preocupações de um outro deputado, Francisco Miguel (PCP), que dizia: «eu gostaria que esta afirmação que pomos aqui nesta Constituição — liberdade de ensinar e de aprender — pudesse vir acompanhada e assegurada da designação dos meios materiais para se poder aprender livremente...»¹⁵⁵, o deputado Romero de Magalhães (PS) declarou pela segunda vez: «o esclarecimento que queria dar ao Sr. Deputado era que [...] todas essas preocupações são as nossas, mas, simplesmente pela sistematização adoptada, terão de vir no título seguinte, e não neste»¹⁵⁶.

E assim a Constituinte portuguesa de 1975 manteve a distinção, que tinha sido inicialmente aprovada no projecto de sistematização da Constituição, entre, por um lado, os «direitos, liberdades e garantias» e, por outro lado, os «direitos e deveres económicos sociais e culturais»¹⁵⁷. Vital Moreira (PCP), numa intervenção posterior, fez notar que nesta questão a posição do PS era coerente, porque «mais uma vez, coerentemente, defendeu que este capítulo das liberdades não deve misturar-se com direitos [sociais], pela simples razão que não se devem misturar coisas de qualidade estrutural diferente»¹⁵⁸.

Deste episódio nos trabalhos constituintes, por mais incidental que possa ser, resulta que foi historicamente intencional a opção sistemática da separação e distinção

¹⁵⁵ É muito interessante esta declaração de Francisco Miguel, porque nela se explicita com toda a clareza que a liberdade deve acompanhar-se e ser assegurada das *condições do seu exercício livre* — textualmente: «dos meios materiais para se poder aprender livremente». Nada, portanto, que tenha a ver com o desígnio de que as condições materiais possam limitar o exercício das liberdades (pela via da satisfação do direito social ao ensino mediante monopólio escolar do Estado).

¹⁵⁶ *Diário da Assembleia Constituinte*, pp. 1154 ss.

¹⁵⁷ A Comissão de Sistematização da Constituição, criada logo no início do funcionamento da Assembleia Constituinte para preparar a sistematização da futura Constituição, assentou em que «a Parte Primeira, subordinada ao tema “Direitos e deveres fundamentais”, [seria] subdividida em: Título I – Princípios gerais; Título II – Direitos, liberdades e garantias; Título III – Direitos e deveres económicos, sociais e culturais» – v. *Diário da Assembleia Constituinte*, p. 271. Na sequência da aprovação desta sistematização, foram criadas duas Comissões especializadas para preparar os respectivos projectos, respectivamente, a 2.ª Comissão, para os direitos liberdades e garantias, e a 3.ª Comissão, para os direitos económicos, sociais e culturais. Pela voz de Alda Nogueira, o PCP discordou, precisamente defendendo que: «a Organização Económica precedesse os “Direitos e Liberdades Fundamentais”, dado que o sistema económico condiciona e determina em grande parte o conteúdo e a efectividade [note-se: não apenas a efectividade, mas desde logo o próprio conteúdo] dos direitos e liberdades fundamentais» – cfr. *Diário da Assembleia Constituinte*, p. 273. E defendendo ainda que: «a divisão dos direitos fundamentais em dois grupos – um deles contendo os direitos, liberdades e garantias de carácter pessoal, cívico e político e o outro contendo os de carácter económico social e cultural – assenta numa concepção individualista e liberal dos direitos e liberdades fundamentais» – *ibidem*.

¹⁵⁸ *Diário da Assembleia Constituinte*, p. 1158.

entre *liberdades pessoais (civis e políticas) fundamentais* e *direitos sociais*; e que foi muito consciente a ideia de que os direitos sociais têm a função de criar condições fácticas para o exercício das liberdades pessoais — constituindo-se, portanto, como direitos funcionais ao preeminente exercício das liberdades.

De onde (permita-se-nos a insistência) mais uma vez resulta confirmada a ideia de que seria verdadeira contradição constitucional que os direitos sociais desconhecessem os «direitos, liberdades e garantias»; e que, pior ainda, prevalecessem praticamente sobre os direitos fundamentais de liberdade, os quais são irredutivelmente autonomias pessoais, liberdades de escolha. Contradição que de facto se verifica, no caso típico em que o poder do Estado, por desígnio de controlo sobre a sociedade civil e não por limitação de ordem económica ou prática, determina a identidade das prestações dos direitos sociais e o seu fornecimento aos cidadãos como exclusivo de um monopólio estatal, assim os limitando nas suas legítimas escolhas. Porque uma coisa é que os direitos sociais criem condições materiais para o exercício das liberdades fundamentais pessoais, preservadas sempre no seu núcleo essencial de liberdades de escolha; outra coisa é que as *liberdades* sejam concretamente reduzidas ao consumo *obrigatório* das prestações de serviços públicos autoritariamente definidas e fornecidas pelo monopólio estatal, quando não há princípio nem razão prática que justifique esta limitação de liberdade fundamental.

Hoje, no texto constitucional, a separação sistémica entre *direitos, liberdades e garantias pessoais*, por um lado, e *direitos sociais*, por outro, mantém-se, como já vimos, e até se reforçou no seu alcance dogmático comparativamente ao texto de 1976 — desde logo pela nova e diferente doutrina do art. 2.^o¹⁵⁹, mas ainda por outras importantes novas disposições constitucionais, como por exemplo a do art. 9.^o, que, enumerando as «tarefas fundamentais do Estado», enuncia distinta e primeiramente a «garantia dos direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático» (al. b), e só depois, numa outra alínea, enuncia a «promoção do bem-estar (...) bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais» (al. d)¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Como já vimos, o actual art. 2.^o coloca os *direitos de liberdade* na base do Estado de direito democrático e social. Era diferente a doutrina do texto de 1976, que estabelecia o seguinte: «a República Portuguesa é um estado democrático, baseado na soberania popular, no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais e no pluralismo de expressão e organização política democráticas, que tem por objectivo assegurar a transição para o socialismo mediante a criação de condições para o exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras».

¹⁶⁰ No texto de 1976, as tarefas fundamentais do Estado (art. 9.^o) eram, em resumo: [1] garantir a independência nacional, [2] assegurar a participação do povo na resolução dos problemas nacionais e [3] socializar os meios de produção e a riqueza.

Neste sentido, tem pois de afirmar-se que, no nosso Estado de direito democrático, a *primazia* dos «direitos, liberdades e garantias» perante os «direitos sociais» constitui a base da construção de uma *democracia social*. Apesar das suas ambiguidades — e, pior, das suas graves contradições internas —, já isso mesmo se podia ler no Preâmbulo do texto constitucional de 1976, assim: «A Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo português [...] de assegurar o primado do Estado de direito democrático...»¹⁶¹.

13. A primazia dos «direitos, liberdades e garantias»

A *primazia* dos «direitos, liberdades e garantias» sobre os «direitos sociais», nos Estados de direito democrático, é um princípio que tem de manter-se nítido e firme. É, de resto, um critério na comparação entre as constituições dos Estados de direito democrático com as dos *Estados sociais* antiliberais e antidemocráticos. Como assinala Jorge Miranda: «Não menos reveladores vêm a ser outros critérios de comparação, tais como a primazia [...] das liberdades e garantias, de um lado, em contraste com a primazia dos direitos económicos, sociais e culturais, do outro lado ou com a indistinção de uns e outros direitos»¹⁶². De onde se pode concluir, como já antes se antecipou, sobre a ambiguidade da expressão *Estado social*, à qual é preferível a expressão *Estado de direito democrático*, ou então *Estado de direito democrático e social*¹⁶³.

Fique bem claro: a primazia das liberdades pessoais — que se afirma no confronto com os direitos sociais — não desvaloriza em nada, e pelo contrário, os direitos sociais e a construção de uma democracia política mais completa, porque também económica, social e cultural. Mas impede, isso sim, a *inversão antiliberal e antidemocrática* de se afirmarem ou conformarem os direitos sociais contra, em substituição, ou em menorização das liberdades pessoais, civis e políticas — designadamente quando a imposição de serviços prestativos de monopólio estadual, definidos pelo Estado com ofensa da liberdade de escolha dos cidadãos, de facto concorrem ou até substituem as liberdades individuais pelas escolhas políticas e ideológicas de

¹⁶¹ Sobre a questão do Estado de direito, ou do Estado de direito democrático, na Constituição de 1976 ainda não revista, v. o texto de referência de Jorge Miranda, *A Constituição, maxime* Capítulo XI, «Assegurar o Primado do Estado de direito democrático», pp. 473 ss.

¹⁶² Jorge Miranda, *A Constituição de 1976*, p. 309.

¹⁶³ A Constituição preferiu dizer (no art. 2.º) «Estado de direito democrático», base da construção de uma democracia também económica, social e cultural (poderemos dizer: *democracia social*).

Estado¹⁶⁴. Uma tal substituição só encontraria justificação nos casos de monopólio natural, em que por natureza não é possível o pluralismo; e só transitoriamente se admitiria por razões objectivas de ordem económica ou prática — num caso e noutro, sempre com o mínimo de compressão das liberdades individuais e de intervenção ideológica do Estado, ou melhor, segundo um mandato da maximização das escolhas dos cidadãos.

A boa doutrina é, a este propósito, muito clara. Escreve um Autor alemão, dos mais considerados, Böckenförde: «a ideia dos direitos sociais fundamentais recebe a sua necessidade e a sua justificação: não como simples princípio contraposto aos direitos fundamentais de liberdade, mas sim a partir do princípio da salvaguarda da própria liberdade. [...] A liberdade deve ser tornada realmente possível e deve ser salvaguardada através de prestações e garantias sociais estatais. A ideia dos direitos sociais fundamentais, vista deste modo, não se apresenta em contraste com as garantias de liberdade do Estado de direito liberal-burguês, mas como a lógica consequência objectiva de tais garantias numa situação social que sofreu mudança. Ainda nesta situação, do que se trata é de salvaguardar a liberdade, não de “superar” a liberdade a favor de formas de vida colectiva»¹⁶⁵.

Na doutrina jurídica espanhola, pode-se ler, num dos mais prestigiados manuais de direito público: «Hoy, el interés público primario es, justamente, el respeto y el servicio de los derechos fundamentales, cuyo libre y pacífico ejercicio es el fundamento mismo del orden público (art. 1 LOP); y aun del orden político entero (art. 10, 1 de la Constitución) y no el objetivo a eliminar para una transpersonalización de éste»¹⁶⁶.

No mesmo sentido geral, e no termo de uma inteira investigação dedicada ao tema de *o conceito e a validade do direito*, conclui o consagrado especialista alemão na teoria dos direitos fundamentais, Robert Alexy: «sustentamos que uma determinação substancial geral da relação entre direitos individuais e bens colectivos impõe-se por razões normativas em virtude de uma precedência *prima facie* a favor dos direitos individuais. (...) Existe uma precedência geral *prima facie* em favor dos direitos

¹⁶⁴ A questão é grave não tanto em questões meramente técnicas ou materiais, como por exemplo nos seguros sociais ou até certo ponto nos cuidados de saúde; mas sobretudo em questões de grande sensibilidade de consciência, de moralidade, de educação ou de cultura — não foi por acaso que a Constituição, no art. 43.º, impôs uma cláusula especial de proibição de o Estado programar a educação e a cultura.

¹⁶⁵ Cfr. *Stato, costituzione, democrazia*, pp. 193-194.

¹⁶⁶ Eduardo García de Enterrí; Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, II, p. 61.

individuais (...)»¹⁶⁷. Num outro lugar, escreve este mesmo Autor: «O argumento principal a favor dos direitos fundamentais sociais é um argumento de liberdade. (...) a liberdade jurídica, para fazer ou omitir alguma coisa, carece de todo o valor, sem a liberdade fáctica (real), isto é, sem a possibilidade fáctica de escolher entre o permitido»¹⁶⁸.

Diga-se que, em rigor, nos casos de *monopólio prestativo estatal por razões ideológicas*, como sucede no nosso monopólio escolar de facto, não são os direitos sociais, na sua essência, que se afirmam contra os direitos liberdades e garantias; é sim a organização governamental e administrativa das respectivas prestações sociais estatais que (aliás violando a lei) provoca esse efeito na realidade. Os mesmos direitos sociais podem ter mais do que um processo determinante das prestações, mais do que uma forma prestativa, mais do que uma execução das leis; e é aqui que o efeito conflitual se gera e efectiva, quando, por razões ideológicas, o Estado monopoliza e *infiltra* ideologicamente, não sendo isso legítimo, a oferta de serviços públicos prestativos.

Em suma, pode afirmar-se que a nossa Constituição rejeita um *Estado social anti-liberal*; e perfilha um *Estado de direito democrático*, com base no qual se visa construir uma *democracia social*. De acordo com a nossa Constituição, não é possível conceber a construção da democracia económica, social e cultural com base em um qualquer desígnio político alternativo, ou sequer desligado ou desviado, que substitua a base juridico-constitucional do «Estado de direito democrático», que é constituída pelos «direitos, liberdades e garantias», como já vimos. Ou seja: com outra base que não seja o respeito e a garantia das *liberdades fundamentais pessoais (das livres autonomias dos cidadãos)*. É inconstitucional substituir (ou promover ou preferir), a esta base das liberdades individuais, uma outra base, como por exemplo um programa político-ideológico de Estado para o ensino escolar, executado por via da monopolização estadual da rede escolar gratuita.

14. Crítica às teorizações confusionistas dos direitos fundamentais

Sendo assim, e porque tende a ser cada vez mais defendida a matriz «constitucionalista» em matéria de direitos fundamentais nas *democracias sociais europeias de raiz ocidental*, compreendem-se mal algumas vozes, na doutrina jurídica actual, que, embora não advogando claramente a concepção marxista dos direitos fundamentais, contudo elaboram

¹⁶⁷ Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, p. 207.

¹⁶⁸ Cfr. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 486 *passim*.

teorizações globalizantes sobre os direitos fundamentais que, tudo somado, tendem a *indiferenciar* os «direitos, liberdades e garantias» e os «direitos sociais», como se, pelo facto de todos serem, ou poderem ser, classificados como direitos fundamentais, deixasse de haver razões para os relacionar entre si sobretudo pela primazia dos primeiros sobre os segundos, apenas focando distinções *técnicas*: da sua estrutura de direitos subjectivos a prestações; da indeterminação do seu objecto, que por isso exige determinação por via de lei; enfim, da sua exclusão do regime de garantia constitucional de aplicação imediata que vale para os «direitos, liberdades e garantias».

Os direitos sociais aparecem assim limitados como direitos a uma repartição social autonomizada das liberdades especificadas, portanto (*hoc sensu*) como direitos pessoais a «coisas» ou situações; com isto prevalecendo a sua *economicidade* e perdendo-se a sua funcionalidade personalizante, acentuando-se a sua referência ao «ter» e perdendo-se a sua referência funcional ao «ser» — à liberdade pessoal subjectiva a que todos os direitos humanos têm de ser essencialmente referidos. Referência ao «ter» com uma agravante relativamente ao *clássico* direito fundamental de propriedade: é que, ao contrário deste direito, que deixa ao proprietário uma grande liberdade pessoal de administração e usufruto, os sistemas prestativos públicos dos direitos sociais não concedem a administração e condicionam o próprio usufruto das *prestações* que oferecem.

Algumas destas dificuldades e confusões, deve reconhecer-se, também se devem ao relativo atraso na teorização dos direitos fundamentais — que, contudo, ultimamente tem recebido um notável incremento¹⁶⁹. Mas uma importante fonte das obscuridades na teorização jurídica e jurisprudencial dos direitos humanos é a politização e a ideologização da matéria, desde logo nas instâncias supranacionais, de que são prova os relatórios e outras peças análogas, e inclusive os próprios instrumentos aprovados. Com efeito, se há coisa ainda evidente, no plano ideológico e político, é uma *guerra fria* entre os «direitos, liberdades e garantias» e os «direitos sociais». Esta querela entre pré-compreensões ideológicas é histórica, como já se disse, e pode-se comprovar desde a própria aprovação da Declaração dos Direitos Fundamentais do Homem, da ONU, em que as democracias populares da União Soviética e da Jugoslávia se abstiveram com o argumento da insuficiência dos direitos sociais. Apesar da dissolução do *bloco de leste*, a influência da sua ideologia providencialista antiliberal-

¹⁶⁹ Na bibliografia jurídica actual, os direitos humanos recebem uma atenção como nunca dantes. Além das anteriores citações de bibliografia nacional, cfr. especialmente, no importante caso alemão, Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*; Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Stato, costituzione, democrazia*; id., *Le droit, l'État et la constitution démocratique*; Peter Häberle, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*. Cfr., ainda, Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*. Uma boa exposição sobre a evolução na Alemanha em: Gustavo Gozzi, *Democrazia e diritti*.

-democrática continua viva e actual em certas áreas do leque partidário e ideológico ocidental, e por isso não se pode deixar na sombra.

Uma prova bem recente (e significativa, por se referir à Europa) da resistência jacobina às liberdades individuais de educação, embora substituindo o seu conceito republicano pelo do Estado social, é a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que, numa questão do maior melindre, precisamente sobre o *direito à educação*, faz (no art. 14.º), uma lamentável abdicação da garantia de *liberdades pessoais de educação*, declarando-as entregues às legislações nacionais, enquanto impõe a estas mesmas legislações nacionais os *direitos sociais de educação*¹⁷⁰.

Pessoalmente, tendemos para pensar que os Estados, mesmo Estados democráticos da Europa enquanto *instâncias de poder de governo*, temem os direitos liberdades e garantias, que lhes impõem limitações de agir que se tornam em maiores dificuldades de governar (de «governabilidade»); e, pelo contrário, vêem nos direitos sociais instrumentos de influência sua sobre a sociedade — para cujo financiamento se requer o aumento dos impostos e dos efectivos da Administração Pública, é certo, mas o que, aliás e paradoxalmente, constitui um adicional atractivo político para os Governos, que gostam sempre de mais funções, de mais orçamento e de mais funcionários, como é flagrantemente demonstrado pela teoria da «*public choice*».

Assim, o chamado *modelo social europeu*, acusado de ter cedido a excessos garantistas e burocráticos providencialistas, quase só recebe crítica pelo lado da teoria do mercado e da racionalidade económica e organizatória; mas não pelo lado dos sindicatos e de uma crescente *cultura prática de cidadania burocrática*. Por isso, a famigerada crise do Estado social é praticamente determinada quase só por dificuldades económico-financeiras internas e de competitividade externa global¹⁷¹.

Contra estes deslizamentos ideológicos, deve a doutrina enfatizar, hoje, que um *Estado de direito* não é coerente sem que no seu fundamento estejam respeitados e garantidos (jurídica mas também facticamente) os «direitos, liberdades e garantias» — porque *a lei* que o caracteriza (Estado de direito significa Estado sujeito à *lei*), é precisamente essa, a *lei dos direitos, liberdades e garantias*, não uma qualquer lei¹⁷². E que um

¹⁷⁰ Sobre esta questão, cfr. o nosso artigo, “O Estado de direito democrático secular”. Adiante voltaremos a este tópico.

¹⁷¹ A questão é velha, mas não sofre reforma — cfr., para um diagnóstico de um socialista que tem mais de vinte e cinco anos, Pierre Rosanvallon, *La crise de l'État-Providence*.

¹⁷² Recorde-se mais uma vez que, na Constituição, os «direitos, liberdades e garantias» vêm *antes* dos direitos sociais; e que os direitos fundamentais, na sua globalidade, vêm *antes* da organização do Estado - v., para a importância dogmática desta opção histórica, no processo constitucional alemão do pós-guerra, Gustavo Gozzi, *Democrazia e diritti*, pp. 77 ss.

Estado social pode ser em contradição com o *Estado de direito*, se na sua constituição se der a primazia aos direitos sociais — determinados e satisfeitos pela maioria parlamentar —, e não aos «direitos liberdades e garantias», que estão na primeira base dos modernos Estados constitucionais e são indisponíveis pela maioria parlamentar.

CAPÍTULO III

Os direitos fundamentais de educação

De acordo com a interpretação que acabámos de fundamentar, o actual quadro constitucional é inequivocamente afirmativo da primazia dos «direitos, liberdades e garantias» sobre os direitos sociais. Assim, as liberdades constitucionais de educação – de aprender, de ensinar e de criação de escolas privadas, como o diz o art. 43.º – prevalecem sobre o direito social à educação e ao ensino, do artigo 73.º e seguintes. Mas não foi assim durante os primeiros anos de vigência da Constituição de 1976. E vale a pena recordá-lo, porque é ainda a sombra da doutrina desse regime que continua a querer obscurecer a interpretação do quadro constitucional e legal em vigor, desde as leis de 1979 e a revisão constitucional de 1982.

A – Os direitos de educação no texto constitucional de 1976

15. A monopolização estatal do ensino escolar no texto constitucional de 1976

No texto original da Constituição de 1976, a liberdade de criação de escolas privadas foi recusada no elenco dos «direitos, liberdades e garantias» e ficou estabelecido o princípio do monopólio constitucional da escola *oficial* do Estado.

A Constituinte aprovou o texto seguinte, como n.º 1 do art. 43.º: «é garantida a liberdade de aprender e ensinar». Contudo, no termo de longos e acerbos debates (que o *Diário da Assembleia Constituinte* documenta), recusou incluir no âmbito das liberdades de aprender e ensinar a garantia da liberdade de escola privada; e chegou mesmo a votar expressamente contra uma proposta de inclusão do seguinte inciso: «o ensino privado é livre»¹⁷³.

Tendo sido esta a concepção que vingou na votação da «liberdade de aprender e ensinar», a recusa da liberdade de escola privada foi consolidada mais adiante, na parte da Constituição que tratou dos «direitos sociais», quando o art. 75.º fixou o seguinte: (n.º 1) «O Estado criará uma rede de estabelecimentos oficiais de ensino

¹⁷³ Cfr. *Diário da Assembleia Constituinte*, maxime os debates do dia 16 de Outubro de 1975 (p. 1991).

que cubra as necessidades de toda a população»; e (n.º 2) «o Estado fiscaliza o ensino particular supletivo do ensino público».

Esta redacção do art. 75.º baseou-se numa proposta do Partido Socialista, como alternativa a propostas de extrema-esquerda que pretendiam, pura e simplesmente, eliminar expressamente todo o ensino privado¹⁷⁴. Efectivamente, o texto que, aprovado por maioria simples dos partidos da esquerda, vinha do relatório da terceira Comissão, dizia, no n.º 3 do art. 28.º: «O Estado procederá à progressiva integração dos estabelecimentos do ensino particular no ensino oficial...»¹⁷⁵. A solução proposta pelo PS como alternativa resultou contudo ambígua, porque, se não o declarava extinto, viabilizava praticamente a extinção do ensino privado¹⁷⁶.

Os debates constituintes foram muito acesos, nesta matéria, em especial quanto à recusa da consagração da liberdade de escola privada; mas também quanto à disposição que, faltando a garantia constitucional da liberdade de escola privada, fixava que «o Estado fiscalizará o ensino particular supletivo do ensino público»¹⁷⁷.

Nestes termos, o texto constitucional de 1976 estabeleceu o monopólio escolar do Estado e, para não haver dúvidas, admitiu expressamente as escolas privadas como supletivas das escolas estatais — claro que, como a sua liberdade não fora garantida na parte das liberdades fundamentais, as escolas privadas, enquanto supletivas, ficavam naturalmente expostas a ser extintas à medida do alargamento progressivo da rede oficial do Estado. Ficou assim evidenciado que a «garantia» constitucional das liberdades do art. 43.º (que dizia: é *garantida* a liberdade de aprender e ensinar) era apenas um *flatus vocis*, ou letra morta, porque afinal as liberdades de aprender e de ensinar ficavam condenadas ao interior da escola pública *oficial* — e bem se conhecem as experiências totalitárias dos regimes de monopólio estadual de ensino *oficial*¹⁷⁸.

¹⁷⁴ *Diário da Assembleia Constituinte*, p. 1957.

¹⁷⁵ *Diário da Assembleia Constituinte*, p. 1226.

¹⁷⁶ Esta ambiguidade veio a ser expressamente reconhecida no Parecer n.º 4/79 da Comissão Constitucional, sobre a supletividade do ensino particular — cfr. *Pareceres da Comissão Constitucional*, 7.º volume, p. 241.

¹⁷⁷ Cfr. especialmente os Diários da Assembleia Constituinte correspondentes às sessões números 61 e 62, dos dias 10 e 14 de Outubro, pp. 1913 ss., em que se lê a declaração de Carlos Mota Pinto, em resposta a Mário Sottomayor Cardia: «não podemos votar o n.º 3 do artigo 29.º [que dizia que o Estado fiscalizará o ensino particular e cooperativo], porquanto, numa proposta que entregámos na Mesa, para o mesmo artigo 29.º, consideramos explicitamente o princípio de que o ensino particular é livre» (p. 1959).

¹⁷⁸ No art. 75.º, o texto constitucional de 1976 qualificava expressamente como «oficiais» os estabelecimentos de ensino criados pelo Estado.

Uma tão grave ofensa às liberdades fundamentais de educação afectava todo o edifício das liberdades fundamentais na Constituição de 1976 — como já se disse, é geralmente aceite a ideia de que as liberdades fundamentais são solidárias e inseparáveis; e que a liberdade de ensino nasce logo na raiz da liberdade e da dignidade da pessoa humana¹⁷⁹. Isto explica por que, logo na primeira revisão constitucional, de 1982, se alterou a Constituição neste ponto, como veremos.

16. Uma interpretação jurídica do texto constitucional de 1976

Entretanto, alguns constitucionalistas logo elaboraram a interpretação dos arts. 43.º e 75.º, defendendo que «a liberdade de ensino deve ser distinguida juridico-constitucionalmente da liberdade de criação de escolas privadas»¹⁸⁰: de acordo com o ensino de Gomes Canotilho e Vital Moreira, «a Constituição não reconheceu um direito à criação de escolas privadas (...); a liberdade de criação de escolas privadas deve, por isso, ser separada da liberdade de ensino...»¹⁸¹.

Por outro lado, o n.º 1 do art. 75.º era interpretado como «norma impositiva de acção estadual, configurando a obrigação constitucional de realização do direito de todos os cidadãos ao ensino»; de onde se tirava a seguinte afirmação: «o sentido deste artigo é o de definir a tarefa do ensino como *fundamentalmente pública*¹⁸², em termos de ser o Estado [...] a entidade a quem compete criar a rede de estabelecimentos que cubra todas as necessidades educativas do país»¹⁸³.

Resultava, assim, o monopólio estatal do ensino, a sua *nacionalização* — de que se excluíam apenas formações especiais, como por exemplo a formação religiosa no âmbito das religiões. Sobre tudo — observava-se — dominava «o carácter público do ensino, mesmo quando não prosseguido directamente pelo Estado»¹⁸⁴.

¹⁷⁹ Sobre a inseparabilidade da liberdade de educação relativamente às liberdades pessoais fundamentais, v. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, *Direitos Fundamentais*, 1993, p. 382. Jorge Miranda pronunciou na Assembleia Constituinte uma peça oratória das mais notáveis em favor da liberdade de ensino — cfr. *Diário da Assembleia Constituinte*, pp. 1919-1922; v. ainda, p. 1986.

¹⁸⁰ Gomes Canotilho; Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1980, p. 122.

¹⁸¹ *Idem*, p. 184.

¹⁸² Itálico no original.

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

Sem garantia constitucional e consagrado o monopólio estatal do ensino escolar, a *liberdade* de criação de escolas privadas não tinha sido, contudo, expressamente proibida: ficava teoricamente entregue à inteira discricionariedade do legislador ordinário — que, porém, tinha uma decisiva limitação para abrir a porta a escolas privadas, pois que (acautelava-se na referida interpretação) ele «deve ter em conta o princípio constitucional da publicidade do ensino»¹⁸⁵. Em consequência, a Administração Pública poderia, se assim o entendesse, tolerar escolas privadas, mas apenas a título meramente eventual, supletivas das escolas «oficiais» do Estado. O ensino nessas escolas privadas não possuía autonomia, e é por isso que deviam elas ser fiscalizadas pelo Estado. Fora da fiscalização estadual ficaria apenas «o ensino particular não supletivo do ensino público, o ensino *essencialmente* particular, designadamente as escolas de formação religiosa, política, ideológica, etc.»¹⁸⁶. E quanto ao direito e ao dever do Estado de fiscalizar o ensino nas escolas particulares, dizia-se: «trata-se ainda do reconhecimento do carácter público do ensino, mesmo quando não prosseguido directamente pelo Estado, o que exige que as escolas privadas situadas na esfera da acção do ensino estadual não possam ser isentas da tutela do Estado...»¹⁸⁷.

Difícilmente se ilustraria melhor, à imagem do velho absolutismo, uma *não-garantia da liberdade pessoal*, que deixava a liberdade entregue ao *bel-prazer do príncipe*, mas ainda aí constitucionalmente limitada e substituída pelo «carácter público do ensino», reduzido este à competência exclusiva do Estado-educador¹⁸⁸.

17. A doutrina antiliberal do texto constitucional de 1976

Juntamente com a consagração ideológica imperativa do socialismo e a correspondente “constituição económica”, que em algumas disposições aparecia com conceituações de evidente origem marxista, e no contexto de várias disposições no mínimo ambíguas quanto à sua coerência com um autêntico *Estado de direito democrático*, a imposição constitucional de um monopólio escolar de Estado constituiu um dos maiores erros da «Constituição equívoca e ambígua» de 1976.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ Em declarações de voto posteriores à votação global final do texto constitucional de 1976, os deputados constituintes Marcelo Rebelo de Sousa, Coelho de Sousa, Mário Pinto e Jorge Miranda expressamente discordaram da não consagração da liberdade de ensino escolar e da não equiparação da escola privada à escola pública — cfr. *Diário da Assembleia Constituinte*, pp. 4449 e 4451.

O carácter internamente contraditório da Constituição de 1976, que se ilustrava exemplarmente com a oposição às liberdades pessoais de escola e com o monopólio jurídico do Estado no ensino escolar, ficou claramente denunciado na tese de doutoramento de Jorge Miranda, sobre a Constituição de 1976: «sabemos que, enquanto no domínio dos direitos, liberdades e garantias a Assembleia Constituinte viria a perfilhar o modelo liberal e pluralista do Ocidente¹⁸⁹, no título dos direitos económicos, sociais e culturais ela se aproximaria de certas Constituições de países de Leste. Aí se manifestaria, mais uma vez, o compromisso em que consistiria a sua obra»¹⁹⁰. A que, significativamente, se seguiu a tese de doutoramento de Francisco Lucas Pires, onde se assinalou que na Constituição de 1976 se consagrou «a obrigação de prestação sistemática por parte do Estado [... que] não se limita à área da *segurança social*, ou do seu mínimo, mais a coordenação global da economia, mas domina a própria área da *escolha*, senão a do *desejo* e virtude presumidos da vida social dos cidadãos»¹⁹¹.

Teve razão Jorge Miranda em identificar na Constituição de 1976 uma influência das concepções típicas das designadas democracias populares de leste quanto aos direitos sociais. Com efeito, ao tempo da Assembleia Constituinte, andava muito na ordem do dia da revolução portuguesa a recusa do carácter universal dos direitos e liberdades fundamentais do homem com base na ideia marxista da sua «concepção de classe»¹⁹². São paradigmáticas, a esse propósito, as seguintes declarações de Álvaro Cunhal, Secretário Geral do Partido Comunista Português, em entrevista ao conhecido jornalista e homem de letras, Portela Filho.

«**Portela Filho** — *Como é que reage a algumas das críticas que o PCI [Partido Comunista Italiano], o PCF [Partido Comunista Francês] e o PCE [Partido Comunista Espanhol]*

¹⁸⁹ E ainda aí com pelo menos a gravíssima falha da negação da liberdade de escola privada, garantida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem.

¹⁹⁰ Jorge Miranda, *A Constituição de 1976*, *passim* e designadamente p. 321.

¹⁹¹ *Teoria da Constituição de 1976*, p. 354. Lucas Pires conclui assim a sua dissertação: «Embora seja verdade que todo o Estado de direito tem um balanceamento interno, nomeadamente entre justiça e segurança, no caso da nossa Constituição não estariam apenas em causa questões de “medida” interna e confrontos avulsos de normas, mas “concepções” e “orientações” globais, envolvendo princípios, estruturas, finalidades e direcções de transição para o Estado e a Sociedade portuguesa. Eis também porque só como Constituição *de e em* transição ela é, ainda hoje, pensável» — p. 389.

¹⁹² Em defesa da tese de que «os direitos económicos, sociais e culturais são histórica e fundamentalmente direitos de classe», e contra a ideia de «uma concepção dos direitos económicos, sociais e culturais como direitos desvinculados da luta de classes e da construção da sociedade socialista», v. Vital Moreira, *Diário da Assembleia Constituinte*, pp. 1320-1321.

têm feito em relação à União Soviética, nomeadamente na recente troca entre o Corvalán e o Bukovsky?¹⁹³

Álvaro Cunhal — Não acompanhamos nem essas afirmações nem essa campanha. Já tivemos ocasião de dizer que as pressões ou as exigências para que o nosso partido acompanhe essas campanhas também vêm de antes do 25 de Abril, na altura em que tínhamos camaradas nossos nas prisões e, portanto, em que a libertação desses camaradas era um problema político de solidariedade e um problema humano muito importante para o nosso partido. Muitas vezes, fomos convidados a participar, por exemplo, na Suécia, em acções públicas, promovidas pela Amnistia Internacional, para a libertação de presos políticos portugueses. Mas, por vezes, vinham acompanhadas da informação de que serviam também para a libertação de presos de países socialistas. Apesar de que se tratava de libertação de camaradas nossos, nós recusámos sempre participar nessas iniciativas conjuntas. Porque não confundimos a luta daqueles que, em países capitalistas, procuram uma libertação do seu povo, portanto a transformação de situações de exploração e opressão para a criação de um regime democrático, ou mesmo da criação de uma sociedade socialista, com a situação daqueles que estão em prisões em países socialistas, por razões completamente diversas. Nós vemos esta situação com espírito de classe, não vemos com critérios gerais e universais que não podem ser aplicados no mundo em que há interesses antagónicos, em que há uma luta de classes muito acesa, uma luta de sistemas, e, portanto, uma luta de ideias. [...]»¹⁹⁴.

Notável e excepcional franqueza, esta declaração, em que se diz, sem ambiguidades e até explicando as próprias razões, que não se reconhecem direitos pessoais de liberdade com valor universal.

¹⁹³ Recorde-se que Corvalán era secretário geral do partido comunista chileno, e estava preso no Chile por crimes políticos; e que Bukovsky era um prisioneiro político na União Soviética. O interesse da União Soviética pela libertação de um tão importante quadro do movimento comunista internacional como era Corvalán levou-a a concordar com esta troca de prisioneiros, desse modo dando azo a uma comparação que foi muito denunciadora contra os comunistas.

¹⁹⁴ O itálico das últimas linhas é nosso — cfr. [revista] *Opção*, ano I, n.º 45.

B – Os direitos de educação depois da revisão constitucional de 1982

18. As leis ordinárias que «releram» o texto constitucional de 1976

Logo após a entrada em vigor da Constituição de 1976, as forças parlamentares da esquerda democrática – que, na Assembleia Constituinte, se tinham somado às forças de extrema esquerda para formar a maioria simples que aprovou o regime estatista para o ensino escolar – ganharam consciência de que, com a aprovação desse regime constitucional, excludente da garantia das liberdades pessoais de escola privada, se havia cometido um gravíssimo erro contra o Estado de direito democrático, impossível de manter, até porque se opunha frontalmente a instrumentos de direito internacional que garantiam a liberdade de escola, para os quais o próprio texto constitucional remetia¹⁹⁵. A veemência dessa consciência levou a que, na impossibilidade de imediatamente se fazer uma revisão constitucional, visto que era preciso respeitar os prazos correspondentes e a revisão não podia ser feita antes de 1982, se tivesse lançado mão da legislação ordinária para *afirmar claramente* o Estado de direito democrático no âmbito das liberdades de educação e de escola.

Foi assim que se aprovaram, na Assembleia da República, duas leis fundamentais: a Lei n.º 9/79, Lei de Bases do Ensino Particular e Cooperativo, e a Lei n.º 65/79, Lei da Liberdade do Ensino. Mediante decreto-lei do Governo, imposto pelo art. 17.º da Lei de Bases como seu desenvolvimento, veio depois o Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo estabelecer um quadro operativo para o apoio financeiro ao ensino privado, através de vários tipos de contrato entre a Administração Pública Escolar e as escolas privadas (Decreto-lei n.º 553/80).

¹⁹⁵ O n.º 2 do art. 16.º do texto constitucional de 1976 estabelecia, e ainda estabelece hoje, que «os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem» – a qual, com os dois Pactos Internacionais que a desenvolvem, é inequívoca quanto à afirmação positiva da liberdade pessoal fundamental de criar e dirigir escolas privadas.

Estes diplomas *contrariaram* abertamente a doutrina do monopólio estatista da educação escolar:

- [1] quer pelo reconhecimento de que a liberdade de criação de escola privada integra as *liberdades fundamentais de educação*;
- [2] quer pelo reconhecimento de que a livre escolha individual de escola privada deve ser garantida sem discriminação com o apoio do Estado, inclusive financeiramente, deste modo ficando o acesso às escolas privadas, e de acordo com o *princípio da igualdade de oportunidades*, coberto pelo *direito social ao ensino*.

Assim, o princípio do monopólio estatal da *escola pública*, tal como era entendido paradigmaticamente na interpretação constitucional de Canotilho e Vital Moreira, como vimos anteriormente, ficou contrariado por estas leis.

Em resumo, de acordo com as novas leis, o sistema escolar português ficou subordinado aos seguintes princípios.

1.º – O princípio da liberdade de criação de escola privada

Este princípio ficou assim expressamente consagrado no art. 2.º da Lei da Liberdade do Ensino: «a liberdade do ensino exerce-se, nos termos da Constituição e da lei, e traduz-se, designadamente, por [...] d) liberdade de criação e funcionamento de estabelecimentos particulares e cooperativos de ensino que satisfaçam os requisitos constitucionais e legais...». Ora, recorde-se, a Constituinte tinha expressamente recusado incluir a liberdade de criação de escola privada no art. 43.º, dedicado às liberdades de aprender e ensinar.

2.º – O princípio personalista da liberdade de educação e do direito social ao ensino

Naquela mesma Lei da Liberdade do Ensino, afirma-se uma concepção personalista da liberdade de aprender e do direito ao ensino, que não é compagável com a doutrina que atribui ao Estado-educador a competência para determinar um ensino escolar monopolista motivado por um desígnio político de «socialização» exclusivamente no interior da escola estatal. Diz assim, logo no seu primeiro artigo: «a liberdade do ensino compreende a liberdade de aprender e de ensinar consagrada na Constituição, é *expressão da liberdade da pessoa humana* e implica que o Estado, no exercício das suas funções educativas, respeite os direitos dos pais de assegurarem a educação e o ensino dos seus filhos *em conformidade com as suas convicções*».

3.º – O princípio da igualdade de oportunidades e de não discriminação

O princípio da igualdade de oportunidades no acesso ao ensino, consagrado no art. 74.º da CRP, deve ler-se segundo o disposto na Lei da Liberdade do Ensino, que afirma literalmente: «a liberdade do ensino [...] traduz-se designadamente por [...] existência progressiva de condições de livre acesso aos estabelecimentos públicos, privados e cooperativos, na medida em que contribuam para o progresso do sistema nacional de educação, sem discriminações de natureza económica, social ou regional». E deixa bem claro quais as discriminações que ficam excluídas: «ausência de qualquer tipo de discriminação, nomeadamente ideológica ou política, na autorização, financiamento e apoio por parte do Estado às escolas particulares e cooperativas, nos termos da Lei n.º 9/79, de 19 de Março, e respectiva legislação complementar». Sublinhe-se: «financiamento e apoio por parte do Estado às escolas particulares e cooperativas».

4.º – O princípio do pluralismo educativo e da função pública da escola privada

Podem-se reconhecer ainda como afirmados na concepção da Lei da Liberdade do Ensino e da Lei de Bases do Ensino Particular e Cooperativo: [1] o pluralismo do sistema educativo, [2] a prioridade do direito de os pais escolherem a educação dos filhos, e [3] o reconhecimento da função pública das escolas privadas.

A Lei da Liberdade do Ensino previu expressamente a criação, junto da Assembleia da República, de um Conselho para a Liberdade do Ensino, e a sua composição, «com a atribuição de velar pelo respeito da liberdade do ensino e de apreciar quaisquer infracções à mesma, nos termos da presente lei». Mas nunca foi efectivamente posto em funcionamento, o que não deixa de ser sintomático.

19. A questão da constitucionalidade desta legislação

De tal modo a doutrina desta legislação foi recebida, pelos defensores do desígnio estatista do texto constitucional de 1976, como oposta à interpretação constitucional do monopólio estatal do ensino, que o primeiro daqueles textos, o da Lei de Bases do Ensino Particular e Cooperativo, foi sujeito à apreciação preventiva da Comissão Constitucional do Conselho da Revolução — órgão que, na altura, desempenhava as funções de controlo da constitucionalidade —, tendo essa Comissão deliberado, por maioria, a favor da sua conformidade com a Constituição.

Enquanto membro da dita Comissão, Jorge Miranda incluiu uma declaração de voto, que pode considerar-se como uma interpretação paradigmática do texto constitucional de 1976 à luz da filosofia liberal-democrática-social, incarnada (com boas provas dadas) nas históricas democracias da Europa Ocidental. Essa interpretação deve ser recordada, perante a persistência actual das interpretações antiliberais em matéria de liberdade de educação e ensino — apesar das inequívocas alterações entretanto introduzidas no texto constitucional e nas leis a favor da liberdade de escola privada. Merecem destaque as seguintes proposições interpretativas da declaração de voto de Jorge Miranda.

Primeira proposição. O disposto no n.º 1 do art. 75.º da CRP, que impõe ao Estado a obrigação de criar uma rede de escolas públicas que cubra as necessidades de toda a população, «tem de ser interpretado sistematicamente, subordinado ao artigo 74.º, que versa sobre o ensino em geral, e não apenas sobre o ensino público, e interligado com o artigo 43.º, n.º 1». Tenha-se presente que o texto do art. 74.º dizia (e ainda diz essencialmente): «o Estado reconhece e garante a todos os cidadãos o direito ao ensino e à igualdade de oportunidades...»; e que o art. 43.º n.º 1 garantia e garante as liberdades de aprender e de ensinar.

Segunda proposição. «A incumbência de o Estado criar uma rede escolar que cubra as necessidades de toda a população não vem a ser, de nenhum modo, posta em causa nem pela liberdade de instituição de escolas privadas, nem pelo seu financiamento».

Terceira proposição. «A rede pública escolar justifica-se tanto em localidades onde não haja ainda quaisquer escolas, por virtude do princípio do acesso de todos os cidadãos ao ensino, quanto em localidades em que já haja escolas particulares, por virtude do princípio da liberdade de aprender» [isto é, pelo princípio da liberdade de escolher o ensino desejado].

Quarta proposição. «A possibilidade de o Estado subsidiar escolas particulares não afecta tal obrigação» de criar a rede pública. «O Estado deve fazer as duas coisas: promover o estabelecimento de escolas públicas para todo o país e garantir a liberdade do ensino particular e a igualdade efectiva no acesso a ele».

Quinta proposição. A supletividade referida ao ensino particular, no texto de 1976, «não equivale contudo à [sua] transitoriedade ou precariedade até à fundação de escolas públicas. Se assim fosse, ficaria esvaziada de conteúdo a liberdade de ensinar».

Sexta proposição. «Supletivo poderá [apenas] ser o ensino particular que preenche uma lacuna na rede pública escolar».

Em conclusão. Esta doutrina, consagrada legalmente em desenvolvimento da Constituição, afastou definitivamente aquela que defendia: [1] o princípio do

ensino público por via do monopólio escolar do Estado, [2] a não garantia constitucional da expressão da liberdade de ensinar e de aprender exercida na escola privada (isto é, a não garantia do ensino livre), e [3] a não autonomia do ensino privado (que deveria ser supletivo e tutelado pelo Estado) – como ensinavam Canotilho e Vital Moreira.

Assim liberta da acusação de inconstitucionalidade, a referida legislação de 1979 e 1980 ficou desde logo a constituir a base legal da legitimação da liberdade de escola privada, bem como do direito social ao ensino também para os alunos das escolas privadas. E, com a revisão da Constituição, a sua importância fortaleceu-se, revestindo hoje o significado e o alcance de uma determinação legislativa da própria Constituição, quanto ao reconhecimento do *direito social ao ensino aos alunos das escolas privadas* sem discriminação relativamente aos alunos das escolas estatais.

20. A revisão constitucional de 1982

20.1. Revisão do art. 43.º

Coerentemente com a orientação da Assembleia da República perfilhada na aprovação da legislação ordinária que acabamos de resumir, logo na primeira revisão constitucional, em 1982, a maioria parlamentar qualificada votou a favor de uma revisão do art. 43.º, que passou a incluir um novo número 4, com esta redacção: «é garantido o direito de criação de escolas particulares e cooperativas». Note-se que esta revisão teve os votos de todo o arco dos partidos democráticos, incluindo o partido do socialismo democrático; mas não foi aprovada pelos partidos da extrema esquerda socialista¹⁹⁶.

A esta alteração inequívoca do art. 43.º (quanto às liberdades pessoais de educação) corresponderam, na parte da Constituição respeitante aos direitos sociais, alterações também muito significativas nos arts. 73.º, 74.º e 75.º, sobre o direito social à educação.

20.2. Revisão do art. 74.º

Destaca-se a alteração do n.º 1 do art. 74.º: onde antes o direito social à educação se definia como um «direito ao ensino e à igualdade de oportunidades na formação

¹⁹⁶ Votaram contra a revisão a U.E.D.S e a U.D.P.; e abstiveram-se o P.C.P e o M.D.P./C.D.E.

escolar» (isto é, como direito de acesso a uma eventualmente única formação escolar), passou o novo texto de 1982 a dizer que «todos têm direito ao ensino com a garantia do direito à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar» — ou seja, como direito à igualdade no acesso a uma escola (*acesso escolar*) sem referência à formação — portanto, a uma escola da escolha do próprio. São coisas bem diferentes. É evidente que, nesta nova formulação, a igualdade de oportunidades de acesso ao ensino escolar, isto é, à escola, supõe e implica o direito de escolha da escola — em consonância com a liberdade de criação de escola privada consagrada pela mesma revisão constitucional no art. 43.º.

Assim, a uma liberdade *pessoal* de escola inequivocamente garantida (art. 43.º), corresponde um direito *social* aberto à escolha da escola (art. 74.º), cujo objecto é portanto uma igualdade de oportunidades no acesso à escola que o cidadão tem a liberdade fundamental de criar e de escolher. Gomes Canotilho e Vital Moreira incluem o revisto art. 74.º no grupo dos «preceitos que anteriormente [à revisão constitucional de 1982] estavam concebidos apenas como obrigações do Estado [e que] passaram a dar corpo a verdadeiros direitos positivos dos cidadãos»¹⁹⁷.

20.3. Revisão do art. 75.º

Inevitavelmente, foi também revisto o art. 75.º. Onde antes se dispunham meios para a satisfação do direito social à escola exclusivamente através do monopólio da escola estatal, limitando a escola privada a uma natureza jurídica supletiva e completamente dependente da discricionariedade do Estado, desapareceu a referência à supletividade das escolas particulares; e, sinalizando a mudança de natureza dos estabelecimentos de ensino criados pelo Estado no novo regime de liberdade de escola, deixaram esses estabelecimentos de ser qualificados como «oficiais», ficando apenas designados como «públicos».

¹⁹⁷ *Constituição*, pp. 297-298. Resulta assim incompreensível que Vital Moreira venha repetidamente afirmando que o único direito social constitucionalmente reconhecido é o direito social à escola pública deduzido estreitamente do art. 75.º, mas não directa e abertamente do art. 74.º, já desenvolvido pela legislação ordinária, como se aquele artigo (75.º) limitasse este (74.º) e a lei ordinária que lhe dá uma determinação concreta — cfr., mais recentemente, “O direito à escola pública”, *Público*, 01-11-2007: «não pode merecer nenhum acolhimento político a ideia de que o Estado deve financiar a frequência de escolas privadas»; «o ensino privado constitui seguramente uma liberdade de todos os que queiram e possam frequentá-lo, mas a escola pública constitui um direito de todos e uma obrigação do Estado».

Continuaram todavia quase inalterados os termos textuais da obrigação de o Estado criar «uma rede de estabelecimentos públicos que cubra as necessidades de toda a população». Mas é impossível negar que, agora, no novo regime constitucional, uma rede de escolas estatais capaz de «satisfazer as necessidades de toda a população» não pode ir além de uma rede de escolas estatais capaz de acolher todos os que livremente escolham a escola estatal, em igualdade de oportunidades, já sem privilégio de monopólio jurídico-constitucional e sem a degradação da escola privada a ensino supletivo do ensino estatal.

Sem dúvida, a capacidade desta *rede* de escolas estatais deve ser suficiente para *satisfazer todos os cidadãos que livremente escolham as escolas do Estado*, mas não mais, nem diferente, do que isso — está obviamente fora de causa obrigar hoje os cidadãos a preferir a escola pública. Portanto, de nenhum modo é hoje possível atribuir ao novo n.º 1 do art. 75.º, depois da revisão, o alcance que se podia atribuir à infeliz expressão «satisfazer as necessidades de toda a população», no anterior contexto de 1976: quando ainda não era constitucionalmente garantida a liberdade de escola privada e era atribuída ao Estado (*como direito objetivo*) a obrigação de fornecer monopolisticamente o ensino escolar a todos (designadamente o ensino obrigatório), ficando o ensino privado constitucionalmente definido como supletivo do ensino estatal (n.º 2 do art. 75.º do texto de 1976).

Note-se que só com um tal alcance poderia esta revisão constitucional ter sido aprovada, sem contradição, por unanimidade de todos os partidos¹⁹⁸.

A inocente ou intencional confusão, para este ponto, entre um *sistema público* de satisfação de direitos sociais (da responsabilidade do Estado) e um *monopólio estatal de prestação dos respectivos serviços* não é admissível. Aquele é exigido pelos direitos pessoais e sociais; este, pelo contrário, tem uma lógica de princípio contrária aos direitos de liberdade e aos correspondentes direitos sociais¹⁹⁹. Pois se a razão dos direitos sociais é o direito individual à *liberdade fáctica*, como dimensão inseparável

¹⁹⁸ Veio porém depois a verificar-se que a ideologia do monopólio da escola estatal insiste em continuar a ler cegamente, nesta obrigação do Estado do n.º 1 do art. 75.º, a persistência de um monopólio de financiamento público às escolas do Estado, bem como uma limitação exclusiva do direito social ao ensino. Manifestamente, tal leitura é insustentável.

¹⁹⁹ Não é portanto aceitável nem verdadeira a afirmação de Vital Moreira, quando insinua como necessário, para os «sistemas públicos», um monopólio estatal prestativo dos serviços: «Tal como sucede com outros direitos sociais gratuitos, como por exemplo a saúde, o Estado só tem a obrigação de assegurar e sustentar o sistema público para toda a gente, mas não a de assegurar e sustentar cuidados de saúde ou sistemas de segurança social ou escolas do sector privado» — cfr. *A singularidade da escola pública*.

da *liberdade jurídica* pessoal dos cidadãos, então a obrigação de o Estado satisfazer as condições fácticas dos direitos fundamentais de liberdade não pode justificar um princípio doutrinal dos monopólios prestativos estatais. Pelo contrário, tal princípio é, como tal, frontalmente contraditório com o *direito fundamental geral de liberdade* – direito este que, na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão²⁰⁰, se baseia no *direito do livre desenvolvimento da personalidade*, direito este que também está consagrado na nossa Constituição (art. 26.º). Os monopólios estatais prestativos só eventualmente poderão legitimar-se, caso por caso, com base em *ponderações* e quando determinados irresistivelmente por constrangimentos práticos, como é habitualmente referido pela ideia da *reserva do possível*.

A este propósito, Alexy formula, para a situação federal alemã – que, ao contrário do que sucede entre nós, não contém uma listagem constitucional dos direitos sociais – um modelo de direitos fundamentais sociais em que a sua individuação se faz entre, por um lado, o *princípio da liberdade fáctica* dos cidadãos, e, por outro lado, o *princípio da competência de decisão do legislador democraticamente legitimado* (e em que também entram a ponderar as *liberdades jurídicas* de terceiros, outros *direitos fundamentais sociais* e ainda *bens colectivos*). Contudo, toda esta ponderação está submetida à ideia superior de que «todos os direitos fundamentais limitam a competência do legislador»; e de que, por isso, «a força do princípio da competência orçamental do legislador não é ilimitada e não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter mais peso do que razões de política financeira»²⁰¹. E o mesmo Autor exemplifica: «Se trata de un derecho a una acción positiva fáctica cuando se supone un derecho de un propietario de una escuela privada a recibir ayuda estatal a través de subvenciones – BVerfGE 27, 360 (362 ss.), se fundamenta un derecho a un mínimo vital o se considera una “pretension individual del ciudadano a la creación de plazas de estudio” – BVerfGE 33, 303 (333)»²⁰².

20.4. Conclusão acerca do sentido da revisão de 1982

Vigora portanto hoje, relativamente ao regime de 1976, um novo regime constitucional, que, como vimos, está legislativamente interpretado e concretizado.

²⁰⁰ Cfr. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 331 ss.

²⁰¹ *Idem*, p. 495.

²⁰² *Idem*, pp. 194-195

O qual, ao contrário do que se pretendia no texto constitucional de 1976, se baseia:

- [1] na liberdade de escola privada garantida como direito fundamental (art. 43.º); e
- [2] num direito fundamental social, definido no art. 74.º como «direito à igualdade de oportunidades de acesso [...] escolar», isto é, de igualdade de acesso a qualquer escola de livre escolha — este livre acesso em igualdade de oportunidades a qualquer escola de livre escolha, estatal ou privada, estava já, à data da revisão constitucional de 1982, imposto por lei ao Governo (como já vimos), e isso também explica por que tenha o novo n.º 1 do art. 75.º sido votado unanimemente por todos os partidos, apesar da sua nova redacção ter ficado pouco (mas suficientemente) alterada.

Em conclusão, não é mais possível defender, nem a manutenção do monopólio escolar do Estado, mesmo que apenas quanto ao financiamento público, nem a desgradação oficial da escola privada como supletiva da escola estatal. É esta uma grandíssima mudança entre a Constituição de 1976 e a Constituição revista de 1982, que desde então impõe ainda mais urgentemente a necessidade de implementar a nova relação entre escola estatal e privada. Grandíssima mudança que, diga-se uma vez mais, tinha já sido precedida pela legislação ordinária *modificadora* da própria Constituição; e se veio a confirmar na legislação ordinária posterior à revisão de 1982, de que de seguida veremos alguns passos mais significativos.

21. Legislação posterior à revisão constitucional de 1982

Posteriormente à revisão constitucional de 1982, a legislação ordinária continuou, na linha dos diplomas anteriormente referidos, a desenvolver, sempre sem desvio nem excepção, a interpretação liberal democrática dos *direitos fundamentais da educação e do ensino*, não apenas dos «direitos, liberdades e garantias», como ainda dos «direitos sociais» da educação e ensino, e sua harmoniosa articulação, uns com os outros. Tal como fizemos acima, também aqui optaremos por resumir alguns regimes jurídicos mais significativos, pela transcrição dos principais excertos.

21.1. *Estatuto do Ensino Superior Particular e Cooperativo (Decreto-Lei n.º 16/94)*

Quanto ao ensino superior, a lei afirmou, também para ele, como era inevitável, a liberdade de escola privada e a igualdade de oportunidades dos alunos das escolas privadas:

- [1] «o ensino superior particular é uma forma de exercício do direito fundamental da liberdade de ensino [...] (art. 3.º, n.º 1); e
- [2] «cabe ao Estado, no domínio do ensino superior particular ou cooperativo: (b) assegurar condições de igualdade de oportunidades no acesso aos cursos ministrados nos estabelecimentos de ensino [privados]» (art. 8.º).

21.2. *Regime jurídico da gratuidade do ensino obrigatório (Decreto-Lei n.º 35/90)*

Posteriormente à revisão constitucional já descrita, e em perfeita consonância com o entendimento de que o direito social ao ensino escolar é universal para todos os cidadãos, sem se poder discriminar entre os que preferem as escolas estatais ou as escolas privadas, o Decreto-Lei n.º 35/90 veio estabelecer o regime da gratuidade do ensino obrigatório também nas escolas privadas: «o presente diploma aplica-se aos alunos que frequentem o ensino não superior em estabelecimentos de ensino oficial, particular ou cooperativo» (art. 1.º).

Reconhecendo porém que a aplicação imediata a todo o ensino privado do regime da gratuidade iria provocar um aumento abrupto da despesa pública, o diploma incluiu um regime de progressividade numa disposição final, expressamente intitulada como *transitória*. Assim: «a aplicação do disposto no presente diploma ao ensino particular e cooperativo far-se-á de modo gradual, de acordo com os meios financeiros disponíveis e com base no disposto no Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo (...)» (art. 28.º)²⁰³.

Merece ser sublinhado que os alunos das escolas privadas tenham sido legalmente declarados abrangidos pelo regime da gratuidade durante a escolaridade

²⁰³ Com efeito, o Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo prevê, entre outros tipos, os chamados contratos simples, que possibilitam a subsidiação pública dos alunos das escolas privadas, com redução correspondente das propinas. Note-se que a qualificação dos contratos simples como especiais é por referência ao contrato de associação, baseado na supletividade da escola privada relativamente à escola do Estado. Parece-nos que, depois da revisão constitucional de 1982, os contratos simples nada têm de especial; e, pelo contrário, constituem um tipo de contrato directo e normalmente adequado ao financiamento público do ensino nas escolas privadas.

obrigatória. Este princípio revoluciona completa e frontalmente a ideia do texto inicial da Constituição, de que o Estado só é obrigado a dar ensino gratuito nas escolas que lhe pertencem, ficando os alunos que preferam a escola privada fora da cobertura do financiamento público – interpretação que, como já se disse, continua a ser sustentada por alguns, embora sem razão nem jurídica nem doutrinária²⁰⁴, e que mais adiante criticaremos mais desenvolvidamente.

A gradualidade da implementação deste regime, exclusivamente em função da disponibilidade de meios financeiros, dada a mudança financeira que apenas momentaneamente pode provocar, não altera em nada o princípio, e pelo contrário, só valoriza o facto de, mesmo com tais consequências, ter sido expressamente estabelecido.

Note-se, aliás, que este regime se baseou no Parecer do Conselho Nacional da Educação – Parecer n.º 1/89 –, sobre o respectivo ante-projecto, que expressamente considerou que se todos os alunos do ensino privado não ficassem abrangidos pela gratuidade, durante a escolaridade obrigatória, isso constituiria uma discriminação inconstitucional, por clara ofensa do princípio da igualdade. Vale a pena transcrever o essencial da posição do CNE, a este respeito.

O projecto de decreto-lei sobre o qual incidiu o Parecer do CNE dizia o seguinte, no seu art. 1.º:

«O presente diploma aplica-se aos alunos que frequentam a educação pré-escolar ou o ensino não superior em estabelecimento oficial ou de ensino particular ou cooperativo com contrato de associação».

Como se vê, ficavam em princípio excluídos da gratuidade os alunos do ensino particular; só se cobriam os alunos das escolas privadas com contrato de associação. Apenas se admitia, com base em eventual decisão político-administrativa posterior, nos termos do art. 21.º do projecto, que

«a aplicação das disposições do presente diploma aos alunos do ensino particular e cooperativo não referidos no art. 1.º será feita nos termos mais adequados à sua situação, em condições de equidade relativamente aos alunos dos estabelecimentos oficiais».

Contra este regime discriminatório, o parecer do CNE disse o seguinte.

²⁰⁴ Como sucede com Vital Moreira, *A singularidade da escola pública*.

«Neste artigo 1.º, o âmbito de aplicação do diploma (e, portanto, do regime da gratuidade de ensino e da atribuição de meios de acção social escolar) exclui as crianças e alunos que frequentem estabelecimentos particulares ou cooperativos sem contrato de associação com o Estado. Esta exclusão levanta uma questão fundamental, que pode enunciar-se assim: *em matéria de direitos fundamentais, pode haver discriminação baseada na distinção entre estabelecimentos estatais e privados? A resposta só pode ser negativa.*

«Considere-se, em primeiro lugar, a universalidade da gratuidade da escolaridade obrigatória. A Constituição atribui ao Estado a “incumbência” de “assegurar o ensino básico universal, obrigatório e gratuito” (al. a) do n.º 3 do art. 74.º).

«O direito que daqui resulta é um direito fundamental: o art. 74.º está incluído no capítulo III do Título III da Parte I da Constituição, intitulada “Direitos e deveres fundamentais”. Assim, como direito fundamental que é, a gratuidade do ensino obrigatório tem de ser facultada a todos, sem excepções, isto é, sem condições discriminatórias negativas. Logo, não podem dessa gratuidade ser excluídos os alunos das escolas particulares e cooperativas, tenham ou não contrato de associação.

«Acresce que a referida exclusão é uma verdadeira e própria discriminação em função de uma escolha que a Constituição e a lei garantem e protegem, ou seja, em função da escolha de escola no exercício da liberdade de aprender e de ensinar garantida pelo art. 43.º da Constituição e pelo art. 2.º da Lei de Bases (*maxime* n.º 3).

«Assim, *o fundamento da discriminação é de todo em todo ilegítimo, à face da Constituição e dos princípios da liberdade de ensino.* Seria perfeitamente contraditório com a liberdade de aprender e ensinar e com o princípio da liberdade de escola particular, constantes da Constituição, que a opção pela escola particular acarretasse a exclusão do cidadão do gozo de direitos fundamentais e gerais a todos reconhecidos, ou de formas de protecção devidas por razões fundamentais e de interesse público.

«A este propósito, deve rejeitar-se o argumento, por vezes invocado, da escassez de meios do Estado. Este argumento, a merecer aceitação, só poderia conduzir à repartição por todos os cidadãos igualmente, das restrições que houvesse de impor; ou, no máximo, a discriminações dos cidadãos com base na diferença das suas condições materiais. Mas nunca a qualquer discriminação com base na distinção entre escolas, pois que estas não indiciam nenhum critério que justifique uma discriminação fundamentada. *É inegável que muitos cidadãos, sem necessidades materiais, e até mesmo ricos, frequentam escolas públicas; e outros, modestos e até mesmo pobres, frequentam escolas particulares.*

«Convém também esclarecer que a tese que neste Parecer se defende nada tem a ver com o princípio da adequação das discriminações positivas. Só uma confusão

imperdoável poderia confundir a gratuidade do ensino nas escolas públicas (e nas escolas particulares com contrato de associação) com a aplicação de discriminações positivas.

«Com efeito, o critério legislativo em apreciação não beneficia os que são necessitados, não distingue entre os que necessitam e os que não necessitam; muito diferentemente, ele recusa esses benefícios aos necessitados que frequentarem [ou quiserem frequentar] escolas particulares sem contrato de associação, concedendo-os aos não necessitados que frequentarem escolas públicas. Não se fale, portanto, em discriminações positivas, a este propósito, a favor de cidadãos necessitados, visto que *o que projecto consagra é uma discriminação entre escolas*. A graduação de discriminações positivas, *no interior do âmbito de aplicação do diploma*, contém-se de resto, em disposições ulteriores, como as dos arts. 5.º, 12.º, n.º 3, 15.º, n.º 1, 17.º, etc.

«*Mutatis mutandis*, a tese que neste Parecer se defende vale igualmente para a educação pré-escolar e para a escolaridade não-obrigatória. Torna-se necessário, em todos os aspectos do sistema educativo, respeitar o princípio básico de que *o reconhecimento de direitos e a atribuição de apoios estatais em matéria de educação e ensino devem sempre referir-se aos cidadãos, com respeito pelo princípio da igualdade, sem discriminações injustificadas com base na escolha de escola privada*.

«De acordo com as considerações precedentes, fica desde já prejudicado o art. 21.º do projecto em apreciação, que colocava os alunos das escolas particulares e cooperativas sem contrato de associação numa posição jurídica diferente e injustamente discriminada relativamente aos alunos das demais escolas. E nem se diga que os critérios aí consagrados minoram essa discriminação; ao contrário, a referência à equidade só vem pôr a nu a incongruência. Com efeito, *que espécie de outra equidade poderá realizar-se que não seja uma igualdade de tratamento para todos os cidadãos?!*»²⁰⁵.

21.3. A rede escolar nacional (Decreto-Lei n.º 108/88)

Ainda um outro diploma legal atribui às escolas privadas uma igualdade com as escolas públicas para os efeitos de integração na rede escolar nacional: «as escolas particulares e cooperativas passam a fazer parte integrante da rede escolar, para efeitos do ordenamento desta» (art. 1.º do Decreto-Lei n.º 108/88).

²⁰⁵ Cfr. Parecer n.º 1/89 [do Conselho Nacional de Educação sobre a gratuidade da escolaridade obrigatória], *Pareceres e Recomendações 88-89*, vol I, pp. 78-80.

No preâmbulo deste diploma, diz-se expressamente que a solução consagrada se baseia na Lei de Bases do Ensino Particular e Cooperativo, designadamente: [1] na afirmação contida nesta lei de que «é reconhecido pelo Estado o valor do ensino particular e cooperativo como uma expressão concreta da liberdade de aprender e ensinar e do direito da família a orientar a educação dos filhos»; e [2] na declaração, contida na mesma lei, de que os estabelecimentos de ensino particular e cooperativo que se enquadram nos princípios gerais, finalidades, estruturas e objectivos do sistema educativo, são considerados parte integrante da rede escolar²⁰⁶.

21.4. Organização e financiamento da educação pré-escolar

No Decreto-Lei n.º 147/97, sobre «a rede nacional de educação pré-escolar e o respectivo sistema de organização e financiamento», destaca-se a confirmação da igualdade constitucional e legal entre estabelecimentos estatais e privados no âmbito das liberdades educativas e do direito social à educação, com a correspondência de um regime de regulação e financiamento público não discriminatório.

No preâmbulo desta lei, diz-se que «a educação pré-escolar constitui a primeira etapa da educação básica»; e «visa apoiar as famílias na tarefa da educação da criança».

Sob o ponto de vista da respectiva organização, a lei diz que «as redes de educação pré-escolar, pública e privada, constituem uma rede nacional, visando efectivar a universalidade da educação pré-escolar».

A articulação interna desta rede nacional é garantida: «os Ministérios da Educação e da Solidariedade e Segurança Social devem assegurar a articulação institucional necessária à expansão e desenvolvimento da rede nacional de educação pré-escolar, de acordo com os objectivos enunciados na Lei Quadro da Educação Pré-escolar, nomeadamente no que respeita: (c) ao apoio financeiro a conceder aos estabelecimentos de educação pré-escolar».

Quanto ao apoio e financiamento, diz a lei: «os Ministérios da Educação e da Solidariedade e Segurança Social promovem e apoiam a expansão e o desenvolvimento da rede nacional de educação pré-escolar, visando a concretização da igualdade de oportunidades educativas e a melhoria da qualidade da educação» (art. 18.º). «O financiamento dos estabelecimentos de educação pré-escolar pertencentes a instituições particulares de solidariedade social e instituições, sem fins lucrativas, que prossigam actividades no domínio da educação e do ensino é efectuado com base no custo por criança» (art. 30.º).

²⁰⁶ Para uma interessante reflexão sobre a organização da rede escolar, v. Aldónio Gomes, “Rede escolar”, *Congresso do Ensino Particular e cooperativo (III)*, pp. 123 ss.

Tenha-se em conta que o regime da educação pré-escolar é da maior relevância e sensibilidade para os efeitos da questão jurídica e constitucional das liberdades de educação e do direito social à educação, de que temos vindo a tratar; e note-se que nem por ser designada como pré-escolar deixa de ser geralmente ministrada em estabelecimentos educativos.

22. Conclusão sobre o regime jurídico-constitucional em vigor

Da leitura dos normativos constitucionais em vigor – quanto aos direitos liberdades e garantias e quanto aos direitos sociais em matéria de educação e ensino – assim como da leitura da legislação ordinária que os interpreta, densifica, determina e concretiza, resulta um sentido claro e inequívoco que é oposto à doutrina do monopólio escolar estatal, jurídico ou até sequer prático.

Recapitulando, vimos que, quer da história constitucional e parlamentar, quer da leitura interpretativa das normas constitucionais e legais em vigor, é forçoso concluir que o nosso actual sistema escolar deve:

- [1] *garantir*, «na maior medida possível, jurídica e facticamente»²⁰⁷, o exercício das liberdades pessoais de aprender e ensinar em escola privada a todos os cidadãos, sem discriminação (n.º 4 do art. 43.º da CRP) – a dimensão fáctica reenvia para o direito social ao ensino;
- [2] satisfazer o direito social ao ensino, consagrado no n.º 1 do art. 74.º para todos os cidadãos, sem discriminação: «todos têm direito ao ensino com a garantia do direito à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar» – quanto à medida das condições fácticas que constituem o objecto do direito *subjectivo* social, deve entender-se com sujeição à ponderação da reserva do possível, como é forçoso; e ainda com sujeição aos princípios da igualdade de oportunidades, da não discriminação e da subsidiariedade activa e passiva do Estado;
- [3] e «assegurar [como obrigação incluída nesta *garantia de igualdade de oportunidades* a favor de todos sem discriminação] o ensino básico universal, obrigatório e gratuito» (al. a) do n.º 2 do art. 74.ª), com obrigação de implementar

²⁰⁷ Na expressão de Alexy, *Derecho y razón práctica*, p. 32.

progressivamente a gratuidade nas escolas do ensino privado (DL n.º 35/90, arts. 1.º e 28.º).

As várias leis, que sumariamente percorremos, todas pressupõem e até expressamente afirmam o princípio da não discriminação entre os alunos das escolas estatais e os das escolas privadas — isto é: que o *direito ao financiamento público, para satisfação do direito social ao ensino, não pode sofrer discriminação negativa* em função das legítimas escolhas escolares individuais. A única reserva legal expressa refere-se à *garantia progressiva* da satisfação — mas, do mesmo passo que se reserva a progressividade da execução, logicamente confirma-se a imperatividade do princípio da não discriminação.

Esta interpretação está, como também vimos, em sentido perfeitamente harmónico com os grandes princípios constitucionais:

- [1] da República como *Estado de direito democrático baseado no respeito e na garantia das liberdades pessoais fundamentais, em vista da realização da democracia económica social e cultural* (art. 2.º da CRP);
- [2] do *direito geral de liberdade*²⁰⁸, entendido como *ínsito no direito fundamental de desenvolvimento da personalidade* (art. 26.º da CRP);
- [3] do princípio constitucional geral da *igualdade* (art. 13.º da CRP)²⁰⁹ e
- [4] do princípio liberal, democrático e social fundamental da *subsidiariedade (activa e passiva) do Estado* (art. 6.º CRP).

Está, finalmente, de acordo com os direitos fundamentais consagrados em instrumentos de direito internacional que vinculam o Estado Português²¹⁰, e com a melhor e actual doutrina da «democracia constitucional»²¹¹.

²⁰⁸ Sobre o «direito geral de liberdade», cfr. Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, capítulo VII.

²⁰⁹ O art. 13.º da CRP afirma expressamente que «todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei»; e que «ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual».

²¹⁰ Sobre os instrumentos internacionais em matéria de educação e ensino, cfr. designadamente: Alfred Fernandez; Siegfried Jenker, *International declarations on the right to education and the freedom of education*; Alfred Fernandez; Jean-David Ponci, *Éducation et discrimination. Réflexions sur la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement de l'Unesco*; António Pedro Barbas Homem, *Legislação de Educação*.

²¹¹ Adiante voltaremos a este tópico da «democracia constitucional».

Em conclusão: a satisfação do direito social à educação e ao ensino (especialmente pelo financiamento público da escolaridade obrigatória) é devida sem discriminações a todos os cidadãos, com respeito pelas liberdades fundamentais de educação, designadamente pela escolha da escola, pública ou privada, constitucionalmente garantida.

Recordem-se, como síntese, os dizeres da Lei da Liberdade do Ensino: «a liberdade do ensino exerce-se [...] designadamente, por: [i)] ausência de qualquer tipo de discriminação, nomeadamente ideológica ou política, na autorização, financiamento e apoio por parte do Estado às escolas particulares e cooperativas...» (art. 2.º)²¹².

²¹² V. uma exposição sobre os direitos de educação em António Pedro Barbas Homem, “Direitos e deveres fundamentais de professores, pais e alunos perante a autonomia das escolas”, *Educação e Direito*, pp. 89 e ss.

CAPÍTULO IV

Breve incurso na teoria dos direitos fundamentais

23. Razão de ordem

A exposição que temos vindo a desenvolver sobre os direitos fundamentais de ensino — e que se complementarás com uma parte ulterior sobre os mais invocados argumentos político-ideológicos na querela do apoio (designadamente financeiro) do Estado ao ensino privado, melhor, aos alunos do ensino privado — deu, até aqui, importância aos aspectos jurídicos, constitucionais e legais, como teria de ser. E isso através da defesa de uma interpretação constitucional e legal razoável e equilibrada, apresentada em termos acessíveis ainda mesmo aos não juristas.

Considera-se porém haver conveniência em complementar a exposição com alguns elementos que mostrem ao leitor não especializado que a interpretação defendida, no quadro do nosso *Estado de direito democrático e social*, está de acordo com a melhor doutrina jurídico-constitucional do chamado «Estado constitucional», que se desenvolveu após a guerra mundial, sobretudo na Alemanha, e vem merecendo um amplo consenso internacional.

Para esse fim, apresentar-se-ão, em primeiro lugar, algumas noções sobre as teorias dos direitos constitucionais, que — sobretudo desde um conhecido ensaio de Böckenförde²¹³ — influenciam a interpretação dos direitos fundamentais. Resumiremos apenas o essencial dessas teorias, seguindo muito de perto a exposição de Böckenförde e usando das suas próprias expressões. Posto o que se compreenderão melhor as orientações diferentes quanto à interpretação dos direitos fundamentais de educação e ensino. De seguida, acrescentar-se-ão breves notas para ilustrar a doutrina de alguns autores alemães, ainda e sempre para ajudar a compreensão das questões interpretativas em causa. Finalmente, faremos uma apreciação crítica à divergência na doutrina jus-constitucional portuguesa, que se exprime no sim ou não à obrigação constitucional de o Estado apoiar o ensino privado, representada por Jorge Miranda/Rui Medeiros e Gomes Canotilho/Vital Moreira.

²¹³ Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1974, pp. 1529-1538; id., *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, pp. 221-252.

A – Interpretação e teorias dos direitos fundamentais

24. As teorias que determinam a interpretação dos direitos fundamentais

A maior importância política, estratégica, social e cultural dos direitos fundamentais, na actualidade nacional e internacional, reflecte-se na maior importância da problemática jurídica constitucional, e principalmente na teoria da interpretação dos direitos humanos.

Ora, as interpretações em matéria de direitos humanos estarão, conscientemente ou inconscientemente, ligadas às diferentes posições em matéria de direitos humanos. As quais, por sua vez, estão ligadas a posições políticas e ideológicas mais amplas. Daqui a necessidade, para a dogmática jurídica, de um esforço de clarificação e racionalização teóricas. A este propósito, pode considerar-se de referência o supracitado ensaio de Böckenförde, sobre *teoria e interpretação dos direitos fundamentais*, que distinguiu «as principais teorias que, de modo isolado ou combinado, determinam a interpretação dos direitos fundamentais», a saber: a teoria liberal, característica do Estado de direito burguês (*bürgerlich-rechtsstaatlich Grundrechtstheorie*); a teoria institucional (*institutionelle Grundrechtstheorie*); a teoria dos valores, ou axiológica (*Werttheorie der Grundrechte*); a teoria democrática-funcional (*demokratisch-funktionale Grundrechtstheorie*); e a teoria social (*sozialstaatlich Grundrechtstheorie*)^{214, 215}.

25. A teoria liberal dos direitos fundamentais

Para a teoria liberal dos direitos fundamentais, característica do chamado *Estado de direito burguês*, os direitos fundamentais são liberdades individuais face ao Estado, destinados a salvaguardar certos domínios importantes da liberdade dos indivíduos (e da sociedade) contra a ameaça do poder do Estado, a que estão expostos, como prova exuberantemente a experiência histórica.

²¹⁴ V. *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 1530.

²¹⁵ Sobre esta matéria da «teoria da Constituição e teorias dos direitos fundamentais», v. o ensino de Gomes Canotilho, no seu manual de referência, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, pp. 1395 ss.

A liberdade jurídica fundamental a que se refere o direito fundamental não é uma liberdade *constituída* pelo Estado; é, sim, uma liberdade juridicamente considerada como pré-existente ao Estado. Ao Estado cabe criar as condições e as instituições necessárias à garantia jurídica desta liberdade; e, além disso, fixar os seus limites jurídicos, tornando a liberdade de uns compatível com a liberdade de outros nas várias situações da vida social. Mas — e aqui reside uma ideia muito importante — a «substância» ou conteúdo da liberdade, e conjuntamente a determinação da natureza do uso que convém fazer desta liberdade, situam-se *a priori* fora da competência do Estado.

Os efeitos de uma tal concepção sobre a interpretação dos direitos fundamentais podem ilustrar-se facilmente. *A questão de saber se, por que motivos, ou para que fins, os titulares dos direitos fundamentais fazem uso da liberdade que lhes é reconhecida — no quadro dos limites que são impostos a todos em vista de conciliar as liberdades — constitui uma questão exclusiva sua, e da sua própria decisão; não pode, desde logo, ser objecto de uma apreciação jurídica por parte do Estado, nem razão para qualquer diferenciação quanto à extensão das liberdades.*

Para exemplificar esta teoria liberal dos direitos fundamentais, característica do Estado de direito burguês, Böckenförde cita, entre outros, o caso da sua aplicação à interpretação da liberdade de ensino privado: de acordo com ela, «a garantia da liberdade de ensino privado, constante do art. 7.º, al. 4, da Lei fundamental [alemã], não comporta uma obrigação de financiamento das escolas privadas»²¹⁶ — veremos, mais adiante, que, pelo contrário, segundo *a teoria social dos direitos humanos*, «a liberdade de ensino privado do art. 7.º, al. 4, da Lei fundamental alemã impõe ao Estado *uma ampla obrigação de subvencionar as escolas privadas*» — (*eine weitgehende staatliche Subventionspflicht*)²¹⁷.

26. A teoria institucional dos direitos fundamentais

Nesta concepção, os direitos fundamentais não têm a função de defesa da liberdade individual contra o poder arbitrário do Estado e as ofensas de outros. Diferentemente, «têm o carácter de princípios objectivos de ordem (*objective Ordnungsprinzipien*) para os domínios da existência que eles protegem», desenvolvendo-se e realizando-se «em regulações normativas de tipo institucional alimentadas pela ideia

²¹⁶ *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 1531.

²¹⁷ *Idem*, p. 1536.

de ordem»²¹⁸. Talvez se torne ainda mais claro dizendo que «a liberdade garantida pelos direitos fundamentais [na teoria institucional] já não é necessariamente uma liberdade pura e simples, como na teoria liberal, mas sim uma liberdade governada por certas finalidades, a saber, a realização do sentido institucional e objectivo próprio da garantia dessa liberdade»²¹⁹.

Em nome dos interesses institucionais, esta concepção pode conduzir a conseqüências prejudiciais para as liberdades individuais, entendidas segundo a ideia liberal; e mesmo quando não substitui as liberdades liberais, e «na medida em que a garantia institucional da liberdade visa a concretização da liberdade no seio de ordens, de instituições reais, de relações jurídicas e sociais organizadas, ela suscita duas tendências aparentemente opostas mas na realidade solidárias». A primeira é uma tendência a fazer prevalecer certas situações ou certas regras criadas por leis ordinárias, como constituindo uma forma concreta necessária à própria realização do direito fundamental – Böckenförde fala aqui de «via que, passando pela liberdade institucional, conduz ao privilégio»²²⁰. A segunda seria a tendência para incorporar a liberdade subjectiva do titular individual da liberdade fundamental no seio de ordenamentos institucionais, considerados como participantes do próprio «conteúdo» da liberdade institucional. E esta seria a via que, passando pela realização do sentido institucional da liberdade, conduziria a liberdade ao dever»²²¹.

Esta apreciação crítica de Böckenförde visa efeitos potencialmente perversos antiliberais de um uso sistemático da teoria. Mas é o próprio Böckenförde a reconhecer que o Tribunal Constitucional alemão (de que ele pessoalmente foi membro) tem recorrido à abordagem da teoria institucional para fundamentar certas decisões. Na verdade, tem de reconhecer-se que há instituições que são protegidas na Constituição, como por exemplo a família – a nossa Constituição é enfática quanto à instituição da família, quando diz: «a família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado...» (art. 67.º). Nestes casos, a abordagem institucional é conforme à Constituição.

²¹⁸ *Idem*, p. 1532.

²¹⁹ *Ibidem*.

²²⁰ *Idem*, p. 1533.

²²¹ *Ibidem*. Gomes Canotilho assinala, como primeiro corolário da teoria institucional: «os direitos fundamentais, existindo no âmbito de uma instituição e sendo condicionados pela ideia ordenadora dessa mesma instituição, adquirem uma *dimensão funcional* na medida em que aos titulares dos direitos cabe o dever de participar na realização dessa ideia» – *Direito Constitucional*, p. 1398.

27. A teoria dos valores

Por sua vez, na teoria axiológica, ou dos valores, «tal como na teoria institucional, os direitos fundamentais têm primordialmente o carácter de normas objectivas e não de pretensões subjectivas»²²². Os direitos fundamentais fixam valores comunitários fundamentais, cristalizam um “sistema de valores ou de bens, um sistema cultural”, através do qual os indivíduos adquirem um “estatuto material” e se integram objectivamente enquanto povo...»; e, deste modo, os direitos fundamentais são elementos e meios do processo de formação do próprio Estado» (*Elemente und Mittel der Staatshervorbringung*)²²³.

Nesta concepção, «as liberdades vêm-se relativizadas de modo particular pela relação que cada direito fundamental estabelece com os valores. É por esta relação que cada liberdade é destinada a realizar o valor expresso no e pelo direito fundamental. Isto torna possível, e ao mesmo tempo justifica, a diferenciação, juridicamente decisiva, entre uso próprio a realizar o valor e uso susceptível de pôr em perigo o valor»²²⁴.

Böckenförde sublinha que esta teoria exerce uma certa atracção, e tem sido utilizada até mesmo pelo tribunal Constitucional, porque oferece um meio prático para resolver problemas levantados pela concorrência entre direitos fundamentais. Mas — considera ainda o mesmo Autor — este expediente é discutível, porque pressupõe uma hierarquia de valores, a qual não é dada. E pode conduzir a que «o valor superior se imponha incondicionalmente sobre todos os valores inferiores, e deste modo se desprezem as relações de fundação que fazem com que os valores superiores se ancorem nos valores inferiores»²²⁵. Pretender fazer derivar da Constituição um «sistema de valores» que tem de ser aplicado — em vez de, por exemplo, a considerar apenas como um «ordenamento quadro» (*Rahmenordnung*) — abre a porta, por meio da interpretação e aplicação constitucional, para novos conteúdos normativos, para um *ethos* público constitucional que pode violentar o *ethos* privado ou da sociedade civil.

Vale para a teoria dos valores o que já foi dito para a teoria institucional: uma coisa é integrar na interpretação dos direitos fundamentais os valores que a própria

²²² «Die Grundrechte haben von daher, ebenso wie bei der institutionellen Grundrechtstheorie, primär den Charakter objektiver Normen, nicht subjectiver Ansprüche» - *Ibidem*.

²²³ *Ibidem*.

²²⁴ *Idem*, p. 1534.

²²⁵ *Ibidem*.

Constituição consagra ou até garante, outra coisa é perfilhar a teoria dos valores como teoria geral para todos os direitos fundamentais. Por exemplo, o valor da vida humana está inequivocamente reconhecido na Constituição, e é por isso digno de reconhecimento e ponderação na economia da interpretação dos direitos fundamentais. Para não falar dos «deveres fundamentais» constitucionais, que impõem vinculações dignas de harmonização na interpretação dos direitos. Mas a teoria da ordem de valores, como teoria geral para os direitos fundamentais, é *uma teoria perigosa*, porque a sua determinação interpretativa corre o risco de conduzir a uma *tiranía de valores*²²⁶.

28. A teoria democrática-funcional (demokratisch-funktionale Grundrechtstheorie)

«O ponto de partida da teoria democrática-funcional dos direitos fundamentais situa-se na interpretação destes direitos a partir da sua função política e pública». Os direitos fundamentais não são reconhecidos aos cidadãos para ficarem à sua livre disposição; são reconhecidos, isso sim, num sentido de interesse público; porque, enquanto cidadãos, eles são considerados com a qualidade específica de membros da comunidade. A ideia de uma esfera individual que escapa ao Estado é considerada uma *ideia burguesa*, inaplicável a esta concepção *democrática*. «Tal como no quadro das concepções institucional e axiológica, os direitos fundamentais, cada uma das liberdades protegidas por esses direitos, não é uma liberdade pura e simples, mas sempre *uma liberdade em vista de...* (eine “Freiheit um zu...”)²²⁷. «A fundação funcional da liberdade, tal como se concebe nesta teoria, transforma a liberdade numa competência; [...] o seu exercício não fica entregue à apreciação do seu titular, mas transforma-se num ofício e num dever (*sie wird ein Amt, wird auch zur Pflicht*)»^{228, 229}.

²²⁶ Cfr. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, pp. 1397-8.

²²⁷ *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 1535.

²²⁸ *Idem*, p. 1535.

²²⁹ Frequentemente se acrescenta, nesta classificação, a *teoria socialista dos direitos fundamentais*, que Gomes Canotilho expõe e critica nas suas lições, como «oposta à chamada concepção burguesa [e que] tem de ser analisada tendo em conta a pré-compreensão antropológica marxista» (*Direito Constitucional*, pp. 1401-2). Esta teoria, sem dúvida bem específica na sua fundamentação antropológica e ideológica, e da maior importância política, reconduz-se praticamente à perspectiva funcional-democrática, já caracterizada. Como Gomes Canotilho resume, a teoria marxista dos direitos fundamentais tem como consequência duas «deficiência principais: (1) funcionalização

29. A teoria social dos direitos fundamentais

Na tipologia de Böckenförde, a teoria social dos direitos fundamentais não se confunde com a teoria democrático-funcional nem com a teoria marxista, nas “*democracias sociais*” antiliberais — pelo contrário, nada tem a ver com as concepções de *Estado social* das experiências totalitárias, como por exemplo a soviética. Ela assenta sobre a *aquisição* do Estado liberal de direito, isto é, sobre a interpretação da teoria liberal para a organização das liberdades fundamentais. Mas, por outro lado, complementa e reforma essa organização no quadro da *evolução operada na sociedade actual, em que o espaço vital dominado pelo indivíduo autárquico é substituído pelo espaço vital social constituído por prestações e trocas sociais*. Assim, a *garantia jurídica* da liberdade individual — que é insuficiente para assegurar os direitos fundamentais como direitos efectivos — é complementada (não negada, mas pelo contrário reforçada), segundo a teoria social dos direitos fundamentais, com uma *garantia fáctica* destes direitos, que são as prestações dos chamados *direitos sociais*. Estes direitos surgem como pretensões jurídicas (ou mesmo como verdadeiros direitos subjectivos) dos cidadãos a prestações, que se acrescentam às liberdades fundamentais para potenciar facticamente o seu livre exercício²³⁰.

Deste modo, dizem os Autores, a teoria social tende a superar o divórcio entre a liberdade jurídica e a liberdade fáctica. E, para este fim, ao aportar por assim dizer as condições fácticas das liberdades individuais, ela pode e deve articular-se com as liberdades jurídicas segundo o entendimento da teoria liberal dos direitos humanos — como também, segundo Böckenförde, segundo o entendimento da teoria institucional ou da teoria axiológica (nos casos em que estas forem conformes à Constituição). Mas é obviamente antitética da teoria democrático-funcional.

Na teoria social, os direitos (ou pretensões) a prestações radicam ainda em direitos fundamentais, ou considerados como tais; porém, revestem uma diferente estrutura e natureza relativamente aos direitos de liberdade, dado que o seu objecto, as prestações, são actividades (serviços) ou coisas (financiamentos) que dependem da disponibilidade material e económica da comunidade, aliás em considerável medida. *Isto impede que os direitos sociais possam ser considerados com o carácter incondicional que corresponde aos direitos fundamentais*. Daqui que ofereçam muita resistência à sua

extrema dos direitos fundamentais e *minimização de uma irredutível dimensão subjectiva*; (2) *tendencial redução dos direitos à existência de condições materiais, económicas e sociais, com manifesto desprezo das garantias jurídicas*» - *Direito Constitucional*, p. 1402.

²³⁰ Böckenförde, *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 1535.

conceituação como verdadeiros direitos *subjectivos* fundamentais, oferecendo a doutrina, a este propósito, numerosas alternativas conceituais, como por exemplo a da sua redução a simples mandatos constitucionais (*Grundsatznormen*), a meras pretensões jurídicas ou a simples direitos-directivas (*Massgabegrundrechte*).

Como exemplo de uma interpretação constitucional de acordo com esta teoria social dos direitos fundamentais, Böckenförde dá, como já se disse, o da interpretação norma do art. 7.º, al. 4 da Constituição alemã — que garante a liberdade de ensino privado — a que a jurisprudência alemã fez corresponder uma obrigação para o Estado de subvencionar amplamente as escolas privadas (*eine weitgehende staatliche Unterstützungspflicht*)²³¹.

30. A interpretação conforme à Constituição

As teorias dos direitos fundamentais, e porque estes direitos estão na base do Estado e das relações entre os cidadãos e o Estado, são decisivas concepções acerca do Estado e de toda a vida jurídica e política. Compreende-se, por isso, a importância e o melindre das escolhas entre as várias teorias da interpretação dos direitos fundamentais que são tributárias dessas concepções. Assim, parece irrecusável a ideia de que a escolha da teoria interpretativa dos direitos fundamentais não deve ser arbitrária, mas deve antes ser «conforme à Constituição»²³². De outro modo, operar-se-ia, por caminhos ínvios de interpretação, um desvio da própria Constituição. Mas não é um dado seguro que as Constituições possam facilmente permitir o apuramento dessa conformidade, tudo dependendo das suas estruturas e conteúdos internos.

A questão é portanto complexa; mas cremos poder aqui avançar a seguinte ideia para a Constituição Portuguesa.

É geralmente aceite que a nossa Constituição consagrou, na base do Estado, de modo claro e inequívoco, o princípio fundamental (e fundamentante) da dignidade da pessoa humana, e dos «direitos, liberdades e garantias» — direitos fundamentais estes que são, aliás, como que o recheio nuclear constitucional daquela dignidade. Isso resulta dos próprios conteúdos normativos, mas também da sistematização da Constituição, designadamente da colocação dos direitos humanos logo na primeira parte do texto constitucional, e da colocação, nesta primeira parte, dos «direitos, liberdade e garantias» (com a garantia da sua aplicação imediata) antes dos direitos

²³¹ *Idem*, p. 1536.

²³² *Idem*, p. 1537.

sociais (os quais não gozam desta garantia). Muito significativo é ainda que esta concepção se possa desde logo ler nos dois primeiros artigos que abrem a Constituição. Vejamos, em termos muito breves.

«Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana...» — são estas as primeiras palavras do art. 1.º. E depois, o art. 2.º define assim o «Estado de direito democrático» português: «a República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, e no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais [...], visando a realização da democracia económica, social e cultural...».

Conjugando esta definição com a enunciação das tarefas do Estado constantes do art. 9.º — em que se coloca, em primeiro lugar, logo na primeira alínea, a *garantia dos direitos e liberdades fundamentais*; e posteriormente, na alínea d), a *promoção do bem-estar e a efectivação dos direitos sociais* —, pode concluir-se que a teoria dos direitos fundamentais que corresponde ao nosso «Estado de direito democrático» é em princípio a teoria social.

Assim, ganha força a ideia, já acima por nós defendida, de que a determinação dos direitos sociais, em princípio necessária por lei ordinária, não pode ser funcionalmente autónoma ou independente da *garantia jurídica constitucional* dos direitos *subjectivos* de liberdade («direitos, liberdades e garantias»), a ponto de não convergir nela; pelo contrário, deve, tanto quanto possível, complementar na ordem fáctica essa garantia — pode dizer-se: deve funcionalmente integrar essa garantia, como sua condição fáctica, dando assim primazia aos direitos de liberdade. Dito com as palavras da Constituição: «no respeito e na *garantia de efectivação* dos direitos e liberdades fundamentais» (art. 2.º).

Esta articulação da primazia das liberdades subjectivas pessoais sobre os direitos sociais não constitui nenhum prejuízo para a ideia constitucional da igualdade; e muito pelo contrário, se a ideia de igualdade corresponder, como deve ser no Estado de direito democrático, à *igualdade de oportunidades*.

O princípio da igualdade é afirmado, na Constituição, como *igualdade de dignidade e igualdade perante a lei*: não como igualitarismo a definir politicamente. Na enunciação dos princípios gerais que presidem à sistematização dos direitos fundamentais, a garantia da igualdade (no art. 13.º) vem depois da garantia da liberdade (no art. 12.º). Ora, o princípio do Estado social, que essencialmente veio articular a igualdade (jurídica formal) com a liberdade (efectiva social), é que as liberdades pessoais fundamentais devem ter não apenas uma garantia jurídica formal de igualdade, mas ainda uma «*garantia de efectivação dos direitos e liberdades*» (como diz o art. 2.º); portanto, uma garantia de igualdade de oportunidades para o exercício pessoal dos direitos e liberdades.

Quando se diz que o Estado social visa tornar real a liberdade dos cidadãos, então pode perguntar-se: mas qual liberdade? Aquela que lhe falta, de facto, como condição da liberdade jurídica pessoal que lhe está reconhecida? Ou uma outra liberdade funcionalmente orientada ao que o Estado escolhe em seu lugar, as mais das vezes de forma colectivista ou colectivizada? Aplique-se este questionamento à liberdade de ensino: quando o Estado vai ele próprio fornecer um sistema de ensino escolar, a título de garantia das condições fácticas da liberdade de ensino, vai dar, tanto quanto possível, o que escolhem os cidadãos, cada um exercitando a sua liberdade pessoal? Ou vai dar, por razões de doutrina da maioria e não apenas na medida prática inevitável, o que o próprio Estado escolhe, para todos colectivamente? Eis a questão²³³.

Mas vejamos o que defendem alguns dos mais ilustres constitucionalistas alemães a propósito destas nossas considerações.

B – Algumas notas da doutrina de autores alemães

31. A doutrina dos direitos sociais «adscritos» nos direitos fundamentais

Foi sobretudo na Alemanha, onde, apesar da opção por um *Estado social*²³⁴, a Constituição Federal não inclui uma listagem dos direitos sociais, que se desenvolveu uma importante doutrina constitucional dos direitos sociais, enquanto direitos a prestações como *garantia fáctica* dos direitos fundamentais individuais de liberdade – direitos a prestações *estrictas*, integrados num conceito mais amplo de *direitos a prestações positivas do Estado*. Esta importante doutrina constitucional confere aos direitos sociais uma unidade de fundamentação com a dos próprios direitos fundamentais de liberdade individual, constituindo-os como «adscritos» nos direitos de

²³³ José Adelino Maltez, “Sobre a igualdade de oportunidades e o direito ao ensino”, *Educação e Direito*, n.º 2, pp. 15 ss.

²³⁴ «Durante a reconstrução do Estado alemão, após a catastrófica queda do regime nacional-socialista, a maior parte dos Estados Federais (*Länder*), e também a própria República Federal, denominaram-se expressamente, nas respectivas leis constitucionais, como *sociais*. O art. 20.º, n.º 1, da Constituição de Bona de 1949 define a República federal como um “Estado social federal”; e o art. 28.º, n.º 1, fala de “Estado social de direito”. Tratou-se de uma novidade na história constitucional. Não existia a este respeito nenhum modelo de texto constitucional...» – Hasso Hofmann, *Introduzione alla filosofia del diritto e della politica*, p. 207.

liberdade jurídica, isto é, como sua dimensão complementar instrumental fáctica de liberdade – portanto, não os autonomizando *hoc sensu*.

Incluiremos seguidamente algumas notas do ensino de alguns dos mais ilustres autores alemães. Recorreremos, para o efeito, a excertos dos seus mais conhecidos escritos.

32. Algumas notas da doutrina de Robert Alexy

Um dos jusconstitucionalistas alemães mais ilustres é Robert Alexy, autor de um livro de referência precisamente intitulado *Teoria dos Direitos Fundamentais*²³⁵. Vejamos alguns traços do seu ensino para a questão que nos interessa.

Para salientar a grande querela do sim-ou-não aos direitos sociais como direitos fundamentais na Constituição alemã, escreve Robert Alexy: «a questão de saber se, e em que medida, às disposições de direitos fundamentais devem ser adscritas normas que conferem direitos a prestações em sentido amplo, é uma das mais discutidas na dogmática actual dos direitos fundamentais. Especialmente se discutem os chamados direitos sociais fundamentais, quer dizer, por exemplo, os direitos à assistência social, ao trabalho, à habitação e à educação»²³⁶. A Lei fundamental alemã «é muito cautelosa no que respeita à formulação dos direitos a prestações»²³⁷; «como formulação explícita de um direito social fundamental (...) só se encontra o direito da mãe à protecção e à assistência por parte da comunidade (art. 6.º, § 4)»²³⁸. Contudo, «isto não pôde travar o debate acerca dos direitos a prestações na Lei fundamental, [que] recebeu impulsos essenciais da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal»²³⁹.

E Alexy ilustra, então, como os grandes casos julgados pelo Tribunal Constitucional Federal colocam as bases de uma teoria que reconhece, aos clássicos direitos fundamentais *negativos*, uma adscrição de direitos a prestações, incluindo, dentro de um conceito mais amplo destas prestações, as (num sentido estrito) *prestações fácticas dos direitos sociais*²⁴⁰.

²³⁵ No original: *Theorie der Grundrechte*. Este livro de Alexy está traduzido em várias línguas – nós utilizaremos a tradução espanhola: *Teoría de los derechos fundamentales*. Para uma interessante introdução: Giorgio Bongiovanni, *Teorie «costituzionalistiche» del diritto. Morale, diritto e interpretazione in R. Alexy e R. Dworkin*.

²³⁶ *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 419-420.

²³⁷ *Idem*, p. 420.

²³⁸ *Ibidem*.

²³⁹ *Idem*, p. 422.

²⁴⁰ A doutrina faz notar que «em muitos dos chamados direitos fundamentais sociais, que podem ser considerados como típicos direitos a prestações, se encontra um feixe de posições que, em

«Na actualidade, existe um amplo consenso em que, se uma Constituição inclui direitos fundamentais, estes devem ser [...] vinculantes como direito directamente aplicável para os poderes legislativo, executivo e judicial [...]. Contudo, o verdadeiro debate começa quando se formulam questões relativas à estrutura e ao conteúdo dos direitos fundamentais²⁴¹.

Está largamente comentado, pela doutrina constitucional germânica, o alcance dogmático do histórico acórdão *Lüth* (1958), do Tribunal Constitucional Federal, que aliás teve continuidade em acórdãos posteriores, de onde resultou a ideia de que «a garantia constitucional dos direitos individuais não é simplesmente a garantia dos clássicos direitos de defesa dos cidadãos frente ao Estado; [porque pode] dizer-se que os direitos fundamentais substanciais constituem, ao mesmo tempo, uma ordem objectiva de valores»²⁴².

Procurando apurar o que se deve entender por esta expressão, Alexy conclui que «a ideia básica do caso *Lüth* é que os direitos fundamentais não têm apenas o carácter de normas, mas também o de princípios»²⁴³. Ora, os princípios exigem do poder do Estado actividades positivas a seu favor, na medida (jurídica e prática) máxima possível, embora segundo os inevitáveis juízos de ponderação. E daqui a importância da teoria da ponderação, que despoletou críticas muito fortes, em que se destacou Habermas, com a conhecida objecção de que a ponderação priva os direitos fundamentais da sua força normativa. A teoria dos princípios, com Dworkin²⁴⁴ e Alexy em lugares destacados, já respondeu a essa críticas²⁴⁵. Mas não deixa de ser irónico que, com base na defesa do maior valor normativo das regras, que não dos princípios, no sistema dos direitos fundamentais, e invocando a ideia de que só assim se lhes mantém a força normativa, se deixem os direitos de liberdade com menores garantias de efectividade fáctica, num país, como é a Alemanha Federal, em que a Constituição Federal não inclui uma listagem de direitos sociais e, por isso, se torna necessário fundamentá-los de princípios.

Segundo Alexy, as normas de direito fundamental podem dividir-se em dois grupos: normas de direito fundamental directamente estatuídas pela Constituição

parte, aponta a prestações fácticas e, em parte, a prestações normativas [como no discutido direito ao ambiente]» – Alexy, *Teoria*, p. 428.

²⁴¹ Alexy, “Los derechos constitucionales y el sistema jurídico”, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, pp. 71 ss.

²⁴² Alexy, *Teoría del discurso*, p. 74.

²⁴³ *Ibidem*.

²⁴⁴ Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*.

²⁴⁵ Cfr. Robert Alexy, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*.

e normas de direito fundamental a elas adscritas, chamadas precisamente «normas adscritas»²⁴⁶. A omissão de uma explícita listagem constitucional dos direitos sociais serviu assim para que a jurisprudência tenha procurado uma raiz justificativa e fundamentante dos direitos sociais nos próprios direitos de liberdade, entre nós constitucionalmente referidos como «direitos, liberdades e garantias». O que conduziu à distinção entre os direitos a prestações explicitamente estatuidos [...] e os direitos a prestações adscritos interpretativamente²⁴⁷.

Resulta por este modo evidenciada, segundo cremos, a ideia da ligação *funcional* entre os direitos (individuais) de *liberdade jurídica* e os direitos (sociais) de *liberdade fáctica*, ideia que aliás reflecte e ilumina as diferenças dogmáticas em geral reconhecidas entre ambos os tipos de direitos fundamentais, desde logo derivadas da natureza específica bem diferente do próprio conteúdo de uns e de outros, diferenças que os autores tratam desenvolvidamente na manualística²⁴⁸ – e que subjaz na polémica acerca dos direitos sociais reconhecidos interpretativamente como adscritos²⁴⁹.

Como afirma Alexy, *o argumento principal em favor dos direitos fundamentais sociais é um argumento de liberdade*.

O seu ponto de partida são duas teses. A primeira diz: «a liberdade jurídica para fazer ou não fazer alguma coisa sem a liberdade fáctica (real), ou seja, sem a possibilidade fáctica de escolher entre o que está permitido, carece de todo o valor»²⁵⁰. E a segunda tese diz: «nas condições da moderna sociedade industrial, a liberdade fáctica de um grande número de titulares de direitos fundamentais não encontra o seu substracto material num “âmbito vital dominado por si próprios”, e depende essencialmente de actividades estatais»²⁵¹.

Portanto, «para justificar a adscrição de direitos sociais com a ajuda do argumento da liberdade há pois que fundamentar que a liberdade que os direitos fundamentais devem assegurar inclui a liberdade fáctica»²⁵². Ora, este é o argumento fulcral da ideia essencial do Estado social em Estado de direito democrático.

Sem dúvida, parece muito aceitável a conclusão de que «os direitos fundamentais, se o seu objectivo é que a personalidade humana se desenvolva livremente,

²⁴⁶ *Idem*, p. 70.

²⁴⁷ Alexy, *Teoría*, p. 482.

²⁴⁸ V. Alexy, *Teoría*, todo o capítulo IX, sobre os direitos a acções positivas do Estado, a prestações em sentido amplo. Entre nós, cfr. por todos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais*.

²⁴⁹ Sobre o carácter da polémica acerca dos direitos a prestações, v. Alexy, *Teoría*, pp. 426 ss.

²⁵⁰ *Idem*, p. 486.

²⁵¹ *Idem*, p. 487.

²⁵² *Idem*, p. 488.

apontam também para liberdades fácticas, isto é, devem assegurar também os pressupostos do uso das liberdades jurídicas, e portanto são “normações não só do poder fazer jurídico, mas também do *poder actuar realmente*”²⁵³.

Objecções a esta tese geral existem. E uma — que não é das menores — é a das colisões inevitáveis entre os direitos a prestações sociais e os direitos fundamentais de liberdade: seja de colisões entre direitos de sujeitos distintos, seja de colisões entre direitos do mesmo sujeito²⁵⁴. O que só reforça a tese da unidade dos direitos fundamentais sociais na sua adscrição aos direitos individuais de liberdade. Alexy defende, contudo, que estas objecções, que devem ter-se em conta, não impedem um modelo de direitos fundamentais sociais baseado na ideia reitora que ele próprio propõe, em consequência da qual «a cada um correspondem as posições de prestações jurídicas como direitos fundamentais sociais que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que o seu reconhecimento não pode ficar na decisão da simples maioria parlamentar»²⁵⁵.

Apesar do carácter formal da ideia, Alexy observa que «quem a aceita, e recusa direitos constitucionais a prestações, pressupõe que esses direitos não são assim tão importantes que a sua decisão não possa ficar nas mãos da maioria parlamentar»²⁵⁶. Então, se se reconhece que os cidadãos se encontram em posições de direitos a prestações que, do ponto de vista constitucional, são de tal modo importantes que não podem ficar na dependência da maioria parlamentar, pode concluir-se que assim se enuncia um *direito geral a prestações*²⁵⁷.

«De acordo com esta fórmula, a questão acerca de quais são os direitos fundamentais sociais que o indivíduo possui definitivamente é uma questão de ponderação entre princípios. Por um lado, encontra-se sobretudo o princípio da liberdade fáctica. Por outro lado, encontram-se os princípios formais da competência de decisão do legislador democraticamente legitimado e o princípio da divisão de poderes, assim como também princípios materiais que, sobretudo, se referem à liberdade jurídica de outros mas, também, a outros direitos fundamentais sociais e a bens colectivos»²⁵⁸.

O reconhecimento constitucional de um direito social *prima facie* necessita de uma determinação concretizadora, pelo poder legislativo ordinário, do seu objecto

²⁵³ *Idem*, p. 489.

²⁵⁴ *Idem*, pp. 489 ss.

²⁵⁵ *Idem*, p. 494.

²⁵⁶ *Idem*, p. 433.

²⁵⁷ *Idem*, p. 435.

²⁵⁸ *Idem*, p. 494.

e das formas organizatórias da sua satisfação prestativa. Esta é a chamada cláusula restritiva dos direitos sociais. Mas, como diz Alexy: «a cláusula restritiva deste direito [isto é, deste direito fundamental social vinculante *prima facie*]²⁵⁹, [ou dito por outras palavras] a reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, não tem como consequência a ineficácia do direito. Esta cláusula expressa simplesmente a necessidade de ponderação deste direito»²⁶⁰. E acrescenta ainda o mesmo Autor: «...aos direitos *prima facie* correspondem deveres *prima facie*. Estes deveres são deveres *prima facie* do Estado de procurar que às liberdades jurídicas dos titulares de direitos fundamentais correspondam liberdades fácticas»²⁶¹. Assim, e aplicando ao nosso tema, ao direito fundamental de liberdade jurídica de escola privada não pode deixar de corresponder, *prima facie*, um direito social de liberdade fáctica, a prestações de apoio estatal à escola privada.

A já referida cláusula restritiva dos direitos sociais explica-se relativamente às possibilidades práticas, que não são um dado e incluem limitações existenciais perante os princípios de exigência ideal. Por isso se pode afirmar que «os deveres *prima facie* do Estado têm, frente aos seus deveres definitivos, um conteúdo claramente excessivo. Isto não significa que não sejam vinculantes. (...) Para o não cumprimento [pelo Estado] de um dever *prima facie* têm que existir, desde o ponto de vista do direito, razões aceitáveis»²⁶².

Muito distinta é — como Alexy observa — a posição dos que «qualificam o problema dos direitos fundamentais sociais primariamente como um problema de meras obrigações objectivas do Estado»²⁶³.

Como já vimos, os problemas práticos e de equidade da execução de um tal programa de direitos sociais, assim fundamentados, são irrecusáveis. Alexy responde com a sua teoria, que, de entre as normas, distingue princípios e regras. «Os princípios ordenam que algo deve ser realizado na maior medida possível, tendo em conta as possibilidades jurídicas e fácticas. Portanto, não contêm mandatos definitivos, mas apenas *prime facie*. [...] As regras exigem que se faça exactamente o que nelas se ordena, contêm uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fácticas»²⁶⁴.

Questão muito importante, e com consequências óbvias para o nosso problema, é ainda a da natureza dos bens ou prestações *em sentido estrito* que são objecto dos

²⁵⁹ Como entre nós o art. 74.º CRP.

²⁶⁰ Alexy, *Teoría*, p. 498.

²⁶¹ *Idem*, p. 500.

²⁶² *Idem*, p. 500.

²⁶³ *Idem*, p. 499.

²⁶⁴ *Idem*, p. 99.

direitos sociais. Alexy define claramente, assim: «Os direitos a prestações em sentido estrito [direitos sociais] são direitos do indivíduo perante o Estado a algo que — se o indivíduo possuísse meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente — poderia obtê-lo também de particulares»²⁶⁵. Esta definição de Alexy caracteriza bem a natureza das prestações típicas correspondentes aos direitos sociais (subsídios financeiros, bens, serviços), por contraposição às *prestações normativas ou administrativas, de protecção ou procedimentais* — que não podem obter-se no mercado e são exclusivamente fornecidas pelo Estado. Assim, não só se evidencia que neste sentido o Estado não tem o monopólio da satisfação dos direitos sociais, como ainda se ilumina aí o carácter subsidiário do papel do Estado. Esta foi, entre nós, razão da revisão constitucional de 1982, como já vimos, que não só acabou com a recusa da liberdade fundamental de escola privada (no art. 43.º) — isto é, com a recusa do *mercado* na oferta escolar —, como ainda acabou com a qualificação constitucional do ensino privado como supletivo do ensino público, que constava do n.º 2 do art. 75.º.

É ainda esta específica natureza instrumental e subsidiária típica dos direitos sociais, como garantes da dimensão fáctica das liberdades fundamentais, que reforça o fundamento da participação activa e autónoma dos cidadãos nos sistemas prestativos públicos, sem prejuízo de ficar a cargo do Estado a correspondente função de solidariedade social através da subsidiação financeira, que o mercado não garante e só o Estado pode desempenhar como titular exclusivo do poder fiscal²⁶⁶.

Com base nesta doutrina, admite-se por conceito que as prestações das escolas privadas podem satisfazer os direitos sociais e que, como tal, esta satisfação deve ser subsidiada pelo Estado. Interessante, neste sentido, é a posição de Julian Le Grand, sobre o conceito de quase-mercado: «A quasi-market is like a market in the sense that there are independent providers competing for custom within it. But it differs from a normal market in at least one key way. This is that users do not come to a quasi-market with their own resources to purchase goods and services, as with a normal market. Instead the services are paid for by the state, but with the money following users' choices through the form of a voucher, an earmarked budget or a funding formula. The quasi-market is thus a fundamentally egalitarian device, enabling public

²⁶⁵ *Idem*, p. 482.

²⁶⁶ A ideia é velha, e tem uma consagrada exemplificação nos regimes de co-gestão dos sistemas de segurança social, mesmo quando possuem importante comparticipação de fundos públicos. Mas pode ainda recordar-se a ideia mais recente da participação da chamada comunidade educativa envolvente na gestão da escola estatal.

services to be delivered in such a way as to avoid most of the inequalities that arise in normal markets from differences in people's purchasing power»²⁶⁷.

33. Algumas notas da doutrina de Häberle

Um outro autor, também muito conhecido, Peter Häberle, parte da ideia de que os direitos fundamentais ficariam privados de efeito sem a intervenção do Estado. É ao Estado, que ele chama Estado-de-prestações (*Leistungsstaat*)²⁶⁸, que incumbe estabelecer as formas organizativas e os procedimentos que tornem efectivos os direitos.

A ideia do «Estado de prestações» está porventura bem resumida nas seguintes palavras de um estudioso italiano da evolução alemã do Estado de direito até à democracia constitucional: «Os direitos fundamentais representam escopos constitucionais cuja realização concorre para a formação do bem comum. Neste sentido, os direitos fundamentais determinam a competência do Estado. [...] Häberle identifica em numerosos artigos da *Grundgesetz* o princípio da intervenção do Estado como fundamento para a realização dos direitos fundamentais [...] A sua realização serve para criar iguais possibilidades para a liberdade de todos. O *Leistungsstaat* serve portanto para tornar possível uma vida livre numa condição de homogeneidade social. Em palavras breves: os direitos fundamentais não podem ser pensados sem prestações estaduais; e estas não podem ser pensadas sem direitos fundamentais»²⁶⁹.

Ainda citando Häberle, observa porém o mesmo Autor: «Todavia, uma intervenção demasiado acentuada do Estado pode pôr em perigo a liberdade entendida como auto-responsabilidade. Ocorre, portanto, segundo Häberle, um equilíbrio entre as prestações do Estado, que devem visar uma satisfação das necessidades, e a participação dos cidadãos, entendida como essência da liberdade»²⁷⁰.

Desenvolvendo a sua teorização sobre o Estado-de-prestações, Häberle insiste na ideia de que, ao contrário do que se pensava para o Estado liberal burguês (no qual, os direitos fundamentais impunham ao Estado obrigações negativas e o Estado determinava as suas intervenções sociais com autonomia política), os direitos

²⁶⁷ Le Grand, *The other invisible hand*, p. 41.

²⁶⁸ Cfr. Peter Häberle, "I diritti fondamentali nello Stato delle prestazioni", *Cultura dei diritti*, pp. 133 ss.

²⁶⁹ Gustavo Gozzi, *Democrazia e diritti*, p. 181.

²⁷⁰ *Ibidem*.

fundamentais afectam, nas democracias constitucionais de hoje, o papel e as competências do Estado, que tem de corresponder à promoção dos direitos fundamentais como *fins constitucionais positivos*: «os direitos fundamentais [entenda-se: os nossos “direitos, liberdades e garantias”] como fins da Constituição e do Estado e como normas de competência»²⁷¹.

Levanta-se, assim, a questão do efeito transversal jurídico-objectivo (além dos efeitos subjectivos) dos direitos fundamentais e da relação entre direito e Estado.

«A doutrina do “duplo carácter” dos direitos fundamentais [...] requer ser completada mediante os conceitos de “prestação estatal” e de “direito a prestações”. Entende-se dizer com isto que, além da sua função de defesa, os direitos fundamentais desenvolvem, através do *status activus*, uma componente de participação que diz respeito ao Estado social»²⁷². [...] «A alternativa que, nesta altura, se manifesta é a seguinte: “direitos fundamentais conforme a capacidade de rendimento económico do Estado das prestações” ou “Estado das prestações conforme aos direitos fundamentais”?»²⁷³.

«O tema “direitos fundamentais no Estado das prestações” coloca em confronto o catálogo liberal dos direitos fundamentais, uma parte da Constituição que permanece relativamente *estática*, com o problema *dinâmico* do Estado de prestações, que corre a velocidade acelerada...». [...] «Tratar dos direitos fundamentais no Estado das prestações significa referir-se, quer ao Estado das prestações mediante e graças aos direitos fundamentais, quer aos direitos fundamentais mediante e graças ao Estado das prestações. Uma mais intensa “estadualidade das prestações” seria concebível, mas é travada pelos direitos fundamentais, pois que essa estadualização resultaria em definitivo em prejuízo da liberdade e da humanidade»²⁷⁴.

Merece ser sublinhada esta questão dos excessos de Estado social contra as liberdades. Vimos anteriormente que o monopólio estatal da escola pública, entre nós assaz centralista, de facto reduz as liberdades individuais de educação e ensino; e, conseqüentemente, a dignidade e a responsabilidades dos cidadãos. É um típico efeito de um excesso do Estado de prestações que se volta contra o Estado de direitos humanos. Este efeito negativo pode e deve ser reconduzido à advertência de Häberle, que nisto se não afasta da quase totalidade dos autores.

Häberle não é contra a ligação entre direitos humanos e Estado de prestações. Mas da sua exposição conclui-se que é contra o excesso do Estado de prestações que

²⁷¹ Häberle, *I diritti fondamentali*, pp. 209 ss.

²⁷² *Idem*, pp. 220-221.

²⁷³ *Idem*, p. 222.

²⁷⁴ *Idem*, p. 245.

estreitece as liberdades individuais, e que termina por apoucar a dignidade pessoal dos cidadãos. E por isso defende que os indivíduos não ficam nem podem ficar desonerados de realizar prestações por si próprios. As tais prestações que são determinadas e fornecidas pelo Estado em substituição de prestações que podem ser oferecidas livremente no mercado pelos privados - na expressão de Alexy para caracterizar as prestações fácticas dos direitos sociais.

No termo das suas reflexões teorizantes, no texto que temos vindo a privilegiar, escreve Häberle: «A tese de partida é representada por um *Estado de prestações conforme aos direitos fundamentais*, e é confirmada pelo efeito relevante de que os cidadãos realizam mais prestações se são livres e se dispõem do *optimum* de possibilidades de se auto-determinar»²⁷⁵.

34. Algumas notas da doutrina de Böckenförde

Já anteriormente fizemos referência ao ensino de Böckenförde. Bastará, neste lugar, recordar apenas as seguintes notas essenciais.

Segundo a doutrina que (embora com diferenças assinaláveis) merece actualmente largo consenso na teoria jurídica do «Estado constitucional», de que apenas se apartam os críticos radicais do Estado social, a consagração constitucional das liberdades fundamentais é interpretada como não apenas garantindo o *status negativus* do cidadão (à maneira do primeiro liberalismo individualista); mas como também implicando uma adscrição do *status positivus*. Em suma: o reconhecimento dos «direitos, liberdades e garantias» (para usar a linguagem da nossa Constituição) determinaria um *status libertatis*, que, além das liberdades negativas, seria integrado por correspondentes direitos a prestações em sentido amplo: [1] direitos a prestações jurídicas de garantia (por regulações e por procedimentos), [2] mas também (em geral *prima facie*) direitos a prestações fácticas, garantidoras das condições fácticas da liberdade, as chamadas prestações em sentido estrito, dos direitos sociais²⁷⁶.

Assim, escreve Böckenförde: «a ideia dos direitos sociais fundamentais recebe a sua necessidade e a sua justificação não como simples princípio contraposto aos direitos fundamentais de liberdade; mas a partir do princípio da salvaguarda da própria liberdade.[...] Se a liberdade jurídica deve poder tornar-se liberdade real,

²⁷⁵ Häberle, *I diritti fondamentali*, p. 232.

²⁷⁶ Sobre esta questão, cfr., designadamente, Robert Alexy, *Teoría*, pp. 419 ss. — sobretudo o capítulo IX: “*Derechos a acciones positivas del Estado (prestaciones en sentido amplio)*”.

o seu titular deve poder ter uma participação fundamental nos bens sociais vitais; esta participação nos bens sociais vitais é, ela própria, parte da liberdade, porque é pressuposto indispensável da sua realização. [...] A liberdade deve ser tornada realmente possível e deve ser salvaguarda através das prestações e garantias sociais estaduais»²⁷⁷.

Sabe-se, porém, que esta ideia é por alguns assumida em clave centralista e iluminada. Contra isso, esclareceu este Autor: «A ideia dos direitos sociais fundamentais, vista deste modo, não aparece em contraste relativamente às garantias de liberdade do Estado de direito liberal-burgês, mas como a lógica consequência objectiva de tais garantias numa situação social que sofreu mudança. Trata-se ainda, nesta situação, de salvaguardar a liberdade, e não de «superar» a liberdade [individual] a favor de formas de vida colectiva»²⁷⁸.

35. Algumas notas da doutrina de Habermas

Habermas é um conhecido filósofo e politólogo da escola de Frankfurt, autor de uma vasta obra de que consta, mais recentemente, um importante livro que entra pela problemática da teoria do direito e do Estado, significativamente intitulado *Facticidade e validade. Contributo para a teoria do discurso do Direito e do Estado de direito democrático*²⁷⁹. Da leitura deste volumoso livro, poderemos – com interesse para este nosso ensaio – seleccionar os seguintes excertos.

«A crítica que o Estado social faz ao Estado de direito burguês dirige a atenção sobre a dialéctica entre a liberdade jurídica e a liberdade fáctica dos destinatários do direito, quer dizer, em primeira linha, para o reconhecimento e imposição de direitos fundamentais de tipo social. A equiparação fáctica mede-se por consequências sociais observáveis que as regulações jurídicas têm para os afectados, enquanto que a igualdade jurídica se refere à competência destes para decidir livremente no quadro das leis conforme as suas próprias preferências. O princípio da igualdade jurídica gera desigualdades fácticas, pois permite o uso diferencial que os distintos sujeitos

²⁷⁷ Böckenförde, *Stato, costituzione, democrazia*, p. 193.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 194. Como é evidente, aplicando esta doutrina à questão da subsidiação pública da escola, em Portugal, não pode concluir-se pela posição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, pelo privilégio da escola pública contra a escola privada.

²⁷⁹ No original: Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Há trad. em inglês, espanhol, francês e italiano. Citaremos da trad. esp.: *Facticidad y validez*.

fazem dos mesmos direitos, como também o possibilita; pois é assim como cumpre os pressupostos jurídico-subjectivos para uma configuração da própria existência no quadro de uma autonomia privada»²⁸⁰.

«Por este lado, a igualdade jurídica não pode coincidir com igualação ou equiparação fácticas. Por outro lado, repugnam ao mandato de igual tratamento jurídico aquelas desigualdades fácticas que discriminam determinadas pessoas ou grupos ao diminuir-lhes de facto as oportunidades de fazer uso de liberdades subjectivas de acção, que juridicamente estão distribuídas de forma igual. Enquanto que as compensações e prestações do Estado social são as que começam estabelecendo a igualdade de oportunidades para poder fazer um uso das faculdades de acção juridicamente garantidas, que caiba considerar igual, tal compensação de circunstâncias vitais e posições de poder facticamente desiguais servem a realização da igualdade jurídica. Por este lado, a dialéctica entre igualdade jurídica e igualdade fáctica converte-se num motor de evolução jurídica, contra o que normativamente não cabe formular reserva alguma»²⁸¹. «Mas esta relação [entre igualdade jurídica e igualdade fáctica] converte-se num dilema, quando as regulações do Estado social, que do ponto de vista da igualdade jurídica têm por fim assegurar uma igualdade fáctica de circunstâncias vitais e posições de poder, só podem conseguir esta meta em condições ou com meios que, por sua vez, restringem sensivelmente, em termos de autonomia privada, os espaços que essas regulações pretendem assegurar aos presumidos beneficiários para uma configuração da própria existência»²⁸². Simitis [...] iluminou um ponto crítico, “a partir do qual o possível aumento de faculdades materiais de acção se converte numa nova dependência”²⁸³. Habermas critica os paradigmas do Estado liberal e do Estado social, enquanto ambos cometem um erro comum, o de mal-entender a constituição jurídica da liberdade como distribuição. Contra o Estado social, Habermas diz que «ao reduzir a justiça, a uma justiça distributiva, erra o sentido de “garantia da liberdade” que os direitos legítimos têm [...]. A ideia de uma sociedade justa tem a par a promessa de emancipação e dignidade humana. O aspecto distributivo da equiparação jurídica e do igual tratamento jurídico, isto é, a justa distribuição das compensações sociais, não é senão o resultado do sentido universalista de um direito que tem por fim garantir a liberdade e a integridade de cada um. Numa comunidade jurídica, ninguém é livre enquanto a liberdade de

²⁸⁰ Habermas, *Facticidad*, pp. 498-499.

²⁸¹ *Idem*, p. 499.

²⁸² *Idem*, p. 499.

²⁸³ *Idem*, p. 499.

uns tem de pagar-se pelo preço da opressão de outros»²⁸⁴. «O erro que, complementarmente ao do paradigma ligado ao Estado social, comete o paradigma liberal de direito [continua Habermas] «consiste em reduzir a justiça a uma igual distribuição de direitos, isto é, em assimilar os direitos a bens que se podem repartir e possuir. Os direitos não são bens colectivos que se consomem em comum; os direitos só podem “gozar-se” *exercitando-os*»²⁸⁵.

Assim, contra o excesso do paradigma liberal invoca-se a necessidade de considerar os direitos na sua exercitabilidade; e contra o excesso do paradigma social, a necessidade de garantir o gozo personalizado, não colectivista, dos direitos: «as cegueiras que são complementares ao paradigma liberal de direito e do paradigma ligado ao Estado social, derivam de um erro comum, a saber: do erro que consiste em mal-entender a constituição jurídica da liberdade como “distribuição”; e de a assimilar ao modelo da igual distribuição de bens adquiridos ou de bens imputados»²⁸⁶.

Em vários casos descritos, e de novo citando Simitis, Habermas reconhece que «o direito materializado em termos de Estado social, como se mostra na *juridificação* do campo do social, é caracterizado por uma ambivalência entre a garantia e a subtracção da liberdade, em resultado da dialéctica entre liberdade jurídica e liberdade fáctica...»²⁸⁷.

Não se poderia dizer melhor para o problema do monopólio estatal do ensino escolar, em Portugal.

A propósito da tão famosa «juridificação» do Estado social, interrogando-se sobre se é hoje possível fazer refluir, ou pelo menos conter, a “maré de juridificação que caracteriza o Estado social”, observou Luigi Mengoni – um outro não menos ilustre jurista, desta vez italiano, também ele com obra nos estudos de Direito do Trabalho – aliás citando Habermas: «Esta consequência indesejada da protecção social é devida à orientação da intervenção pública na direcção exclusiva da justa distribuição da riqueza produzida. O Estado social é um modelo correlativo, isto é,

²⁸⁴ *Idem*, p. 502.

²⁸⁵ *Idem*, p. 503.

²⁸⁶ *Idem*, p. 503.

²⁸⁷ *Idem*, p. 500. O problema da *juridificação* esteve muito na ordem do dia nos anos oitenta, especialmente no Direito do Trabalho, significando uma extensão da esfera da *regulação juspositiva* a fenómenos antes apenas da esfera social livre. Cfr. especialmente dedicado ao problema da juridificação do Direito do Trabalho, no número 30 de 1986 da prestigiada revista italiana *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, os artigos de Spiros Simitis, *La giuridificazione dei rapporti di lavoro*; Jon Clark; Wedderburn of Charlton, *La giuridificazione del diritto del lavoro britannico*; Gino Giugni, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*.

antitético e ao mesmo tempo complementar do Estado liberal: contesta-lhe a noção de justiça como igual distribuição de direitos, quase como se os direitos fossem coisas; mas cai no mesmo erro de reduzir a justiça ao seu significado distributivo»²⁸⁸. E diz ainda: «Na primeira fase da sua história, os direitos sociais não foram garantidos por uma fonte normativa superior à lei ordinária. Então, foi seu carácter específico a total dependência da legislação; hoje, porém, ainda que mantendo uma formal discricionariedade quanto ao *quid*, o *quantum* e o *quomodo*, a legislação sobre os direitos sociais está [constitucionalmente] vinculada, desde o momento em que os direitos sociais se tornaram um traço qualificante do Estado moderno avançado»²⁸⁹.

C – Breves notas de jurisprudência constitucional

A título documental, incluiremos seguidamente algumas referências à jurisprudência constitucional de alguns países europeus. E ainda alguns exemplos de instrumentos normativos.

36. Jurisprudência constitucional norte-americana

Numa histórica sentença de 27 de Junho de 2002, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América do Norte assentou claramente que *um programa de cheques escolares* – como aquele que tinha sido estabelecido no Estado de Ohio, destinado a facilitar economicamente, às famílias de uma certa zona urbana socialmente degradada da cidade de Cleveland, que pudessem colocar os seus filhos em escolas privadas, ainda que a orientação dessas escolas fosse confessional – *não constituía ofensa à Primeira Emenda da Constituição Americana, ou “Establishment Clause”, segundo a qual, desde os primeiros anos da Federação Americana, é constitucionalmente proibido que o poder público favoreça ou coloque dificuldades às confissões religiosas*²⁹⁰. Porque, como diz a desenvolvida fundamentação do relator, este tipo de programas são *entirely neutral with respect to religion. It provides benefits directly to a wide spectrum of individuals, defined only by financial need and residence in a particular school district. It permits such individuals to exercise genuine choice among options public and*

²⁸⁸ Luigi Mengoni, “I diritti sociali”, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, n.º 1, 1998, p. 14.

²⁸⁹ Luigi Mengoni, *I diritti sociali*, pp. 2-3.

²⁹⁰ Sentença Zelman et al. v. Simmons-Harris et al., de 27 de Junho de 2002.

private, secular and religious. The program is therefore a program of true private choice, na linha de outros programas cuja constitucionalidade, em outros campos, já tinha sido reiteradamente sancionada pelo Tribunal Supremo.

Embora a argumentação decisiva para a sentença seja perfeitamente evidente e irrefutável, e por isso tenha merecido larga concordância tanto na América como em outros países, ainda assim as resistências continuam, porque *não se quer ver* que não é o Estado que escolhe a escola privada, eventualmente confessional; mas sim o cidadão que utiliza o seu cheque escolar. *O Estado apoia a liberdade de escolha do cidadão*, sem discriminar, nem positiva nem negativamente, a sua opção eventualmente também religiosa.

Seguindo esta orientação de política pública de financiamento da educação escolar, que respeita e apoia a liberdade de escolha da escola (pública ou privada) dos pais dos alunos, vários Estados federados dos Estados Unidos da América estão ensaiando soluções análogas, com base em cheques escolares ou outros meios²⁹¹, como por exemplo as famosas *charter schools*²⁹².

Mas o mesmo se pode dizer de países europeus, com destaque para os exemplos da Inglaterra e da Suécia, que vieram mais recentemente juntar-se à tradição de países como a Holanda, a Bélgica e a Alemanha, onde desde há muito o Estado financia igualmente o ensino nas escolas particulares²⁹³.

A questão constitucional do financiamento do ensino privado levantou-se também na Alemanha, em Espanha e em França.

37. Jurisprudência constitucional alemã

Como já foi anteriormente citado, o Tribunal Constitucional Federal Alemão reconheceu que «a liberdade de ensino privado do art. 7.º, al. 4, da Lei fundamental alemã impõe ao Estado uma ampla obrigação de subvencionar as escolas privadas», (*eine weitgehende staatliche Subventionspflicht*)²⁹⁴; isto é, que a liberdade de ensino privado,

²⁹¹ V. Jeb Bush, “A reforma educativa na Flórida”, *Nova Cidadania*, n.º 36, 2008.

²⁹² Sobre a experiência das *charter schools*, v. Charles Glenn, “A autonomia das escolas: a experiência das *charter schools* nos EUA”, *Nova Cidadania*, n.º 36, 2008.

²⁹³ Para uma boa informação sobre o panorama europeu em matéria de financiamento do ensino escolar, cfr. Alfred Fernández; Jean-Daniel Nordmann, *Rapport 2002 sur la liberté d’enseignement dans le monde*; e uma extensa obra de dois professores, de Boston e do Colégio da Europa, Charles Glenn e Jan de Groof, *Balancing Freedom, Autonomy, and Accountability in Education*, 3 vols.

²⁹⁴ Böckenförde, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, *Neue Juristische Wochenschrift*, p. 1536.

garantida como liberdade fundamental, exige não apenas uma garantia jurídica, mas além disso uma garantia fáctica do Estado, cuja tradução jurídica é um direito ao financiamento público. De uma obra toda ela dedicada a documentar a discussão e as questões práticas da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão na sentença do financiamento das escolas privadas reconhecidas com equiparação [*Ersatzschulen*], pode destacar-se esta iluminante doutrina: «Contra a presunção errada de que as escolas privadas teriam deveres que competem ao Estado, a decisão sobre o apoio financeiro põe em destaque o carácter originário da liberdade das escolas privadas, liberdade que se deve realizar no quadro de um pluralismo de oferta de formação que deve ser protegido e fomentado constitucionalmente. [...] A actividade do Estado deve ter como objectivo oferecer a possibilidade às escolas privadas de se realizarem de acordo com a sua especificidade, uma vez que o dever de protecção encontra a sua fundamentação na garantia constitucional da escola privada, e por conseguinte na protecção da liberdade individual. Esta definição liga-se ao conceito de escola privada, tal como é apresentado nas decisões dos tribunais superiores e na maior parte da doutrina»²⁹⁵. À escola privada reconhecida para efeitos de financiamento [*Ersatzschulen*], «o Estado deve prestar o apoio de financiamento sem que por isso possa pôr condições. A escola é sempre merecedora de reconhecimento para efeitos de financiamento [*Ersatzschule*] quando o seu objectivo geral é assimilável do ponto de vista funcional a uma escola pública, realmente existente ou previsível. É sempre dever do Estado conceder apoio financeiro a uma escola livre deste tipo, que preencha as condições, sem que exista o dever de que a escola seja supletiva»²⁹⁶.

No regime jurídico português, a lei também concede às escolas privadas, «quando ministrem ensino colectivo que se enquadre nos objectivos do Sistema Nacional de Educação, prerrogativas de pessoas colectivas de utilidade pública» (Lei n.º 9/79, art. 3.º); e, por isso, «o Estado apoia e coordena o ensino nas escolas [privadas], respeitando inteiramente os direitos [fundamentais de liberdade, de educação e ensino, e dos pais a escolherem o ensino dos filhos], de modo que as desigualdades sociais, económicas e geográficas não possam constituir entrave à consecução dos objectivos nacionais de educação» (art. 6.º). Resulta assim evidente que as escolas privadas também integram o *sistema* que visa os objectivos nacionais de educação. Porém, e como veremos, nem todos os constitucionalistas

²⁹⁵ Friedrich Müller; Bernd Jeand'Heur, *Zukunftsperspektiven der freien Schule. Dokumentation, Diskussion und praktische Folgen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seit dem Finanzhilfe-Urteil*, p. 52.

²⁹⁶ *Idem*, p. 89.

portugueses fazem corresponder a este enquadramento jurídico um direito das escolas privadas à subsidiação pública.

38. Jurisprudência constitucional espanhola

Em Espanha, a questão também foi constitucionalmente clarificada, em termos que são interessantes para o curso das nossas considerações. O Tribunal Constitucional interpretou a Constituição Espanhola – mas igualmente o artigo 13.º do Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, instrumento jurídico de eficácia supranacional – em dois acórdãos, respectivamente 5/1981 e 77/1985, em que afirmou que o conteúdo da liberdade de ensino integra: não apenas (por um lado) o direito de criação de escolas e (por outro lado) o direito de escolha da escola, pública ou privada; mas igualmente a impossibilidade de o Estado discriminar no apoio financeiro aos alunos, segundo escolhem a escola pública ou a privada.

O Tribunal Constitucional Espanhol estabeleceu como fundamentais os princípios seguintes (que constituíam motivos de disputa nas duas leis que foram objecto de apreciação dos dois acórdãos que decretaram a sua inconstitucionalidade – Lei orgânica 5/1980 e Lei orgânica 8/1985):

[1] que é necessária a implantação da gratuitidade não apenas nos estabelecimentos escolares de ensino primário, mas também nos centros educativos de ensino secundário – (CE, 27.4, CE 27.9, STC 77/85, II.1); [2] que o direito à educação se rege pelo princípio da liberdade, e que este se traduz em que os pais têm o direito de escolher a escola, pública ou privada (STC 24/1/85, II.6); [3] que os poderes públicos devem garantir a todos o exercício do direito à educação, financiando e protegendo as escolas privadas que reúnam os requisitos estabelecidos por lei (STC 77/85, II.11).

Acerca da liberdade de ensino – que o Tribunal Constitucional considera não simplesmente uma liberdade, mas um conjunto de liberdades ligadas ao direito à educação, e que foi definida como uma projecção da liberdade ideológica e religiosa e do direito de expressar e difundir livremente o pensamento, ideias e opiniões – (STC 5/81, II.7) – o Tribunal definiu que o seu conteúdo integra:

[1] o direito de criar e dirigir escolas (STC 77/85, II.20); [2] o direito de definir o carácter próprio e a ideologia destas escolas (STC 5/81, II.8-10 e STC 77/85, II.7-10); [3] o direito dos pais a decidir sobre o tipo de educação

que desejam para os seus filhos (STC 5/81, II.7); [4] o direito dos pais a escolher livremente a escola pública ou a escola privada (STC 5/81, II.8 e STC 77/85, II.5).

O Tribunal Constitucional Espanhol referiu especialmente, nos seus acórdãos, entre outros instrumentos internacionais, o art. 13.º do Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (STC 5/81, II.7 e STC 77/85, II.20). O art. 13.º concretiza qual é o conteúdo do direito à educação de uma maneira mais precisa do que o artigo 27.º da Constituição Espanhola, e foi, por esta razão, muito importante para que o Tribunal Constitucional estabelecesse os princípios mencionados como decorrendo da interpretação deste importante instrumento internacional, que também vincula Portugal.

Na sua fundamentação, números 9 e 10 do acórdão n.º 77/85, o Supremo Tribunal afirma que «o preceito constitucional que se exprime nos termos, *os poderes públicos ajudarão os centros docentes [privados] que reúnem os requisitos que a lei estabelecer*, não pode interpretar-se como uma afirmação retórica, de maneira que fique nas mãos do legislador a possibilidade de conceder ou não essa ajuda, já que, como diz o art. 9.º da Constituição Espanhola, *os poderes públicos estão sujeitos à Constituição*, e por isso os preceitos desta (...) têm força vinculante sobre eles» (STC 77/85, II.11). Também acrescenta que a exigência de uma autorização administrativa a uma escola [privada] para que ela possa implantar o seu carácter próprio vulneraria o direito à liberdade de ensino e à liberdade de criação de escolas. De facto, o direito a fixar o carácter próprio numa escola (diz o STC) é garantia do direito de que os criadores da escola podem dirigir e administrar os seus próprios centros. Daqui se deduz [conclui o mesmo Tribunal] que os poderes públicos não poderão intervir nunca em questões organizativas básicas destas escolas (regulamentos internos, contratação de professores, direcção administrativa e pedagógica, admissão de alunos, etc...) (STC 77/85, II.20-24). As fontes de financiamento de escolas privadas não podem condicionar os direitos fundamentais dos seus titulares (STC 77/85, II.21)²⁹⁷.

Quanto à questão da concorrência entre escolas públicas e privadas, seria erróneo afirmar que a criação de escolas públicas poderia suprir a existência das escolas privadas, já que, precisamente, são as escolas privadas as que melhor podem representar o legítimo pluralismo cultural e educativo da sociedade. É isto o que precisamente foi estabelecido pelo Supremo Tribunal Espanhol, da seguinte maneira:

²⁹⁷ Cfr. Lluís Arasanz, “El derecho a la educación y la libertad de enseñanza en las sentencias del Tribunal Constitucional Español”, in OIDEL, *Working papers* n.º 4: *libertés educativas*.

«o artigo 27.6 da Constituição Espanhola (...) é a manifestação primária da liberdade de ensino, pois supõe a inexistência de um monopólio estatal docente e, em sentido positivo, a existência de um pluralismo educativo institucionalizado» (STS 24/1/85 II.6); e «segundo o artigo 37.º da Constituição Espanhola, o sistema educativo é composto por centros escolares criados pelos poderes públicos e por centros escolares privados, sendo ambas as instituições escolares convergentes e complementares entre si como declarou reiteradamente o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem» (STS 24/1/85 II.6).

Apesar da clareza da doutrina do Tribunal Constitucional, a Administração escolar espanhola não cumpriu em conformidade. Resultaram, daí, acções em que o Supremo Tribunal Espanhol condenou a Administração Pública, impondo a doutrina constitucional e esclarecendo as suas consequências para o financiamento das escolas privadas²⁹⁸.

39. Jurisprudência constitucional francesa

Menos desenvolvida do que a jurisprudência constitucional espanhola, ainda assim a jurisprudência constitucional francesa afirmou que o princípio do ensino público gratuito e laico não pode excluir a existência do ensino privado nem as ajudas do Estado a este ensino, nas condições definidas pela lei (decisões do Conselho Constitucional de 23 de Novembro de 1977 e de 29 de Dezembro de 1984). Apesar da tradicional e exacerbada *laicidade* da França, as grandes decisões do Conselho Constitucional, de 23 de Novembro de 1977 e de 29 de Dezembro de 1984, vão no sentido de afirmar um direito social ao ensino também nas escolas privadas, e não apenas nas escolas públicas. Isto é, um dever constitucional de o Estado apoiar a liberdade de escola privada.

Quando estavam em causa os artigos 1.º e 3.º da lei *Guermeur*, sobre, por um lado, o carácter próprio de estabelecimento escolar e, por outro lado, sobre a questão do financiamento das escolas livres, o Conselho Constitucional considerou que o princípio da liberdade de ensino «constitui um dos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República, reafirmados pelo Preâmbulo da Constituição de 1946 e aos quais a Constituição de 1948 conferiu valor constitucional» [«constitue l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, réaffirmés

²⁹⁸ Cfr. Lluís Arasanz; José Luis Lopez-Muñiz, *Libertad de educación: experiencias de financiación* [conferência pronunciada na Fundação Gulbenkian, 16-11-2002].

par le préambule de la Constitution de 1946 et auxquels la Constitution de 1948 a conféré valeur constitutionnelle]. Noutro lugar, o Conselho Constitucional, recordando o princípio do ensino público gratuito e laico, afirmou que este último princípio «não pode excluir a existência do ensino privado nem a concessão de apoio do Estado ao ensino privado, nos termos da lei» [«ne saurait exclure l'existence de l'enseignement privé, non plus que l'octroi d'une aide de l'Etat à cet enseignement dans les conditions définies par la Loi»]²⁹⁹.

Com base na informação disponível, pode concluir-se com muita segurança que, apesar da tradição jacobina francesa, e da maior clareza dos enunciados constitucionais e legais portugueses, a escola privada está de facto muito mais *abandonada*, pelo Estado, em Portugal, do que em França³⁰⁰.

D – Breves anotações sobre instrumentos normativos supranacionais

Por brevidade, apenas juntaremos uma referência aos instrumentos internacionais mais recentes ao nível da União Europeia, e uma nota final a instrumentos da ONU.

40. A Resolução do Parlamento Europeu sobre a liberdade de ensino

É indispensável resumir aqui a Resolução sobre a liberdade de ensino na Comunidade Europeia, aprovada pelo Parlamento Europeu em 14 de Março de 1984. Por três razões: porque, não estando revogada, é aplicável a todos os países da União Europeia, incluindo Portugal; porque ninguém fala dela — e nem mesmo a perversa Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia a integra; e porque, de entre todas, ela é a mais clara e progressista declaração na matéria. Vejamos.

²⁹⁹ Cfr. Jacques Robert; Jean Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, pp. 615-655, *maxime*, p. 654.

³⁰⁰ Sobre a liberdade de instrução, v. uma detalhada exposição no manual universitário de Jacques Robert; Jean Duffar, *Droits de l'homme*.

40.1. O direito prioritário dos pais

Além de recapitular o que já consta dos documentos da ONU, a Resolução afirma claramente que «a liberdade de educação e de ensino inclui o direito de os pais escolherem, para os seus filhos, de entre os estabelecimentos comparáveis, uma escola que lhes dê o ensino que desejam». E acrescenta: «De acordo com o direito que lhes foi reconhecido, pertence aos pais a escolha da escola que os seus filhos frequentarão até que estes possam decidir por eles mesmos. Para este fim, o Estado tem por obrigação prever os estabelecimentos públicos ou livres que serão necessários».

40.2. A responsabilidade do Estado pela rede de escolas estatais e privadas

Como se vê, a Resolução afirma claramente que o Estado é responsável por uma rede nacional escolar que inclui expressamente escolas públicas, isto é, estatais, e livres, isto é, privadas, sendo o conjunto das escolas sempre orientado para satisfazer as escolhas livres dos pais dos alunos. O Estado estaria assim obrigado a reconhecer a liberdade de escolha da escola privada e a garantir essa escolha em paridade com a oferta de escolas estatais.

40.3. Independência do Estado: nem confessionalidade, nem laicismo

Sobre a posição do Estado, afirma a Resolução: «O Estado não poderá recomendar ou privilegiar as escolas confessionais em geral, ou as escolas de uma confissão determinada, nem tão pouco fazer prevalecer recomendações ou privilégios no interesse do ensino não-confessional».

É de sublinhar que, perante esta declaração, o Estado laico fica impedido de privilegiar as escolas laicas (não-confessionais). Nenhuma opção preferencial é legítima para o Estado. Donde resulta, inelutavelmente, que o Estado fica proibido de impor qualquer monopólio escolar, inclusive o monopólio da escola estatal laica.

40.4. Igualdade entre escolas estatais e privadas

«As escolas criadas pela iniciativa privada que preencham as condições materiais prescritas na lei para a concessão de diplomas são reconhecidas pelo Estado. Elas conferem os mesmos títulos que as escolas públicas».

Isto é, igualdade de estatuto docente entre escolas privadas e estatais — ou paralelismo pedagógico, como se costuma dizer.

40.5. *Igualdade de financiamento público*

«O direito à liberdade de ensino implica a obrigação para os Estados membros de tornar possível, inclusive no plano financeiro, o exercício prático deste direito, e de conceder às escolas [«criadas pela iniciativa privada»] as subvenções públicas necessárias ao exercício da sua missão e à realização das suas obrigações em condições iguais àquelas de que beneficiam os estabelecimentos públicos correspondentes, sem discriminação relativamente aos titulares das escolas, aos pais, aos alunos e ao pessoal; o que não impede que possa ser reclamada alguma contribuição pessoal nas escolas criadas pela iniciativa privada, que traduza a sua própria responsabilidade e tenda a fortalecer a sua independência».

Não é possível maior clareza acerca da não legitimidade de discriminação entre escolas privadas e estatais quanto ao financiamento do ensino. Face a esta Resolução, que está ainda em vigor, que aliás inclui uma norma especial com uma recomendação de aplicação expressamente dirigida a Portugal, poderemos legitimamente perguntar o que dizem os nossos governantes sobre a sua disponibilidade para seguir esta Resolução?

41. **A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**

Em contraste com esta Resolução do Parlamento Europeu, de 1984, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, bem mais recente, apresenta uma formulação verdadeiramente retrógrada, quanto às liberdades fundamentais de educação. Neste lugar, iremos apenas fazer uma apreciação crítica ao artigo 14.º, cuja rubrica é: «Direito à educação».

Começemos por ler o texto do artigo em questão. Diz assim.

(1) Todas as pessoas têm direito à educação, bem como ao acesso à formação profissional e contínua. (2) Este direito inclui a possibilidade de frequentar gratuitamente o ensino obrigatório. (3) São respeitados, segundo as legislações nacionais que regem o respectivo exercício, a liberdade de criação de estabelecimentos de ensino, no respeito pelos princípios democráticos, e o direito dos pais de assegurarem a educação e o ensino dos filhos de acordo com as suas convicções religiosas, filosóficas e pedagógicas.

A primeira crítica que logo se pode fazer a esta disposição é acerca do seu título ou rubrica. Com efeito, sendo o único artigo da Carta sobre a educação, e devendo por isso incluir *todos os direitos fundamentais de educação* — a Carta refere-se a todos os direitos fundamentais, e não apenas aos direitos sociais —, seria mais apropriado que a rubrica dissesse direitos «de» educação, em vez de direito «à» educação. Porque, na linguagem jurídica corrente, os direitos «de» são liberdades pessoais fundamentais,

ou direitos de liberdade, primaciais aos direitos sociais, tal como se usa na Constituição Portuguesa, nas disposições constitucionais sobre liberdades, por exemplo: «de» expressão e informação, art. 37.º; «de» imprensa e meios de comunicação social, art. 38.º; «de» consciência, «de» religião e «de» culto, art. 41.º; «de» criação cultural, art. 42.º; «de aprender e ensinar», art. 43.º; «de associação», art. 46.º; etc. Direito «à» educação é expressão própria para o direito social à educação.

Ainda que tão somente com alcance limitado (*rubrica legis non obligat*), a redacção da rubrica em apreço sugere, desde logo, que a Carta é, nesta matéria da educação, apenas uma Carta de direitos sociais. Mas pior é que a rubrica está substancialmente de acordo com o texto do artigo, que, como se verá, se limita a garantir o direito social à educação (não por acaso normalmente satisfeito pelos monopólios escolares dos Estados de tendência jacobina), rebaixando as liberdades de educação. Vejamos, ponto por ponto, o texto do artigo 14.º, acima transcrito.

Os dois primeiros números consagram muito claramente apenas direitos sociais à educação, nestes termos: «direito à educação, bem como ao acesso à formação profissional e contínua»; e ainda: «a possibilidade de frequentar gratuitamente o ensino obrigatório».

Pela sua parte, o n.º 3 diz assim: «a liberdade de criação de estabelecimentos de ensino», bem como «o direito dos pais assegurarem a educação e o ensino dos seus filhos de acordo com as suas convicções religiosas, filosóficas e pedagógicas», «são respeitados, segundo as legislações nacionais que regem o respectivo exercício». Ora esta enunciação é exactamente o contrário de uma garantia de liberdades de educação. O que a Carta devia afirmar é que os direitos fundamentais de liberdade de educação prevalecem por cima, e não por baixo, das legislações nacionais. Uma «Carta de Direitos Fundamentais» europeia que vem dizer que respeitará o que as legislações nacionais estabelecerem em matéria de exercício de liberdades fundamentais é uma sandice jurídica e constitucional, porque pretende desgraduar «direitos, liberdades e garantias» fundamentais, de valor universal, atirando-os para debaixo da alçada das leis positivas dos Estados nacionais.

Mas a Carta vai ainda mais longe, no trágico erro da sua orientação antiliberal nesta matéria, porque não só não garante (por cima das legislações nacionais) as liberdades fundamentais de educação (que antes mencionou), como além disso achou necessário submetê-las funcionalmente. Com efeito, o art. 14.º que estamos apreciando (além de dizer que as liberdades de educação *serão respeitadas segundo as legislações nacionais que regem o respectivo exercício* — isto é, além de dizer que não serão garantidas contra eventuais ofensas por parte dessas legislações), acrescenta ainda que *a liberdade de criação de estabelecimentos de ensino [será limitada] no respeito pelos princípios democráticos*.

Esta restrição indicia um subjacente viés doutrinário que é gravíssimo e inédito num instrumento supranacional de garantia de direitos humanos. Na verdade, é indesmentível que há várias concepções acerca dos *princípios democráticos*: e algumas dessas concepções já deram provas históricas de não respeitarem os «direitos, liberdades e garantias». Razão acrescida para afirmar inequivocamente que, de acordo com a concepção humanista e liberal-democrática já anteriormente afirmada como genética da democracia ocidental, concepção que se funda na dignidade da pessoa, *não são as liberdades fundamentais que devem ficar sujeitas aos princípios democráticos, mas, precisamente ao contrário: são os princípios democráticos que dependem do respeito e garantia das liberdades fundamentais. Por isso, é a liberdade de criar escolas privadas que legitima ou autentica a democracia, porque é o respeito pelos direitos fundamentais que legitima a democracia; não o contrário.*

Acresce ainda que, numa perspectiva de interpretação sistemática, o inciso da Carta da União Europeia — que submete a liberdade de escola privada aos *princípios democráticos* — assume implicitamente um alcance conotativo discriminatório que resulta intencionalmente inimigo da liberdade de escola privada. Porque a Carta não impõe a mesma exigência (*do respeito pelos princípios democráticos*) a nenhuma das outras liberdades que reconhece e garante. Por exemplo, e ao contrário da nossa Constituição, o Projecto de Carta não exige a democraticidade dos sindicatos nem dos partidos, quando consagra a liberdade de reunião e de associação, no art. 12.º. Ao impor a *democraticidade* apenas para a escola privada, implicitamente denuncia a sua desconfiança contra a respectiva liberdade, que por isso quer sujeitar a uma concepção *oficiosa de princípios democráticos* — com tudo o que isso pode comportar de ambiguidades políticas em matéria de ensino e educação, aliás bem conhecidas no debate ideológico sobre a escola privada, em Portugal e em outros países.

Sendo assim, como verdadeiramente é, pode dizer-se que a doutrina da Carta, neste ponto, não corresponde à doutrina das democracias ocidentais (nem à dos instrumentos da ONU); e respira a doutrina das democracias de leste: aqui, sim, é a *democracia* (isto é, o princípio da maioria de massas) que limita as liberdades individuais fundamentais. Já vimos, atrás, de acordo com a tipologia de Böckenförde, que a doutrina típica das democracias de leste determina as liberdades fundamentais precisamente em referência à *democracia* — por isso Böckenförde lhe chamou *doutrina funcional-democrática*. E também vimos como, nas democracias ocidentais (no «Estado constitucional»), são os direitos fundamentais que estão na base e determinam a democracia — não o contrário.

Comparando estas disposições da Carta da União Europeia com a já referida Resolução do Parlamento Europeu, de 1984, e ainda com as normas que estão desde há muito consagradas na Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, e nos dois Pactos Internacionais complementares, dos «direitos civis e políticos» e dos «direitos económicos sociais e culturais», verifica-se indubitavelmente um trágico

e malévolo retrocesso: o Projecto da Carta Europeia inverteu a relação entre os direitos de liberdade pessoais e os direitos sociais; e entre os direitos humanos fundamentais de educação e a democracia.

Grave é admitir, como parece legítimo, que esta opção, em matéria de direitos humanos, se integra num desígnio de «colonialismo jurisdicional» da União Europeia — segundo a expressão cunhada com imenso sucesso por uma professora de direito constitucional italiana, Marta Cartabia³⁰¹.

42. Comparação da Carta da União Europeia com os instrumentos da ONU

A Carta da União Europeia tem sido justificada como avanço europeu relativamente a instrumentos internacionais em vigor, que já vinculam os Estados da União Europeia, como os mencionados instrumentos da ONU — de outro modo, seria inútil. Mas a verdade é que, como vimos, essa justificação deve ser negada em matéria de liberdades de educação: a Carta Europeia não só não adianta nada, como, pior ainda, atrasa e muito.

O Pacto Internacional dos direitos civis e políticos afirma, no art. 18.º, n.º 1: «todas as pessoas têm direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de ter ou de adoptar uma religião ou uma convicção da sua escolha, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua convicção, individualmente ou em comum, tanto em público como em privado, pelo culto e a celebração de ritos, pelas práticas e pelo ensino». Note-se bem que a liberdade de ensino está aqui garantida em íntima conexão não apenas com a liberdade religiosa, mas amplamente com a liberdade de pensamento e de consciência.

Pela sua parte, o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais dedica o seu art. 13.º ao direito social à educação; porém, e ao contrário da

³⁰¹ Numerosos são os estudos em que se exprimem fundamentadas reservas acerca da Carta dos direitos fundamentais da União Europeia. Sejam porém quais forem as posições acerca do seu conteúdo, e dos efeitos perturbadores inclusive perante outros instrumentos supranacionais, sem dúvida que a sua eventual futura entrada em vigor poderá provocar importantes consequências na *ordem constitucional* dos Estados nacionais europeus, dadas as ambiguidades e incertezas da «primazia do direito comunitário», articuladamente com a evidente voracidade de *controlo constitucional* que o Tribunal Europeu, e até o Parlamento Europeu, claramente evidenciam — o Parlamento Europeu, revelando-se internamente frágil à influência de certos grupos e movimentos activistas, e na falta de competência na matéria, esfalfa-se a aprovar resoluções sobre o que entende por direitos humanos, e a condenar e lamentar os Estados membros, a Igreja Católica e *tutti quanti* que não estão de acordo com a sua *agenda de fracturas culturais*.

Carta da União Europeia, inclui nesse artigo dois parágrafos notáveis de reconhecimento e garantia das liberdades pessoais de educação.

Diz assim o n.º 3 do art. 13.º: «os Estados que são partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, se for o caso, dos tutores legais, de escolherem para os seus filhos, ou pupilos, escolas diferentes das escolas estatais, conformes às normas mínimas que podem ser estabelecidas ou aprovadas pelo Estado em matéria de educação, e [os Estados] comprometem-se ainda a garantir a educação religiosa e moral dos filhos de acordo com as suas [dos pais] convicções».

E diz o n.º 4 do mesmo artigo: «Nenhuma disposição do presente artigo [sobre o direito social à educação] pode ser interpretada como ofendendo a liberdade dos indivíduos e das pessoas morais de criar e de dirigir estabelecimentos de ensino, sob reserva de que os princípios enunciados no parágrafo 1 do presente artigo sejam observados e que a educação dada nesses estabelecimentos seja conforme às normas mínimas que podem ser prescritas pelo Estado». O que o n.º 1 faz é declarar os fins da educação, essencialmente: pleno desenvolvimento da personalidade humana, sentido da dignidade pessoal, respeito pelos direitos e liberdades fundamentais do homem.

A Carta da União Europeia ainda não entrou em vigor. Mas, se isso vier suceder, e apesar das homenagens a outros instrumentos de direitos fundamentais (por sinal, nunca menciona a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, e os seus dois Pactos Internacionais), o Tribunal Europeu fica senhor de seguir esta doutrina errada do art. 14.º, abstendo-se de garantir as liberdades de escola privada, sob pretexto de que, nessa matéria, prevalecem os regimes nacionais, ainda mesmo nos casos em que tais regimes nacionais realmente maltratam essas liberdades fundamentais. E vai aceitar limitações e controlos nacionais das liberdades fundamentais de escola privada em nome do conceito de *democracia*. O que, evidentemente, *não é colocar o ser humano no cerne da sua acção* — negando assim o princípio da Carta enunciado no Preâmbulo: «Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, coloca o ser humano no cerne da sua acção».

E – Interpretação do Estado de direito democrático português

À luz das contribuições que foram carreadas anteriormente, de doutrina, de jurisprudência constitucional e de legislação supranacional, que todas podem ser compreendidas na economia da doutrina do «Estado democrático», poderemos agora esboçar a interpretação do nosso *Estado de direito democrático e social*, consagrado no art. 2.º da Constituição Portuguesa.

43. Os resíduos ideológicos na interpretação da Constituição

Historicamente, a questão conflitual que se tem vindo a identificar, quanto ao ensino privado, não nasceu exactamente com o *moderno* conflito entre o liberalismo individualista e o socialismo colectivista, que na Europa se desenvolveu na segunda metade do século XIX e sobretudo marcou o século XX. Nasceu antes, ainda no *ancien régime*, quando o poder político absoluto se exasperou no *despotismo iluminado*. Os déspotas do *Iluminismo* quiseram monopolizar a escola como meio de dominação também cultural e espiritual, e por isso extinguiram as escolas ao tempo privadas, as das congregações religiosas. A criação de novas escolas, ou a transformação das antigas, sob orientação directa ou indirecta do poder político, passou a ser um desígnio de Estado, contra a sociedade civil e as igrejas.

Com o liberalismo individualista, que proclamou que todos os homens nascem com iguais e invioláveis direitos de liberdade, a oposição do poder político ao direito fundamental individual de liberdade de ensino não se extinguiu; e, pelo contrário, manteve-se e até se renovou, em especial pela contraposição das escolas do Estado às escolas privadas confessionais: contra o ensino confessional, o liberalismo utilizou o argumento da separação entre o Estado e a Igreja, o que pressupunha que o Estado não fornecia apenas condições de ensino (livre), mas qualificava o ensino que fornecia. Mas ainda mesmo contra as escolas privadas não das Igrejas, e apesar da manifesta contradição, o liberalismo individualista *inventou* um desvio doutrinal, que ficou historicamente conhecido como *jacobinismo*, para manter uma certa forma de absolutismo estatal. O jacobinismo foi, e ainda é, uma teorização repressora autoritária e antipluralista da sociedade civil, não apenas na área do ensino, contra a escola privada, mas ainda em geral na área social e cultural. Por via de um conceito de monopólio estatal da interpretação e do serviço do «interesse geral», excludente da legitimidade primacial dos interesses privados e das iniciativas dos grupos intermédios, significa uma redução efectiva dos interesses e liberdades individuais e representa uma oposição estatal à sociedade civil³⁰².

³⁰² Uma argumentação clássica do jacobinismo é a do relatório da célebre lei Le Chapelier, que proibiu as actividades sindicais em França, em 1791, precisamente porque (embora expressão de liberdades individuais) faziam frente ao centralismo e ao monopolismo do Estado, que pretendia um monopólio na definição de políticas públicas em nome do interesse geral. Argumentou-se assim, nesse texto: «sem dúvida que é permitido que os cidadãos se associem, mas não deve permitir-se aos cidadãos de certas profissões que se associem para os seus pretensos interesses comuns. Não há corporações no Estado, não há mais do que os interesses particulares de cada indivíduo e o interesse geral. Não é permitido a ninguém representar interesses intermédios e separar os indivíduos da coisa pública por meio do espírito de corporação» — *apud* Mário Pinto, *Direito do Trabalho*, p. 38.

O Estado de direito democrático e social superou globalmente a contradição entre o paradigma do liberalismo individualista (actualmente reeditado pelo neoliberalismo) e o do socialismo colectivista. Mas, no interior do legítimo debate político e ideológico que, nas novas situações do Estado de direito democrático e social, constitui como que uma interna circulação vital de liberdade, sobrevive ainda a velha resistência iluminista, depois jacobina, depois colectivista, contra a escola privada. Hoje, a «sobrevivência ideológica» desta multiforme resistência — que constantemente invoca ideologicamente o argumento do *público* ou do *social* alimentando um preconceito que, no fundo, é antiliberal-democrático — revela-se especialmente pela defesa dos *direitos sociais* numa relação de autonomia e até de contradição com os *direitos e deveres fundamentais de liberdade individual*. Uma certa ideia de oposição entre aqueles direitos sociais e estes direitos de liberdade individual subjaz a algumas posições doutrinárias, jurídicas e políticas³⁰³. Como escreveu Zagrebelsky, exemplificando com o positivismo jurídico mas valendo para outras resistências ideológicas: «a sobrevivência “ideológica” do positivismo jurídico é um exemplo da força da inércia das grandes concepções jurídicas que frequentemente continuam a operar como resíduos, até mesmo quando já perderam a sua razão de ser em consequência da mudança das condições que justificaram a sua origem»³⁰⁴.

Ora, precisamente a questão de uma teoria coerente dos direitos humanos, com primazia das liberdades individuais (que foi questão fulcral no século XX, na guerra entre as *democracias ocidentais* e as *democracias de leste*), está ainda no centro das mais avançadas reflexões que se têm vindo a desenvolver, sobretudo por mérito de filósofos juristas e de juristas filósofos, sobre o paradigma da *democracia liberal e social* do pós-guerra, de modo especial na Alemanha, por razões históricas aliás fáceis de compreender. É neste sentido que, como já dissemos, se fala de «Estado constitucional», ou mais simplesmente do chamado «constitucionalismo», onde cabem diversas contribuições convergentes no tema dos direitos humanos como base da Constituição democrática e do Estado, e — note-se — da consequente *transformação* do próprio direito (ou da lei).

³⁰³ Está sem dúvida aqui implícita a contradição que se afirma entre o direito social ao ensino, como «direito à escola pública», alheio, ou até contraposto, à liberdade individual de aprender e de ensinar em escola privada — adiante voltaremos a este tópico.

³⁰⁴ Zagrebelsky, *Il diritto mite*, p. 50.

44. A doutrina do «Estado constitucional»

Para a interpretação da ideia essencial do nosso Estado de direito democrático (art. 2.º da CRP), parece perfeitamente ajustada, em princípio, a teoria social dos direitos fundamentais.

A ideia, por assim dizer constituinte primordial, dos modernos «Estados constitucionais» – como já foi dito: ideia ou doutrina também por vezes referida mais simplesmente por «constitucionalismo»³⁰⁵ – é a colocação dos direitos fundamentais na base do sistema constitucional e jurídico geral, *tomando-os a sério*. A própria soberania, a própria institucionalização da Constituição democrática já é exercício de direitos fundamentais de liberdade e de participação: «direitos, liberdades e garantias». Como diz um eminente jurista espanhol, não por acaso no prefácio à tradução de um texto sobre os direitos fundamentais – do constitucionalista alemão de referência, Robert Alexy –, «*los sistemas jurídicos contemporáneos tienen todos su centro en los Derechos, como antes lo tuvieron en la ley...*»³⁰⁶.

Sem embargo da história de contradições e ambiguidades da Constituição de 1976, os direitos fundamentais constam logo de uma I Parte, imediatamente a seguir à enunciação de Princípios Fundamentais, a qual por sua vez começa pela afirmação da dignidade da pessoa humana (art. 1.º) e pela afirmação do Estado de direito democrático (art. 2.º) – isto é, ao fim e ao cabo (note-se bem), pela afirmação de direitos humanos e de um Estado de direitos fundamentais. Só depois da parte dedicada aos direitos fundamentais é que vêm a Parte II, dedicada à «organização económica», a Parte III, dedicada à «organização do Poder Político» e a Parte IV, dedicada à «garantia e revisão da Constituição»³⁰⁷.

³⁰⁵ Cfr., entre outros: Cristina Queiroz, “Constituição, constitucionalismo e democracia”; *id.*, *Direitos fundamentais, Teoria Geral*; Giorgio Bongiovanni, *Teorie «costituzionalistiche» del diritto. Morale, diritto e interpretazione* in R. Alexy e R. Dworkin; Gustavo Gozzi, *Democrazia e diritti*; Zagrebelsky, *Il diritto mite*.

³⁰⁶ Francisco Rubio Llorente, in *Prefácio* à edição espanhola do livro de Robert Alexy, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*.

³⁰⁷ Como já se disse, na Assembleia Constituinte o PCP defendeu, pela voz de Alda Nogueira, que «a Organização Económica precedesse os “Direitos e Liberdades Fundamentais”, dado que [alegou] o sistema económico condiciona e determina em grande parte o conteúdo e a efectividade dos direitos e liberdades fundamentais» [note-se: não apenas a efectividade, mas desde logo o próprio conteúdo] – cfr. *Diário da Assembleia Constituinte*, p. 273. E defendeu ainda que: «a divisão dos direitos fundamentais em dois grupos – um deles contendo os direitos, liberdades e garantias de carácter pessoal, cívico e político e o outro contendo os de carácter económico social e cultural – assenta numa concepção individualista e liberal dos direitos e liberdades fundamentais» – *ibidem*.

Por sua vez, a Parte I contém, por esta ordem de precedência, um título de princípios gerais, um segundo título de «direitos, liberdades e garantias» pessoais e de participação política, e um terceiro título com os *direitos sociais*: «direitos económicos, sociais e culturais». A Constituição estabelece um «regime dos direitos, liberdades e garantias» próprio dos direitos «enunciados no Título II», que (só) pode ser também aplicado «aos direitos fundamentais de natureza análoga». O art. 18.º afirma expressamente que «os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas» (n.º 1 do art. 18.º), o que quer dizer que não se torna necessária a mediação da lei ordinária (isto é, da maioria) para que a protecção dos direitos fundamentais possa ser invocada junto dos tribunais — embora a lei ordinária deva (segundo a melhor doutrina) densificar e concretizar garantias de protecção jurídica e procedimental.

A Constituição de 1976 sempre distinguiu, desde o início, os direitos fundamentais de liberdade individual («direitos, liberdades e garantias pessoais e de participação política») dos *direitos sociais*, só aos primeiros conferindo o privilégio e a garantia *fundamental e fundamentante* do art. 18.º. Porquê?

Por duas razões. Primeira: porque os direitos sociais necessitam de uma determinação do seu objecto, uma vez que a natureza material ou social deste objecto não é um dado jurídico. Segunda: porque a sua função é reforçar *facticamente* a garantia *jurídica* dos «direitos, liberdades e garantias», não possuindo, assim, nem autonomia subjectiva nem autonomia funcional. Estas são razões dogmáticas pelas quais os direitos sociais estão colocados na Constituição num lugar sistemático separado e *secundário*, relativamente aos «direitos, liberdades e garantias».

Esta sistematização da Constituição não tem apenas um valor técnico-jurídico formal; deve interpretar-se também como tributária da corrente «constitucionalística» desenvolvida ao longo das décadas posteriores à segunda guerra mundial, que distingue mas liga o conteúdo jurídico-subjectivo e o conteúdo jurídico-objectivo dos direitos fundamentais, e estabelece uma obrigação para o Estado de tutelar e executar, também *facticamente*, os *princípios* contidos nas *normas* dos próprios direitos fundamentais. Àquela sistematização corresponde assim uma dogmática que teoriza os «direitos liberdades e garantias» não apenas como direitos de liberdade contra o Estado (de acordo com a tradição liberal original), mas, além disso, como *princípios* que o Estado deve garantir e promover, sem dúvida com garantias jurídicas e procedimentais, mas além disso ainda com *prestações fácticas* (*direitos sociais*).

É neste entendimento que, no sistema das *democracias constitucionais ocidentais*, a melhor doutrina vê a ideia essencial do «Estado constitucional», segundo a qual os direitos sociais são *pretensões ou direitos subjectivos à dimensão fáctica* das liberdades individuais. E, neste sentido, *verdadeiros direitos fundamentais de liberdade*, porque destinados a *garantir* (garantia fáctica) a liberdade pessoal individual.

Portanto, não direitos de liberdade fundamentados numa concepção *meramente positivista* da liberdade individual, visto que (ao contrário das *democracias de leste*) o Estado social das democracias ocidentais não deixou cair a fundamentação *pré-estadual* da liberdade que vem da revolução liberal: como escreveu Böckenförde, «o conceito de liberdade que está na base desta organização da liberdade [no Estado liberal] é o conceito de liberdade natural pré-estadual, como autonomia e autarquia» inividual³⁰⁸. Mas, por outro lado, segundo uma concepção *não formalista* da liberdade — aqui sim, interrompendo a concepção liberal europeia laica continental, porque reivindicando condições fácticas para uma *efectiva* igualdade de oportunidades à liberdade para todos e cada um.

A virtual ambiguidade da questão da intervenção prestativa do Estado na dialéctica com a *liberdade liberal* dos indivíduos, pela satisfação de prestações correspondentes a direitos sociais, merece ser muito ponderada, e os melhores autores não fogem às dificuldades práticas e à questão dos irrecusáveis efeitos morais perversos que podem efectivamente verificar-se³⁰⁹. Porque o Estado, sob pretexto de servir, pode sujeitar; sob pretexto de dar, pode tirar; sob pretexto de libertar, pode dominar ou alienar. Sobre a função prestativa redistributiva, pode-se dizer que o Estado não dá nada de que não tenha que abastecer-se na sociedade civil, porque não possui nada por si mesmo — nem o próprio poder³¹⁰; e pode, ao redistribuir, perversamente mudar a natureza do que dá por comparação com a natureza do que recebeu — e, com a *natureza*, também o *sentido político*, como claramente pode suceder com o dinheiro dos impostos.

³⁰⁸ *Stato, Costituzione, Democrazia*, p. 192.

³⁰⁹ Como já vimos acima, designadamente com Habermas e Häberle.

³¹⁰ Não faltam interessantes teorias sociológicas que o evidenciam, e aqui, tratando-se de realidades sociais, a sociologia e a antropologia políticas são mais analíticas do que o direito e até a filosofia. A *teoria do poder da soma zero*, por exemplo, pode ilustrar bem a ideia que se pretende sublinhar, contra um frequente e alienante idealismo jurídico-político, de que o poder do Estado é tanto mais elevado quanto mais baixo é o poder de cada um dos cidadãos, e vice-versa, como na imagem de uma balança de dois pratos — que por sinal faz parte da clássica imagem da justiça.

45. Uma formulação constitucional paradigmática: o art. 58.º, sobre o direito ao trabalho

Já anteriormente ficou bem ilustrado o conflito dos direitos sociais com o Estado de direito democrático, isto é: o conflito que estes direitos sociais, quando entendidos numa perspectiva colectivista ou jacobina, estabelecem com os direitos de liberdade, reivindicando uma autonomia política ou até uma supremacia sobre as liberdades subjectivas individuais, que são assim ideologicamente desqualificadas em favor de bens colectivos iluministas³¹¹. Nós defendemos que, segundo a doutrina do «Estado constitucional», esse conflito não existe, porque, pela sua própria natureza funcional, os direitos sociais respeitam juridicamente e servem facticamente as liberdades individuais: nas suas específicas determinações, ou na sua global economia correspondente à afirmação da vida e da dignidade da pessoa humana e do direito de desenvolvimento da personalidade.

Tomemos um exemplo verdadeiramente paradigmático da enunciação correcta de um direito social, por sinal referente ao primeiro dos *direitos sociais* do elenco constitucional, o direito ao trabalho. Diz o art. 58.º que, «para assegurar o direito ao trabalho, incumbe ao Estado promover [...] a igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou género de trabalho e condições [...]».

Aqui temos. A «escolha da profissão» é um *direito de liberdade* textualmente reconhecido pela Constituição, no art. 47.º: «todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho...». Ora, relativamente a este *direito de liberdade individual* do art. 47.º, o *direito social* do art. 58.º vem garantir a sua efectividade, em termos de igualdade de oportunidades para todos. Não diz que vem garantir o *direito ao trabalho*; diz que vem garantir «a igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou género de trabalho».

Se o texto constitucional tivesse formulado o direito social ao ensino nos mesmos termos do art. 58.º, teríamos a seguinte redacção para o art. 74.º: *para assegurar o direito ao ensino, incumbe ao Estado promover [...] a igualdade de oportunidades na escolha da escola ou género de ensino*.

³¹¹ Outra é a questão dos efeitos perversos dos direitos sociais contra as liberdades ou contra a justiça, que a doutrina em geral reconhece mas os liberais radicais valorizam a ponto de considerarem os direitos sociais como contraditórios dos direitos fundamentais de liberdade individual.

46. Ainda um outro exemplo de paralelismo constitucional

Vejamos ainda um outro exemplo de paralelismo constitucional, agora sobre redes de serviços públicos: comparem-se as formulações sobre as redes de serviços públicos, para a garantia do direito à habitação e do direito à saúde, por um lado, e para o direito ao ensino, por outro.

Quanto à rede de habitações, diz a Constituição: «para assegurar o direito à habitação, incumbe ao Estado programar e executar uma política de habitação [...] que garanta a existência de uma rede adequada de transportes e de equipamento social». Isto é, uma rede aberta à iniciativa pública e à privada. Como aliás também se fez para o direito social à saúde, onde se afirma «um serviço nacional de saúde» sem falar de *uma rede de estabelecimentos públicos* — pelo contrário, a Constituição diz que, «para assegurar o direito à saúde, incumbe prioritariamente ao Estado [...] disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde [...]» (art. 64.º).

A verdade é que a habitação e a saúde não são vitalmente menos importantes do que o ensino; e, por outro lado, o ensino é ainda mais exigente de escolhas pessoais do que a habitação, e até do que a saúde. Por que é que então as formulações textuais em matéria de direito social ao ensino haveriam de ser menos abertas à iniciativa privada e às escolhas dos cidadãos? A resposta é óbvia: porque, em matéria de ensino, está sempre por detrás da *cortina constitucional* o histórico desígnio do Estado-educador, que não tem paralelo no *Estado-habitação* ou no *Estado-médico*. Esta diferença ficou claramente marcada no texto constitucional inicial de 1976, onde a iniciativa privada, em matéria de educação escolar, ficou classificada como iniciativa supletiva da iniciativa do Estado — logo, um monopólio colectivista de Estado. Sem paralelo com nenhum outro direito constitucional.

Eis a história de que ainda sofremos consequências: o texto primeiro da Constituição foi revisto, mas as opiniões políticas e ideológicas que lhe correspondiam não mudaram, e resistem quanto podem, à margem da revisão constitucional.

Porém, honestamente é necessário respeitar a liberdade de ensino pelo menos tanto como a liberdade de trabalho; e a liberdade de escolha da escola, pelo menos tanto como a liberdade de escolha da profissão. E as redes escolares não podem ser mais estatistas do que as redes de transportes e de saúde. Por que haveriam elas de garantir menos liberdade, se é indiscutível que se ligam ainda mais íntima e vitalmente ao núcleo essencial da dignidade humana, isto é, às liberdades de consciência, de pensamento, de opinião, de comunicação, de religião e de criação dos filhos? Enfim: porque haveria o Estado de praticamente limitar o apoio fático às

liberdades de escolha de educação, de ensino e de escola, num limiar inferior ao da garantia jurídica constitucional dessas liberdades?

Em conclusão. Considerados os direitos sociais como direitos fundamentais de liberdade fáctica dos cidadãos, tipicamente *adscritos* a (correspondentes) direitos fundamentais de liberdade jurídica (ou, *tout court*, à liberdade da dignidade da pessoa humana)³¹², o Estado não pode desviar do exercício subjectivo das liberdades individuais o sentido e a função das prestações devidas à satisfação dos direitos sociais. Aplicando esta doutrina à problemática da educação e do ensino escolar, que é o tema específico das nossas considerações, pode-se afirmar que o desvio das finalidades do serviço público escolar para favorecer opções políticas ou ideológicas educativas dos governos, na escola monopolista de Estado, no mínimo visando impedir ou contrariar outras legítimas escolhas dos cidadãos em diferentes sentidos nas escolas privadas – tal como vimos que defende Vital Moreira –, é uma posição que deve ter-se por anti«constitucionalista». O *Estado constitucional* não é um Estado-educador; e a nossa Constituição proíbe que o Estado programe a educação (n.º 2 do art. 43.º). É aliás por demais evidente que a única e essencial razão de ser desta expressa proibição constitucional foi – note-se bem –, precisamente, *impedir que o Estado programe qualquer substituição das escolhas educativas dos cidadãos em favor de uma sua própria escolha educativa, ainda que apenas alegadamente por via procedimental ou formal.*

³¹² Como já se viu, não é difícil verificar a correspondência entre vários direitos sociais, por exemplo, direito ao trabalho e direito ao ensino, com direitos de liberdade individual, como a liberdade de profissão e a liberdade de aprender e de ensinar. Mas ainda mesmo quando pareça mais difícil a identificação das liberdades individuais, nesta correspondência, permanece claro que é sempre em referência à *liberdade fundamental da dignidade pessoa* que se justifica a garantia fáctica das prestações dos direitos sociais. A ideia é antiga, e já estava classicamente no fundamento do direito de propriedade privada, como garantia fáctica da liberdade individual.

CAPÍTULO V

A divergência, na doutrina constitucional portuguesa, quanto ao direito social ao ensino

47. Os termos da divergência

Como foi advertido no início do anterior capítulo IV, sobre a interpretação dos direitos fundamentais, o que se pretende é ajudar o leitor numa apreciação das divergências que se verificam na doutrina portuguesa, quanto aos direitos fundamentais de educação e ensino escolar, e mais precisamente acerca da questão de saber se o Estado é ou não obrigado a apoiar financeiramente os alunos e as escolas do ensino privado — legalmente, já vimos que é, mas trata-se de saber se este regime legal está ou não constitucionalmente vinculado.

E em que termos se levanta a divergência? Pensamos que mais facilmente se poderá compreender se a desdobrarmos em duas questões: uma, relativa à interpretação do art. 43.º, e outra, acerca do art. 74.º da Constituição.

47.1. A interpretação do art. 43.º da Constituição

Em primeiro lugar, a questão de princípio consiste em saber se, à luz do que foi brevemente exposto sobre as teorias dos direitos fundamentais, da doutrina do «constitucionalismo» e do princípio do Estado social, deve entender-se, ou não, que a *garantia constitucional* das liberdades de aprender e de ensinar, bem como da específica liberdade de escola privada (art. 43.º da CRP), inclui, além das garantias jurídicas e técnico-procedimentais, também uma *obrigação de princípio*, para o Estado, de garantir subsidiariamente a sua efectividade *na ordem prática*, ainda que a determinação legislativa concreta das correspondentes prestações esteja sujeita à reserva jurídica de lei e à reserva político-económica do possível e do razoável.

47.2. A interpretação do art. 74.º da Constituição

A questão anterior projecta-se numa outra, agora relativa à interpretação do art. 74.º da Constituição: considerando que, ao contrário do que sucede na Constituição alemã, esta disposição da Constituição portuguesa consagra, expressamente para «todos», o *direito social ao ensino* — aliás enfaticamente «com garantia do direito à igualdade de oportunidades [para todos] de acesso e êxito escolar» —, trata-se de saber se este direito social é, ou não, *autónimo*. Isto é: se está *funcionalmente* desligado

relativamente aos direitos de liberdade de ensino do art. 43.º — apenas dependente da lei ordinária na sua *determinação concreta* —, ou se, pelo contrário, deve considerar-se como a *garantia fáctica* das liberdades individuais pedida pelo princípio das liberdades do art. 43.º, tal como acabamos de ver como questão primeira no parágrafo anterior destas nossas considerações.

Dito de outro modo, mais directo: deve ou não interpretar-se que o *direito social ao ensino* consagrado no art. 74.º da Constituição cria para o Estado uma obrigação de determinar por via legislativa, sob a reserva do possível, as prestações correspondentes à pretensão jurídica ou ao direito subjectivo social ao ensino, mas em correspondência às liberdades fundamentais de ensino do art. 43.º, as quais pedem não apenas uma garantia jurídica formal, mas ainda *em princípio* uma garantia de facticidade? Portanto, sem discriminar o ensino privado no financiamento público do ensino?

Como já vimos, o debate constituinte deixou bem claro que sim: que o art. 74.º é o complemento do art. 43.º. Ao argumento levantado em sessão da Assembleia Constituinte de que era necessário que a liberdade de aprender e de ensinar (do art. 43.º) «pudesse vir acompanhada e assegurada da designação dos meios materiais para se poder aprender livremente» (Deputado Francisco Miguel, PCP), foi respondido afirmativamente, mas que, «simplesmente pela sistematização adoptada, [essas garantias fácticas] terão de vir no título seguinte, e não neste [título dos direitos, liberdade e garantias]» (Deputado Romero de Magalhães, PS)³¹³. O que foi aceite e confirmado: «mais uma vez, coerentemente, [o PS] defendeu que este capítulo das liberdades não deve misturar-se com direitos [sociais], pela simples razão [de] que não se devem misturar coisas de qualidade estrutural diferente» (Deputado Vital Moreira, PCP)³¹⁴.

Mas, na doutrina portuguesa, levanta-se divergência quanto à aplicação desta interpretação em favor da liberdade de ensino privado, que foi expressamente incluída no elenco das liberdades de ensino do art. 43.º, na revisão constitucional de 1982: Gomes Canotilho e Vital Moreira respondem não. Jorge Miranda e Rui Medeiros respondem sim. Apreciemos, seguidamente, as respectivas posições.

³¹³ *Diário da Assembleia Constituinte*, pp. 1154 ss.

³¹⁴ *Diário da Assembleia Constituinte*, p. 1158.

A – A posição de Gomes Canotilho e Vital Moreira

48. Uma interpretação liberal para a liberdade de ensino privado

No seu comentário ao n.º 4 do art. 43.º da Constituição – disposição que reconhece e garante a liberdade de escola privada – Gomes Canotilho e Vital Moreira afirmam: «seguro é, por outro lado, que o direito de criação de escolas particulares ou cooperativas não engloba um direito ao apoio estadual...»³¹⁵. Em termos assim peremptórios, este comentário revela-se objectivamente tributário de uma interpretação do direito fundamental de ensino privado à luz da *teoria liberal dos direitos fundamentais, característica do Estado de direito burguês*, atrás exposta.

Com efeito, segundo esta teoria – nas palavras de Böckenförde – «nenhuma obrigação de garantia [de efectividade prática] pesa sobre o Estado no que respeita à realização das liberdades fundamentais. A realização efectiva da liberdade juridicamente garantida é abandonada à iniciativa individual e social»³¹⁶. Observa ainda este mesmo Autor: «...o problema fundamental e o pressuposto social da teoria liberal dos direitos fundamentais tornam-se perfeitamente claros, a saber: a sua cegueira relativamente às condições sociais de realização da liberdade reconhecida pelos direitos fundamentais»³¹⁷.

Sem qualquer dúvida – é bem sabido – Gomes Canotilho e Vital Moreira não professam, em geral, uma visão liberal para a interpretação da Constituição. Porém, aplicam-na impiedosamente ao direito fundamental de ensino privado. Nesta tão importante liberdade fundamental como é a liberdade de educação e ensino, Gomes Canotilho e Vital Moreira afastam, sem hesitação e sem quaisquer referências, a doutrina que, na Alemanha, afirma em princípio estar radicada, na própria garantia geral dos direitos fundamentais de liberdade, a garantia específica da sua *facticidade*; isto é, a garantia de *correspondentes* direitos sociais, ainda que sujeitos à necessidade de uma determinação legislativa ordinária; e que, aplicada à liberdade de escola privada, faz nascer para o Estado a obrigação de apoio ao ensino privado.

É aliás muito significativo que, como já vimos atrás, quando pretende dar um exemplo de interpretação liberal dos direitos fundamentais, Böckenförde

³¹⁵ Constituição da República Portuguesa anotada, p. 628.

³¹⁶ Grundrechtstheorie, p. 1531.

³¹⁷ *Ibidem*.

recorra precisamente ao exemplo da liberdade de ensino privado, dizendo assim: segundo a teoria liberal, «a garantia do ensino privado do art. 7.º, n.º 4 da [Constituição alemã] não comportaria qualquer obrigação de financiamento das escolas privadas»³¹⁸. E que, quando pretende ilustrar a teoria social, escreva: «a liberdade de ensino privado do art. 7.º, n.º 4, da Lei fundamental impõe ao Estado uma ampla obrigação de subvencionar [eine weitgehende staatliche Subventionspflicht] as escolas privadas»³¹⁹.

Na verdade, e por contraposição aos *serviços sociais públicos* no Estado liberal, que estão *completamente* dependentes da vontade do legislador ordinário, a ideia essencial do Estado social seria conceber os *serviços sociais públicos* como a satisfação de direitos (subjectivos) sociais dos cidadãos. Portanto, não como determinação inteiramente autónoma das leis, mas sim como desenvolvimento determinativo, na lei ordinária, de uma raiz principiológica constitucional de direitos sociais para os cidadãos e de obrigações para o Estado. A qual raiz principiológica constitucional tem o sentido essencial de garantir a efectividade dos «direitos, liberdades e garantias», pedra de toque do chamado Estado social. Assim, a raiz e a função constitucional do *direito social ao ensino* (no Estado de direito democrático e social) é servir as *liberdades de ensino*, entre as quais está a liberdade de escola privada.

Como bem resume Luigi Mengoni (recordemo-lo): «Na primeira fase da sua história, os direitos sociais não foram garantidos por uma fonte normativa superior à lei ordinária. Então, foi seu carácter específico a total dependência da legislação; hoje, porém, ainda que mantendo uma formal discricionariedade quanto ao *quid*, o *quantum* e o *quomodo*, a legislação sobre os direitos sociais está [constitucionalmente] vinculada, desde o momento em que os direitos sociais se tornaram um traço qualificante do Estado moderno avançado»³²⁰.

Em suma, e recapitulando, Gomes Canotilho e Vital Moreira, à maneira liberal, abandonam a liberdade de ensino escolar privado à exclusiva *possibilidade prática* dos seus titulares: o Estado não tem que apoiar essa liberdade facticamente — quando, de acordo com a *teoria social*, em princípio a interpretação defende precisamente o contrário.

³¹⁸ *Ibidem*.

³¹⁹ *Grundrechtstheorie*, p. 1536.

³²⁰ Luigi Mengoni, *I diritti sociali*, pp. 2-3.

49. Uma interpretação institucional da liberdade de ensino

Porém, na sua interpretação desfavorável à liberdade constitucional de ensino privado, Gomes Canotilho e Vital Moreira vão ainda mais longe do que a mera teoria liberal iria. E porquê? Porque constroem, concorrencialmente à *liberdade liberal* de ensino privado, *uma outra liberdade constitucional institucionalizada*, só ela facticamente apoiada, a *liberdade de ensino em escola pública*. Na formulação de Vital Moreira, que tem insistido na defesa desta sua opinião, «o ensino privado constitui seguramente uma liberdade de todos os que queiram e possam frequentá-lo, mas a escola pública constitui um direito de todos e uma obrigação do Estado»³²¹.

No comentário ao art. 74.º, sobre o direito social ao ensino, Gomes Canotilho e Vital Moreira afirmam que «o direito ao ensino [...] tem como contrapartida uma obrigação estadual de criação de escolas e de organização e garantia de funcionamento de um *serviço público* de ensino, ou de diversos serviços públicos de ensino»³²². E definem esse serviço público afirmando: «Como é bom de ver, todas as incumbências do Estado para garantir o direito ao ensino dizem respeito ao **serviço público de ensino**, e portanto à **escola pública** (cfr. art. 75.º-2), pois só a si mesmo é que o Estado pode impor as obrigações em causa, como, por exemplo, a obrigatoriedade e gratuidade do ensino básico, a obrigação de aceitação dos alunos, a garantia de acesso aos graus de ensino, a inserção das escolas nas comunidades, o acesso dos deficientes, etc. Seguramente que o Estado não tem o monopólio do ensino (art. 75.º-2) e pode estender algumas dessas obrigações públicas às escolas particulares, com a sua anuência, a troco do apoio de que estas careçam para o efeito. Mas isso [acrescentam] só a título de *livre opção legislativa* e nunca de obrigação do Estado»³²³.

Como é bom de ver, esta argumentação não convence. Pede comprovação afirmar que «... todas as incumbências do Estado para garantir o direito ao ensino dizem respeito ao **serviço público de ensino** e portanto à **escola pública ...**». Dizer que «só a si mesmo é que o Estado pode impor as obrigações em causa» não implica

³²¹ “O direito à escola pública”, *Público*, 06-11-2007. Noutro lugar, afirmou Vital Moreira: «Não tem nenhum fundamento a peregrina tese segundo a qual o Estado deve garantir um suposto direito ao ensino privado, suportando financeiramente as escolas privadas ou os candidatos a frequentá-las. Tal como sucede com outros direitos sociais gratuitos, como por exemplo a saúde, o Estado só tem obrigação de assegurar e sustentar o sistema público para toda a gente, mas não a de assegurar e sustentar cuidados de saúde ou sistemas de segurança social ou escolas do sector privado» – “A singularidade da escola pública”, *Público*, 14.07.2005.

³²² *Constituição*, p. 896.

³²³ *Constituição*, p. 901.

que o cumprimento dessas obrigações resulte em obrigações para as escolas privadas; pode até o cumprimento dessas obrigações pelo Estado criar direitos para as escolas privadas. Depois, os exemplos que são dados não provam. Vejamos. O exemplo da «obrigatoriedade e gratuidade do ensino básico» não impede as escolas privadas de ministrar o correspondente serviço público escolar, como a lei da gratuidade do ensino obrigatório estabelece inequivocamente e como aliás já sucede, embora com reticências práticas. O exemplo da «obrigação de aceitação dos alunos» também não se opõe à integração das escolas privadas no sistema educativo público, porque essa obrigação é de princípio nas escolas neutras do Estado, mas não o pode ser nas escolas de projecto educativo: um aluno que não aceita o projecto educativo de uma escola privada não pode exigir ser admitido nela e exigir que a escola mude esse projecto — e isto serve as liberdades, não é discriminatório, e não se pode excluir das regras do sistema educativo geral sem com isso excluir a liberdade de escolha da escola e do projecto educativo. Quanto aos exemplos da «garantia de acesso aos graus de ensino», nem se compreende a dificuldade. O exemplo da «inserção das escolas nas comunidades» é tão frouxo que basta verificar que, na prática, ele não traz consequências nem mesmo nas escolas públicas; e não é raro que sejam as escolas privadas a estabelecer mais e melhores relações com a comunidade e a vida empresarial. Enfim, o argumento do «acesso dos deficientes» é surpreendente, porque as escolas privadas não excluem alunos deficientes que possam ter um ensino normal, e de resto são estabelecimentos privados que, na prática, maior cobertura dão ao ensino especial.

Esta argumentação, além de descuidada, denota uma pré-compreensão autoritária do serviço público escolar, em que todas as escolas têm necessidade de obedecer a uma imposição pública-administrativa e a uma uniformidade de actuação estadual incompatível com a autonomia privada. Um tal serviço pode servir um projecto de Estado-educador, mas não serve as liberdades de educação plurais. Quanto à garantia de uma cobertura nacional da população escolar, ela recai, sem dúvida, como responsabilidade sobre a rede de escolas do Estado. Mas isso não significa que a rede privada não seja igualmente acessível aos que a prefiram, como integrada no serviço nacional escolar e portanto com apoio do Estado — como aliás está na lei em vigor —; e que as escolas privadas não possam oferecer um ensino em termos de projecto educativo diferente do projecto das escolas estatais — ponto é que os apoios estaduais sejam mais dirigidos aos alunos (ao direito de aprender e respectiva liberdade de escolha) do que às escolas (ao direito de ensinar).

Resulta que Gomes Canotilho e Vital Moreira defendem dois estatutos constitucionais diferentes, para as liberdades de aprender e de ensinar constitucionalmente garantidas no art. 43.º, segundo se exercitam em escola pública (escola estatal) ou em escola privada. Na primeira hipótese, a liberdade é apoiada facticamente pelo

Estado; na segunda hipótese, não é. Ora a verdade é que tal distinção discriminatória não tem base, nem constitucional nem legal. A Constituição em lugar algum consagra um *sistema estatal* de ensino escolar; e muito menos num sentido institucional exclusivo da responsabilidade do Estado. Percorrendo inteiramente os artigos 73.º e 74.º, respeitantes aos direitos sociais à educação e ao ensino, não é possível encontrar aí uma tal consagração; e, muito pelo contrário, a linguagem é sempre genérica e abrangente — por exemplo, quando simplesmente incumbe o Estado de «assegurar o ensino básico universal, obrigatório e gratuito» (al. a) do n.º 2)³²⁴, e não de criar um *sistema público-estatal*. A Lei de Bases do Sistema Educativo, em correspondência aos imperativos constitucionais, não corresponde em nada à concepção estatista de Gomes Canotilho e Vital Moreira, e caracteriza assim: «o sistema educativo desenvolve-se segundo um conjunto organizado de estruturas e de acções diversificadas, por iniciativa e sob a responsabilidade de diferentes instituições e entidades públicas, particulares e cooperativas» (n.º 3 do art. 1.º da Lei n.º 46/86).

Muito curiosamente, a Constituição só fala de *sistema público escolar* para a «educação pré-escolar»; mas, aí, a criação de um *sistema público* aparece expressamente no âmbito da responsabilidade de «desenvolver o sistema geral» (al. b) do n.º 2 do art. 74.º da CRP). Portanto, apenas como um *sub-sistema estatal*, se se quiser, no âmbito do *sistema geral*, englobante da iniciativa privada, que a Constituição manda ao Estado que deve apoiar³²⁵. Para esta manifestação da liberdade de educação e ensino em estabelecimento, Gomes Canotilho e Vital Moreira não encontram nenhum obstáculo ao apoio do Estado à educação privada: «a obrigação constitucional de criação de um **sistema público de educação pré-escolar** e de **desenvolvimento de um sistema geral** consiste na institucionalização e manutenção de uma rede pública de estabelecimentos próprios (jardins de infância), tal como são legalmente designados) e de promover o «desenvolvimento de um «sistema geral», com a contribuição de estabelecimentos do sector privado e de «sector social», capaz de responder a todas as necessidades sociais»³²⁶. É inevitável uma pergunta: porque é que análoga solução não poderá valer em geral para o ensino escolar?

³²⁴ Esta é a fórmula também usada na al. i): «assegurar aos filhos dos emigrantes o ensino da língua portuguesa e o acesso à cultura portuguesa». Claro que não se pode concluir daqui que o Estado só pode criar um «sistema público de ensino».

³²⁵ A Lei de Bases do Sistema Educativo define a educação pré-escolar assim... «a educação pré-escolar, no seu aspecto formativo, é complementar e ou supletiva da acção educativa da família, com a qual estabelece estreita cooperação» (n.º 2 do art. 4.º). E diz, mais adiante, que «o Estado deve apoiar as instituições de educação pré-escolar integradas na rede pública, subvencionando, pelo menos uma parte dos seus custos de funcionamento» (n.º 6 do art. 5.º).

³²⁶ *Constituição*, p. 898.

50. Uma interpretação democrática-funcional para o «ensino público»

Acresce que, na medida em que a *instituição do ensino público* é justificada com o argumento da *democracia*, as liberdades individuais fundamentais de ensino e de escola resultam então reinterpretadas de acordo com a *teoria funcional-democrática*, típica das «*democracias de leste*». Aponta especialmente neste sentido a argumentação de Vital Moreira sobre o *valor da instituição do ensino público (escola pública)* para a democracia, em detrimento do ensino privado (escola privada): «o direito ao ensino foi portanto concebido como direito à escola pública e não como direito a qualquer ensino e a qualquer escola. Só a escola pública, socialmente aberta e plural, bem como neutral sob o ponto de vista ideológico e confessional, é que poderia constituir a plataforma adequada para as referidas *funções cívicas* [itálico nosso] de socialização política, de coesão social e de unidade nacional, num quadro de pluralismo político e religioso»³²⁷.

Assim portanto reservando à escola estatal a capacidade de exercer certas *funções cívicas*, a interpretação de Gomes Canotilho e Vital Moreira para a liberdade de ensino (exclusivamente digna de apoio social) apresenta-se como influenciada pela teoria funcional-democrática, ou por uma combinação da teoria institucional com a teoria funcional-democrática: *valorizando funcional-democraticamente* a escola pública e *abandonando liberalmente* a escola privada. E isto — note-se bem — claramente em divergência *cirúrgica* com a orientação *social* que os referidos Autores reconhecida e competentemente professam em geral para a interpretação constitucional dos direitos fundamentais.

51. O «serviço público de ensino»: a questão do serviço público na escola pública

51.1. Uma distinção conceitual que se torna indistinção

Importância fulcral na teoria institucional e funcional-democrática de Gomes Canotilho e Vital Moreira acerca da liberdade de ensino tem, como vimos, um conceito de «serviço público de ensino» igual a «escola pública». Recordem-se os

³²⁷ V. «A singularidade da escola pública», *Público*, 14-07-2005.

dizeres. «O direito ao ensino significa constitucionalmente o direito à escola [com] natureza de direito positivo, de “direito social” propriamente dito, e tem como contrapartida uma obrigação estadual de criação de escolas e de organização e garantia de funcionamento de um *serviço público* de ensino, ou de diversos serviços públicos de ensino»³²⁸. E definindo esse serviço público: «Como é bom de ver, todas as incumbências do Estado para garantir o direito ao ensino dizem respeito ao **serviço público de ensino**, e portanto à **escola pública...**»³²⁹.

Os ilustres Autores constroem, assim, um conceito *sui generis* de «serviço público de ensino», identificado com a «escola pública» como serviço com caráter público-administrativo, de natureza diferente e incompatível com a escola privada; serviço público que é monopólio de Estado e esgota *todas as funções de Estado*: «todas as incumbências do Estado para garantir o direito ao ensino dizem respeito ao *serviço público de ensino*, e portanto à *escola pública*». Esta dualidade surge ainda mais claramente teorizada no comentário ao art. 75.º da Constituição. Vejamos.

51.2. A alegada dualidade de sistemas de ensino, no art. 75.º da CRP

O texto do n.º 1 do art. 75.º é: «o Estado criará uma rede de estabelecimentos públicos de ensino que cubra as necessidades de toda a população». E o do n.º 2 é: «o Estado reconhece e fiscaliza o ensino privado e cooperativo, nos termos da lei». Como se pode facilmente notar, a Constituição diz *rede pública*, e não diz *sistema público*. Mas Gomes Canotilho e Vital Moreira fundamentam aqui uma tese dualista de sistemas de ensino: «Neste preceito [escrevem] a Constituição considera dois **sistemas do ensino**³³⁰: público, de um lado, particular e cooperativo, do outro, com distinção adicional entre os dois subsistemas privados».

Num primeiro momento, reconhecem que a distinção que notam se baseia na titularidade das escolas: «o critério de distinção consiste na diferente titularidade dos estabelecimentos de ensino, conforme se trate de entidades públicas ou de entidades privadas...»³³¹. Mas a breve trecho deslizam para uma conceitualização que permanece essencialmente a mesma que defenderam na vigência do texto

³²⁸ Constituição, p. 896.

³²⁹ *Idem*, p. 901.

³³⁰ Em negrito, no original.

³³¹ *Idem*, p. 903.

constitucional anterior à revisão constitucional de 1982³³². Operando um salto do conceito de «rede de estabelecimentos públicos de ensino», do art. 75.º, para um conceito de «sistema público de ensino» como «tarefa pública», ao mesmo tempo de natureza educativa-pedagógica e com carácter de exclusivo público-administrativo, que esgota todas as incumbências do Estado: «como é bom de ver, todas as incumbências do Estado para garantir o direito ao ensino dizem respeito ao **serviço público de ensino**, e portanto à **escola pública...**»; «o ensino particular e o cooperativo são livres; mas, hão-de ser, constitucionalmente, uma solução *alternativa ou paralela* [itálico no original] da solução propiciada pelo ensino público, carecendo de fundamento constitucional o recorte de um dever jurídico do Estado garantir um hipotético princípio de equiparação entre o ensino público e o ensino privado»³³³.

51.3. O «sistema educativo» da Lei de Bases do Sistema Educativo (LBSE)

Que dizer? Desde logo e obviamente, uma rede escolar (do n.º 1 do art. 75.º) está a cargo do Estado, e deve poder satisfazer a procura de toda a população que a prefira. Mas a frequência da escola estatal não é obrigatória, mesmo durante a escolaridade obrigatória (nunca ninguém se atreveu a afirmar tal obrigatoriedade, na vigência da Constituição revista em 1982), pelo que fica inevitável o reconhecimento de que este serviço da escolaridade obrigatória pode ser prestado (equiparado) na escola privada³³⁴. Consequentemente, a escola pública não pode ter constitucionalmente conferido o exclusivo do *serviço público escolar* – serviço que deve fundamentar-se (como prestação ao direito social ao ensino) no art. 74.º, e não no art. 75.º. Sucede, até, que, como já vimos – com a invocação expressa do princípio constitucional da não discriminação –, o serviço público escolar já está por lei ordinária atribuído também às escolas privadas que se integram no *sistema educativo nacional*, o que, por sinal, é inteiramente ignorado por Gomes Canotilho e Vital Moreira. Como já vimos, o DL n.º 108/88 atribui às escolas privadas uma igualdade com as escolas públicas para os efeitos de integração na rede escolar nacional: «as escolas particulares

³³² E que já foi anteriormente referida.

³³³ *Idem*, p. 904.

³³⁴ É irónico verificar que o Estado Novo autoritário foi mais liberal, nesta matéria, do que a Constituição de 1976 e do que esta interpretação estatista do ensino: a Constituição de 1933 impôs ao Estado a obrigação de manter escolas *oficiais*, mas declarava expressamente que o ensino obrigatório podia fazer-se «no lar doméstico, nas escolas particulares ou em escolas oficiais» (art. 43.º); e que «a educação e instrução são obrigatórias e pertencem à família e aos estabelecimentos oficiais ou particulares em cooperação com ela» (art. 42.º).

e cooperativas passam a fazer parte integrante da rede escolar, para efeitos do ordenamento desta» (art. 1.º).

Mas porque haveremos de ignorar totalmente as leis em vigor? Não é verdade que, em matéria de direitos sociais constitucionais, são as leis ordinárias que operam a sua determinação? Vejamos, então, qual é o *sistema educativo* que o Estado Português determinou, em cumprimento da Constituição.

Se quisermos saber se existe, e qual é, o sistema educativo nacional publicamente estabelecido pelo Estado, em cumprimento da Constituição, então a fonte própria autorizada é naturalmente a Lei de Bases do Sistema Educativo, a que a própria Constituição deu tanta importância que a incluiu na «reserva absoluta de competência legislativa» da Assembleia da República (CRP, al. i) do art. 164.º). O regime em vigor consta da Lei n.º 46/86, regime que aliás tem sido objecto de larguíssimo consenso nacional ao longo de vai quase para um quarto de século (excepto, claro está, quanto à sua má execução, pela manutenção do monopólio estatal repetidamente denunciado pelo ensino privado).

Ora, esta lei abre com os seguintes dizeres: «a presente lei estabelece o quadro geral do sistema educativo» (n.º 1 do art. 1.º). E logo define a sua função e a sua estrutura. Quanto à função, assim: «o sistema educativo é o conjunto de meios pelo qual se concretiza o direito à educação [note-se bem a relação com o direito social à educação], que se exprime pela garantia de uma permanente acção formativa orientada para favorecer o desenvolvimento global da personalidade, o progresso social e a democratização da sociedade» (n.º 2 do art. 1.º). E quanto à estrutura, assim: «o sistema educativo desenvolve-se segundo um conjunto organizado de estruturas e de acções diversificadas, por iniciativa e sob responsabilidade de diferentes instituições e entidades públicas, particulares e cooperativas» (n.º 3 do art. 1.º). Nos artigos seguintes, a LBSE enuncia, de modo claro, os «princípios gerais» (art. 2.º) e os «princípios organizativos» do sistema educativo» nacional (art. 3.º). E integra no sistema, de forma claríssima embora respeitando a sua especificidade, o «ensino particular e cooperativo» (art. 54.º e ss.).

Aqui temos: um sistema educativo muito diversificado, aberto às prestações da sociedade civil e das entidades públicas, que é todo ele objecto de uma política de *coordenação* a cargo do Estado: «a coordenação da política relativa ao sistema educativo, independentemente das instituições que o compõem, incumbe a um ministério especialmente vocacionado para o efeito» (n.º 5 do art. 1.º). Nenhum vestígio daquele «serviço público de ensino» exclusiva «tarefa pública» em que «todas as incumbências do Estado para garantir o direito ao ensino dizem respeito ao **serviço público de ensino**, e portanto à **escola pública...**».

51.4. *Distinção entre sistema educativo e efectivo exercício educativo*

De modo particular, é necessário insistir em que não há que fazer confusão entre o que é a *disciplina pública do ensino público escolar*, e especialmente do correspondente à *escolaridade obrigatória* (que deve ser minimalista, por se tratar de regulação de actividades que são exercício de liberdades fundamentais), e a respectiva prestação do ensino em escola, estatal ou privada. A disciplina jurídica de um sistema educativo nacional, e em especial da escolaridade obrigatória, é de ordem pública, e portanto exclusivamente da competência do Estado. Mas uma coisa é a disciplina jurídica da educação, enquanto exercício de liberdades fundamentais pessoais (de que o Estado não é titular); outra coisa é a efectiva prestação da escolaridade obrigatória, enquanto formação educativa verdadeira e própria em cumprimento da respectiva legislação — que constitui uma diferente actividade, especificamente individual-pessoal ainda que integrada em organização, comprometendo todas as essenciais dimensões educativas que são irredutivelmente da ordem da autonomia pessoal e da dignidade humana, em que o Estado é alheio. Esta actividade (exercício de liberdades individuais fundamentais) pode indiferentemente ser executada em escolas do Estado ou dos particulares; mas quando em escolas do Estado, não devem ser executadas por *oficiais públicos*, mas sim por professores autónomos enquanto tais. Por esta razão é que, ainda quando se trata da escola estatal, se reivindica «a autonomia na escola» e a autonomia da escola, pedagógica e organizativa, perante as autoridades do Estado e da Administração Pública, como entre nós foi exposto por Hans-Peter Füssel, ilustre professor alemão de direito da educação³³⁵.

Depois de uma referência à questão mais geral da Administração Pública, este Autor afirma o que é aliás evidente: «em muitos países a administração das escolas não é diferente da de outros sectores da administração. [Mas] podemos declarar que isto está errado [...] Educar uma criança é um processo interpessoal [...] Deste modo, a educação não pode ser planeada como outros sectores da administração [...] a intervenção das escolas deve ser pensada segundo um princípio de intervenção subsidiária [...] temos que perguntar até que ponto deve uma escola ser livre de organizar o seu projecto de educação [...] o novo modelo é o do *curriculum* geral (*frame-curriculum*): o Ministério limita-se a estabelecer um modelo geral [...] que diz mais respeito aos objectivos da educação ou instrução, do que aos conteúdos concretos de cada disciplina. Portanto, pertence a cada escola o poder de preencher estes aspectos gerais e decidir do modo concreto como cumprir esses objectivos,

³³⁵ Hans-Peter Füssel, “A autonomia das escolas numa perspectiva institucional”, *Educação e Direito*, n.º 1, 1999, pp. 73 ss.

bem como a escolha dos métodos para alcançar esses objectivos estabelecidos pelo Ministério da Educação. [...] Ao definirem os seus próprios objectivos e projectos educativos, as escolas tornam-se diferentes. Este aspecto coloca novos problemas em áreas muito variadas, inclusivamente no domínio do pessoal: uma escola com um projecto próprio deve assegurar que apenas pessoas que concordem em geral com os objectivos desse projecto, e que sejam capazes de trabalhar em conjunto com outros na escola na tarefa de realização destes fins, exerçam aí funções. De um modo radical, este projecto deve incluir a possibilidade de cada escola decidir se uma determinada pessoa pode ser admitida como membro do corpo docente, ou permanecer enquanto tal, de acordo com um critério assente na aceitação do projecto educativo pelo professor»³³⁶.

Esta autonomia da escola e dos projectos educativos não obsta a que o Estado possa regular o ensino escolar e fiscalizar o respectivo desenvolvimento, desde que o faça respeitando as liberdades constitucionais de aprender e de ensinar, o Estado de direito democrático – com as reservas que a própria Constituição estabelece à regulação do exercício das liberdades individuais fundamentais (art. 18.º).

É muito interessante verificar que as bases gerais da nossa legislação na matéria não comprometem uma concepção autonomista da educação. Como se pode verificar com todo o rigor, conferindo designadamente os catorze objectivos que são atribuídos pela Lei de Bases do Sistema Educativo ao ensino básico (art. 7.º), nenhum deles levanta qualquer dificuldade de execução às escolas particulares, inclusive às escolas confessionais. Em lugar algum da Lei de Bases do Sistema Educativo se fala de «sistema público de ensino», no sentido e com a conotação que defendem Gomes Canotilho e Vital Moreira. A Lei de Bases distingue claramente entre a principiologia e a estrutura do sistema educativo, e aquilo a que chama «recursos materiais». E é nos recursos materiais que a Lei trata da «rede escolar» (art. 37.º e ss.). Aí se repete a norma constitucional, que a rede escolar inclui «uma rede de estabelecimentos públicos de educação e ensino que cubra as necessidades de toda a população»; mas

³³⁶ *Idem, passim*. Muito interessante é também a nova concepção do direito da educação, que este professor esboça no fim da sua lição: «antigamente, a lei aprovada pelo Parlamento e regulamentada pelo Ministério da Educação era o principal instrumento de organização e funcionamento da escola. [...] Penso que esta época já passou. [...] Para os juristas que se dedicam ao Direito da Educação, a tarefa é a de consolidar a capacidade de resolver os problemas por parte das escolas, responsáveis pela gestão e professores. Devemos tornar-nos consultores jurídicos das escolas e protectores da sua autonomia. Também a nossa responsabilidade no processo legislativo deve mudar: as novas leis em matéria educativa devem ser cada vez mais leis de enquadramento, apenas contendo *standards* gerais.» (*Idem*, pp. 86-87).

integrando-a com duas outras normas muito importantes: [1] «os estabelecimentos de ensino particular e cooperativo que se enquadrem nos princípios gerais, finalidades, estruturas e objectivos do sistema educativo são considerados parte integrante da rede escolar»; e [2] «no alargamento ou no ajustamento da rede, o Estado terá também em consideração as iniciativas e os estabelecimentos particulares e cooperativos, numa perspectiva de racionalização de meios, de aproveitamento de recursos e de garantia de qualidade» (art. 55.º).

Mas esta integração das escolas privadas na rede nacional não é apenas como «recursos materiais»; a Lei de Bases valoriza-a verdadeiramente como educação, quando diz ainda, quanto ao apoio ao ensino privado: [1] «o Estado fiscaliza e apoia pedagógica e tecnicamente o ensino particular e cooperativo»; e [2] «o Estado apoia financeiramente as iniciativas e os estabelecimentos de ensino particular e cooperativo quando, no desempenho efectivo de uma função de interesse público, se integrem no plano de desenvolvimento da educação, fiscalizando a aplicação das verbas concedidas» (art. 58.º).

Recorde-se também que a lei da escolaridade obrigatória se aplica indiferentemente a escolas públicas e privadas. Lêem-se nessa lei (DL n.º 35/90) designadamente as seguintes normativas: «a frequência do ensino básico, com a duração de nove anos, é obrigatória para todas as crianças em idade escolar...»; «durante o período da escolaridade obrigatória, o ensino é gratuito»; «o presente diploma aplica-se aos alunos que frequentem o ensino não superior em estabelecimentos de ensino oficial, particular e cooperativo».

52. Algumas conclusões

Em suma: não se vislumbram, nem na teoria nem na lei (nem na Lei de Bases do Sistema Educativo, nem no regime da escolaridade obrigatória, e tão pouco em outros diplomas para o efeito menos significativos), nenhuma daquelas dificuldades fantasmáticas levantadas por Gomes Canotilho e Vital Moreira a «um hipotético princípio de equiparação entre o ensino público e o ensino privado». Muito pelo contrário. Assim, é forçoso concluir que Gomes Canotilho e Vital Moreira, na interpretação do regime constitucional do direito social ao ensino, constroem um *sistema público* que a natureza das coisas não exige, a Constituição não impõe e as leis manifestamente desmentem. A consequência prática da sua concepção é que (e os Autores repetidamente o recordam) os alunos das escolas privadas, que são legítimos titulares *jurídicos* constitucionais do direito social ao ensino e *de facto* precisam de uma subsidiação às suas propinas, ficam sem esta subsidiação — porque o

próprio direito é configurado por Gomes Canotilho e Vital Moreira, não como um direito «a» ensino ou «a» escola, mas sim «a um» alegado ensino público-estatal e «a uma» alegada escola estatal. Constrói-se aqui um substantivo próprio — um ensino, por oposição a outros ensinos; uma escola («a» escola estatal) por oposição a outras escolas privadas —, a que se atribuem (por pré-compreensão) qualidades e efeitos de alcance comum e geral, que afectam os direitos constitucionais individuais, não os tomando a sério³³⁷.

Com a sua interpretação-construção, os Autores impõem redutoramente um presumido *bem colectivo* como objecto dos direitos fundamentais individuais, deste modo se invertendo a precedência entre direitos individuais e bens colectivos. Ora, a boa doutrina é a que, nesta relação, afirma existir «uma precedência geral *prima facie* em favor dos direitos individuais [...] que se exprime numa argumentação em favor dos direitos individuais contra os bens colectivos»³³⁸. A este propósito, ensina Robert Alexy: «Defende-se que uma determinação substancial geral da relação entre direitos individuais e bens colectivos se impõe por razões normativas em virtude de uma precedência *prima facie* em favor dos direitos individuais. O argumento principal consiste numa ampliação da fundamentação pragmático-transcendental [...] da necessidade de uma ordem normativa da vida social que tome o indivíduo a sério. O conceito de tomar a sério não implica que as posições dos indivíduos não possam ser eliminadas ou restringidas em benefício de bens colectivos, mas sim que, para isso, tem que ser possível uma justificação suficiente. [...] Não existe nenhuma justificação suficiente para uma eliminação ou restrição se, num caso de colisão, é duvidoso que existam melhores razões para o direito individual ou para o bem colectivo, ou num outro caso em que se constata que para ambos podem fazer-se valer razões igualmente boas»³³⁹.

A existência de uma rede de escolas estatais, à disposição de todos os que as quiserem utilizar, é um bem comum, ou colectivo, que não ofende os direitos fundamentais. Pelo contrário. Por isso, não parece contestável. Que seja garantida a sua gratuidade universal, durante o ensino obrigatório, é constitucional. Mas o que não tem justificação, como bem comum ou como bem colectivo, é a alegada exclusividade monopolista da prestação de um serviço (público) de ensino, e a exclusividade do financiamento público, reservado às escolas estatais, em concorrência desleal

³³⁷ Recordem-se os caracteres e benefícios da escola pública elencados por Vital Moreira no artigo citado.

³³⁸ Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, p. 207.

³³⁹ *Ibidem*.

com as escolas privadas, que constituem, em si e a partir de si, exercício de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. São esses exclusivos constitucionais, e apenas esses, que se perfilam como contrários à garantia constitucional (jurídica e fáctica) bem entendida dos direitos fundamentais.

Pela interpretação de Gomes Canotilho e Vital Moreira, as *prestações fácticas* satisfatórias do «direito social ao ensino», *tout court*, são transformadas em *prestações (objectivamente institucionais) de ensino estatal*: desaparece o *Estado prestador de meios meramente fácticos* necessários ao exercício (subjectivo) das liberdades individuais de ensino, e em seu lugar surge o *Estado prestador de um ensino institucional*, isto é, um *Estado-educador*. No lugar do Estado criador (garante) de uma rede acessível de escolas públicas (n.º 1 do art. 75.º CRP), mero «recurso material» integrante da garantia mais ampla do direito ao ensino, surge um Estado criador de «um ensino público» (isto é, uma educação) que esgota toda a garantia fáctica às liberdades de ensino, e por isso resulta em exclusão do ensino privado. Um alegado bem colectivo se ergue, assim, contra direitos fundamentais.

É evidente que Gomes Canotilho e Vital Moreira não defendem um Estado social exclusivamente fornecido por estabelecimentos públicos, qual Estado soviético. Mas parecem defendê-la para o ensino — apenas concedem a liberdade formal de ensino privado, mas excluída do Estado social. Porquê? Por que razão se haveria de reduzir o alcance do art. 74.º da Constituição ao alcance do n.º 1 do art. 75.º? Qual então a utilidade e o alcance do art. 74.º? Pois não é lógico e evidente que o n.º 1 do art. 75.º seja uma exigência prática específica, apenas parcelar, para a execução do art. 74.º? Não foi, aliás, segundo esta interpretação que o legislador ordinário já efectivamente legislou a favor do ensino privado?

E poderia o legislador ordinário fazer de outro modo? Devemos mesmo interrogar-nos: qual é a força de vinculação do art. 74.º da Constituição? Pode o legislador ordinário (e o intérprete) desconhecer *soberanamente* esta pergunta, contentando-se, sem mais, em cumprir o n.º 1 do art. 75.º? A resposta tira-se da resposta geral à força vinculativa dos direitos sociais. Ora, há claros sinais de uma evolução, na doutrina e na jurisprudência constitucionais, de que a resposta do legislador aos direitos sociais é cada vez mais controlada.

Segundo o ensino de Jorge Reis Novais, o legislador é, cada vez menos, considerado como livre, ou constitucionalmente insindicável, no que respeita à execução da sua função de determinar os conteúdos práticos dos direitos sociais dos cidadãos. Até mesmo na jurisprudência do Tribunal Constitucional português se podem encontrar indicações nesse sentido. Escreve este Autor: «ao longo de mais de duas décadas de jurisprudência constitucional no domínio dos direitos sociais marcada por uma grande autocontenção e até condescendência para com as decisões do

legislador, o Tribunal Constitucional aprofundou [...] uma utilização dos princípios constitucionais estruturantes (designadamente os princípios da igualdade, da protecção da confiança e da dignidade da pessoa humana) enquanto *standards* de controlo de actuação do legislador neste domínio e foi por essa via que, ainda assim, manteve indirectamente viva a ideia da relevância dos direitos sociais. Foi, precisamente, sob a égide de um desses princípios – o da dignidade da pessoa humana – que o Tribunal deu recentemente alguns sinais de inflexão num sentido de maior activismo [...] o Tribunal avocou progressivamente, ao longo da década de noventa, novas possibilidades de controlo da actuação do legislador neste domínio e, com o Acórdão sobre o rendimento social de inserção, pode ter dado um passo significativo nessa evolução»³⁴⁰.

Não há dúvida: na argumentação de Vital Moreira, que aqui se critica, a negação «de um suposto direito ao ensino privado» quer dizer que o cidadão *só tem direito à escola do Estado*. Vital Moreira identificaria, para este caso, *sistemas públicos de satisfação de direitos sociais com monopólios prestativos estatais*. Ora, uma tal confusão não pode ser levada à conta de inadvertência, uma vez que o mesmo Autor admite publicamente a sua óbvia distinção, quando, por exemplo num outro lugar, afirma que os sistemas públicos *prestativos* do Estado social podem ser *privatizados* sem prejuízo da satisfação *pública* dos correspondentes direitos sociais, por estas palavras: «a liberalização e privatização dos antigos serviços públicos prestacionais, como as telecomunicações, não significa a eliminação de “obrigações de serviço público”, incluindo o “serviço universal” (acessibilidade de toda a gente ao serviço a preços regulados) e as tarifas sociais, para as pessoas com menores rendimentos. Assim se concilia a abertura ao mercado com os serviços públicos»³⁴¹.

³⁴⁰ Jorge Reis Novais, *Direitos fundamentais: triunfos contra a maioria*, p. 2006. Escreve ainda este Autor: «falta apenas, para uma equiparação de fundo entre direitos de liberdade e direitos sociais na jurisprudência constitucional, dar um último passo: o reconhecimento que as limitações aos direitos sociais são restrições a direitos fundamentais pelo que, em Estado de Direito, só são admissíveis quando há razões suficientemente ponderosas que justifiquem a restrição» – *idem*, p. 208. Não parece haver bom argumento contra esta orientação de princípio, salva sempre a ideia de que, como de resto a doutrina em geral reconhece, o desenvolvimento prático da satisfação dos direitos sociais não deve, não pode, voltar-se perversa e contraditoriamente contra os *direitos e deveres fundamentais da pessoa humana*: contra os «direitos, liberdades e garantias» e a própria dignidade da pessoa, cujo direito fundamentalíssimo do «desenvolvimento da personalidade» (art. 26.º da CRP) só é verdadeiramente respeitado e promovido no justo equilíbrio da liberdade (direitos) e da responsabilidade (deveres) pessoais.

³⁴¹ Cfr. blog *Causa Nossa*, 22-05-2007.

Nesta questão do ensino, Gomes Canotilho e Vital Moreira parecem ter dificuldade em desligar inteiramente da interpretação que defenderam para o texto constitucional de 1976, já modificado pela revisão de 1982. Precisamente quanto ao n.º 1 do art. 75.º, parecem interpretá-lo não como uma obrigação de o Estado satisfazer a procura de todos os que desejarem a escola pública, evidentemente no exercício da sua liberdade de aprender; mas antes como a consagração de um princípio, segundo o qual um tanto nebulosamente se afirma a ideia de que este serviço do Estado tem uma outra valência, para além de servir os direitos fundamentais, a qual é descrita com conotações monopolistas, como quando se diz: «o sentido imediato deste preceito é o de que a satisfação do direito ao ensino é necessariamente uma tarefa pública, em termos de que ao Estado (...) compete criar a rede de estabelecimentos que cubra as necessidades educativas do país»³⁴².

E depois, nem se poupa a frequente diferenciação caricatural e tautológica entre o interesse público e o interesse privado. Assim, escrevem os ilustres Autores: «desde logo porque continua a existir uma diferença fundamental: os estabelecimentos de ensino público prestam um serviço público e no interesse público; as escolas privadas, mesmo com reconhecimento de interesse público, prestam serviço privado no interesse dos seus titulares»³⁴³. Ora, é evidente, resulta desta formulação que a «diferença fundamental» que se afirma é meramente nominalista, porque, por um lado, ela se mantém inalterada mesmo quando a lei e a Administração Pública reconhecem haver interesse público («mesmo quando haja reconhecimento do interesse público»); e, por outro lado, esquece completamente que «o interesse [privado] dos seus titulares» — que assim é contraposto depreciativamente ao interesse público —, é, nada mais nada menos, o *exercício de direitos fundamentais*. Se a este exercício de liberdades fundamentais, se a este *interesse*, se sobrepõe valorativamente um (não se sabe quê ou qual) interesse público ou bem colectivo, então é manifesto que não estamos a teorizar dentro de um quadro de direito constitucional baseado nos direitos individuais fundamentais de liberdade (*tomando os direitos a sério*); mas em velhos quadros mentais, jacobinos ou colectivistas, em que o proclamado interesse dito *público* pela lei da maioria se sobrepõe às (subjectivas) liberdades individuais³⁴⁴.

³⁴² *Constituição*, p. 904.

³⁴³ *Ibidem*.

³⁴⁴ Sobre a diferença entre o quadro constitucionalista (americano), que afirma na base as liberdades individuais, e o que (de origem francesa) põe a lei acima dos direitos, cfr. Zagrebelsky, *Il diritto mite, maxime* p. 64 s. sobre a *dualização* entre lei e direito e a ambivalência da concepção constitucional europeia dos direitos.

Enfim, aprez-nos concluir estas observações críticas com um excerto da exposição de Jónatas Machado, quanto à defesa de um *serviço público*, a título do preenchimento das funções do Estado quanto à liberdades fundamentais, designadamente para a sua regulação (e por maioria de razão para a sua garantia fáctica, através da satisfação dos direitos sociais).

Escreve Jónatas Machado, em referência às liberdades de comunicação, que uma das teorias defendidas por alguns autores, no capítulo da intervenção do Estado para a regulação, a *teoria do serviço público*, parte da ideia de que «a própria existência do Estado tem na sua base a ideia de *serviço público*. [E comenta] Em boa verdade, para esta doutrina, falar de *interesse público* e *serviço público* é dizer praticamente a mesma coisa. No entanto, o primeiro conceito [*interesse público*], tanto pode andar associado a uma teoria da regulação como a uma da desregulação, na medida em que se preocupa acima de tudo com o *fim*, deixando o *meio* em aberto. Neste sentido, ele é tanto compatível com o monopólio, público ou privado, regulado ou desregulado, como com o mercado, regulado ou desregulado. Por sua vez, o segundo [*serviço público*] aponta para a existência de uma estrutura organizatória e funcional de direito público, tendencialmente monopolista, em ordem à prossecução do interesse público, embora não exclua o estabelecimento de uma *ordem dual*, pública e privada. [...] Há que considerar os perigos das duas teorias em análise. As noções de interesse público e de serviço público surgem tradicionalmente associadas a visões tendencialmente “holistas” da sociedade, nem sempre favoráveis a um princípio de abertura comunicativa dos diferentes subsistemas de acção social. Daí a possibilidade de as mesmas servirem de cobertura à tentativa de avançar, de forma paternalista e elitista, uma visão particular do que se considera ser bom para os indivíduos e para a comunidade política, neutralizando o mercado das ideias ou procurando pré-determinar artificialmente os seus resultados. [...] Relativamente ao *serviço público*, a sua estrutura centralizada cria o risco acrescido da censura, directa ou indirecta»³⁴⁵.

³⁴⁵ Jónatas Machado, *Liberdade de expressão*, pp. 893-4.

B – A posição de Jorge Miranda e Rui Medeiros

53. A liberdade de escola

Em sentido contrário ao de Gomes Canotilho e Vital Moreira, Jorge Miranda e Rui Medeiros, no seu Comentário ao art. 43.º da Constituição, interpretam a liberdade de aprender e de ensinar como incindível de outros direitos e liberdades constitucionais, entre as quais está a liberdade de escola: «liberdade de escola e liberdade na escola»³⁴⁶.

Por sua vez, «a liberdade de escola compreende: a) – o direito de acesso a qualquer escola [...]; b) – o direito de escolha da escola mais adequada ao projecto educativo ou cultural que se pretenda realizar, designadamente da escola mais adequada à formação moral, religiosa, filosófica, intelectual ou cívica dos filhos [...]; d) – o direito de criação de escolas distintas das escolas do Estado...»³⁴⁷.

Quanto à relação entre as escolas estatais e as escolas privadas, estes Autores vêem aí um valor de liberdade: «a liberdade de escolas não estatais [...] salvaguarda também a própria liberdade dentro das escolas estatais: até para que nestas escolas haja liberdade frente ao poder político, importa que em escolas não estatais possa haver opções de fundo, programas, métodos, livros diferentes dos das escolas do Estado ou que os complementem»³⁴⁸. «Em contrapartida, mesmo que existam escolas particulares e cooperativas, em determinada área, o Estado não pode deixar de criar as suas próprias escolas, sempre tendo em conta critérios de proporcionalidade e de prioridade na satisfação das necessidades», porque «o direito à escola pública [...] reconduz-se também a direito liberdade e garantia – porque a não confessionalidade da escola pública é uma garantia de liberdade para aqueles que não se reconheçam em nenhuma escola confessional, ou seja, de escola a serviço de quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas»³⁴⁹.

Muito importante é que Jorge Miranda e Rui Medeiros enfatizem que, «embora o direito de criação de escolas particulares e cooperativas implique – pela necessidade de reunir os bens materiais indispensáveis – iniciativa económica, ele deve ser entendido não como mera expressão dessa iniciativa económica, mas sim

³⁴⁶ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, p. 459.

³⁴⁷ *Idem*, p. 457.

³⁴⁸ *Idem*, p. 458.

³⁴⁹ *Ibidem*.

como expressão de liberdade de iniciativa cultural ou de concretização de projectos educativos»³⁵⁰.

54. Escolas privadas necessárias à liberdade de escola

Jorge Miranda e Rui Medeiros concluem: «para que haja liberdade de escolha, tem de ser assegurada, portanto, em tensão dialéctica, a existência quer de escolas privadas e cooperativas quer de escolas públicas. E para que essa liberdade de escolha seja efectiva, têm de ser assegurados, a quem deseja frequentar um ou outro tipo de escola, os indispensáveis meios económicos»³⁵¹.

Resumindo, as liberdades de aprender e de ensinar, bem como a liberdade de escola, enquanto direitos subjectivos fundamentais das pessoas, não são aqui diferenciadas, quanto à sua valorização constitucional, por uma prevalente opção *institucional* ou *funcional-democrática* favorável à escola de titularidade estatal, como na interpretação de Gomes Canotilho e Vital Moreira. Pelo contrário, mantêm-se plenamente entendidas na referência ao seu titular pessoal, e daí que a pluralidade de alternativas, designadamente entre escola estatal e escolas privadas, seja uma garantia da própria liberdade individual, permitindo «o direito de escolha da escola mais adequada ao projecto educativo ou cultural que se pretenda realizar». E valorizando, de modo especial, «a liberdade de escolas não estatais [uma vez que] salvaguarda também a própria liberdade dentro das escolas estatais: até para que nestas escolas haja liberdade frente ao poder político, importa que em escolas não estatais possa haver opções de fundo, programas, métodos, livros diferentes dos das escolas do Estado ou que os complementem»³⁵².

Finalmente, e com toda a lógica: «para que [a] liberdade de escolha seja efectiva, têm de ser assegurados, a quem deseja frequentar um ou outro tipo de escola, os indispensáveis meios económicos» — isto é, tem o Estado de subsidiar o ensino quer nas escolas estatais quer nas escolas privadas. Esta não discriminação tem um carácter geral: «o sistema de ensino, cuja democratização se pretende promover, abrange escolas de qualquer titularidade e escolas de todo os graus. Por conseguinte, a incumbência de estabelecimento progressivo de gratuidade alarga-se até às escolas universitárias particulares e cooperativas, sob pena de incoerência e de inaceitável

³⁵⁰ *Ibidem*.

³⁵¹ *Ibidem*.

³⁵² *Ibidem*.

discriminação»³⁵³. «Para que haja liberdade de escolha, tem de ser assegurada, portanto, em tensão dialéctica, a existência quer de escolas privadas e cooperativas quer de escolas públicas. E, para que essa liberdade de escolha seja efectiva, têm de ser assegurados a quem deseja frequentar um ou outro tipo de escola os indispensáveis meios económicos»³⁵⁴.

À luz das noções que recolhemos sobre as teorias dos direitos fundamentais, da doutrina internacional do «constitucionalismo» e das críticas dirigidas às teses de Gomes Canotilho e Vital Moreira, as posições de Jorge Miranda e de Rui Medeiros merecem plena concordância e constituem verdadeira referência na doutrina portuguesa.

³⁵³ *Idem*, p. 735.

³⁵⁴ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, 3.^a ed., p. 437.

TERCEIRA PARTE
A QUESTÃO DOUTRINÁRIA.
CRÍTICA AOS PRINCIPAIS ARGUMENTOS
CONTRA A ESCOLA PRIVADA

CAPÍTULO VI

A argumentação do pluralismo

Até aqui, temos visto os aspectos predominantemente jurídicos da querela pró ou contra o direito social ao ensino em escola privada. Dedicaremos esta terceira parte do nosso ensaio à crítica aos argumentos de ordem política ou ideológica que têm sido mais invocados contra a escola privada.

A – O bom «pluralismo interno» da escola estatal contra o mau «pluralismo externo» da escola privada.

Um problema da democracia pluralista

55. A tese do bom pluralismo interno e do mau pluralismo externo

Uma certa versão da doutrina do monopólio estatal do ensino escolar usa o argumento do pluralismo, para defender que só no interior das escolas estatais, por serem alegadamente neutras no seu projecto educativo, pode haver pluralismo; e para, com base nesse argumento, tentar excluir as escolas privadas do âmbito das manifestações do pluralismo merecedoras do apoio do Estado – pretextando que elas não são neutras (o que pode ou não ser verdade); e que, por não serem neutras, impedem o pluralismo individual interno.

Quando pretende afirmar a superioridade da escola estatal sobre a escola privada, Vital Moreira escreve que «no ensino a questão essencial está justamente na mais-valia inerente à escola pública em termos de liberdade individual de aprender e ensinar, de pluralismo, de neutralidade ideológica e confessional, de coabitação e integração social»³⁵⁵. E contrapõe: «o “pluralismo externo” das escolas confessionalmente orientadas, com a sua lógica de identificação e de exclusão social, confessional ou étnica não é o mesmo que o “pluralismo interno” das escolas públicas, com a sua lógica de inclusão e abrangência social, étnica e

³⁵⁵ “A singularidade da escola pública”, *Público*, 12-07-2005.

religiosa»³⁵⁶. Noutro passo (e já atrás o citámos), o contraste entre a escola estatal e a escola privada é assim descrito: «Só a escola pública, socialmente aberta e plural, bem como neutral sob o ponto de vista ideológico e confessional, é que poderia constituir a plataforma adequada para as referidas funções cívicas de socialização política, de coesão social e de unidade nacional, num quadro de pluralismo político e religioso»³⁵⁷.

Esta ideia da *funcionalização da escola pública* a objectivos políticos é desde logo assustadora: *plataforma adequada das funções de socialização política, coesão social e unidade nacional*. Mas revela-se ainda mais preocupante quando a referida funcionalização surge como *alternativa de Estado* ao pluralismo da escola privada, que é dramaticamente demonizado nestes termos: «o Estado não tem nenhuma obrigação de financiar o ensino privado, nem deve fazê-lo. O seu único dever é oferecer um ensino público de qualidade a toda a gente e não fomentar *escolas confessionais, identitárias, segregacionistas*» [o itálico é nosso]³⁵⁸.

56. Crítica à tese dos dois pluralismos

56.1. Crítica à tese desvalorizadora do pluralismo da escola privada

Antes de entrar na apreciação crítica a esta tese dos bons e maus pluralismos na educação escolar, recorde-se mais uma vez que, precisamente em contradição com a tese de Vital Moreira, as leis em vigor dizem claramente que, no financiamento público do ensino, não pode haver discriminação das escolas privadas, designadamente durante o ensino obrigatório, e que a igualdade no financiamento deve ser conseguida progressivamente³⁵⁹. É difícil compreender como se podem defender

³⁵⁶ *Ibidem*. As aspas e o parêntesis são do original citado.

³⁵⁷ *Ibidem*.

³⁵⁸ Vital Moreira, blog *Causa Nossa*, 15-07-2005.

³⁵⁹ Para comodidade dos leitores, recordem-se de novo alguns normativos que não podem ser mais claros. Assim, diz textualmente a Lei da Liberdade do Ensino (Lei n.º 65/79, art. 2.º): «a liberdade do ensino exerce-se nos termos da Constituição e da lei, e traduz-se designadamente por [...] existência progressiva de condições de livre acesso aos estabelecimentos públicos, privados e cooperativos [...] sem discriminações de natureza económica, social ou regional»; e por «ausência de qualquer tipo de discriminação, nomeadamente ideológica ou política, na autorização, financiamento e apoio por parte do Estado às escolas particulares e cooperativas.».

Por sua vez, a Lei de Bases do Ensino Particular e Cooperativo (Lei n.º 9/79, art. 6.º), diz: «...são, designadamente, atribuições do Estado: conceder subsídios e celebrar contratos para o

publicamente posições jurídicas que são frontalmente contra as leis em vigor, e sem aduzir nem um só argumento jurídico. Mas consideremos, então, a argumentação do pluralismo.

Como se torna evidente, a argumentação da neutralidade da escola estatal, condição do seu *pluralismo interno*, como alegado título da sua superioridade sobre as *opções associativas* escolares na sociedade civil, pressupõe que o *pluralismo individual no seio de uma instituição neutra é verdadeiro ou melhor pluralismo*, excluindo-se deste conceito, e da correspondente valorização democrática, o pluralismo que se exprime na vida normal das livres comunidades, pela constituição de *tendências* em associações, fundações, sociedades e toda a espécie de grupos e movimentos mais ou menos institucionais, famílias, empresas, igrejas, partidos, incluindo também as escolas privadas. Aliás Vital Moreira não distingue entre escolas privadas neutras e escolas privadas de tendência: a todas exclui do direito de apoio financeiro do Estado, com o argumento da sua suspeição — portanto, por causa da sua titularidade.

Ora a suspeição contra o pluralismo associativo, ou social, da sociedade civil tem uma história negra nas experiências políticas jacobinas, autoritárias e totalitárias. A fórmula do «centralismo democrático» foi a sua superlativa conceitualização histórica moderna. Como escreveu Baptista Machado: «a Democracia genuína (a Democracia construída sobre a base da independência das forças que nela participam) tem de articular entre si dois princípios fundamentais: o princípio da *autodeterminação* (liberdade, independência), como ponto de partida, e o princípio do *poder do povo*, isto é, da maioria nacional. Isto responde aos adeptos da visão rousseauiana, radical e totalitária da Democracia. Rousseau rejeita expressamente a intervenção na política de quaisquer corpos intermédios³⁶⁰ e, logicamente, acaba por reduzir toda a liberdade dos indivíduos à liberdade-participação»³⁶¹.

funcionamento de escolas particulares e cooperativas, de forma a garantir progressivamente a igualdade de condições de frequência com o ensino público nos níveis gratuitos e a atenuar as desigualdades existentes nos níveis não gratuitos» (art. 6.º).

Finalmente, a lei do ensino obrigatório e gratuito (DL n.º 35/90) contém as seguintes normas: «durante o período da escolaridade obrigatória o ensino é gratuito» e «a gratuidade da escolaridade obrigatória consiste na isenção total de propinas, taxas e emolumentos relacionados com a matrícula, a frequência escolar e a certificação do aproveitamento»; «o presente diploma aplica-se aos alunos que frequentam o ensino não superior em estabelecimentos de ensino oficial, particular ou cooperativo»; «a aplicação do disposto no presente diploma ao ensino particular e cooperativo far-se-á de modo gradual...».

³⁶⁰ Cfr., p. ex., *Du Contrat Social*, Livro II, cap. III.

³⁶¹ *Participação e descentralização*, p. 67.

Ora, hoje é inadmissível, para o pensamento liberal e democrático do *Estado de direito democrático*, um menosprezo do *pluralismo externo*, isto é, da expressão associativa ou grupal das liberdades individuais (que a escola privada também traduz), no seio da democracia pluralista.

Assim sendo, se a livre criação e direcção de escolas privadas, sejam elas de projecto educativo laico ou confessional, é exercício genuíno dos direitos fundamentais de *liberdade individual*, garantidos em geral na Constituição e especialmente garantidos no art. 43.º, e além disso perfeitamente conforme às leis em vigor, como é possível desgraduar essas escolas com a argumentação de que são contra o *pluralismo individual*? E colar-lhes uma adjectivação pejorativa, de conotações próprias do debate ideológico mais extremista, mas não da questão jurídica: «*escolas confessionais, identitárias, segregacionistas*». Como é possível, em suma, criticar politicamente o uso das liberdades, em sede de interpretação constitucional?

Uma tal afirmação é aliás um sofisma. Porque o que está na génese das escolas privadas, como está na génese dos partidos, das associações, dos sindicatos, etc., é precisamente o pluralismo individual. E é precisamente assim que o pluralismo (dos próprios indivíduos) se reforça, pelo exercício das liberdades individuais em grupos, associações, partidos, sindicatos e escolas. É esta a doutrina da democracia pluralista – qualquer cidadão entre nós tem disso clara consciência. Se os cidadãos tivessem que exercitar as suas liberdades fundamentais sem se poderem associar para o fazer em grupo, em associações, em partidos, em sindicatos ou em escolas privadas (e, pior ainda, se apenas o pudessem fazer *individualmente* no interior dos *serviços públicos*, como a escola estatal), o exercício das liberdades individuais ficaria severamente limitado e até seria muitas vezes ineficaz. Imagine-se o que seria se, por exemplo, as liberdades políticas ficassem restritas a um exercício individual no interior de um *partido estatal*, sem se poderem exercitar na pluralidade dos partidos. Foi isto mesmo aliás o que exactamente aconteceu no Estado Novo, com o partido único da “União Nacional” (que também reclamava um *pluralismo interno* de partido único, contra o *pluralismo externo* de vários partidos); bem como com os partidos comunistas únicos e oficiosos das democracias populares de leste, alegadamente «de unidade» e reivindicando também um pluralismo interno; e pode dizer-se que também no período revolucionário de 1974-76, designadamente com a *lei da unicidade sindical* e as tentativas de frentes partidárias de “*unidade democrática*”, aliança Povo-MFA, etc.

Assim, a própria distinção entre pluralismo interno e pluralismo externo torna-se suspeita. E não se diga que esta argumentação não colhe contra quem reconhece que a Constituição e a lei permitem as associações e as escolas privadas, mas ao mesmo tempo desvaloriza em sede política, e na prática até combate por via de monopólio estatal, as respectivas liberdades. É que a questão não é meramente formal.

Foi afinal a dimensão fáctica do pluralismo que, qualquer iniciado na teoria política o sabe, esteve ao longo do século XX no âmago do conflito entre a democracia «pluralista» ocidental, de um lado, e as «democracias de massas», da Europa de leste. A Constituição Política do Estado Novo também não continha nenhuma proibição constitucional de partidos; foi pela condenação político-ideológica de partidos não oficiosos e pelo exercício de poderes de carácter administrativo que se impediu a sua criação fáctica.

Na argumentação que estamos criticando, está subjacente uma valorização negativa das instituições ou grupos da sociedade civil que são titulares da criação e direcção de escolas privadas de projecto educativo próprio; revelando-se deste modo uma inimizade ou suspeição pré-compreensiva para com genuínas expressões de liberdade cultural e de sociabilidade, aliás misturando, na mesma desvalorização e sem qualquer distinção de grau, forma ou atitude, diferenças sociais, culturais, religiosas e étnicas, não distinguindo entre o que são legítimas diferenças e suas expressões grupais, e o que são eventuais atitudes discriminatórias ilegítimas. Uma tal posição choca frontalmente com o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, da ONU, que garante a liberdade de escola privada não apenas às pessoas individuais, mas também às *peessoas morais*, isto é, também às associações, igrejas, fundações, cooperativas, empresas, em suma, às famílias e aos grupos institucionalizados – quando diz que «nenhuma disposição do presente artigo deve ser interpretado como limitando a liberdade dos indivíduos e das *peessoas morais* de criar e dirigir estabelecimentos de ensino...» (art. 13.º). Reconhecer estas expressões sociais de génese associativa como liberdades fundamentais, e depois excluí-las do apoio do Estado porque produtoras de efeitos democráticos alegadamente negativos, é uma contradição grosseira.

Curiosamente, no corrente ano de 2008 celebra-se o *ano europeu do diálogo intercultural*; e a filosofia subjacente é a de valorização das diferenças culturais de grupos e até de minorias, ao contrário de um desígnio de controlo, nem sequer apenas de discriminação estatutária ou de enquadramento formal – ao contrário da tese da socialização defendida na doutrina do monopólio da escola estatal: «só a escola pública, socialmente aberta e plural, bem como neutral sob o ponto de vista ideológico e confessional, é que poderia constituir a plataforma adequada para as referidas *funções cívicas de socialização política, de coesão social e de unidade nacional* [itálico nosso], num quadro de pluralismo político e religioso»³⁶².

Levantou-se recentemente na ordem do dia, entre nós, a questão da defesa do pluralismo na comunicação social. Face a uma iniciativa legislativa do Governo,

³⁶² Vital Moreira, *A singularidade da escola pública*.

Vital Moreira defendeu o projecto legislativo precisamente com base numa valorização do pluralismo no campo cultural, a que pertence o ensino, e na necessidade de combater o monopolismo. A propósito, Vital Moreira invocou a doutrina do Conselho da Europa, escrevendo: «Como se lê numa declaração do Conselho da Europa, “o pluralismo dos media é essencial para a democracia e para a diversidade cultural”». E concluiu desta doutrina: «Por isso, independentemente das soluções de pormenor, a lei de defesa do pluralismo dos media deve ser saudada como um ganho efectivo e simbólico em favor da liberdade de informação e de opinião, bem como da democracia e do pluralismo político e cultural em Portugal». ³⁶³ É então caso para perguntar: porque é que esta argumentação não há-de valer também para o ensino escolar, que faz parte da esfera e da estrutura comunicacional e cultural?

56.2. Notas da história parlamentar desta questão

A polémica tese de que a escola privada não é uma escola digna de apoio democrático, por ser alegadamente *identitária, exclusiva e discriminatória*, não surgiu agora; recorde-se que já ficou documentada em debates da Assembleia Constituinte e depois na primeira legislatura da Assembleia da República. Naquela primeira ocasião, em 1975, ela teve vencimento; e o resultado foi que, com base nesse vencimento, se excluiu a liberdade de escola privada do elenco das liberdades fundamentais, como já vimos. Mas não foi assim, visto que então foi derrotada, no debate da Assembleia da República de 1979, que precedeu a aprovação da Lei de Bases do Ensino Particular e Cooperativo; e por isso se justifica nesta altura um breve registo ilustrativo deste debate e desta derrota.

Aquando da discussão e votação parlamentar da Lei de Bases do Ensino Particular e Cooperativo, e contra a concepção que exalta a liberdade individualista na escola estatal e desvaloriza o pluralismo das escolas privadas de projecto educativo na sociedade civil, declarou Salgado Zenha em resposta a Vital Moreira: «compreendemos que o Sr. Deputado Vital Moreira e o PCP tenham dificuldade em compreender esta lei, dado o seu [de Vital Moreira e do PCP] princípio de defender a unicidade ideológica como defendem a unicidade noutros domínios [óbvia alusão à defesa da unicidade sindical], visto que ela [a Lei] considera efectivamente o pluralismo como um valor inerente à própria democracia e, portanto, tem-no na devida consideração» ³⁶⁴.

³⁶³ Vital Moreira, *Pluralismo comunicacional*.

³⁶⁴ Cfr. *Diário da Assembleia da República*, de 19 de Janeiro de 1979, p. 849.

Mais adiante, nesse mesmo debate, António Reis, ainda em discordância com as teses de Vital Moreira, declarou: «o PS continua a ser coerente com os princípios de uma democracia pluralista em favor de uma sociedade aberta e participativa de que este projecto de lei pode vir a ser um instrumento importante». E quando, mais adiante ainda, Vital Moreira afirmou que «não está em causa de modo algum (...) a existência ou não de escolas particulares confessionais ou religiosamente comprometidas», mas criticou que o Estado viesse a financiar «escolas [privadas] onde não há esse tal pluralismo» (isto é, onde não existe o alegado *pluralismo interno* como na escola estatal), o mesmo Deputado António Reis observou, em defesa do pluralismo “externo” das escolas privadas: «de facto, não é preciso pôr em causa, abstractamente, o direito ao ensino particular para poder matá-lo. Por essa linha de raciocínio, por essa mesma lógica de raciocínio que o Sr. Deputado [Vital Moreira] expendeu no final do seu protesto, eu poderia dizer que, como Secretário de Estado da Cultura [que António Reis exerceu no Governo], poderia ter dado uma «machadada» em todos os grupos de teatro independentes porque cada um veicula, precisamente, a sua ideologia própria. E embora eu pudesse respeitar em abstracto o direito de todos eles existirem, no entanto, podia dizer que o Estado não tinha obrigação de subsidiar grupos de teatro comunistas, socialistas, liberais ou democratas-cristãos! E são todos particulares, são todos independentes!»³⁶⁵. E continuou, concretizando para as escolas privadas: «Essa é a mesma linha de raciocínio que levaria também a dizer que o Estado deixa existir e deixa funcionar as escolas particulares com as suas ideologias próprias, mas não tem obrigação de as financiar. Claro que, mais dia menos dia, poderiam todas acabar... Veja, portanto, a que é que pode levar a sua linha de raciocínio. Pode conduzir também à total desapareção de inúmeras formas de cultura que é necessário que o Estado também apoie e financie, porque a cultura, tal como o ensino, não se pode comparar a empresas que vendem sabões».³⁶⁶

Na sua declaração de voto pelo Partido Socialista, a Deputada Teresa Ambrósio declarou então o seguinte: «a lei integra-se assim dentro dos grandes princípios constitucionais e reconhece, por consequência, o papel da iniciativa de grupos de cidadãos na função educativa, que é uma função social, mas não necessariamente nem desejavelmente uma função exclusiva estatizada, num Estado moderno socialmente justo e democrático»³⁶⁷. E mais adiante, no mesmo discurso: «A criação de igualdade

³⁶⁵ *Diário da AR*, Janeiro 1979, pp. 851-852.

³⁶⁶ *Idem*, pp. 851-852. O Deputado visado retorquiu: «É o que são!» (*ibidem*).

³⁶⁷ *Idem*, 19 de Janeiro 1979, p. 861. O Deputado António Reis aplaudiu: «Muito bem!» (*ibidem*).

de oportunidades de acesso à cultura e ao desenvolvimento de potencialidades pessoais para todos os portugueses sem excepção, objectivos do projecto educativo socialista, não se alcança apenas através da extensão da rede escolar pública. (...) Em todos estes campos, as escolas privadas e cooperativas podem dar um forte contributo positivo, garantida a qualidade pedagógica que por esta lei lhes é exigida...»³⁶⁸. Ainda no mesmo discurso, e decisivamente, Teresa Ambrósio atacou a questão fulcral, dizendo: «Para nós, socialistas, a efectividade do direito de liberdade de aprender e de ensinar só se atingirá através do pluralismo educativo e este só se constrói evitando monolitismos de ensino, quer das escolas públicas, quer das privadas. O monolitismo no campo do ensino, quer se baseie em princípios de neutralidade ideológica, quer em princípios confessionais, é sempre expressão de sistemas culturais fechados, arcaicos, fixados no passado, e não no futuro»³⁶⁹.

Igualmente neste mesmo sentido, e de forma muito clara, as declarações dos deputados Gonçalves Sapinho, pelo PSD, e Nuno Abecassis, pelo CDS, acentuaram o alcance da Lei de Bases do Ensino Particular e Cooperativo, por garantir aos alunos das escolas privadas, pelo seu financiamento público, uma igualdade de oportunidades com os alunos das escolas estatais. Declarou Gonçalves Sapinho: «A consagração do princípio da igualdade de oportunidades no exercício da livre escolha entre pluralidade de opções, de vias educativas e de condições de ensino; e garantindo progressivamente, aos alunos do ensino privado, igualdade de condições de frequência com o ensino público, nos níveis gratuitos, e atenuando as desigualdades nos níveis não gratuitos». «Ficou reconhecido, inequivocamente, o carácter de interesse público do ensino particular e cooperativo»³⁷⁰. Disse Nuno Abecassis: «Assegura-se aos alunos das escolas particulares e cooperativas a igualdade de condições de frequência em relação aos das escolas públicas, nomeadamente quanto a matrícula e propinas, nos níveis gratuitos do ensino, e a atenuação progressiva das desigualdades existentes, nos níveis não gratuitos»³⁷¹.

³⁶⁸ *Ibidem*.

³⁶⁹ *Ibidem*. O Deputado António Reis aplaudiu: «Muito bem!» (*ibidem*). A Deputada Teresa Ambrósio tinha desenvolvido uma acção muito activa nos trabalhos prévios.

³⁷⁰ *Ibidem*.

³⁷¹ *Diário da AR*, 19 Janeiro 1979, p. 863.

57. A interpretação do princípio da neutralidade do Estado

Como vimos, no pensamento que criticamos invoca-se a neutralidade do Estado como argumento contra o financiamento público das escolas privadas: «um Estado que, constitucionalmente, não pode programar ideologicamente ou confessionalmente o ensino, [não pode] vir a ter de subsidiar escolas ideológica ou confessionalmente programadas»³⁷². Isto é: o Estado laico não pode apoiar escolas não laicas.

Trata-se de um *clássico* argumento, que sempre foi refutado. Mas pergunta-se: é hoje liminarmente aceitável (designadamente à luz do «constitucionalismo») este argumento, no *Estado de direito democrático*?

Recorde-se o acórdão do Tribunal Constitucional norte-americano de 27 de Junho de 2002, sobre os cheques escolares aos alunos das escolas privadas confessionais. A resposta ficou aí apresentada em termos paradigmáticos. Não; o que o financiamento público do Estado laico apoia é a liberdade de o cidadão escolher a escola que desejar; é o próprio cidadão que depois escolhe a escola efectiva, eventualmente confessional, e esta escolha é exclusivamente do cidadão e nela não fica comprometido o Estado. As escolhas confessionais não estão fora da Constituição, porque a Constituição reconhece e garante a liberdade religiosa. E recordem-se ainda as outras decisões da jurisprudência constitucional alemã e espanhola, que, partindo do Estado neutro e laico, reconhecem um direito social ao ensino mesmo aos alunos de escolas de tendência ou confessionais³⁷³.

Aliás, a Constituição Portuguesa veda inteiramente a discriminação por motivos de confessionalidade — diz assim o n.º 2 do art. 41.º: «ninguém pode ser perseguido, *privado de direitos* ou isento de obrigações ou deveres cívicos por causa das suas convicções ou prática religiosa». Como é então possível privar as escolas privadas *confessionais*, e os seus alunos, do direito de apoio do Estado, em igualdade com as iniciativas e alunos das outras escolas, sob o pretexto da laicidade do Estado? Pois não é óbvio que o Estado constitucional está estritamente obrigado a garantir e executar a proibição de discriminação do n.º 2 do art. 41.º, inscrita na Constituição? Desde logo contra si mesmo?

E não há comprovação de que expressões de liberdade religiosa são respeitadas e apoiadas pelo nosso Estado de direito democrático? Por exemplo, não é evidente

³⁷² Vital Moreira, in *Diário da Assembleia da República*, 19 Janeiro 1979, p. 848. É verificável que a posição actual de Vital Moreira se mantém próxima da que defendeu na Assembleia Constituinte e na Assembleia da República.

³⁷³ Cfr. acima a rubrica sobre *breves notas de jurisprudência constitucional*.

que as confissões religiosas são reconhecidas no serviço público de televisão, a par das outras expressões do pluralismo social, sindical e cultural? E não está estabelecido por lei, em Portugal, sendo consensualmente executado desde há décadas, que o Estado paga inteiramente, sem de nenhum modo interferir, e deixando à liberdade das Igrejas, a «educação moral e religiosa» que os pais dos alunos escolhem, no interior da escola pública?

A questão jurídica em causa tem pois uma resposta muito clara; e deve sublinhar-se que a sua fundamentação é racionalmente inequívoca. Efectivamente, se a invocação da neutralidade e da laicidade do Estado tivesse como consequência legitimar uma intervenção não neutral do Estado na sociedade civil, então o Estado não seria apenas, ele próprio, neutral e laico; porque, contraditoriamente, a sua acção teria por função neutralizar e laicizar a sociedade civil: apoiando as iniciativas laicas e não apoiando as iniciativas de tendência e confessionais. Por esta via, de elevada eficácia prática, o Estado exerceria uma pressão cultural e política sobre a sociedade e os cidadãos, podendo combater *de facto* as liberdades de tendência e especialmente a liberdade religiosa. Foi precisamente esta, como vimos, a contra-argumentação de António Reis, produzida na Assembleia da República, no debate sobre a Lei de Bases do Ensino Particular e Cooperativo³⁷⁴.

O Estado está proibido de programar a educação escolar — diz-se no n.º 2 do art. 43.º da CRP. E qual é o sentido essencial desta proibição? Sem dúvida, esta proibição visa precisamente que o Estado não faça nem alternativa, nem oposição, nem combate à liberdade de os privados programarem a educação, incluindo, e tipicamente, nas escolas privadas. A neutralidade do Estado tem o sentido de proteger as liberdades individuais e associativas de todos os cidadãos, porque se o Estado não fosse neutro, os privados seriam dominados pelas escolhas do Estado. Essa neutralidade é uma protecção negativa, de não concorrência do Estado às liberdades individuais e às suas expressões de tendência ou confessionais: uma equidistância estatal, não uma oposição.

Mas, além desta protecção negativa, a neutralidade do Estado é condição essencial precisamente para que o Estado possa proteger e apoiar positivamente, desde logo pelo financiamento, todas as legítimas expressões de liberdade, sem discriminação e sem se identificar ou comprometer com nenhuma delas — como se consagrou na já citada decisão do Tribunal Constitucional norte-americano. O princípio da separação e o princípio da neutralidade do Estado — suposto que nem por isso deixa de ser Estado de direito, democrático e social — implica necessariamente que

³⁷⁴ Cfr. a rubrica anterior: «notas da história parlamentar desta questão».

o Estado é indiferente ao uso das liberdades pelos cidadãos, mas não é indiferente a que os cidadãos possam efectivamente exercitar as suas liberdades, visto que é sua função garantir a todos, também facticamente, o uso das liberdades fundamentais. O Estado apoia todos os cidadãos, em termos de igualdade de oportunidades, para que todos possam exercer as suas liberdades; sem por isso se comprometer com o uso individual e concreto (desde que legítimo) das liberdades. Apoiar o legítimo direito de escolher dos cidadãos não é apoiar as suas escolhas efectivas.

Portanto, o Estado (laico) pode perfeitamente, sem qualquer contradição, apoiar os alunos das escolas privadas de projecto educativo (mesmo confessional), constituídas no exercício de um direito constitucionalmente garantido e ao abrigo da lei. Este é que é o verdadeiro entendimento da neutralidade e da laicidade do Estado. A ideia que transforma a neutralidade e a laicidade do Estado numa acção concorrencial das iniciativas confessionais dos cidadãos, afirmando as iniciativas estatais (*ditas neutrais e laicas*) como alternativas das livres escolhas dos cidadãos e impeditivas do apoio às suas liberdades, faz uma corrupção totalitária das ideias de neutralidade e de laicidade do Estado, porque as transforma numa função pró-activa sobre a sociedade, senão mesmo numa oposição às liberdades individuais (em geral, e no campo da educação escolar, em particular).

De resto, e como já se disse, o Estado Português admite e financia inteiramente uma disciplina de «Educação Moral e Religiosa» nas escolas estatais, escolhida livremente pelos pais dos alunos menores. Esta prática está entre nós consagrada por lei e pacificamente executada, em obediência à Declaração Universal dos Direitos do Homem e ao Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, das Nações Unidas³⁷⁵. Bastaria este argumento para mostrar como a reserva de alguns autores à legitimidade constitucional de o Estado financiar as escolas confessionais padece de um condicionamento pré-compreensivo.

A verdadeira razão de fundo da posição que criticamos não é, portanto, a da laicidade e da neutralidade do Estado. É sim a da tentação do *unitarismo*, que patentemente inspira a concepção estatista do ensino escolar, e detesta as escolas

³⁷⁵ Declaração Universal dos Direitos do Homem (n.º 3 do art. 26.º): «aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o género de educação a dar aos filhos»); Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, das Nações Unidas (n.º 3 do art. 13.º): «Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux, de choisir pour leurs enfants des établissements autres que ceux des pouvoirs publics, mais conformes aux normes minimales qui peuvent être prescrites ou approuvées par l'Etat en matière d'éducation, et de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants, conformément à leurs propres convictions».

privadas. Essa tentação conserva, tanto quanto pode, na nossa democracia, ainda que limitada e adaptada a este importante sector da vida colectiva, a inspiração resistente de velhas ideologias totalitárias e autoritárias, de esquerda ou de direita, que todas convergiram neste ponto. Por isso é que, e sobretudo na análise de certas questões jurídico-práticas, é mais iluminante a distinção entre pluralismo e monismo do que a distinção entre democracia e não-democracia — e a história já o comprovou. Como recordou Jorge Campinos: «É tendo em conta estas constatações que a maioria da doutrina afirma, com o decano Benoit Jeanneau, que monismo/pluralismo é a distinção-mestra, e hoje largamente admitida, que melhor traduz, a nosso ver, através da diversidade das situações, a dualidade de inspiração dos regimes políticos modernos»³⁷⁶. E referindo-se a este carácter do monismo, ou antipluralismo (o Autor diz «unanimismo»), Jorge Campinos lembra ainda a expressão de José António Primo de Rivera, histórico fundador da Falange: «o fascismo não é uma tática, a violência; é sim uma ideia, a unidade».

B – A irrealidade do «pluralismo interno» da escola estatal

58. Os dois argumentos que provam a irrealidade do pluralismo interno

Mas há ainda um outro aspecto a considerar, na crítica à doutrina da excelência da escola estatal. É que a afirmação do pluralismo interno da escola estatal não é de facto verdadeira; e torna-se mistificatória. Principalmente por duas razões.

Em primeiro lugar, porque, na realidade, a escola estatal não é, realmente, nem neutra nem pluralista. Tem de facto, por pobre e ambíguo que seja (e de facto é), um projecto educativo e pedagógico que inclui numerosas e importantes escolhas, impostas a professores, a alunos e seus pais.

E, em segundo lugar, porque não é possível que, numa escola estatal, possam todos individualmente, professores e alunos, fazer livres escolhas quanto à opção educativa, seja doutrinária seja pedagógica: desde logo, se, em cada uma das concretas relações de ensino-aprendizagem (e principalmente em turma, ou classe),

³⁷⁶ Jorge Campinos, *Ideologia política do Estado salazarista*, p. 61.

o professor tem a liberdade de fazer a sua escolha, já não a pode fazer o aluno contra a liberdade do professor, e vice-versa.

58.1. *A escola estatal não é verdadeiramente neutra*

Vimos anteriormente a questão da neutralidade do Estado. Vejamos a primeira das duas objecções enunciadas: a contestação da neutralidade da escola estatal.

Quer pelas opções curriculares e dos programas disciplinares, quer pela regulação das pedagogias e da organização escolar, quer pelas práticas escolares controladas pelas Administração escolar central, enfim, por mil factores que conformam, orientam, sancionam, fácil é identificar que há um projecto educativo premeditado da escola estatal. Aliás, sempre teria de haver, uma vez que a escola é, por definição, uma organização colectiva do ensino. Para o identificar, positiva e negativamente, bastará consultar as leis e os regulamentos, os planos curriculares, os programas das várias disciplinas, as constantes directivas e despachos, as intermináveis discussões sobre as pedagogias aplicadas, as constantes intromissões sindicais, enfim, as contínuas reformas, para ver que tudo está cheio de doutrina, de política, de ideologia. A própria defesa da escola estatal, com animadversão sistemática contra a escola privada, revela inequivocamente concepções políticas, partidárias, ideológicas. Os debates políticos e ideológicos em matéria de educação escolar, subentendendo o monopólio da escola estatal, sucedem-se, com as suas interferências: no Parlamento, no Governo, nos sindicatos, na arena pública. Em suma, perante tudo isto e muito mais, a alegada neutralidade da escola estatal é um sofisma; e o seu pluralismo interno uma luta contínua de oposições reciprocamente excludentes — na melhor da hipóteses, um pluralismo de roleta —, aliás sempre *ministrado* pelo Governo, que não devia entrar *no interior* da escola.

O que aliás se transforma numa humilhação para professores, alunos e seus pais, constantemente pressionados, uns contra os outros, e ainda por todas as forças políticas, ideológicas e corporativas. Com toda a evidência, nenhuma força doutrinária, ideológica, política, nenhum interesse sindical ou social, deixa em paz a escola pública, isto é, deixa em paz os professores e alunos (ou seus pais) gozarem da suas alegadas liberdades em ambiente de *pluralismo interno*. No mínimo, a escola estatal tem, pelo menos para os defensores do seu monopólio ou da sua excelência, um projecto de educação alternativo relativamente a todos os outros das escolas privadas, e não deixam de o caracterizar por expressões várias, o que, em termos de liberdade, e por pretender ser hegemónico, é indesmentivelmente liberticida. Aliás, se não fosse assim, não faria logicamente sentido o tão empenhado combate da escola estatal contra a escola privada.

Enfim, a situação real só não revela maiores conflitualidades e contradições internas, no interior do *projecto político de Estado da escola pública*, na medida em que a educação é aí praticamente pobre e equívoca de valores e convicções, seja pelo lado da orientação da própria escola, seja pelo lado dos cidadãos professores e pais de alunos. Mas sempre que uma maior nitidez de projecto educativo se manifesta, os conflitos ou divergências aumentam, como é natural. Como por exemplo com a introdução da educação sexual; ou com a introdução de uma disciplina de educação cívica pro-activamente laica, como sucede actualmente em Espanha, que está provocando um amplo e enérgico movimento de objecção de consciência das famílias católicas³⁷⁷.

Entre nós, uma respeitada figura de intelectual e cultor das ciências sociais, António Barreto, publicou, em 1990, na revista *Risco*, um artigo notável sobre a defesa da escola pública neutra, em que afinal concluiu com estas palavras: «sei que a escola [pública] não é neutra nem nunca o será»³⁷⁸. Eis uma conclusão lúcida e honesta, que, aliás, até se pode formular *a priori* a partir do próprio conceito de educação. Indiscutivelmente, a escola estatal não é de facto neutra porque simplesmente o não pode ser. Não há educação neutra. Educação neutra é uma contradição nos termos e, por isso, a alegada neutralidade é uma ficção ou uma falácia.

Alguns defensores do monopólio da escola estatal neutra e laica recorrem por isso a uma tentativa de fugir ao confronto da realidade, através da ideia de uma alegada *neutralidade activa*, segundo a qual a escola estatal neutra estaria aberta a todas as opções educativas, mas afinal não a todas... Vital Moreira foi um destacado defensor desta tese na Assembleia Constituinte: «... garantida como está a neutralidade ideológica e religiosa da escola pública, a liberdade de ensinar e de aprender — ou seja, a liberdade de os estudantes e as suas famílias e professores conformarem os

³⁷⁷ Sob o título “escola: liberdades muito relativas” (*École: des libertés toutes relatives*), a “Fondation de service politique”, instituição privada francesa que mantém um site na Internet, realizou, em finais de 2007, dois inquéritos sobre a liberdade escolar. Concluiu ser muito grave a situação: “nas escolas, a liberdade de consciência é muito relativa; são numerosos os sinais de ataques à liberdade religiosa dos alunos”. À pergunta — “o ensino público respeita a liberdade de consciência dos vossos filhos? — 67% responderam: “não”; à pergunta — os vossos filhos já foram vítimas de críticas à sua religião, ou por causa da sua religião? — 20% responderam: “sim”. Quando se sabe que muitas crianças contam pouco ou nada a seus pais acerca do que se passa na escola, pode admitir-se que o que se passa na escola deve ser ainda mais grave. Em conclusão, a Fundação comenta: «L'école de la République n'est pas une école si «neutre» que cela, et dans bien des cas, elle est plus laïciste que laïque. Mais qui ose le dénoncer?» — [<http://www.libertepolitique.com/>].

³⁷⁸ Cfr. António Barreto, “Duas palavras sobre a educação e os tempos que correm,” *Risco*, n.º 14, 1990.

conteúdos de ensino — deve ser efectivada (...) no seio da escola pública. Na verdade, [esclareceu, ainda] a neutralidade que para esta se exige deve ser uma neutralidade activa, aberta a todas as correntes ideológicas compatíveis com os objectivos antes enunciados»³⁷⁹.

Trata-se de um evidente esforço dialéctico, mas que desde logo se evidencia como também sofisticado. Nas suas palavras finais, «compatíveis com os objectivos antes enunciados», o autor destas declarações remetia para a súmula que tinha acabado de fazer, nestes termos: «a garantia dos direitos fundamentais deve ser assegurada da forma mais compatível com os interesses da sociedade e, sobretudo, não deve obstar à consecução do objectivo último da nossa Revolução — a construção de uma sociedade socialista capaz de eliminar as discriminações sociais»³⁸⁰. De onde resultava claríssimo que, afinal, a *neutralidade activa* não era neutra nem pluralista, visto que os próprios direitos fundamentais se garantiam apenas em função de uma valorização política colectivista, *os interesses da sociedade*, e se declarava ao serviço de um importante objectivo político e ideológico, até mesmo revolucionário. Hoje, em *democracia pluralista constitucional*, se os objectivos podem ser diferentes daqueles, nem por isso a actual escola estatal de neutralidade activa deixa de estar orientada para objectivos institucionais que os seus defensores apresentam como contrapostos aos projectos educativos das escolas privadas — e eis assim *o gato escondido com o rabo de fora*: eis assim em causa, *tout court*, a questão da liberdade! Não porque a escola estatal seja em si um projecto ilegítimo; mas sim porque, tendendo sempre a ser, e fatalmente, um projecto politicamente hegemónico, pretende ser um projecto hegemónico.

Foi, aliás, e muito precisamente no sentido de uma exclusiva opção ideológica, que, ainda na Assembleia Constituinte, se fez a defesa do monopólio estatal da escola. Aí se declarou que (e citando) «desde logo, a simples existência de uma escola privada — a breve trecho ideológica e religiosamente caracterizada — iria pôr em perigo a neutralidade activa da escola pública»³⁸¹. E que «a existência da escola privada introduz entre a juventude uma diferenciação ideológica e religiosa, mas também cultural e pedagógica, que é contrária aos objectivos da democratização do ensino e da integração e igualitarização sociais que pretendemos obter»³⁸².

³⁷⁹ *Diário da Assembleia Constituinte*, p. 1992.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 1991.

³⁸¹ Vital Moreira, *Diário da Assembleia Constituinte*, p. 1992.

³⁸² Vital Moreira, *ibidem*. Na Assembleia Constituinte, o Deputado Vital Moreira defendeu a seguinte doutrina (sem dúvida em funções de representação partidária): «para nós, as escolas privadas não são um direito das pessoas, são um princípio, quando muito, da organização social e

Ora, e como é evidente, esta tese não é neutralidade nem pluralismo, porque, precisamente, combate o pluralismo das liberdades individuais. Não se limita a exigir a todas as opções plurais em matéria educativa que respeitem a dignidade humana, os direitos humanos, os princípios essenciais do Estado democrático e a legalidade; antes visa limitar ou dificultar as legítimas escolhas educativas da sociedade civil em nome de uma opção educativa de Estado, que é política.

58.2. A escola estatal não é verdadeiramente pluralista. A impossibilidade prática da escolha da educação, por parte dos alunos e seus pais

Depois das considerações anteriores sobre a não neutralidade da escola estatal, passamos à segunda crítica: verdadeiramente, a tese do pluralismo interno da escola pública é falsa, porque não é praticamente possível que, numa escola, todos possam, livre, simultânea e compativelmente, fazer escolhas doutrinárias e pedagógicas diferentes.

Ainda mesmo aceitando, por hipótese meramente teórica, que a escola estatal é de projecto educativo *neutro* e de pluralismo interno, como defende a tese que temos vindo a criticar, uma coisa é certa: a irrelevância prática do direito individual de escolha do projecto educativo pelos pais, a quem a Constituição confere o direito prioritário de escolher a educação dos filhos³⁸³. Com efeito, se é garantida a liberdade e o «pluralismo interno» dos professores, isso impede logicamente a liberdade e o pluralismo dos pais dos alunos, visto que, contra aquela liberdade dos professores, não podem os pais escolher a educação dos filhos alunos — na realidade, não lhes é permitido escolher nem os professores, nem a sua orientação, nem sequer a escola. Acresce que a orientação educativa de cada professor é publicamente desconhecida, e pode até ser inconfessável, pelo que também não é controlável — o que tudo conduz a uma enormíssima falta de transparência neste alegado pluralismo. E nem consta que quem quer que seja tenha feito escolhas (plurais) nenhuma. Em suma,

política do Estado» (cfr. *Diário da Assembleia Constituinte*, p. 1963). E, numa outra intervenção: «votámos contra a proposta do PPD (proposta de inclusão do seguinte inciso: *o ensino privado é livre*) porque não concordamos com a consagração de um direito fundamental à criação de escolas privadas» (*ibidem*, p. 1991).

³⁸³ Em consonância com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que reconhece aos pais um direito prioritário da educação dos seus filhos (cfr. art. 16.º da CRP), a Constituição atribui aos pais «o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos», garantindo que estes «não podem ser separados dos pais» (art. 36.º); e impõe ao Estado «cooperar com os pais na educação dos filhos» (art. 67.º).

o alegado pluralismo interno é meramente virtual; e não admira, porque é de facto impossível em simultâneo para as duas partes da relação docente professor-aluno. Consequentemente, é falso.

Assim, do ponto de vista da liberdade de aprender dos alunos, que é a liberdade essencial a garantir, a defesa da excelência da escola estatal, nos termos expostos, é enganadora. Pelo contrário, é muito lógica (há que reconhecê-lo) se o seu verdadeiro desígnio não for servir as liberdades pessoais de educação dos alunos e seus pais (e nem sequer as dos professores); mas sim fomentar a alegada *socialização comum*, que pode resultar numa implícita endoutrinação politicamente organizada, embora algo caótica, sob a capa das publicamente confessadas «funções cívicas de socialização política, de coesão social e de unidade nacional». Na verdade, estas expressões tão abertas, sobretudo a primeira (*socialização política*), podem contrabandear ideais muito diferentes e até opostos, que grupos ou tendências poderão instrumentalizar anonimamente.

Esta indeterminação, aberta ao contrabando ideológico, que não pode aceitar-se como projecto educativo de Estado, é coberta discricionariamente, na prática, pela Administração Pública escolar, que efectivamente dirige a escola com milhentas e constantes orientações escritas e intervenções administrativas hierárquicas, sem qualquer controlo pessoal dos cidadãos pais-dos-alunos. Com efeito, e como já se disse, os pais dos alunos das escolas estatais não podem escolher o projecto educativo para os seus filhos. Ao fim e ao cabo, o que objectivamente se pretende impedir, ou pelo menos não apoiar, nesta concepção inimiga da escola privada, é que o aluno, criança ou adolescente, seja educado segundo projecto educativo próprio da sua escolha ou da escolha de seus pais, com a coerência doutrinária e a organização pedagógica colectiva que, sobretudo quando há vários professores, a educação escolar naturalmente exige. A tal ponto é determinado este desígnio iluminista e autoritário que nem faltam as vozes representativas que publicamente desvalorizam a capacidade dos pais para a escolha dos projectos educativos dos filhos.

Por fim, diga-se que em lugar algum, nem na Constituição nem nas leis, se atribuem à escola pública essas funções melindrosas e equívocas da Administração Pública Escolar sobre os direitos fundamentais. As funções da escola pública, ou estão na Constituição e nas leis, ou não podem ser apresentadas como fundamento jurídico de um monopólio ou de um privilégio escolar estatal.

Em suma, a defesa da escola estatal como monopólio público não garante as liberdades individuais nem satisfaz os direitos sociais. No mínimo pode dizer-se que ao entregar liberalmente, sem protecção institucional, a liberdade individual das crianças, e dos pais de crianças, à liberdade dos professores, está a abandoná-las a uma luta desigual, na escola, em vez de as garantir. Não pode, por isso, conduzir

a nenhuns resultados legítimos, nas sociedade plurais do Estado de direito democrático do nosso tempo. A escolha da educação e do ensino é questão primacial de direitos fundamentais: direitos de liberdade e direitos sociais, uns e outros atribuídos pela Constituição aos indivíduos; não é questão primária de instituições estaduais.

59. As ideologias e os modelos estatistas de organização escolar

Convém ainda notar que a ideia nua de que a escola estatal neutra permite liberalmente a liberdade individual, no seu interior, e por isso merece ser monopolista, não é isenta de ambiguidade também porque a sua experiência comprova por toda a parte que não é simplesmente assim.

A educação comparada (ramo das ciências da educação) mostra como, na organização dos modelos de organização escolar, quer o jacobinismo quer o colectivismo, duas formas de centralismo político desconfiado ou inimigo do pluralismo da sociedade civil, defenderam sistemas escolares centralistas de monopólio de Estado. Um conhecido especialista nesta disciplina científica da *educação comparada*, José Luís Garcia, mostra, nos seus escritos, a relação histórica entre os postulados políticos ideológicos e os *modelos* dos sistemas escolares nacionais, na Europa e no mundo. E revela que, além das *experiências nacionalistas*, o uniformismo centralista educativo escolar assumiu o máximo da sua intensidade (pervertendo o conhecido «*comprehensive principle*») por via da influência leninista, que depois alastrou ideologicamente sobretudo por obra dos colectivismos socialistas antiliberais nos vários países da Europa³⁸⁴.

Referindo-se às funções dos sistemas escolares e ao efeito de manipulação quando o seu projecto educativo não está claro e definido pela positiva, escreveu, num artigo publicado entre nós, Garcia Garrido: «Tudo isto faz com que o sistema escolar se converta num torvelinho de intenções manipuladoras entrecruzadas, das quais, como não poderia deixar de ser, os educandos são as vítimas fáceis. Daí a frequência com que determinados partidos e grupos de pressão influenciam os seus filiados e simpatizantes no sentido de estes se dedicarem à docência, tristemente convertida num rio de águas turvas onde a pesca ideológica,

³⁸⁴ José Luís Garcia Garrido, *Fundamentos de educación comparada*. V. ainda, do mesmo Autor, “Principais desafios lançados aos sistemas educativos no alvorecer do século XXI: uma perspectiva internacional”.

a confusão e o mal-estar se tornam habituais»³⁸⁵. E este autor acrescenta: «esta atitude manipuladora concretiza-se de modo especial em duas funções: a endoutrinação e o sectarismo dos educandos». E mais adiante: «os sistemas educativos actuais, tão prontos a defender a neutralidade em matéria de educação religiosa, foram presa fácil da endoutrinação filosófica, ideológica ou política. O que significa que, embora pretendendo apresentar uma estrutura não dogmática ou até antidogmática, acabam por exercer uma função dogmática em temas que são claramente de opinião. E não há razão para se acreditar que isto só acontece nos sistemas educativos próprios dos sistemas totalitários. A endoutrinação – seja ela a oficial ou a produzida por correntes que se lhe oponham, campeia livremente nos países democráticos»³⁸⁶.

Endoutrinar não é o mesmo que dar doutrina; verifica-se, isso sim, quando a doutrina é dada (ou ocultada) quer as pessoas queiram quer não. Isto é, sem que o educando à partida a procure ou solicite, ou dela seja advertido e a ela possa preferir alternativa – o que sucede tipicamente na escola estatal pretensamente neutra ou de pluralismo de roleta, em que os educadores se podem exprimir doutrinariamente por conta da sua liberdade pessoal e a maior parte das vezes subliminarmente (o chamado «currículo oculto»); e onde os educandos ou seus pais não podem escolher nem a escola nem os professores (impossibilidade de opção dos alunos).

Ilustrando esta afirmação de um estudioso, é de facto possível verificar que, mesmo em democracia, certas correntes de pensamento, de ideologia política ou sindical, conseguem ser hegemónicas nas escolas públicas estatais, desde as escolas primárias até às escolas superiores; e, em nome das liberdades individuais, aí exercer uma verdadeiro proselitismo. Numa recente intervenção na imprensa diária, escrevia assim um articulista, precisamente contra a tese de Vital Moreira: «No seu último artigo no Público, Vital Moreira defendeu a escola pública como parte de um projecto republicano, laico, igualitário e progressista. Esta defesa da escola pública é um reconhecimento de que ela é um instrumento de combate político e de engenharia social de uma facção política contra as restantes. (...) Nem todos os portugueses querem uma educação republicana, laica, igualitária e progressista para os seus filhos. A sociedade portuguesa é suficientemente plural para nela coexistirem monárquicos e republicanos, crentes e ateus, socialistas e liberais e progressistas e conservadores»³⁸⁷. E a concluir: «a oposição de Vital Moreira ao cheque-ensino não

³⁸⁵ Cfr. Garcia Garrido, *Principais desafios*, p. 30.

³⁸⁶ *Ibidem*.

³⁸⁷ João Miranda, *Diário de Notícias*, 10-11-2007.

é surpreendente. O cheque-ensino transfere o direito de escolha para os cidadãos e retira poder à facção política que domina o ensino público e com a qual Vital Moreira se identifica»³⁸⁸.

Aliás, é inegável que entre nós se usam muitas vezes, precisamente para a escola do Estado, alegadamente neutra ou pluralista, expressões como, por exemplo, educação para a cidadania, e outras análogas, que revelam existir um projecto educativo com referência a valores cuja compreensão não é inequívoca e cuja explicitação não é clara, permitindo a manipulação³⁸⁹.

Como defendeu Sousa Franco, «não haverá democracia pluralista sem que o sistema de ensino respeite a autonomia das pessoas e famílias, no tocante às suas preferências e convicções, e sem que dê expressão formativa às principais concepções ou correntes sociais, expressas nas respectivas instituições e associações. (...) No fundo, o futuro da liberdade de ensino será o futuro do modelo pluralista e democrático da sociedade»³⁹⁰.

Referindo-se concretamente ao caso português, afirmou José Augusto Seabra: «a pluralidade de projectos educativos e culturais é [...] erigida em principal objectivo da liberdade de aprender e de ensinar e em fundamento básico do “direito de criação de escolas particulares e cooperativas”, que a Constituição revista expressamente consigna no art. 43.º»³⁹¹. «Não basta, com efeito, que no ensino público se garanta, no respeito da liberdade dos educandos, uma formação aberta, que permita uma opção por esta ou aquela forma de realização pessoal, nomeadamente no domínio das crenças religiosas, dado ser por natureza não confessional. É preciso, ainda, que seja assumida pelo ensino particular uma diversidade de projectos culturais capaz de dar corpo às maneiras de ser que configuram as comunidades portuguesas, de forma a que elas não desapareçam sob a uniformidade tendencialmente hegemónica do ensino estatal. Aqui se insere, nomeadamente, o direito à sua própria cultura, tanto das maiorias como das minorias»³⁹².

Não obstante a evidência desta perspectiva salutar de liberdade pluralista — que não pode merecer críticas visto que reconhece liberdades constitucionais cujo exercício se contém no respeitoso interior do Estado de direito democrático —, a ideologia

³⁸⁸ *Ibidem*.

³⁸⁹ O caso espanhol da introdução da disciplina de Educação para a Cidadania, com opções doutrinárias que levantam objecção de consciência a muitos pais, é bem elucidativo da instrumentalização da escola estatal como projecto ideológico.

³⁹⁰ Cfr. Sousa Franco, *A liberdade de aprender e de ensinar*, pp. 29-30.

³⁹¹ José Augusto Seabra, “Pluralismo cultural e diversidade de projectos educativos”, Roberto Carneiro, *Ensino livre*, p. 44.

³⁹² *Ibidem*.

antipluralista não desiste de lutar por um efectivo *comunitarismo único de Estado*, por exemplo assim: «Para mim, a escola é um *bem público*, é o lugar da diversidade. Julgo que estamos a assistir nos últimos anos a uma fortíssima *tendência comunitarista* que conduziria, no limite, a que cada grupo tivesse a sua própria escola»³⁹³.

Esta argumentação é um caso retórico. Vejamos. Primeiro: afirmar que a escola é um bem público não quer dizer nada, para o mérito da causa. Ninguém defende que a escola não seja um bem público; mas os bens públicos não são apenas os serviços públicos administrativos. Não é legítimo inculcar subliminarmente que o bem educativo privado dos cidadãos, como exercício e fruto de liberdades fundamentais constitucionalmente garantidas — v. g. das liberdades de aprender e de ensinar exercidas em escolas diferentes das do Estado — não interessa ao bem público ou não faz parte do bem público. Uma tal inculcação seria desde logo uma oposição à lei que reconhece as escolas privadas como de interesse público e integradas no *sistema educativo*, à própria Lei de Bases do Sistema Educativo — o que mostra a que ponto pode levar o desígnio daquele *comunitarismo estatal unicitário*. A questão vai muito fundo, e tem que ver com a ideia liminar de um módico de compreensão democrática, da teoria dos bens colectivos e da teoria dos direitos fundamentais: não é por causa do alegado bem público de uma *instituição* que se garantem ou se negam os direitos individuais fundamentais — isso seria uma concepção institucionalista ou colectivista do sistema constitucional; pelo contrário, é pelo valor supremo do (justo) bem individual que ele é reconhecido e garantido como (justo) bem público ou justa *instituição*. A questão é velha de vinte e cinco séculos: não é o cidadão que é para o Estado; é o Estado que é para os cidadãos. Hoje, diz-se que a base fundamental do Estado é a dignidade da pessoa humana (cujo recheio constitucional é constituído pelos «direitos, liberdades e garantias»); não se diz que é um «bem público»: «Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana...» (art. 1.º da CRP).

Segundo: dizer que a escola (estatal) é o lugar da diversidade não resiste à prova dos factos. Desde logo, a educação escolar é uma educação em grupo de docentes e de discentes: é por força educação organizada. Portanto, não pode ser (por antonomásia) o lugar da diversidade (individual): a não ser que todos estejam de acordo — caso este em que a diversidade não é grande —, se prevalecer a liberdade dos professores, já não pode vingar a liberdade dos alunos; e vice versa. De resto, a actual escola estatal é por toda a gente lamentada por não ter autonomia, nem mesmo pedagógica — onde está então a diversidade?

³⁹³ António Nóvoa, *Audições públicas no Debate nacional sobre educação*, p. 30.

O próprio Autor destas posições declara: «Dito isto [...], não devemos ignorar que o sistema escolar português é excessivamente rígido e uniforme. Os dispositivos burocráticos prevalecem sobre as lógicas educativas e pedagógicas. Parece-me pois essencial evoluir no sentido de uma maior liberdade e diversidade»^{394,395}. Nem são precisos comentários.

Continuando, porém, a análise da argumentação que proclama a escola pública como «o lugar da diversidade», mas a impõe como escola única e geral contraposta ao excomungado *comunitarismo dos grupos*, verifica-se que, deste modo, ela é logicamente perspectivada como conflituante ou excludente das diversidades comunitárias ou grupais; e, de facto, essa argumentação vai ao ponto extremo de expropriar as famílias do direito de escolher a educação dos filhos, reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, e também pela Constituição Portuguesa. Obviamente, reconduzir estas consequências a «bem público» e à defesa de «um lugar da diversidade» – do mesmo passo que se reconhece a rigidez e a falta de autonomia da escola *única* – não tem sustentação.

A verdade é que a história moderna da educação escolar é também, em grande parte, a história do autoritarismo educativo, do desígnio do controlo ideológico na escola monopolista, sempre dirigida politicamente pelos vários regimes ou ideologias de governo. É evidente: por mais que os seus defensores (ideologicamente) lhe creditem pluralismo interno (que depois reconhecem não existir de facto), a escola única estatal constitui, pelo seu lógico centralismo, instrumento funcionalmente apto para o controlo educativo (que outra coisa não é a ideia antipluralista da sua

³⁹⁴ António Nóvoa, *Audições públicas*, p. 31. Este Autor propõe: «em primeiro lugar, a liberdade de escolha das escolas dentro do espaço público de educação» [apenas entre escolas estatais]. E acrescenta: «Para que esta escolha se torne efectiva, é necessário [...] sobretudo, que haja “escolas diferentes”». Diz ainda: «Em segundo lugar, [é necessário] uma maior diversidade de percursos». Finalmente, reconhece: «Este caminho exige uma grande coragem e determinação por parte dos professores, exige também modos mais centralistas de controlo da sua actividade...» – *ibidem*. Tudo somado, não há diversidade nem liberdade nas escolas estatais.

³⁹⁵ Ainda no âmbito dos debates sobre o sistema educativo, organizados pelo Conselho Nacional de Educação, uma crítica severa da escola pública foi apresentada por José Manuel Pureza: «num país com as assimetrias e os atrasos estruturais conhecidos, a escola pública não tem sido assumida, como devia ser, como ferramenta essencial de combate aos mecanismos de exclusão e de injustiça social. Ao contrário, deixou-se que, em todos os ciclos de escolaridade, a escola pública se tornasse em mais uma expressão do dualismo social, acantonando-a progressivamente e de muitas maneiras no espaço do social e economicamente desinteressante» – *Audições Públicas*, p. 80. O Autor conclui daqui (não sem suscitar perplexidade): «E, por isso, é-me particularmente difícil encontrar sentido na pergunta sobre os meios de garantir a liberdade de escolha da escola por parte das famílias» – *ibidem*.

defesa). Perante esta ameaça de *educação oficiosa*, o pluralismo das escolas privadas constitui a única saída de emergência para os cidadãos escaparem aos desígnios de endoutrinação de todas as instâncias sociais e estatais que dominem ou influenciem a escola única. Sem esta escapatória, ficam condenados a ser endoutrinados, resta saber por quem.

Terceiro: atemorizar com o limite de que cada grupo tenha a sua própria escola é terrorismo verbal. Além de não ser verosímil — isso nunca aconteceu de facto (nem mesmo aproximadamente) nos muitos casos em que Estados financiam igualmente escolas do Estado e escolas privadas. Por outro lado, na ordem constitucional e legal, apresentar o pluralismo de escolas privadas como um fantasma, ou um *medo*, é uma argumentação que *não toma os direitos a sério*: não se pode ameaçar que o regular exercício das liberdades individuais e a legítima expressão escolar dos grupos da sociedade civil dividem o povo e ameaçam o bem público. Revela um pessimismo democrático, e um certo iluminismo autoritário, dizer das escolas privadas: «mas seriam um factor de divisão, de separação, num tempo em que precisamos de reforçar as nossas redes sociais e o diálogo entre culturas»³⁹⁶.

Outras formulações valorizam, e com clara consciência ideológica, uma entidade comunitária como instância educativa — como por exemplo a de «cidade educadora»; e a educação como «educação para a cidadania democrática», isto é, como educação funcionalizada — fugindo à personalização da problemática, que assenta irredutivelmente em direitos e deveres individuais³⁹⁷. Nesta perspectiva personalista e reformista, diagnostica um ex-governante da educação sobre o nosso sistema escolar actual: «Erigir a relação concreta de ensino-aprendizagem no objectivo central do sistema educativo é algo que exige o redesenho profundo do próprio paradigma de funcionamento do sistema»³⁹⁸.

³⁹⁶ António Nóvoa, *idem*, p. 31.

³⁹⁷ José Manuel Purity, *Audições públicas*, pp. 79-83. «O que estou aqui a tentar colocar é a questão da escola pública [...] como um instrumento de política. [...] um instrumento de política indispensável que tem sido, a meu ver, insuficientemente utilizado ou insuficientemente acarinhado enquanto instrumento» (*idem*, p. 103). «Eu procurei abordar na minha intervenção uma ferramenta mínima que é a escola pública. [um outro interveniente no debate] destacou quanto há de ideológico no discurso que fiz e eu assumo isso por inteiro...» - (*idem*, p. 97).

³⁹⁸ Abílio Morgado, *Educação - mudar é possível*, p. 204.

60. Conclusão: o modelo estatal da escola não é excelente

Em conclusão: quer pela leitura e interpretação do direito constitucional e ordinário em vigor, quer pela aplicação dos princípios da democracia pluralista, não é lícito continuar a defender a tese do monopólio da escola estatal com base na argumentação da *alegada excelência do pluralismo individualista interno e da qualificação negativa do pluralismo externo*. Mais concretamente, tem de concluir-se que a denegação do direito ao financiamento público dos alunos do ensino privado, sob acusação de as escolas privadas (constitucional e legalmente legitimadas) serem malfeitoras de discriminações e guetos sociais, não tem fundamento jurídico nem na Constituição nem nas leis em vigor e é contrária ao nosso Estado de direito democrático e social.

Há que reconhecer que a história e a situação actual em quase todos os países revela claramente que é a respeito das liberdades de educação e ensino (e de religião, que anda muitas vezes conexas) que os Estados mais regateiam as liberdades individuais. Como revela um divulgado manual sobre as liberdades fundamentais em França, cuja história, nesta matéria, foi sem dúvida influente na história europeia continental: «a liberdade de ensino é certamente — entre as grandes liberdades públicas — aquela que tem sido a mais controvertida, que tem dado lugar às mais violentas polémicas e cujo regime parece ainda muito longe de estar definitivamente estabilizado»³⁹⁹.

Contudo, também há que reconhecer um evidente progresso, não apenas no sentido da cobertura do ensino privado pela subsidiação pública, que tem vindo a ser implementada em vários países, como ainda na evolução da compreensão dos direitos fundamentais e das funções do Estado, a qual limita os desígnios de Estado na satisfação dos direitos sociais contra as liberdades individuais. Entre nós, e desenvolvendo considerações muito actuais sobre a teoria do Estado, João Baptista Machado mostrou, num ensaio que é de referência, como o Estado está limitado pelas autonomias sub-estaduais e privadas, «entes autónomos», porque não é livre de os reconhecer na sua perfeição: «se o Estado os reconhece porque, segundo um princípio superior de Direito, os deve reconhecer, então a autonomia desses entes menores é em certo sentido perfeita em si...»⁴⁰⁰.

³⁹⁹ Jacques Robert; Jean Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, p. 615: «la liberté de l'instruction est certainement — parmi les grandes libertés publiques — celle qui a été la plus controversée, qui a donné lieu aux plus violents polémiques et dont le régime ne semble point encore être définitivement stabilisé».

⁴⁰⁰ João Baptista Machado, *Participação, descentralização, democratização, neutralidade na Constituição de 76*, p. 86.

Assim, não é lícito ao Estado reconhecer formalmente mas desvalorizar efectivamente essas autonomias privadas, não as apoiando com as condições necessárias e — pior ainda — opondo-lhe uma organização estatal administrativa concorrente e adversária, financiada pelos impostos. Baptista Machado observa que «importa distinguir entre condição de existência e fundamento de validade (ou de legitimidade)»⁴⁰¹. E é sem dúvida necessário distinguir. Mas o reconhecimento formal de legitimidade não pode ser de facto desvalorizado e atacado por condições práticas adversas predispostas pelo Estado — e é aqui que reside um ponto decisivo da coerência do chamado Estado social com o Estado de direito democrático. Aliás, e como já vimos, a mais recente doutrina dos direitos fundamentais tende a fazer derivar dos direitos de liberdade (jurídica) um direito social *prima facie* a prestações que visam garantir a correspondente liberdade fáctica. O que desde logo contraria a ideia de que ao reconhecimento jurídico das liberdades pode corresponder a indiferença prática do Estado, e muito menos a concorrência hostil da Administração Pública.

Esta evolução verifica-se hoje crescentemente no âmbito do «constitucionalismo», isto é, das tendências das doutrinas actuais sobre os direitos humanos, a Constituição e o Estado.

C – A contradição da negação e da imposição do pluralismo interno na escola privada

61. O «pluralismo externo» e o «pluralismo interno», na escola privada

Como se disse, a tese doutrinal que vimos criticando invoca o argumento da excelência da escola estatal, argumentando que nela existe «pluralismo interno», contra os alegados malefícios da escola privada, caracterizada pelo seu «pluralismo externo». Este *pluralismo externo* significa que as escolas privadas se diferenciam entre si, pelo seu singular projecto pedagógico, mas precisamente à custa do *pluralismo interno* — vigorando em cada uma delas (e, de facto e de direito, pode vigorar) um projecto educativo definido institucionalmente no acto fundacional da própria

⁴⁰¹ *Ibidem*.

escola, o qual se oferece contratualmente aos professores e aos alunos que o queiram aceitar, ficando posteriormente impedidos de o pôr em causa, quer uns, quer outros. No acto da sua fundação, ou por acto posterior de revisão fundacional, a escola privada faz uma livre escolha de projecto educativo, e é assim que entra no *mercado das liberdades de educação e ensino* (liberdade de ensinar) *com uma oferta pública* em concorrência democrática com outros projectos e opções educativas escolares: pluralismo externo.

Porque se apresenta publicamente no mercado das liberdades com uma opção já feita, não faz sentido, e seria até contraditório e mistificatório, que, quem quer que seja, mesmo internamente, pudesse contestar essa opção exigindo-lhe a sua mudança ou alteração. É claro: pressupõe-se que, quer os professores, quer os alunos, conheceram e aceitaram lealmente, expressa ou tacitamente, o respectivo projecto educativo⁴⁰².

Ora, o que é manifestamente surpreendente, na argumentação usada contra a escola privada, é que (do mesmo passo que se lhe dirige a acusação de que ela não tem *pluralismo interno*), se lhe queira impor um regime jurídico de *pluralismo interno* — por via da tese de que a escola privada *não pode abafar a liberdade dos seus professores* (liberdade de ensinar) e a liberdade dos seus alunos (liberdade de aprender) — deste modo se eliminando, quer o não-pluralismo interno, quer o pluralismo externo. É isto o que, aparentemente, defendem Gomes Canotilho e Vital Moreira. Vejamos.

Estes autores afirmam que «a liberdade de aprender e ensinar é, em princípio, reconhecida somente aos indivíduos (incluindo professores e alunos) e não às pessoas colectivas (art. 12.º-2), salvo o direito de criação de escolas (n.º 4), que também está aberto às pessoas colectivas, e sem prejuízo da protecção reflexamente devida às próprias escolas (liberdade de ensinar)»⁴⁰³.

Não é lá muito claro o pensamento assim expresso, excepto no que respeita ao regateio da liberdade de ensinar às pessoas colectivas. A ideia parece ser a de uma distinção entre a criação de escolas e a liberdade de ensinar: a iniciativa de escola seria apenas de organização, mas não uma iniciativa docente. A ser assim, a liberdade de criação de escola privada não seria uma liberdade de ensinar, nem merecia vir no art. 43.º da Constituição: bastaria ser incluída como liberdade de iniciativa económica ou civil. Porém, toda a gente sabe que a criação de escola privada é exercício da

⁴⁰² Excluem-se casos pontuais de erro na celebração dos respectivos contratos, cujas consequências jurídicas, aliás, o direito resolve de acordo com uma jurisprudência secular.

⁴⁰³ Gomes Canotilho; Vital Moreira, *Constituição*, p. 629.

liberdade de aprender e de ensinar dos privados, através das livres opções dos respectivos projectos educativos, em concorrência com o projecto educativo do Estado; e que essa opção do projecto educativo de escola se institucionaliza na escola como instituição, a qual pode ser criada e dotada por pessoa singular ou colectiva *ensinante*. Diferentemente do Estado, que cria escolas e não é pessoa com direito de ensinar. E é aliás por isso que a escola privada merece tanta oposição; e é acusada de ser *pluralismo externo* e de não ter *pluralismo interno*. Claramente a favor de um direito de ensinar da própria escola é António Pedro Barbas Homem: «A escola tem sido considerada como titular da liberdade de ensinar»⁴⁰⁴.

Assentemos, pois: é como liberdade de ensinar e aprender que a Constituição garante a liberdade de criação de escola. Por outro lado, a Constituição reconhece que «as pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza» (n.º 2 do art. 12.º) — o que significa que as pessoas colectivas têm, de acordo com as suas finalidades estatutárias (por exemplo culturais, educativas ou religiosas), o direito constitucional de ensinar, exactamente por via da criação de escolas. O Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, da ONU, refere expressamente que o *direito à educação* reconhecido às pessoas individuais não prejudica a liberdade também das *peçoas morais* criarem e dirigirem escolas, apenas com a subordinação às leis gerais reguladoras do exercício destas liberdades (art. 13.º, n.º 4): «nenhuma disposição do presente artigo [sobre o direito à educação] deve ser interpretado como provocando qualquer ofensa à liberdade de os indivíduos ou das *peçoas morais* criarem e dirigirem estabelecimentos de ensino...».

Sem dúvida, o projecto educativo das escolas privadas deve respeitar os limites constitucionais da liberdade de ensinar (este princípio do respeito pela Constituição é válido para o exercício de todas as liberdades fundamentais, seja por quem for); e tem de observar, no seu desenvolvimento prático, as regras e procedimentos legalmente estabelecidos para a infra-estrutura material e organizativa da escola e o mais. Mas, cumprido isto, a legitimidade da sua opção educativa não pode ser combatida nem discriminada, nem por privados nem pelas autoridades públicas — a Constituição diz que «os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdade e garantias [como o que garante a liberdade de criação e direcção de escolas privadas] são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas» (art. 18.º da CRP).

⁴⁰⁴ *Direito e deveres*, p. 114. Este Autor configura a liberdade de criação de escola privada como integrante do *núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias* [*idem*, p. 113].

É portanto equívoco afirmar o seguinte — e pedimos licença para citar um inteiro parágrafo de Gomes Canotilho e Vital Moreira:

«A liberdade de aprender e de ensinar em conexão com o direito de criação de escolas particulares e cooperativas aponta para **um direito à liberdade de ensino**, o qual por sua vez, é densificado por uma série de direitos: (1) *liberdade dos pais* na escolha de educação dos filhos⁴⁰⁵; (2) liberdade de direcção por parte dos órgãos directivos dos estabelecimentos de ensino particular, o que implicará a abertura para ideários educativos próprios («escola de tendência», «universidades confessionais»); (3) liberdade académica, referente ao conjunto de direitos dos docentes no plano interno do estabelecimento de ensino; (4) liberdade de cátedra, isto é, liberdade de exposição de ideias no âmbito das matérias incluídas no plano curricular de ensino superior. A liberdade de ensinar [na escola privada] não irá desvincular o ensino da observância de princípios institucionais estruturantes (princípio da não discriminação, princípio da igualdade). Esta observância impõe-se nas escolas particulares que recebem financiamento estatal ou quaisquer outros financiamentos públicos»⁴⁰⁶. Em termos ainda mais claros, defendem estes Autores a aplicação às escolas privadas do regime geral da liberdade de aprender e de ensinar, aparentemente sem qualquer reserva de respeito pelos *projectos educativos de tendência* das escolas, ou dos seus legítimos instituidores, individuais ou colectivos, assim: «... a liberdade de aprender e de ensinar, enquanto direito pessoal de docentes e discentes, vale também para as escolas privadas ou cooperativas, não podendo estas — sobretudo quando habilitadas a conferir qualificações ou graus oficialmente reconhecidos — deixar de submeter-se aos princípios da liberdade de ensino («liberdade na escola»)»⁴⁰⁷.

Nestas matérias de direitos fundamentais não pode haver obscuridades ou dúvidas desta monta: no mercado civil das liberdades de educação e ensino, a questão é sempre a de harmonizar o exercício das liberdades de aprender e de ensinar, e ninguém tem o direito de exigir a outrem que aprenda ou ensine em contradição com a sua própria opção educativa. Mas quando alguém, pessoa individual ou colectiva, se oferece publicamente para educar ou ensinar em certos termos opcionais de legítima convicção, crença ou opinião — como sucede ou pode suceder no caso de uma escola privada, de iniciativa singular ou colectiva — é nesses termos, e não em outros, que quem quer que seja, professores ou alunos,

⁴⁰⁵ Para a escola estatal, não se viu enfatizada esta liberdade, como seria lógico.

⁴⁰⁶ *Constituição*, p. 628.

⁴⁰⁷ *Idem*, p. 625.

pode pretender uma relação docente ou discente com essa pessoa, singular ou colectiva⁴⁰⁸. É óbvio.

Diferente é a conclusão se a oferta de ensino da pessoa singular ou colectiva não se apresentar com uma opção de tendência, caso em que a escola privada fica numa posição *neutra* análoga à da escola pública (mas não idêntica), podendo acordar ou não (com professores e alunos) a orientação do ensino ou acertar a opção do ensino já acordado. Antecipadamente se sabendo, porém, que — numa actividade organizada em feixes de relações colectivas — é praticamente impossível a uma escola, pública ou privada, satisfazer todas as individuais e livres escolhas possíveis de orientação no ensino e na aprendizagem de todos os seus (eventualmente muitos e diferentes) professores e alunos — aliás, é esta impossibilidade prática que denuncia como falácia o chamado *pluralismo interno* da escola estatal.

Por outro lado, embora as escolas privadas que suprem a falta de escolas da rede estatal sofram as limitações resultantes dessa função supletiva, o princípio da subsidição do Estado ao ensino nas escolas privadas, designadamente quando se trata de ensino obrigatório, não fica prejudicado pelo projecto pedagógico constitucionalmente legítimo, de tendência ou não de tendência, da escola ou seu titular. Como já vimos, o Estado neutro tem de respeitar as escolhas dos alunos ou seus pais quanto à escola (as escolhas dos alunos ou seus pais é que são decisivas), seja essa escolha por uma escola com tendência ou sem tendência. O que está em causa, para o Estado, é respeitar a opção do aluno ou seus pais; não está em causa, para o Estado, concordar ou discordar dessa opção, discriminando.

Em conclusão, seja-nos permitido insistir na flagrante contradição da doutrina que criticamos, quando: por um lado, verbera a escola privada, porque não tem *pluralismo interno* e só exercita um alegado maléfico *pluralismo externo*; e, por outro lado, afirma que a escola privada não pode deixar de se submeter, no seu interior, aos princípios da liberdade individual, a tal «liberdade na escola». Se é assim, então ela também tem pluralismo interno. Afinal... em que ficamos?

62. Jurisprudência

Esta questão, sem dúvida conflitual, está tratada em democracias mais velhas e experientes do que a nossa. Registe-se, a este propósito, a doutrina do Tribunal

⁴⁰⁸ Pedro Romano Martínez, “O regime laboral dos docentes: alguns aspectos”, *Educação e Direito*, n.º 2, 1999, pp. 41 ss.

Constitucional italiano, que fixou, no seu acórdão n.º 195/1972, que *a liberdade de ensino dos docentes encontra, no ordenamento particular das livres universidades confessionais ou ideologicamente caracterizadas, as limitações que são necessárias para a realização das finalidades destas universidades*⁴⁰⁹. Ora, se isto se afirma para as universidades, onde menos melindre existe quanto às liberdades docentes pelo facto de os seus alunos já serem adultos, quanto mais esta doutrina não valerá para as escolas do ensino obrigatório?

Com efeito, não é possível afirmar sem limites a *liberdade na escola* sem com isso limitar a *liberdade da escola* — como escreve um jurista bem conhecido: «o princípio da liberdade na escola é inconciliável com o da liberdade da escola: ou, melhor dizendo, a liberdade de escola constitui-se como limite no confronto com a liberdade na escola»⁴¹⁰. E porquê? Porque (e isto deve ser sublinhado) a liberdade de escola é essencialmente uma expressão indispensável e legitimíssima da liberdade individual de ensinar e de aprender: quando dois ou mais desejam aprender ou ensinar de certo modo ou tendência, constituem-se em escola — sempre foi assim e terá de continuar. Portanto, a escola privada é a liberdade de aprender e de ensinar dos privados, associativamente exercida, contra a qual outros privados não podem opor-se e nunca são obrigados a colaborar.

A liberdade de escola, como expressão da liberdade exercida (negocialmente exercida no acto institucional colectivo) através da criação de instituições, não se impõe a ninguém; propõe-se à livre adesão de outros, isso sim. E quem uma vez aceitou esta proposta, como professor ou como aluno, não pode posteriormente quebrar o compromisso que tomou com a liberdade dos outros, impondo-lhes a sua vontade. Pode, isso sim, é desvincular-se. Limitar, ou subordinar, a expressão associativa institucionalizada da liberdade de ensinar redundaria, pura e simplesmente, em limitar a liberdade de ensinar. Uma vez isto feito, se os indivíduos que uma vez a aceitaram por contrato de docência ou de ensino não ficassem vinculados ao estatuto institucional, isso equivaleria a não garantir juridicamente, nem os actos civis legais de criação e dotação estatutária institucional, nem aqueles contratos de docência ou de ensino com a escola, nem a garantia constitucional de liberdade de escola — e abrir a porta para toda a espécie de boicote subversivo encapotado à liberdade. Ponto é que a escola privada tenha claramente definido e legalmente formalizado a sua opção institucional; e devidamente apresentado à adesão de professores e alunos o seu estatuto e projecto educativo.

⁴⁰⁹ No original: «la libertà d'insegnamento da parte dei singoli docenti incontra, nel particolare ordinamento delle libere Università confessionali o ideologicamente caratterizzate, limiti necessari a realizzare le finalità di quest'último». Esta doutrina foi fixada contra um recurso de um professor universitário a quem foi retirada, na Universidade Católica de Milão, a licença para continuar a sua docência naquela universidade, com fundamento na incompatibilidade das suas orientações com as da universidade.

⁴¹⁰ Crisafulli, *La scuola nella Costituzione*, in *Studi in onore di G. Menotti De Francesco*, p. 331.

CAPÍTULO VII

A argumentação da infungibilidade

63. O argumento da infungibilidade das prestações sociais de ensino

«Mas as principais razões contra a privatização do ensino público têm a ver com a referida singularidade da escola estatal no contexto das prestações públicas. Diferentemente do que sucede noutros serviços públicos, em que as prestações são “fungíveis”, sendo indiferente a natureza pública ou privada do estabelecimento que as executa (por exemplo, uma intervenção cirúrgica), no ensino a questão essencial está justamente na mais-valia inerente à escola pública...»⁴¹¹. Neste passo, e aliás também no próprio título do artigo em que o trecho se integra, Vital Moreira esgrime o argumento da *infungibilidade da opção educativa*, quando usa a expressão «a singularidade da escola pública». E afirma que as prestações de educação escolar não são fungíveis, isto é, não são indiferentemente substituíveis. Conclui deste carácter infungível que a educação nas escolas estatais não pode ser substituída pela educação em escolas privadas.

É forçoso dizer que o Autor tem aqui inteira razão. O que esquece, porém, e constitui um lapso flagrante (ao aplicar a ideia apenas em favor da escola estatal), é que a lógica do seu raciocínio quanto ao carácter insubstituível dos projectos educativos opera reciprocamente, portanto também em sentido inverso ao que defende. Isto é: se a escola estatal *neutra* não pode substituir-se por escolas privadas *de projecto educativo*, porque os projectos educativos são infungíveis, então, e com o mesmíssimo fundamento na infungibilidade, não podem as escolas privadas (livremente escolhidas ou desejadas pelos alunos ou pais dos alunos no exercício das suas liberdades fundamentais de educação) ser substituídas pela escola estatal.

Recapitemos esta doutrina. A infungibilidade do projecto educativo de cada escola, estatal ou privada, suposto que são diferentes, é logicamente recíproca e, portanto, impeditiva de qualquer substituição de uma escola por outra: se alegadamente as prestações da escola estatal não podem ser substituídas pelas prestações das escolas privadas (o que nem é necessariamente verdade, porque nada obsta a que escolas privadas sejam neutras e substituam a escola estatal, como aliás está

⁴¹¹ Vital Moreira, *A singularidade da escola pública*.

legalmente previsto através dos chamados contratos de associação), também, pela mesma lógica, a escola privada não pode ser substituída pela escola estatal (e, neste caso, isto é sempre verdade).

Resta, portanto, a questão de saber quem tem o direito de escolher a sempre infungível opção educativa. Se o Estado para todos os cidadãos, ao oferecer/impor gratuitamente «uma» escola pública; se os alunos (ou seus pais), cada um para si, no exercício do seu direito constitucional de liberdade e do seu direito social ao ensino. E aqui é que está toda a questão. De certo ninguém contesta a liberdade individual de aprender, que é um direito de escolha; mas, pela via do exclusivo do financiamento público à gratuidade da escola estatal, o que se obtém é uma distorção das escolhas dos pais dos alunos que não podem financeiramente custear as propinas das escolas privadas. É óbvio. Assim, a alegação da infungibilidade resulta apenas num reforço dialéctico formal deste monopólio, que é o que visivelmente se pretende: porque o raciocínio, em vez de partir da liberdade individual, parte da escola oficial do Estado.

No seu raciocínio, Vital Moreira não parte do direito individual de escolha do serviço escolar, para, precisamente com base no carácter infungível desse serviço, argumentar que ninguém pode substituir a escolha escolar de outrem. Ao contrário, Vital Moreira parte da existência de um monopólio estatal de serviços escolares; e porque os serviços escolares têm carácter infungível, argumenta então com o impedimento da substituição desses serviços públicos por privados.

Mas, ao contrário da sua tese, é precisamente onde se verifica o carácter infungível das prestações, como na educação, que mais repugna um monopólio estatal — porque o monopólio força a substituição das prestações escolhidas ou desejadas, por natureza infungíveis, pelas prestações do próprio monopolista. A imposição da escola estatal, por via do monopólio do financiamento público, constitui assim uma violação grave do princípio da infungibilidade do ensino, ou da singularidade de cada escola, que só cada cidadão, para si próprio ou seus filhos, pode legitimamente escolher e impor — o que não aconteceria, ou aconteceria com consequências menos graves, se não houvesse infungibilidade.

O argumento de Vital Moreira está portanto invertido: [1] quando valoriza que os privados possam substituir o Estado nas prestações de bens ou serviços públicos fungíveis, como por exemplo em prestações técnicas ou meramente económicas — porque a verdade é que é precisamente nestes casos que uma eventual intervenção monopolista do Estado menos afectaria as liberdades individuais dos consumidores ou utentes, exactamente porque as prestações são fungíveis; [2] e quando, em contradição lógica, defende o monopólio estatal de bens ou serviços que têm carácter infungível.

Mas note-se bem: o que fica dito refere-se directamente às prestações docentes, aos específicos projectos educativos das escolas — estas, sem dúvida que são infungíveis. Mas não se aplica ao financiamento do ensino escolar, porque, como é óbvio, as prestações financeiras são perfeitamente fungíveis. Ora, o que se pede ao Estado não é um projecto educativo, que ele está constitucionalmente proibido de programar, mas sim um apoio fáctico financeiro ao exercício da liberdade de projecto escolar. O Estado não pode, ele próprio, fornecer projectos educativos, que são infungíveis; mas pode perfeitamente, e sem contradição, apoiar financeiramente diversos projectos educativos, porque o respectivo financiamento tem carácter perfeitamente fungível.

Em conclusão: ao contrário da tese de Vital Moreira, o problema da infungibilidade do ensino obsta ao monopólio de um projecto de escola estatal. E não obsta ao financiamento do ensino escolar privado.

64. O argumento do «modelo republicano da escola pública»

De algum modo atribuindo à escola estatal um carácter próprio e insubstituível, alega-se ainda, contra o financiamento público da escola privada, um surpreendente argumento: «o financiamento público do ensino privado contraria radicalmente o modelo republicano da escola pública, como garantia de serviço público de ensino universal, interclassista e multicultural, como instância de socialização e de integração cívica, de igualdade de oportunidades, de não discriminação social na esfera do ensino e de coesão social. No dia em que o ensino reproduzisse as diversas clivagens sociais, a escola teria deixado de ser um factor de integração cultural e de coesão social, para ser um instrumento de reprodução dessas divisões e, mesmo, de criação de um apartheid religioso, étnico e cultural»⁴¹².

Note-se, desde logo, a obsidiante ideia de uma função institucional política e cultural da escola pública, contraposta às diferenças culturais e até sociais consideradas como divisões condenáveis entre cidadãos a erradicar por via de uma política educativa de Estado. Neste raciocínio, a liberdade individual não é *tomada a sério* — nem a mobilidade dos cidadãos entre grupos, opiniões e culturas, em suma, o multi-culturalismo que é em geral valorizado.

Este argumento do *modelo republicano* da escola está deslocado no quadro da actual Constituição e das leis vigentes. Não estamos já num regime constitucional de liberalismo individualista jacobino, mas sim num regime de Estado liberal-

⁴¹² Vital Moreira, *idem*.

-democrático-social, cuja base são as liberdades individuais. A reclamação de um ambíguo republicanismo não acrescenta nada de especialmente valioso à nossa *democracia constitucional*; e, pelo contrário, pode parecer um revivalismo serôdio para suprir o embaraço de invocar outras formulações que não se contentam com a formulação constitucional e doutrinariamente clara do *Estado de direito democrático*, que a Constituição afirma como base da República Portuguesa e a doutrina moderna do «constitucionalismo» tem vindo a fundamentar de modo crescentemente consensual na Europa — que «toma os direitos a sério».

Por outro lado, evocar o modelo republicano, precisamente quanto à escola, não pode desligar-se da nossa experiência histórica. E, em Portugal, o modelo republicano foi, quanto à escola, autoritário e laicista até ultrapassar o respeito pelas liberdades: a história da repressão republicana contra o ensino privado raiou o despotismo insensato⁴¹³. Em nome da actual Constituição, não é possível uma tal reedição. A experiência portuguesa da Primeira República (e da Segunda República Corporativa também não é bom falar) seguiu, se é que não ultrapassou, a experiência francesa napoleónica. E de Napoleão sabemos o que visava com o monopólio estatal do ensino, porque ele próprio o declarou: «ao estabelecer um corpo de ensino, o meu objectivo principal é o de ter um meio de dirigir as opiniões políticas e morais... Enquanto não se aprender desde a infância se é necessário ser republicano ou monárquico, católico ou irreligioso, o Estado não formará uma Nação»⁴¹⁴.

A velha concepção política republicana tinha consequências no plano constitucional e jurídico, que hoje são rejeitadas. Sobre a diferença entre a 1.ª República e o actual paradigma do regime jurídico, demos a palavra a Rui Machete. «Em Portugal, na I República (...), a utilização dos serviços públicos, o acesso às suas prestações e o direito às mesmas são situações objectivas...». «O regime [jurídico]

⁴¹³ A bibliografia é muito considerável. Para uma breve resenha histórica, v. Jorge Cotovio, *O ensino privado*, e a bibliografia aí citada. V. ainda, para uma focagem mais centrada nas relações da República com a religião, Maria Lúcia de Brito Moura, *A guerra religiosa na Primeira República*; João Seabra, *A lei portuguesa da separação do Estado das Igrejas, de 20 de Abril de 1911*. No período do Estado Novo, v. o ensaio notável de Guilherme Braga da Cruz, onde se fez, já então, uma tipificação dos modelos, distinguindo: o sistema de monopólio de Estado, o da liberdade passiva (liberdade formal, «à margem do Estado») e o sistema da liberdade activa (liberdade privada apoiada pelo Estado) - *Direitos e deveres do Estado na educação*, p. 2. Este ensaio — que está baseado na doutrina social da Igreja, inclui uma colheita de análise histórica e oferece uma boa síntese de direito comparado — merece ser considerado de referência.

⁴¹⁴ *Apud* Paulo Adragão, *A liberdade de aprender e a liberdade das escolas particulares*, p. 49.

é, claramente, um regime de direito público, e as situações são objectivas»⁴¹⁵. E prossegue ainda o mesmo Autor: «A mudança de paradigma das relações entre os cidadãos e o Estado veio igualmente contribuir para modificar a visão tradicional de serviço público. O Estado-Providência trouxe consigo o alargamento dos direitos fundamentais, que, para além dos direitos de liberdade, passaram também a incluir os direitos sociais...». Assim, «os direitos a prestações, os princípios da igualdade e da não-discriminação aproximaram os utentes dos consumidores...». «No sector dos serviços públicos, e em consequência destes movimentos e pressões (...), a concorrência sucedeu ao monopólio e a regulação à tutela administrativa»⁴¹⁶.

Esta grande mudança teve indiscutível impacte na ideia inspiradora da União Europeia, e a partir dela vem influenciando as mudanças nos países comunitários. Escreve ainda Rui Machete que, no âmbito da União Europeia, «o direito comunitário (...) assume uma atitude manifestamente desfavorável em relação ao serviço público, tal como o conhecem os ordenamentos francês e português. (...) Os serviços públicos são excluídos do conteúdo dos conceitos de Estado e de Administração Pública acolhidos nos tratados»⁴¹⁷. «O Tribunal de Justiça, por seu lado, acompanhou e até reforçou as iniciativas da Comissão no sentido de submeter as actividades enquadradas pelos direitos nacionais sob a perspectiva de serviço público à disciplina do mercado e da concorrência»⁴¹⁸.

Não há razão para querer recuperar, hoje, equívocas raízes republicanas, com a finalidade de reeditar uma concepção jacobina no ensino escolar. Ao contrário, a evolução necessária e inelutável vai em sentido historicamente novo e inverso, em que o Estado respeita e promove a sociedade civil pluralista, como as mais modernas correntes jurídicas da «democracia constitucional» defendem. É certo que no seio destas correntes persistem divergências, que radicam em velhas e clássicas divergências. Mas também é certo que poucos hoje recusam que é sobre a base da dignidade da pessoa humana, cujo núcleo jurídico essencial se exprime em direitos subjectivos fundamentais de liberdade, *levando os direitos a sério*, que se afirma o Estado de direito democrático e social. E não promovendo uma escola de Estado, qualquer que seja o adjectivo que se lhe acrescenta.

⁴¹⁵ Rui Machete, “Um novo paradigma nas relações Estado-sociedade”, *Nova Cidadania*, n.º 12, 2002, p. 30.

⁴¹⁶ *Ibidem*.

⁴¹⁷ *Ibidem*.

⁴¹⁸ *Ibidem*.

Num sentido mais geral, no âmbito da teoria política das últimas décadas — que não de reivindicação de um «modelo republicano da escola pública, como garantia de serviço público de ensino universal», *serviço público* contraposto e excludente das escolas privadas —, há uma corrente de pensamento que se designa por *neo-republicanismo cívico*, e pretende combater os excessos neo-liberais, de pontos de vista *comunitaristas* que aliás não são sempre os mesmos para todos os autores, contribuindo para uma fundamentação da função reguladora do Estado. Mas, na questão que nos ocupa, não se trata de excessos neoliberais; muito longe disso. Por outro lado, o próprio neo-republicanismo não pôde fugir a uma crítica negativa de *revivalismo* e de ambiguidade. E não ganhou força como posição de *recuperação iluminista* quando, como diz Jónatas Machado, se tornou clara «a presença simultânea de temas liberais e republicanos no advento do constitucionalismo moderno...»⁴¹⁹.

⁴¹⁹ Jónatas Machado, *Liberdade de expressão*, p. 171. Escreve este Autor: a doutrina do neo-republicanismo cívico, que «tem servido de base em torno à reflexão da questão regulatória [...] pode ser vista como um correctivo às diversas formas de derivação pluralista do pensamento liberal, e, nessa medida, como um regresso ao pensamento liberal de matriz lockeana e madisoniana» (p. 895). Apesar desta compreensível boa intenção, «ela deve ser avaliada criticamente. Uma vez desactivadas, em sede teórica, as armadilhas comunitaristas que podem estar encobertas nalgum pensamento republicano, deve ser dada uma atenção particular à questão da ausência, no mundo real, das virtudes cívicas dialógicas por parte dos indivíduos e dos grupos, de procedimentos institucionais que possibilitem um efectivo diálogo deliberativo ou de consensos e compromissos entre as diferentes posições em confronto. Este último aspecto assume particular relevo quando se tem em conta o facto de que, em confronto nas modernas sociedades não se encontram apenas “posições”, “ideias” e “opiniões”, mas sim “epistemas”, “mundividências”, “ontologias”, “concepções do bem”, “narrativas e contra-narrativas”, “realidades e contra-realidades» (pp. 896-7). Acrescem ainda outras dificuldades, como as respeitantes às falhas de deliberação e à avaliação dos procedimentos deliberativos. «Também estes aspectos [observa Jónatas Machado] não aconselham, todavia, uma rendição incondicional à intervenção estadual, mesmo quando em nome da razão pública, do diálogo, da deliberação e do consenso. [A intervenção regulatória estadual] deve favorecer os valores constitucionais da autonomia individual e da descentralização da autoridade nos procedimentos comunicativos» (p. 897).

CAPÍTULO VIII

A questão dos meios financeiros

65. O argumento da insuficiência de meios financeiros para o ensino privado

Argumenta-se por vezes contra o financiamento público do ensino aos alunos das escolas privadas com base na insuficiência financeira do Estado. Não haveria dinheiro para financiar o ensino básico e constitucionalmente gratuito nas escolas privadas; só o haveria para o financiamento nas escolas estatais.

Tratando-se de uma questão de liberdades fundamentais e de cumprimento da Constituição e das leis, chegar ao ponto de recorrer a este argumento é bem sinal da fraqueza de razões doutrinárias e da má vontade contra o financiamento do ensino privado. Ainda que haja dificuldades financeiras, elas nunca são nem absolutas nem eternas; e, em questões de princípios, nunca são definitivas. Por outro lado, fica por demonstrar porque é que hão-de ser as escolas públicas a ter a prioridade para receber os limitados meios financeiros disponíveis — isto é, abre-se aqui uma petição de princípio, ficando o argumento financeiro sem autonomia nem relevância.

Mas, além de tudo isto, o argumento das dificuldades financeiras comporta sofismas de argumentação e erros de economia. Vejamos.

O argumento da escassez relativa de meios financeiros contra a escola privada apresenta-se, desde logo, como patentemente sintomático de uma pré-compreensão partidária. Com efeito, não é por causa da economia que se desfavorece a escola privada; é porque se desfavorece a escola privada que se alega contra ela o argumento da economia. Evidentemente, se a prioridade entre escola estatal e escola privada fosse a inversa, inversa seria também a direcção do argumento da escassez relativa de meios financeiros.

Mas além de *partidário*, e portanto subjectivo, o argumento da economia é realmente falacioso. A verdade é que o Estado está obrigado a custear o ensino obrigatório para todos os alunos: a gratuitidade é constitucionalmente universal. Assim sendo, e dado que, apesar de tudo, alguns alunos optam pelas escolas privadas, a questão do financiamento do ensino a estes alunos coloca-se na seguinte alternativa. De duas uma: ou o Estado, para cobrir o ensino a estes alunos, amplia a rede de escolas estatais para os acolher (uma hipótese), ou então lhes financia o ensino nas próprias escolas privadas (segunda hipótese) — *tertio non datur*: o que Estado não pode é dizer que não tem de custear o ensino destes alunos. Assim sendo, e dado que o custo médio por aluno na rede das escolas do Estado é mais elevado do que

o custo médio por aluno nas escolas privadas (e considerando que, apesar de tudo, o número de alunos das escolas privadas é suficientemente elevado para se poder raciocinar com base em valores médios⁴²⁰), então é mais económico para o Estado pagar o ensino nas escolas privadas do que pagar o ensino nas escolas estatais. Onde fica, então, o argumento da falta de meios financeiros para este efeito?

Mas podem ainda acrescentar-se outras considerações. Na argumentação que se critica, raciocina-se como se o financiamento público dos alunos das escolas privadas, acrescentando ao das escolas estatais, determinasse uma enorme diferença em valor absoluto e relativo na despesa pública. Ora isso também não é um argumento claro, porque, do número de alunos das escolas privadas, uma parte já é financiado pelo Estado. Melhor seria que o Ministério da Educação apresentasse publicamente contas claras, sobre toda esta questão, para se poder discutir sem ser invocando fantasmas.

Esta argumentação contra o financiamento público dos alunos das escolas privadas esconde que o custo médio por aluno nas escolas privadas é menor do que o mesmo custo médio nas escolas estatais — resultado da consabida melhor gestão privada em comparação com a gestão pública. Ora, logicamente, se na rede escolar nacional subsidiada pelo Estado existir uma quota parte de rede privada, isso redundaria numa redução dos custos médios globais. E se a rede privada aumentasse pelo facto de o Estado também aí cobrir os custos do ensino, então ainda poderia obter-se uma redução futura dos custos globais, em valores absolutos e relativos. Para não falar da redução de custos por via da melhoria da gestão, efeito da *concorrência* entre as escolas que estimularia uma melhor gestão no sector estatal — as experiências internacionais provam isto mesmo, e não faltam estudos que o documentam⁴²¹.

Na verdade, o que subjaz ao argumento da escassez de meios financeiros é o temor de qualquer mudança de gestão do sistema; e o receio de que os pais dos alunos pudessem em massa escolher as escolas privadas em regime de gratuitidade, levando a um êxodo da população escolar das escolas estatais. O que provavelmente aconteceria, mas só até certo ponto, a avaliar por experiências estrangeiras como a da Suécia, em que esse êxodo existiu mas não foi além de uma certa medida.

⁴²⁰ Como já se disse anteriormente, um em cada cinco alunos está matriculado no ensino privado.

⁴²¹ Remete-se o leitor para os documentos da União Europeia, no âmbito do programa *Eurydice*, designadamente o documento sobre *o financiamento e a gestão dos recursos humanos no ensino obrigatório*.

Em suma, o argumento é falacioso. Sucede até que, em sentido precisamente contrário, o problema do financiamento do ensino privado tem vindo a ser defendido em vários países por razões de economia do sistema global; e os países que fizeram a reforma comprovam a sua economicidade.

Mas entre nós levanta-se um outro problema. Como a Administração Pública (as escolas estatais são Administração Pública) é rígida, o Governo poderia vir a ter um problema político para reduzir a rede das escolas estatais. Isso tem-se visto ultimamente, com as reduções forçadas de escolas públicas por motivo de redução da população escolar. Porém, este não é um problema educativo, ou escolar; é sim um problema político burocrático, que merece uma solução justa mas não pode impedir a reforma do sistema de ensino, imperiosamente necessária dadas as graves consequências que decorrem da sua omissão para o desrespeito dos direitos humanos de liberdade pessoal e para a qualidade do ensino: o ensino escolar é decisivamente para os alunos, e só secundariamente para os professores. De resto, as dificuldades não seriam impossíveis de solução justa, para os professores.

No argumento contra o financiamento das escolas privadas esconde-se frequentemente um outro sofisma. É que, na verdade, o que está principalmente em causa não é, em rigor, o financiamento de escolas, mas sim o financiamento do ensino aos alunos, a começar pelo ensino obrigatório e constitucionalmente gratuito. Ora, se os alunos podem, como efectivamente podem, e ao abrigo de garantias constitucionais, escolher indiferentemente a escola do Estado ou a escola privada; e se as escolas privadas podem, como efectivamente podem, prestar o *serviço público* de ensino, inclusive o *ensino legalmente obrigatório*⁴²²; então o Estado não pode discriminar definitivamente (como é pretendido pela alegação daquela *eterna* dificuldade financeira) os alunos das escolas privadas, visto que eles também têm o direito constitucional ao ensino gratuito durante a escolaridade obrigatória. Este é, como já vimos, o ponto de partida inarredável. E não se pode negar politicamente o que está juridicamente na Constituição e é explicitamente determinado na própria lei da gratuidade do ensino obrigatório.

Por outro lado, ainda, as despesas com o ensino escolar dependem também do próprio sistema técnico utilizado para a sua determinação. Há muitas formas técnicas possíveis, desde a subsidiação directa à escola até à subsidiação directa ao

⁴²² Além de ser óbvio, está expressamente dito nas leis, como desde logo na Lei de Bases do Ensino Particular e Cooperativo, que diz que «as actividades e os estabelecimentos [privados] de ensino enquadrados no âmbito do sistema nacional de educação são de interesse público»; e «gozam das prerrogativas das pessoas colectivas de utilidade pública e, conseqüentemente, são abrangidas pela Lei n.º 2/78, de 17 de Janeiro» (cfr. arts. 2.º e 3.º).

aluno – neste último caso, por exemplo através de diferentes modalidades possíveis, uma das quais é a do conhecido *cheque escolar*. E são também possíveis soluções gradativas e parciais. Mas todas estas e outras opções, sendo técnicas, não podem justificar discriminações que não são técnicas, nem impedir soluções globais mais justas e racionais.

É verdade que o Estado, entre nós, tem de garantir uma «rede de estabelecimentos públicos de ensino que cubra as necessidades de toda a população» (art. 75.º da CRP) – mas já vimos como hoje tem de se interpretar esta incumbência, em sentido subsidiário, e não monopolista. Acresce que essa rede não está constitucionalmente definida como inteiramente gratuita – e de facto não o é, desde logo na parte que respeita ao ensino não obrigatório. É no art. 74.º que se afirma para o Estado o dever de (nestes termos) «assegurar o ensino básico universal, obrigatório e gratuito», sem de nenhum modo aí se ligar exclusivamente a implementação deste desígnio às escolas estatais. E ainda o dever de «estabelecer progressivamente a gratuidade de todos os graus de ensino» – o que também não está limitado à rede estatal. Todo o programa constitucional do art. 74.º não é para ser levado a cabo somente pelas escolas públicas; tem um alcance amplo de vias e formas de concretização – algumas das suas alíneas não cabem sequer apenas na realização escolar.

Portanto, nem no art. 74.º, nem no art. 75.º da Constituição, se limita a despesa pública do Estado à manutenção das escolas estatais. Como já se disse, a questão essencial, nesta problemática da satisfação dos direitos sociais, nem é a de subsidiar escolas; mas é sim a de subsidiar o ensino a pessoas, a cidadãos: os alunos é que são as titulares do direito social ao ensino que o Estado tem de satisfazer. As escolas privadas, enquanto livres e legítimas iniciativas de cidadãos no exercício do direito de ensinar, poderão invocar que são discriminadas e deslealmente concorrenciadas pelo monopólio das escolas estatais, na medida em que o financiamento discriminatório aos alunos tem esse efeito derivado sobre si próprias⁴²³.

De resto, e como vimos, já foi verificada a constitucionalidade da Lei n.º 9/79, Lei de Bases do Ensino Particular e Cooperativo, que impõe a subsídioção pública nas escolas privadas: «conceder subsídios e celebrar contratos para o funcionamento de escolas particulares e cooperativas, de forma a garantir progressivamente a igualdade de condições de frequência com o ensino público nos níveis gratuitos e a atenuar

⁴²³ É possível e legítimo levantar a questão do apoio fáctico à liberdade específica de criação de escolas privadas; mas essa é uma questão que ficaria praticamente resolvida se o Estado financiasse o ensino aos alunos das escolas privadas.

as desigualdades existentes nos níveis não gratuitos» (art. 6.º)⁴²⁴. E ao tempo ainda a Constituição não tinha sido revista, como depois veio a ser, em sentido liberal-social. Assim, considerar suplementar ou duplicante a despesa com o financiamento do ensino aos alunos da rede das escolas privadas (como na argumentação de Vital Moreira), além de ser uma conta errada, é uma discriminação anticonstitucional e uma negação frontal da lei ordinária — já o vimos pela interpretação da Constituição e das leis.

Poderia ainda alegar-se que o Estado tem o dever de gerir com a máxima economia os recursos públicos. Ora, e como já se disse, e é de resto provado por estudos internacionais realizados por economistas dos mais reputados, os custos do (*mesmo*) ensino nas escolas privadas é inferior ao das escolas estatais, porque o Estado é ineficiente e gerador de gastos excessivos. Na experiência portuguesa, pode aliás afirmar-se existir já uma prova, confirmada ao longo de anos, de que o custo por aluno nas escolas privadas com contrato de associação (em que os alunos recebem o ensino gratuitamente, como numa escola estatal) é inferior ao custo por aluno nas escolas públicas.

Em conclusão: se uma escola privada fornece o mesmo ensino a custo inferior ao das escolas públicas; se o serviço oferecido for pelo menos qualitativamente igual, como sem dúvida em geral acontece; se o serviço prestado é qualificado e reconhecido pela lei como serviço público, como realmente é; e se os pais e alunos preferirem as escolas privadas — como aliás se pode confirmar na prática, designadamente com manifestações inequívocas de pais e alunos nos casos em que o Estado tem reduzido o número de alunos nos contratos de associação —, então não há nenhum argumento sequer sensato contra a preferência da *economicidade* da escola privada financiada pelo Estado.

Não obstante, e por incrível que pareça, foge-se a esta questão, que é a verdadeira questão da economia do ensino; e raciocina-se como se o Estado tivesse sempre de manter a rede de escolas estatais dimensionada para cem por cento dos alunos do País, incluindo os alunos das escolas privadas — por esse facto tendo de pagar aos alunos das escolas privadas uma duplicação. O que é absurdo.

A verdadeira questão financeira com a educação não é, de resto, a da *necessária despesa* para financiar o ensino a todos os alunos de todas as escolas do ensino obrigatório; mas é, isso sim, a do *desperdício*. A verdadeira questão é a de, com menor custo, prestar o mesmo ou até melhor serviço aos cidadãos titulares do direito social

⁴²⁴ Relembre-se que várias outras leis expressamente impõem o financiamento público do ensino nas escolas privadas, desde logo a lei da gratuidade ensino obrigatório.

à educação escolar gratuita ou quase gratuita. Ora, não há dúvida de que o maior recurso às escolas privadas (sempre na condição de escolhidas por alunos e pais) em substituição de escolas estatais, traz economias — além de trazer maior eficiência de ensino e outras vantagens qualitativas e de cidadania.

A verdade, porém, é que, ao contrário desta orientação, tem-se preferido o desperdício quando se tem recusado a expansão da rede escolar através de escolas privadas, por celebração de contratos de associação ou de contratos simples, ou através de outras formas de financiamento directo aos alunos, ainda mesmo quando esta expansão seja preferida por pais e alunos — contra o que está expressamente consagrado na lei e não é de facto observado⁴²⁵. Chega-se até à irracionalidade financeira de se reduzirem as quotas das escolas privadas com contrato, para transferir alunos para as escolas públicas, contra a sua vontade, dando assim preferência às escolas públicas mais dispendiosas. Sucede isto frequentemente, aliás com clamor público dos pais e alunos documentado pela comunicação social. O argumento do emprego não é aqui relevante, porque a redução dos postos de trabalho nas escolas privadas é socialmente tão grave como a mesma redução nas escolas estatais.

Enfim, é irrecusável que, ao contrário do que alega o argumento que se critica, nestas situações se pratica um efectivo e escandaloso desperdício financeiro, ofensivo do princípio fundamental de economicidade que se impõe ao Governo — além da violação das liberdades e do princípio constitucional da igualdade. E a razão é só a das preferências políticas ideológicas contra as preferências civis dos pais e alunos, da escola estatal contra a escola privada, do Estado contra os cidadãos.

Assim, é aqui urgentíssima uma reforma. Terá de ser ponderada e gradual, até mesmo para *respeitar* as situações de direitos adquiridos dos professores. Mas estas situações não são pétreas, como se demonstrou agora com o encerramento de muitas escolas estatais em lugares com muito pequenas populações estudantis. Quanto à gradualidade, já passaram mais de quinze anos sobre a data da lei da gratuitidade, que impõe a cobertura do ensino privado de acordo com o princípio da gradualidade. Mas gradualidade é uma coisa; completa (e dolosa) inércia é outra. Porque, entretanto, a despesa pública aumentou exponencialmente, apenas em favor da escola pública, sem equidade redistributiva.

Por outro lado, não foi respeitada a lei no planeamento da expansão da rede. Ai, nem sequer há as dificuldades das situações já constituídas. Perante estas evidências, não se pode continuar a invocar de boa fé o argumento financeiro, para nada fazer.

⁴²⁵ Cfr. o diploma legal sobre a rede escolar nacional, DL n.º 108/88; v., a este respeito, Aldónio Gomes, “A rede escolar”, Congresso do EPC (III), *Legitimidade do ensino particular e Cooperativo*.

QUARTA PARTE
PARA UMA REFORMA DO SISTEMA ESCOLAR

CAPÍTULO IX

Pressupostos principiológicos da reforma escolar

66. Reforma dos velhos sistemas escolares

Os sistemas escolares nacionais, considerados necessários a todas as sociedades modernas, nasceram de origens históricas em que intervieram diversas razões, umas boas e outras más. Deste legado, porém, não temos que herdar coisa nenhuma a não ser a benefício de inventário. Assim, os tradicionais sistemas escolares nacionais têm actualmente de se reformar, refundando-se à luz dos princípios e direitos sobre os quais se baseiam hoje as sociedades mais avançadas da tradição humanista ocidental, que entretanto evoluíram, desde concepções iluministas e jacobinas, numa concepção liberal, democrática e social, no sentido de cada vez mais e melhor «tomar os direitos humanos a sério».

As considerações antecedentes, que constituem uma crítica à situação escolar e às tradições do monopólio escolar de Estado, devem por isso concluir-se por algumas proposições acerca da reforma necessária para o sistema escolar português. Não como um programa exaustivo, esgotando as múltiplas questões de natureza doutrinária e, além disso, também de natureza técnica, ou prática (em que, aliás, existem opções indiferentes ou quase do ponto de vista dos princípios); mas, isso sim, como uma base jurídica e prática de orientação no quadro da Constituição e das leis em vigor⁴²⁶.

⁴²⁶ As propostas de reforma para o nosso sistema escolar são sem conta, e vêm de todos os lados, visto que a situação em que se encontra é catastrófica, porque o ensino é quantitativa e qualitativamente mau: é baixo o nível da preparação escolar dos alunos, é enorme a percentagem dos que não concluem o ensino obrigatório, é em geral dramática a indisciplina (quer dizer, a educação). Registaremos apenas uma dessas propostas, ainda recente, de um prestigiado jornalista, Henrique Monteiro, director do Semanário *Expresso*, que enuncia as seguintes sugestões (por ele próprio qualificadas como «uma revolução»): «1) Liberdade para os pais escolherem a escola dos filhos. O Estado subsidia o ensino através de cheques-educação e não através de transferências para as escolas [...]; 2) Descentralização da gestão das escolas, através de um gestor nomeado por uma Comissão de Agrupamento escolar. [...]; 3) As contratações, nomeações e avaliações dos professores (deverá haver exames para se ser professor) deixam de ser feitos pelo Ministério para o serem pelo gestor da escola; 4) Os manuais escolares, que devem estar de acordo com um programa nacional, passam a ser propriedade das escolas [...]; Exames nacionais de fim de ciclo (4.º, 6.º, 9.º e 12.º anos) em todas as disciplinas fundamentais, de acordo com o grau [...] 6) Ensino obrigatório até aos 16 anos. Possibilidade de retenção (chumbo) e passagem compulsiva para o ensino profissional em caso de mais de duas retenções no mesmo ano (caso tenha duas retenções no profissional, perde o direito ao cheque-educação e, se tiver menos de 16 anos, passa para os serviços sociais).» - cfr. *Expresso*, 08-03-2008.

67. No quadro do Estado de direito democrático

Depois de, no art. 1.º, proclamar que «Portugal é uma República baseada na dignidade da pessoa humana», a Constituição afirma, logo no artigo seguinte, que «a República Portuguesa é um Estado de direito democrático baseado [...] no respeito e na garantia da efectivação dos direitos e liberdades fundamentais [...] visando a realização da democracia económica, social e cultural...». Assim, a democracia económica, social e cultural é hoje constitucionalmente entendida como uma cidadania baseada no respeito e garantia das liberdades pessoais fundamentais; e é sobre esta base, e em referência a ela, que surgem, como instrumentalmente necessários, os direitos sociais (económicos, sociais e culturais).

Esta é também a doutrina que se pode encontrar reflectida nas teorias do chamado «constitucionalismo democrático», que (como no exemplo alemão) colocam os direitos humanos como base das constituições e afirmam os direitos sociais como adscritos nas normas que declaram e garantem os «direitos, liberdades e garantias».

Por esta concepção, a República Portuguesa actual distingue-se, desde logo, da concepção pré-social da Primeira República — e importa reafirmá-lo, porque por vezes se tem evidenciado, aqui ou ali, também nesta matéria, uma tentativa de regresso saudosista ao velho republicanismo. Ora, em vez de um retrocesso a um conceito jacobino, a actual Constituição impõe que o historicamente herdado *sistema* escolar se reforme para uma *rede* escolar, que, em lugar de se determinar, organizatória e culturalmente, por um desígnio político-ideológico de Estado, garanta *liberal e socialmente* a igualdade de oportunidades a todos os cidadãos para o exercício das suas liberdades pessoais de educação: de aprender e de ensinar, por esta ordem de primazia — o que necessariamente se prolonga na liberdade de escolha da educação escolar e, portanto, na liberdade de escola, estatal ou privada⁴²⁷.

Do mesmo modo, há também que diferenciar radicalmente a concepção constitucional actualmente em vigor, baseada nas liberdades fundamentais de educação e de ensino, de acordo com a definição da República como Estado de direito democrático, daquela outra que foi consagrada no texto constitucional de 1976, em que a República era definida como *Estado democrático de transição para o socialismo*⁴²⁸.

⁴²⁷ Para uma síntese da evolução jurídico-administrativa das posições dos cidadãos, como utentes dos serviços públicos, desde a 1.ª República até hoje, recorde-se o já citado ensaio de Rui Machete, *Um novo paradigma*.

⁴²⁸ Recorde-se: no actual art. 2.º do texto constitucional da Constituição, onde hoje se consagra o Estado de direito democrático, a República Portuguesa era definida, em 1976, como: «um Estado democrático, baseado na soberania popular, no respeito e na garantia dos direitos e liberdades

Em tese, portanto, é necessário fazer evoluir a situação do *sistema escolar* português, do seu histórico carácter estatista, para uma *rede escolar pluralista* de liberdades de educação, inserida na sociedade civil, seja como expressão dela, seja como serviço do Estado às liberdades dos cidadãos.

Para esse fim, é indispensável a clarificação dos pressupostos principiológicos fundamentais específicos, com base nos quais importa subsequentemente alterar aspectos decisivos da organização e do funcionamento do sistema existente.

68. Exercício individual e colectivo das liberdades de aprender e de ensinar

Como vimos, as liberdades pessoais fundamentais de educação e ensino estão reconhecidas e garantidas na Constituição: «é garantida a liberdade de aprender e ensinar» (n.º 1 do art. 43.º); e «é garantido o direito de criação de escolas particulares e cooperativas» (n.º 2 do art. 43.º).

Esta é a base jurídico-constitucional de toda a problemática da educação e do ensino, designadamente do ensino escolar. Torna-se portanto necessário, antes de tudo (antes de quaisquer desígnios políticos partidários, mesmo da maioria parlamentar), colocar, como objectivo fundamental e prioritário do sistema escolar, o respeito e a garantia destas liberdades pessoais fundamentais de aprender e de ensinar: quer no plano do seu exercício individual, por alunos, seus pais e professores, quer no plano do seu exercício colectivo — isto é, pelas associações, fundações, igrejas, cooperativas ou sociedades civis com personalidade colectiva legalmente reconhecida e fins específicos, que criam e mantêm escolas (as escolas são formas legais indispensáveis do exercício livremente associado ou/e livremente contratado das liberdades individuais de aprender e de ensinar).

fundamentais e no pluralismo de expressão e organização política democráticas, que tem por objectivo assegurar a transição para o socialismo mediante a criação de condições para o exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras». Estas formulações ideológicas, que submetem todo o discurso, formalmente democrático, a um único objectivo da transição para o socialismo e para o exercício do poder pelas classes trabalhadoras, sabe-se hoje muito bem que deram a manipulação semântica e retórica que esteve na base das experiências socialistas totalitárias da Europa de Leste: as liberdades individuais ficam limitadas funcionalmente à construção do socialismo, cujo curso não pode deixar de ser politicamente dirigido.

69. O direito social à educação e ao ensino para todos

O respeito e a garantia das liberdades pessoais fundamentais de educação implica o reconhecimento e a satisfação, a todos os cidadãos, sem discriminações, do *correspondente* direito de igualdade de oportunidades no acesso à escola da sua escolha; isto é, o reconhecimento e a satisfação fáctica do direito social ao ensino de livre escolha – este direito instrumental está também consagrado na Constituição (arts. 73.º e 74.º).

A imposição (jurídica ou, até mesmo, apenas prática) de uma escola única (paradigmáticamente a escola estatal), a título de satisfação do direito social ao ensino para todos, é uma monopolização inconstitucional e ilegal dos meios materiais de exercício das liberdades de aprender e ensinar, com o desígnio implícito de, por esse meio, condicionar e até mesmo pressionar os cidadãos nas suas escolhas culturais e educativas. O que traduz um desígnio iluminista autoritário de Estado e implica uma discriminação prejudicial ilegítima para todos os que não aceitem o monopólio estatal e optem pela escola privada.

O direito social ao ensino apresenta, no nosso ordenamento constitucional, uma densificação especial no direito à gratuidade do ensino obrigatório: a al. a) do n.º 1 do art. 74.º impõe ao Estado que *assegure o ensino básico universal, obrigatório e gratuito*. Como já se viu, a lei da gratuidade do ensino obrigatório afirma expressamente que o Estado deve aplicar o regime da gratuidade também nas escolas privadas, admitindo para a sua implementação um regime de progressividade.

70. Primazia da liberdade de aprender

O objectivo fundamental do respeito pelas liberdades de educação e ensino, porque compreende liberdades distintas, designadamente a liberdade de aprender e a de ensinar, exige uma rigorosa clarificação, com alcance teórico e também prático, que dê inequívoca primazia à liberdade de aprender sobre a liberdade de ensinar. Convirá, a este respeito, deixar aqui uma breve observação.

É por vezes afirmado que as liberdades de aprender e de ensinar fazem parte de uma só liberdade de educação: a «liberdade de aprender e ensinar», como diz a rubrica do art. 43.º da Constituição. Evidentemente, todas as liberdades pessoais entroncam numa só liberdade; mas nem por isso deixam as solenes declarações de direitos fundamentais de as especificar, em diversas liberdades. Sem dúvida, as liberdades que assim se distinguem são apenas projecções, em diversos sentidos ou relativamente a importantes aspectos específicos da vida pessoal ou social, da liberdade

essencial única da pessoa humana; todavia, não se pode minorar a utilidade teórica e prática destas distinções jurídicas, muitas delas, aliás, habituais: como liberdade de pensamento, de opinião, de expressão, de imprensa, de consciência, de religião e de culto, de iniciativa econômica, de associação, etc., etc.

Desde logo, a necessidade das distinções vem de que a garantia e a disciplina jurídica de cada uma destas e de outras liberdades exige teorizações e regulações específicas, adequadas às diferentes realidades comportamentais, espirituais e sociais, a que a liberdade se refere. São bem notórias algumas regulações específicas, como por exemplo para as liberdades de imprensa. Mas, além disso, a distinção é também exigida porque o exercício das liberdades pode em alguns casos típicos provocar colisões e conflitos que têm de ser resolvidos; e também para este efeito são relevantes aquelas distinções. Por exemplo: os conflitos específicos entre os que exercitam o seu direito a informar e os que têm um direito à informação; ou os conflitos, numa dada relação inter-pessoal de ensino-aprendizagem, entre a liberdade de aprender de um dos sujeitos (aluno) e a liberdade de ensinar do outro (professor). Neste último caso, sem dúvida que, se não puderem ambas harmonizar-se por mútuo acordo⁴²⁹, se torna necessário distinguir, dogmática e institucionalmente, entre as duas liberdades, para decidir qual das duas deve prevalecer e qual delas deve ceder. Ora, uma tal questão exige que a consideração de cada uma das duas liberdades tenha teorização própria e diferencial.

Note-se que a importância prática desta distinção é tanto maior quanto é certo que, no seu exercício, as duas liberdades, que podem entrar em conflito, se polarizam tipicamente numa relação *sinagmática* entre um sujeito que aprende e outro que ensina. É o caso típico nas escolas, entre professores e alunos. A esta relação conflitual, que reclama regulação e composição de duas liberdades diferentes em conflito, não se pode responder afirmando que há apenas uma liberdade.

Pela nossa parte, defendemos que a liberdade de aprender tem a primazia sobre a liberdade de ensinar. Trata-se de questão muito importante. Só se a liberdade de aprender tiver a primazia sobre a liberdade de ensinar será garantida a liberdade de educação, *tout court*. Sem dúvida, a dignidade da pessoa humana exige que, em todas as circunstâncias, a sua liberdade de aprender não seja *negada* ou *enganada* pela liberdade de ensinar de outrem. A pessoa humana tem direito a ser ensinada; mas tem o direito de escolher o ensino, e consequentemente o educador.

⁴²⁹ Em defesa da cedência recíproca, cfr. António Pedro Barbas Homem, “Direitos e deveres fundamentais de professores, pais e alunos perante a autonomia das escolas”, *Educação e Direito*, n.º 1, 1999, p. 127.

Correspectivamente, a liberdade de ensinar de uma pessoa ou instituição não pode impor nada ou escolher nada contra a liberdade de aprender de qualquer outra concreta pessoa singular: ninguém tem direito de, invocando a sua própria dignidade, impor a outrem que se submeta a ser seu aluno, ou aprendiz, ou a aceitar contrariado a orientação que prefere impor no seu ensino — desse modo limitando o aluno ou aprendiz na liberdade de escolha e, assim, sujeitando-o na sua liberdade. Salvo o caso especial dos pais, como veremos adiante.

Neste mesmo sentido, defendeu Sousa Franco (já anteriormente o lembrámos) que, no exercício da sua liberdade de ensinar (*Lehrfreiheit*), os docentes devem «respeitar a liberdade e a autenticidade da escolha dos educandos e suas famílias, cujo direito [liberdade de aprender, *Lernfreiheit*] prevalece sobre o dos professores»⁴³⁰.

Em suma: os professores, ou escolas, podem propor a sua orientação docente; mas só a podem ministrar a quem livremente aceitar a sua proposta — e daqui a importância da liberdade da *oferta* dos projectos educativos escolares em mercado aberto, bem como a importância da liberdade de escolha da escola.

71. A prioridade do direito dos pais na educação dos filhos

A formulação do princípio anterior pede imediatamente uma resposta especial para os casos em que as crianças e jovens menores não podem, ainda, exercitar plenamente a sua liberdade de escolher o ensino. Essa resposta é milenar e de direito natural; e foi expressamente aceite e consagrada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, que diz no n.º 3 do art. 26.º: «aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o género de educação a dar aos filhos». A Constituição Portuguesa também consagrou esta doutrina: «os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos» (n.º 5 do art. 36.º); afirmando ainda que é atribuição do Estado apoiar os pais na tarefa da educação dos filhos: «incumbe designadamente ao Estado cooperar com os pais na educação dos filhos» (al. c) do n.º 2 do art. 67.º). Merece ainda referência a declaração constitucional: «os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial» (n.º 6 do art. 36.º) — esta norma aplica-se inevitavelmente à educação: ninguém pode separar os filhos dos pais, em matéria de educação.

⁴³⁰ António Sousa Franco, “A liberdade de aprender e de ensinar no âmbito das liberdades fundamentais – Fundamentação da liberdade de ensino”, Roberto Carneiro (coord.), *Ensino livre*, p. 18.

72. O papel do Estado na educação e no ensino

O Estado não é uma instituição educadora — isto decorre da sua natureza e função. A Constituição permite e impõe a colaboração instrumental fáctica do Estado para o exercício das liberdades de aprender e de ensinar por parte dos cidadãos, mas veda-lhe o direito de ensinar: «o Estado não pode programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas» (n.º 2 do art. 43.º). Este postulado marca radicalmente a distinção entre o Estado totalitário, ou a *democracia totalitária*⁴³¹, e o Estado de direito democrático.

A limitação educativa do Estado não obsta a que o Estado tenha duas importantes e compreensivas obrigações: uma, de garantir um sistema educativo nacional, isto é, a regulação de um sistema como se pode ver ilustrado na nossa Lei de Bases do Sistema Educativo, com as regulamentações mínimas indispensáveis. E outra, a de garantir as condições práticas do funcionamento desse sistema, pelo fornecimento subsidiário de instalações materiais, pelo financiamento, e pela fiscalização e apoio técnico⁴³².

Esta limitação do Estado contrasta com o que se passa com as instituições, corpos ou instâncias da sociedade civil (famílias, associações, fundações, empresas, igrejas, comunidades ou grupos diversos), que são ou podem ser entidades educadoras, de acordo com as suas finalidades institucionais garantidas pela lei. O papel cultural e educador das instituições privadas da sociedade civil baseia-se (note-se bem) na legitimidade do exercício associativo das liberdades e direitos fundamentais (civis e políticos) dos seus membros ou fundadores, designadamente do seu direito pessoal de ensinar. O exercício de direitos e liberdades fundamentais através de pessoas colectivas legais, formais ou informais, está garantido na Constituição, que diz: «as pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza» (n.º 2 do art. 12.º). Está também garantida no n.º 4 do art. 13.º do Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, da ONU, que diz: «nenhuma disposição do presente artigo pode ser interpretada como prejudicando a liberdade dos indivíduos e das pessoas morais de criar e dirigir estabelecimentos de ensino...». Mas, como dissemos, a pessoa colectiva Estado, ou outras pessoas colectivas públicas, desde logo pela natureza das suas finalidades políticas, e expressamente

⁴³¹ Para o sentido desta expressão, cfr. João Baptista Machado, *Participação, descentralização, democratização e neutralidade na Constituição de 76*, maxime p. 68.

⁴³² Para uma incisiva exposição sobre o papel do Estado na educação escolar obrigatória, cfr. a comunicação de Fernando Adão da Fonseca, *Audições Públicas no Debate Nacional sobre Educação*, pp. 217 ss.

por força do regime da disposição constitucional citada, não gozam dos direitos de educação.

Porque as pessoas colectivas privadas constituídas para ministrar ensino tiram a legitimidade legal da sua opção educativa no respectivo pacto social ou acto fundacional, que é um exercício de liberdades fundamentais por parte dos indivíduos associados ou fundadores, tem esta opção educativa de considerar-se originalmente digna de respeito, quer pelo Estado, quer por terceiros, designadamente por eventuais alunos e colaboradores da pessoa colectiva: aos estatutos de uma pessoa colectiva docente, que no mercado educativo escolar oferece publicamente (oferta pública) o seu projecto educativo de tendência, ninguém, mesmo que com ela tenha contratado a prestação de trabalho docente ou uma aprendizagem, pode sobrepor o arbítrio das suas opiniões individuais, salvo se isso resultasse (o que seria contraditório) do próprio contrato.

Assim, não é certo que os docentes possam, nas escolas privadas de projecto educativo institucionalizado, designadamente quando confessionais, ensinar livremente em contradição do projecto pedagógico da escola, como erradamente defendem alguns autores. É aparentemente o caso de Gomes Canotilho e Vital Moreira: «...a liberdade de aprender e de ensinar, enquanto direito pessoal de docentes e discentes, vale também para as escolas privadas ou cooperativas, não podendo estas – sobretudo quando habilitadas a conferir qualificações ou graus oficialmente reconhecidos – deixar de submeter-se aos princípios da liberdade de ensino («liberdade na escola»)⁴³³.

Acerca desta questão, a posição dos docentes parte da mesma base fundamental, nas escolas públicas e nas privadas, isto é, da sua liberdade pessoal; mas é diferente o quadro da harmonização da sua liberdade com o projecto educativo das escolas, as quais também exercem o direito de ensinar mas diferentemente: nas escolas estatais, sem projecto educativo ou com projecto educativo neutro e pluralista, não há, ou é reduzida, a limitação que o projecto educativo de escola contrata com os seus docentes; nas escolas privadas, pode ser assim ou pode não ser (e haverá sempre que ler os estatutos e as legítimas deliberações dos respectivos órgãos) bem como a proposta pública apresentada – como tipicamente não é nos casos de instituições educativas de tendência e confessionais. Nestes casos, o direito de tendência impõe-se a professores e alunos. Só por contradição absurda, uma escola com anunciado projecto educativo de tendência ou confessional aceitaria ensinar alunos que pretendessem um diferente projecto educativo, ou contrataria professores para ensinar em contrário

⁴³³ *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, anotação ao art. 43.º.

desse projecto. E vice versa: só por embirração antidemocrática os professores e alunos desejariam escolher livremente uma escola de projecto educativo de tendência ou confessional, publicamente anunciado, e depois intencionalmente exigir, quando já no interior da escola privada e apenas com base na sua posição contratual, um ensino em contradição com a opção de tendência da respectiva escola, tão legítima como a sua.

Como se sabe, para um tal exercício de ensino pluralista *a la carte* no interior de cada escola é que se justificará a escola estatal (aí se proclama residir afinal a sua alegada excelência) — se é que ela é capaz de oferecer, quer a professores quer a alunos, muito mais do que o *menu da casa*. Este *menu da casa* torna-se evidente sobretudo nos programas oficiais, na pedagogia e na disciplina organizativa oficiais, e concludentemente nos (iguais) exames oficiais, impostos a todos, onde não se vislumbra espaço para qualquer alternativa pluralista. Ente a teórica neutralidade e a efectiva tendência, a comprovação é inquestionável. Refira-se apenas, entre nós, um exemplo de crítica à ideologização do ensino, revelada nas provas de exame que são impostas aos alunos de todo o País, portanto sem qualquer autonomia pluralista, segundo a carta de um leitor do jornal Público, identificado pelo seu nome: «sou corrector de exames de História A do 12.º ano (623). Pela enésima vez, com variantes, este ano lá estava a ideologia pura e dura [...] O resultado é incentivar os alunos a pensar pouco e a seguir acriticamente o que lhes é apresentado nos enunciados [...] As perguntas e os critérios de classificação sobre o que consta nesse documento [um discurso de Mário Soares sobre o projecto europeu, apresentado no enunciado do exame] não dão a mínima margem para qualquer pensamento crítico ou divergente»⁴³⁴.

Voltando à escola privada. Por princípio, nem logicamente, nem juridicamente, não é possível conceber uma relação jurídica entre professor e aluno em termos de o professor *dar o ensino* que ele quiser e o aluno *receber o ensino* que ele quiser, a menos que tenha havido acordo prévio sobre *o mesmo ensino* que satisfaz a liberdade de ambos. Nas escolas privadas, a identificação desse ensino está precedentemente estabelecido no projecto educativo da escola, que se propõe à adesão contratual de alunos e professores — se não estiver, como parece que não está em muitas escolas, a direcção possuirá um poder de orientação pedagógica muito menos claro e inquestionável.

Assim, no ensino escolar a indispensável e racional harmonização do livre exercício das liberdades individuais de aprender e ensinar tem lugar pela mediação da escola; e concretiza-se individualmente através de *contratos pessoais* de prestação de serviços, celebrados livremente pela escola: contratos de prestação de serviços

⁴³⁴ Cfr. *Público*, 12-07-2008.

educativos (com os alunos), e contratos *especiais* de trabalho docente (com os professores)⁴³⁵. O momento de fixar essa livre harmonização com a escola e mediante a escola é sempre o momento da celebração do contrato, pois que os contratos são um exercício de liberdades. Depois desse momento, como diz a boa jurisprudência, desde há mais de dois mil anos, *os contratos lealmente celebrados devem ser fielmente cumpridos*.

73. O princípio da subsidiariedade.

O n.º I do art. 75.º da CRP

No presente ensaio, já fizemos a indispensável referência ao princípio da subsidiariedade. Ficou claro que o *Estado de direito democrático* tem necessariamente de incorporar, na sua organização e no seu funcionamento, o princípio da subsidiariedade, como princípio matricial do regime liberal-democrático — que, por sua vez, está na base da democracia social e, portanto, do Estado social. É pelo princípio da subsidiariedade que o Estado social (em democracia social) essencialmente se opõe ao Estado (totalitário) Providência.

Deve sublinhar-se que o princípio da subsidiariedade se aplica não apenas para descentralizar a própria esfera pública, mas também para preservar a esfera privada no confronto com a esfera pública. Disse muito bem Jacques Delors, a esse propósito: «Partamos da ideia, reconhecida por todos, de que a subsidiariedade se aplica a duas ordens diferentes: por um lado, à delimitação entre a esfera privada e a do Estado; e, por outro lado, à repartição das competências entre os diferentes escalões dos poderes públicos»⁴³⁶.

O princípio da subsidiariedade decorre de uma concepção personalista do homem e pluralista da sociedade (ou, como escreveu Baptista Machado, «do valor “absoluto” da pessoa-valor»⁴³⁷); e é o princípio operativo crucial contra os impulsos de totalitarismos de Estado — ainda mesmo *em democracia totalitária*⁴³⁸.

⁴³⁵ O carácter especial do contrato de prestação de serviços docentes, ou do contrato de trabalho docente, é por si evidente; mas está expressamente reconhecido pela lei. V., designadamente, Lei de Bases do Ensino Particular e Cooperativo (Lei n.º 9/79) e o Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo (DL n.º 553/80). O art. 45.º deste último diploma dispõe: «o pessoal docente das escolas particulares exerce uma função de interesse público e tem os direitos e está sujeito aos deveres inerentes ao exercício da função docente, para além dos fixados na legislação do trabalho aplicável».

⁴³⁶ Cfr. Mário Pinto, *Liberdades de aprender e de ensinar*, p. 154.

⁴³⁷ João Baptista Machado, *Participação, descentralização, democratização*, pp. 69 *passim*.

⁴³⁸ *Ibidem*.

Fora do exercício de funções de soberania e de poder público, que é necessariamente monopólio estatal, o Estado *só pode e deve* fazer, a título supletivo, no cumprimento da função de promoção do bem-estar social, aquilo que — relevando para o interesse geral — os cidadãos, as famílias e a sociedade civil (nos seus vários corpos e associações) não podem fazer por si sós; ou, podendo fazer e sendo necessário, efectivamente o não fazem. Porém, no caso de o poderem fazer apenas com o apoio do Estado, deve este limitar-se a apoiar ou subsidiar, sem substituir.

Compreende-se que a subsidiariedade assim entendida é puro respeito e promoção dos direitos fundamentais da pessoa humana, que estão na base do Estado de direito democrático e social. Os direitos, liberdades e garantias exigem tipicamente uma abstenção de intervenção do Estado perante o exercício de liberdades pessoais. Quanto aos direitos sociais, cuja satisfação pede uma actividade prestativa material, deve acentuar-se bem que a sua legitimação vem da finalidade do apoio fáctico às liberdades individuais, e não vem de uma autónoma e divergente prossecução de alegados interesses ou bens *colectivos*, mesmo que formalmente proclamados em favor das liberdades individuais. Como afirma um dos mais conceituados constitucionalistas alemães, «a ideia dos direitos sociais fundamentais recebe a sua necessidade e a sua justificação, não como simples princípio contraposto aos direitos fundamentais de liberdade, mas a partir do princípio da salvaguarda da própria liberdade»⁴³⁹. «Se a liberdade jurídica deve poder tornar-se liberdade real, o seu titular deve poder ter uma participação fundamental nos bens sociais vitais; esta participação nos bens sociais vitais é, ela própria, parte da liberdade, porque é pressuposto indispensável da sua realização»⁴⁴⁰. «A ideia dos direitos sociais fundamentais, vista deste modo, não surge em contraste com as garantias de liberdade do Estado de direito liberal-burguês, mas como a lógica consequência objectiva de tais garantias [...] Ainda aqui, do que se trata é de salvaguardar a liberdade, e não de “superar” a liberdade a favor de formas de vida colectiva»⁴⁴¹.

Ora, quando se trata de *liberdades pessoais fundamentais*, como no caso das liberdades *pessoais* de aprender, de ensinar e de escola (art. 43.º da CRP), nunca há, por definição, uma impossibilidade jurídica de exercício pessoal que legitime uma substituição pelo Estado. Pode contudo ocorrer uma hipótese que reclama a acção do Estado, para suprir a deficiência de condições fácticas daquele exercício jurídico. É neste âmbito de insuficiências materiais ou instrumentais que o Estado é chamado

⁴³⁹ Cfr. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Stato, costituzione, democrazia*, p. 193.

⁴⁴⁰ *Ibidem*.

⁴⁴¹ *Idem*, p. 194.

a intervir *subsidiariamente* com iniciativas ou prestações materiais, além da sua função de regulação jurídica de ordem pública.

Será de acordo com este entendimento do princípio geral da subsidiariedade que tem de se interpretar o actual número 1 do artigo 75.º da Constituição. E não à luz das doutrinas estatistas que dominavam aquando da aprovação da sua primeira redacção, no primeiro texto constitucional de 1975-1976. Hoje, no quadro do nosso Estado de direito democrático e social, e de acordo com as doutrinas do chamado «constitucionalismo democrático», a satisfação das *condições fácticas do exercício das liberdades fundamentais*, que os cidadãos não possam obter no mercado normal das liberdades cívicas, deve ser, por princípio, subsidiariamente objecto de um direito social a cargo do Estado. Neste sentido, o Estado deve criar escolas estatais lá onde for supletivamente necessário: de tal modo que, no conjunto, as escolas estatais e as privadas (que é possível englobar conjuntamente como *públicas*, isto é, prestadoras de um serviço público) constituam *uma rede que cubra as necessidades de toda a população*. O que determina que, no âmbito desta rede nacional, o Estado deva criar escolas estatais para satisfazer as necessidades de todos aqueles que as preferirem (*necessidades subjectivas*); mas não mais — seria absurdo defender que o Estado deve criar e manter *escolas estatais vazias* para os alunos que de facto escolhem as escolas privadas, como para pressionar o esvaziamento destas escolas.

Assim, os cidadãos, alunos ou seus pais, poderão ter a garantia de livremente escolher a educação que desejam e pela escola que desejam.

Ao princípio da subsidiariedade são actualmente preferidas outras formulações, de resto com distinções valiosas e enriquecedoras, na teoria jus-constitucional, como por exemplo: o princípio da justa medida, ou os princípios da proibição do excesso, da proporcionalidade, da adequação, da razoabilidade e da necessidade. Porém, quando o que está em causa é o Estado social, e sendo certo que na Europa já é hoje dominante o reconhecimento da perversidade dos efeitos burocráticos e económicos de um exagerado providencialismo de Estado, parece-nos que a formulação do princípio da subsidiariedade é, entre todas, muito clara, racional e operativa: quer para fundamentar a necessidade de intervenção do Estado, quer para medir até onde essa intervenção *deve ir*, e quando *deve cessar*.

74. O princípio da economicidade

Para além do valor inestimável do respeito por princípios fundamentais e pelo exercício das liberdades fundamentais, uma reforma da rede escolar nacional dando liberdade aos pais e alunos para escolherem a escola, estatal ou privada, igualmente

em regime de financiamento público, iria quase certamente aumentar o número de alunos em escolas privadas, e com isso reduzir significativamente os custos médios globais *per capita* com o ensino escolar, libertando fundos financeiros para aumentar o apoio ao desenvolvimento do ensino e da educação⁴⁴².

É claro que, no imediato, pode alegar-se um obstáculo administrativo e financeiro, que é o da rigidez da rede de escolas estatais, da instalação dos seus meios materiais e do seu corpo docente. Trata-se de uma dificuldade, mas tão somente a curto prazo; invocá-lo para além disso, é sem dúvida transformar uma dificuldade real, superável a termo, num argumento burocrático que, no extremo, levaria a que nunca mais nada fosse reformado ou substituído (ainda que gradualmente); o qual não pode ser oposto a uma dupla necessidade que radica numa exigência de princípios constitucionais: [1] de progresso das formas de garantia das liberdades constitucionais de educação dos alunos e seus pais (que têm a primazia em toda esta problemática), bem como [2] de melhoria da economia da administração da rede escolar nacional.

De resto, esforços reformistas têm estado a ser feitos entre nós para racionalizar a rede de escolas estatais, com naturais resistências conservadoras, corporativas e burocráticas; mas falta incluir no mesmo desígnio reformista uma orientação liberal-social, ainda que gradual, de toda a rede escolar nacional de interesse público, sem distinção entre escolas estatais e privadas de interesse público. Aliás, de acordo com a Lei de Bases do Sistema Educativo: «no alargamento ou no ajustamento da rede [escolar], o Estado terá também em consideração as iniciativas e os estabelecimentos particulares e cooperativos, numa perspectiva de racionalização de meios, de aproveitamento de recursos e de garantia de qualidade» (n.º 2 do art. 55.º). Não se pode bloquear esta reforma com o argumento das resistências ideológicas, corporativas e burocráticas na rede de escolas estatais, ou de uma vaga e abstracta invocação de conveniências administrativas do Estado — que verdadeiramente são falsas e injustas conveniências face ao imperativo do respeito pela Constituição, do bem comum e da racionalização da acção administrativa pública. As leis em vigor impõem expressamente uma reforma que alargue, progressivamente, o regime de apoios financeiros ao ensino nas escolas privadas (designadamente a lei da gratuidade do ensino obrigatório). Trata-se de cumprir a legalidade.

Não faltam, aliás, e como é bem conhecido, estudos e experiências internacionais exemplares, a este propósito, inclusive dentro da própria União Europeia. A real questão não é portanto a de dificuldades objectivas; é a das resistências ideológicas e políticas.

⁴⁴² Como se verificou nos exemplos felizes da Suécia e da Inglaterra.

75. O novo paradigma da prestação de «serviços públicos» pelos privados

Contra uma tendência estatizante assaz frequente, é necessário reafirmar que, como já vimos, não há nenhuma imposição legal ou constitucional de que as prestações dos serviços públicos de bem-estar social sejam realizadas em regime de monopólio do Estado. E tornou-se evidente, nos últimos anos, uma tendência de privatização dos serviços públicos prestativos, facto de que não decorreu a redução do alcance da sua finalidade e da respectiva garantia social-pública de acessibilidade. Acerca deste ponto, escreveu Vital Moreira o seguinte: «A liberalização e privatização dos antigos serviços públicos prestativos, como as telecomunicações, não significa a eliminação de “obrigações de serviço público”, incluindo o “serviço universal” (acessibilidade de toda a gente ao serviço a preços regulados) e as tarifas sociais, para as pessoas com menores rendimentos. Assim se concilia a abertura ao mercado com os serviços públicos. Ponto é que a empresa encarregada das “obrigações de serviço público” seja compensada pelos encargos adicionais que tais obrigações lhe fazem incorrer (desde que eles não sejam compensados indirectamente pelas vantagens decorrentes da própria prestação do serviço público), de modo a não ser prejudicada na sua concorrência com as demais, que não têm encargos de serviço público»⁴⁴³.

Também a este propósito, afirma Rui Machete, depois de, como já vimos, ter explanado com meridiana clareza a evolução política e jurídico-administrativa nesta matéria, que, actualmente, e no contexto da União Europeia, «a reestruturação do Estado passa (...) por aplicar as técnicas de regulação aos grandes serviços ou sistemas de carácter social, abandonando progressivamente o Estado a sua actividade como produtor de bens e de serviços para passar a uma tarefa de orientação e de fiscalização, preservando, todavia, as suas capacidades de intervenção supletiva. Trata-se mais de uma reestruturação do Estado do que de um recuo e, menos ainda, do desaparecimento deste»⁴⁴⁴.

Assim, nada obsta a que o serviço público de ensino escolar possa ser prestado por escolas privadas — como aliás já sucede, de modo mais enfático, com aquelas que funcionam em regime de contrato de associação (legalmente em funções

⁴⁴³ Vital Moreira, blog *Causa Nossa*, 22-5-07. É sabido que Vital Moreira excepciona desta principiologia o serviço público escolar, mas obviamente sem razão: nada tem maior melindre de consciência, e portanto de subjectividade, do que o ensino e a educação, pelo que deve aqui o Estado ser o mais liberal possível.

⁴⁴⁴ Rui Machete, “Um novo paradigma nas relações Estado-sociedade”, *Nova Cidadania*, n.º 12, 2002, p. 32.

de *supletividade da rede pública*) e de contrato simples; e como decorre ainda, num conceito mais amplo, do facto de a lei (Lei n.º 9/79) atribuir às escolas privadas, *quando ministrem ensino que se enquadre nos objectivos do sistema nacional de educação*, as prerrogativas das pessoas colectivas de utilidade pública⁴⁴⁵. O ensino prestado nestas escolas, não há dúvida que é serviço público; o que lhes falta são as comparticipações financeiras do Estado em favor dos respectivos alunos. A Lei n.º 9/79 afirma que «os contratos de trabalho dos professores do ensino particular e cooperativo e a legislação relativa aos profissionais de ensino, nomeadamente nos domínios salarial, de segurança social e assistência, devem ter na devida conta a função de interesse público que lhes é reconhecida e a conveniência de harmonizar as suas carreiras com as do ensino público» (art. 12.º).

Acrescente-se ainda o que diz a Lei de Bases do Sistema Educativo: «o sistema educativo desenvolve-se segundo um conjunto organizado de estruturas e de acções diversificadas, por iniciativa e sob responsabilidade de diferentes instituições e entidades, públicas, particulares e cooperativas (art. 1.º, n.º 3). E ainda: «os estabelecimentos do ensino particular e cooperativo que se enquadrem nos princípios gerais, finalidades, estruturas e objectivos do sistema educativo são considerados parte integrante da rede escolar» (art. 55.º, n.º 1).

Como já vimos, o Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo prevê diversas formas de subsidiação do ensino privado; mas, para além da celebração de específicos tipos de contrato, contém uma norma geral flexível de subsidiação, que obviamente só se compreende pelo carácter público do serviço prestado, nestes termos: «independentemente dos subsídios e outras formas de apoio estabelecidos nos contratos, o Estado pode conceder às escolas particulares que se integrem nos objectivos do sistema educativo subsídios especiais de arranque, de inovação pedagógica, de viabilização financeira, de ampliação de instalações, de apetrechamento, de apoio a actividades circum-escolares e outros, devidamente justificados» (art. 22.º).

Eduardo Marçal Grilo, ex-Ministro da Educação no Governo do Partido Socialista e reputado especialista das questões da organização do ensino, defendeu publicamente que as escolas privadas prestam serviço público e deviam ser colocadas em posição de igualdade com as escolas estatais, permitindo a livre circulação e escolha pelos estudantes. Numa entrevista à *Rádio Renascença* e ao jornal *Público*, declarou: «Há dois grandes modelos de escola pública, o francês e o americano. O francês foi feito contra a hegemonia da Igreja Católica.

⁴⁴⁵ Cfr. designadamente os arts. 2.º e 3.º n.º 2 da Lei n.º 9/79.

Nos Estados Unidos, país de imigrantes, foi o instrumento da integração. Em Portugal a ideia de que escola pública é a escola do Estado onde se produz ensino laico e republicano está algo ultrapassada. Sobretudo como escola única. Temos de perceber que qualquer escola privada também presta um serviço público, mesmo sendo paga pelo aluno ou através de uma bolsa. Correspondeu à escolha do aluno e dos pais, sendo pena que no público ainda estejamos limitados pela ideia do atlas escolar que prende os alunos a determinadas escolas conforme a sua distribuição geográfica. Na minha perspectiva, não só deve desaparecer a distinção entre escola do Estado e escola privada, como mesmo na escola do Estado a família deverá ter a possibilidade de escolher a que preferir»⁴⁴⁶. E acrescentou, ainda: «É nesta perspectiva que se defende uma política para o ensino superior que gradualmente equilibre os estatutos dos ensinos público e privado, ou seja, que coloque as instituições e os seus alunos numa situação em que o direito de escolha possa ser livremente exercido por cada estudante, independentemente da natureza da instituição e ultrapassando os constrangimentos financeiros que afectam cada um no exercício dessa mesma escolha»⁴⁴⁷.

Mais recentemente, Eduardo Marçal Grilo e Guilherme d'Oliveira Martins, este último também ex-ministro da educação em Governo do Partido Socialista, vieram em conjunto defender expressamente, em artigo publicado no semanário *Expresso*, que as escolas do ensino privado devem fazer parte do sistema nacional público de ensino — isto é, que o sistema público de ensino escolar não deve discriminar as escolas privadas, que podem integrar-se no sistema educativo nacional e ser por isso financiadas pelo Estado: «Não deve, porém, confundir-se escola pública e serviço público de educação, pois que este tanto pode ser prestado por instituições públicas como por instituições privadas...»⁴⁴⁸. É uma posição contrária às teses de Gomes Canotilho e Vital Moreira, aliás tendo a seu favor, clara e expressa, a Lei de Bases do Sistema Educativo, como já vimos⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ V. *Público*, 16-10-2006.

⁴⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁴⁸ V. *Expresso* 08-03-2008. «Deste modo, o serviço público tem que ver com a prestação de educação e aprendizagem segundo uma lógica de interesse geral, mobilizando a iniciativa e a criatividade sociais. Nem o ensino privado é supletivo do ensino público, nem a escola pública pode ser subalternizada». «O Estado não deve exercer funções de regulação e ao mesmo tempo ser o proprietário único das escolas de direito público. Isto significa que a autonomia das escolas deve ser o mais alargada que é possível...» (*ibidem*).

⁴⁴⁹ Recorde-se, designadamente: depois de, no art. 1.º, definir o «sistema educativo» como «conjunto organizado de estruturas e de acções diversificadas, por iniciativa e sob responsabilidade de diferentes instituições e entidades públicas, privadas e cooperativas», e de, no n.º 2 do art. 55.º,

Pode ainda invocar-se em favor desta ideia o facto de as próprias escolas estatais, e mais precisamente as universidades, se poderem institucionalizar como fundações de direito privado. Estas *escolas estatais que são fundações privadas*, embora de capitais públicos, deverão ter uma autonomia e uma regulação de direito privado, com eventuais especificidades administrativas. Quanto ao seu projecto educativo, não devem ter qualquer subordinação administrativa (salvo a necessária fiscalização), para além das condições legais gerais para o ensino escolar — o que quer dizer que também as universidades privadas poderão adoptar o mesmo figurino, se o quiserem. Deste modo, confirma-se a tese evidente, comprovada em países estrangeiros com excelentes tradições, de que as escolas privadas podem perfeitamente desempenhar a função essencial do sistema público escolar (isto é, a função de garantir as liberdades de educação através da satisfação do direito social ao ensino), como escolas *enquadradas no sistema nacional de ensino*, tal como prevê a Lei n.º 9/79.

A este propósito, Vital Moreira defende a seguinte opinião: «desde há muito que o Estado e outras entidades públicas, como os municípios, deram em criar fundações de direito civil para a prossecução de tarefas públicas. Entre as entidades públicas que mais têm recorrido a essa figura contam-se... as próprias universidades. A designação de “fundações públicas de direito privado”, desde há muito registada na nossa literatura jurídica, bem como no Brasil e em outros países, diz tudo. São públicas, porque instituídas pelo Estado (ou outra entidade pública), com património público, para o desempenho de tarefas públicas; são de direito privado, porque regidas pelo Código Civil, sem prejuízo de especificidades estabelecidas em leis especiais ou resultantes de princípios constitucionais. De resto, as fundações públicas de direito privado não passam de um dos fenómenos da tendência moderna de utilização, por parte do Estado, de organizações e procedimentos de direito privado, em vez das tradicionais formas jurídico-administrativas, incluindo as fundações de direito público, que são uma espécie de institutos públicos»⁴⁵⁰.

Para concluir este tópico, dir-se-á então que, no novo paradigma da *sociedade de bem-estar* do Estado de direito democrático e social, não é a titularidade do estabelecimento prestador dos serviços públicos que é decisivo, mas sim os próprios *serviços*

dizer que «os estabelecimentos do ensino particular e cooperativo que se enquadrem nos princípios gerais, finalidades, estruturas e objectivos do sistema educativo são considerados parte integrante da rede escolar», o n.º 2 do art. 55.º da LBSE estabelece: «o Estado apoia financeiramente as iniciativas e os estabelecimentos de ensino particular e cooperativo quando, no desempenho de uma função de interesse público, se integrem no plano de desenvolvimento da educação...».

⁴⁵⁰ Blog *Causa Nossa*, 10.07.07.

em si. São estes serviços que constituem o objecto dos direitos sociais dos cidadãos. Enquanto prestador, impõe-se ao Estado uma obrigação de financiamento (nos termos já vistos para a determinação dos direitos sociais); mas, quanto à determinação do agente prestador, privado ou Estado, vale em geral, na prossecução do bem-estar, o princípio da subsidiariedade.

Em conclusão: no sistema escolar nacional, nada impede que se observe, e pelo contrário, o princípio da subsidiariedade, segundo o qual as prestações fácticas dos *serviços de interesse social público* devem ser directa e materialmente desempenhadas pela Administração do Estado (sem prejuízo da regulação, financiamento e fiscalização) apenas quando, e na medida em que, os princípios da subsidiariedade e da economicidade o justifiquem comprovadamente, caso por caso⁴⁵¹.

⁴⁵¹ Sobre esta matéria da reforma da Administração Pública e da prestação de serviços públicos pelos privados, a bibliografia é imensa; cfr., em especial, Rui Machete, “A evolução do conceito de serviço público e a natureza das relações entre concessionário ou autorizado e o utente”. Sobre a vasta categoria das *instituições particulares de interesse público*, que em várias formas exercem actividades que revestem interesse público com relevo específico no Direito Administrativo, cfr. Diogo Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, pp. 549 ss. Relativamente ao movimento de «privatização» da clássica Administração Pública, cfr. Maria João Estorninho, *A fuga para o direito privado. Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, onde se contém a referência ao critério da *Comissão para a Qualidade e Racionalização da Administração Pública*, aplicado à educação: «as actividades mais susceptíveis de “desintervenção” são as actividades instrumentais, sem prerrogativas de autoridade e em que exista concorrência com o sector privado» (p. 48); «em matéria de educação, o Relatório refere ser desejável poder contar com o sector privado para assegurar a educação e ensino, embora se deva reservar sempre para o Estado os “poderes/deveres” de certificar, informar, controlar a qualidade, inovar, projectar o futuro e financiar» (p. 50).

CAPÍTULO X

Alguns aspectos de organização e de funcionamento

76. A autonomia das escolas: o projecto educativo

A garantia das liberdades de educação exige que, antes de tudo, o Estado respeite e garanta a autonomia das escolas, estatais e não estatais, permitindo que todas elas possam formular clara e publicamente o seu projecto educativo: no respeito pelas liberdades e, em especial, pelas liberdades de educação e ensino; e no *quadro* do sistema educativo nacional (LBSE). Trata-se de uma exigência elementar de clarificação da oferta do ensino escolar. Uma escola sem projecto educativo preciso e publicamente apresentado transforma-se numa mistificação educativa, numa fonte de equívocos e de conflitos. Para os professores, alunos e pais.

E não devem bastar, para este efeito, amplíssimas formulações, tais como: neutralidade, pluralismo, democratização do ensino, igualitarização social, educação para a cidadania, etc., quando depois o Governo decide tudo. Para se respeitar seriamente o direito dos alunos e seus pais, é necessária uma clarificação bem mais precisa, e auto-responsabilizante dos projectos escolares, acerca das concepções do mundo e da vida, acerca dos objectivos educativos específicos, acerca dos métodos pedagógicos e acerca da organização e disciplina da escola. Não foi obviamente por acaso que a Constituição acautelou que o Estado não pode programar a educação «segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas» (art. 43.º); foi porque a programação de directrizes, nestes e ainda em outros domínios do pensamento e da vida social, é normalmente indispensável em qualquer projecto educativo que se preze e deve competir a cada escola, mesmo à escola estatal⁴⁵².

Decorre também desta proibição constitucional do n.º 2 do art. 43.º, e do princípio geral da liberdade escolar, que o Estado não pode impor às escolas privadas, para efeitos do reconhecimento dos graus e diplomas, um projecto educativo escolar *oficial*. As exigências legais para justificar o reconhecimento público de graus e diplomas tem de limitar-se, para além do respeito pelos princípios constitucionais,

⁴⁵² Especificamente sobre o problema da autonomia de projecto educativo das próprias escolas estatais, cfr. Hans-Peter Füssel, *A autonomia das escolas numa perspectiva institucional*. No âmbito do Debate Nacional de Educação, houve uma verdadeira unanimidade em favor da autonomia das escolas – cfr., especialmente, as comunicações de Marçal Grilo e Roberto Carneiro, no volume *Audições Públicas no Debate Nacional sobre Educação*, pp. 111 ss.

ao que é absoluta e minimamente indispensável para cada graduação ou título, permitindo assim, para todo o restante de uma normal e completa educação escolar, uma liberdade de variantes e opções curriculares e de formação, quer às escolas, quer aos alunos ou seus pais. Esta distinção tem vindo a ser ensaiada pelo Ministério da Educação português para certos exames e avaliações, bem como para o reconhecimento de certas formações, como nos casos de escolas profissionais ou de currículos de formação tecnológica; mas é necessário que valha como princípio geral. Nisso está não apenas uma exigência de liberdade como ainda uma condição de inovação e enriquecimento.

Torna-se, por isso, necessário estabelecer, em termos gerais, de forma legal muito clara, os requisitos mínimos para o reconhecimento oficial de cada graduação escolar ou de formação científica, técnica, profissional ou outra, aplicável quer nas escolas estatais quer nas escolas privadas. Incluindo a escolaridade obrigatória, ao longo dos diversos ciclos. E permitir que a criatividade e a variedade sejam estimuladas e estimulantes numa rica oferta no âmbito da rede de escolas, estatais e privadas, com verdadeira autonomia de projecto educativo. Como afirma Füssel: «ao definirem os seus próprios objectivos e projectos educativos, as escolas tornam-se diferentes»⁴⁵³.

De modo especial nas escolas privadas, tem o Estado de respeitar não apenas a liberdade formal de criação, como igualmente a liberdade de dotação de projecto educativo e a liberdade da sua administração — o que significa liberdade de orientação, programação, organização, estatuto e direcção escolar, obviamente no respeito pelos princípios constitucionais e pelos direitos humanos. Sem este respeito, a liberdade de escola privada, exercitada pelos seus fundadores e institucionalmente declarada e garantida nos estatutos, ficaria praticamente anulada.

Mas além de respeitar o projecto educativo devidamente institucionalizado em cada escola privada, o Estado deve garantir o seu respeito — designadamente por professores ou alunos que o tenham aceite e depois o queiram pôr em causa. Trata-se da garantia da liberdade de tendência, como em qualquer outra organização de tendência, como por exemplo num partido, numa associação com carácter religioso, numa associação com específico projecto educativo. Nestas pessoas colectivas de tendência (não assim, nas demais), a liberdade de tendência de cada pessoa individual, sejam associados, membros, utentes e mesmo professores ou trabalhadores, nunca pode ser internamente contraditória com a tendência legalmente institucionalizada nos respectivos estatutos, devidamente representada e governada pelos órgãos próprios.

⁴⁵³ *A autonomia das escolas*, p. 81.

O projecto educativo de uma escola privada de tendência é sempre, e por definição, uma integrante dos contratos celebrados por alunos e professores, que lealmente a tenham previamente conhecido — sob pena de não ser garantida a liberdade da instituição, a liberdade de afirmar e prosseguir um projecto educativo da escola, que deve fidelidade a si próprio e à colectividade. Este ponto é muito importante: trata-se de que a liberdade individual (posterior) de professores e alunos não pode anular a liberdade (anterior) exercitada (exercício de direitos constitucionais) por pessoas individuais ou colectivas na fundação da escola, e consagrada no respectivo projecto educativo. De outro modo, o direito fundamental anterior e legitimamente exercitado por alguns (na fundação de uma escola) ficaria subordinado a decisões contrárias de outros — que não concordassem com essa expressão de liberdade, o que é inadmissível.

77. Liberdade de escolher a escola

É necessário, em segundo lugar, que os alunos (ou os seus pais) possam escolher livremente a escola que preferem, seja de entre as escolas estatais, seja de entre as escolas privadas, sempre com garantia da gratuidade durante o ensino obrigatório e com igualdade de oportunidades nos graus de ensino não obrigatório⁴⁵⁴.

78. Rede escolar, antes que sistema escolar

Nas condições referidas anteriormente, pode falar-se de *rede escolar* em sentido próprio, autonomista e descentralizado; e abandonar-se o conceito ambíguo de *sistema escolar* — ou usá-lo mas com um sentido de sistema-quadro, como regulação geral e comum que se torna necessária para um exercício ordenado mas autónomo e sério de liberdades pessoais fundamentais, e para o funcionamento de um quadro de serviço público educativo integrador de instituições estatais e privadas.

No seu conjunto, a rede escolar que preencha os requisitos estabelecidos na regulação geral constituirá o *serviço público escolar nacional de educação*, sem distinguir entre escolas estatais e não estatais — como aliás sucede, e com menores razões, noutros

⁴⁵⁴ Cfr. especialmente as comunicações de Marçal Grilo e de Fernando Adão da Fonseca, no âmbito do Debate Nacional sobre Educação, in *Audições públicas no debate nacional sobre educação*, pp. 111 e 219, respectivamente.

sectores da vida social em que a iniciativa privada é reconhecida como integrante do serviço público e tratada como tal⁴⁵⁵. Aliás, e como já se viu, a LBSE fornece um quadro de regulação bastante satisfatório.

79. Garantia do pluralismo educativo

Só com estas condições básicas se pode falar de pluralismo e de liberdade de educação — que (insista-se) não existe verdadeiramente sem opção livre e explícita na oferta de projectos educativos escolares e de liberdade de escolha entre eles.

80. A questão do financiamento

A questão do financiamento é crucial. A liberdade de educação ficaria sempre e necessariamente prejudicada, e mesmo defraudada, se (de acordo com o princípio da igualdade constitucional e com as leis em vigor, que impõem uma *igualdade de oportunidades* no acesso à escola de livre escolha), o Estado não apoiasse financeiramente o ensino escolar de todos os cidadãos, sem discriminar as escolhas das escolas privadas. Enquanto o Estado privilegia as escolas estatais com o exclusivo do financiamento público, alimenta e mantém o monopólio da escola estatal, em concorrência desleal contra a escola privada. Nem a Constituição, nem a lei, justificam ou legitimam um monopólio escolar do Estado. Pelo contrário: esse monopólio ofende claramente as leis do *mercado educativo*, que não é tão relevante como mercado económico do que como mercado de liberdades espirituais e culturais — o que é especialmente importante.

Em rigor, a questão nem é tanto a de financiar escolas: é, sim, primacialmente, a de financiar alunos. O financiamento educativo deveria orientar-se mais pelo direito de aprender, do que pelo direito de ensinar; mais pela procura, do que pela oferta. Ora, há vários regimes de financiamento da educação que permitem incorporar

⁴⁵⁵ A título de mais um exemplo do que têm sido as tergiversações das nossas políticas educativas, recorde-se que, em 1988, o DL n.º 108/88 estabeleceu que «as escolas particulares e cooperativas passam a fazer parte integrante da rede escolar, para efeitos de ordenamento desta». Este diploma não tem sido respeitado no desenvolvimento da rede escolar, em que o desenvolvimento da rede pública tomou o lugar de monopólio crescente, em prejuízo da iniciativa privada, que não pôde progredir sobretudo no ensino básico e secundário.

soluções mais perfeitas para financiar directamente os alunos, como por exemplo o do cheque escolar. Mas esta é apenas uma questão de natureza técnica, muito estudada e defendida por economista prestigiados e praticada em diversos países, que não ocorre aqui tratar.

81. O financiamento na lei em vigor

Deve recordar-se que, na nossa legislação, já estão em vigor soluções que permitem o apoio do Estado aos alunos das escolas não estatais. Deixando de lado o exemplo que já vigora no pré-escolar, que também são estabelecimentos educativos, bastaria aplicar mais larga e honestamente as soluções consagradas desde 1980 no Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo, para que o nosso sistema melhorasse substancialmente. Este Estatuto contém boa doutrina e prevê três tipos de contratos de financiamento — aliás copiados do sistema francês, que é um sistema escolar de tradição jacobina.

Quanto aos princípios, recorde-se mais uma vez que o art. 2.º diz que «o Estado reconhece a liberdade de aprender e de ensinar, incluindo o direito dos pais à escolha e à orientação do processo educativo dos filhos». E ainda: «é dever do Estado, no âmbito da política de apoio à família, instituir subsídios destinados a custear as despesas com a educação dos filhos». Além disso, o diploma reconhece, na alínea g) do art. 4.º, competir ao Estado «promover progressivamente o acesso às escolas particulares em condições de igualdade com as públicas». Não se pode ser mais claro.

Quanto aos contratos, os «contratos de associação» «têm por fim possibilitar a frequência das escolas particulares nas mesmas condições de gratuidade do ensino público», celebrados com as escolas «situadas em zonas carecidas de escolas públicas» — e este será um critério introduzido por razões de progressividade, com alguma ambiguidade por evocar o famigerado critério da supletividade do ensino privado, hoje revogado.

Os «contratos simples» são os que, em nosso entender, mais correctamente apoiam os alunos, na base das suas necessidades e sem qualquer relação com a supletividade da escola privada relativamente à escola estatal, mas sim com base na igualdade de oportunidades.

Finalmente, os «contratos de patrocínio» têm por fim estimular e apoiar o ensino em domínios não abrangidos pelo ensino oficial, nomeadamente a criação de cursos com planos próprios e a inovação pedagógica. Presente-se, aqui, de certo modo, a ideia de apoio e estímulo do Estado à inovação, o que parece ser uma excelente orientação.

Muito se poderia já ter progredido se ao menos estas soluções tivessem sido mais aplicadas. Mas enquanto nunca se admite que possa faltar financiamento para uma escola do Estado, por outro lado há sempre o argumento de que o Estado não tem suficiente dinheiro para os alunos das escolas privadas — o que prova que o Estado privilegia um projecto educativo contra os outros.

Uma prova desta injusta e inconstitucional discriminação, que lança uma luz crudelíssima sobre o que tem sido a política portuguesa nesta matéria, verifica-se na aplicação do regime da gratuidade na escolaridade obrigatória. Apesar de constitucionalmente ser devida a todos os cidadãos, a gratuidade da escolaridade obrigatória não é de facto financiada pelo Estado na escola privada. Como já vimos, a lei da gratuidade do ensino obrigatório (Decreto-Lei n.º 35/90) diz, logo no seu artigo 1.º, que se aplica a todos os «alunos que frequentam o ensino não superior em estabelecimentos de ensino oficial, parti-cular ou cooperativo». Mas depois vem no final uma «disposição transitória», o art. 28.º, que prescreve o seguinte: «a aplicação do disposto no presente diploma ao ensino particular e cooperativo far-se-á de modo gradual, de acordo com os meios financeiros disponíveis e com base no disposto no Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo». É admissível a consagração de um princípio da progressividade para cumprir a lei. Porém, este diploma já tem mais de quinze anos e, até esta data, estamos à espera da execução da gradualidade prevista. Num período de tempo em que houve dinheiros públicos para tudo, inclusive para expandir, nalguns casos até excessivamente, a rede de estabelecimentos escolares estatais que nem pertencem à escolaridade obrigatória, resulta claro que aquilo que se colocou naquela norma transitória ficou dolosamente por aplicar. Isto é: a prioridade não foi a do financiamento público do ensino obrigatório (constitucionalmente gratuito para todos); foi, sim, a do financiamento do ensino estatal contra o ensino não estatal. No que mais uma vez se demonstra o enviesamento estatista que tem prevalecido nas nossas políticas públicas educativas.

82. Conclusão final

Assim fica evidenciada a crítica que nos propusemos fazer ao monopólio estatal no sistema escolar português, que se baseou — assim o julgamos — numa interpretação clara do carácter liberal-democrático-social do nosso sistema jurídico-constitucional, em sintonia com a doutrina do moderno *constitucionalismo democrático*, que «leva os direitos a sério».

Mas se há uma ideia prática que mereça ser finalmente retida como inquestionavelmente comprovada, é a de Marcelo Rebelo de Sousa, quando, em 1986, intervindo no 3.º Congresso do Ensino Particular e Cooperativo, disse: «Portugal é um Estado onde uma forte propensão estatizante domina a escola, numa visão publicística, quase imperialista, a que acresce (...) a discriminação em relação ao Ensino Particular e Cooperativo». E concluindo: «em Portugal, uma das prioridades é travar o excesso da politização no domínio do ensino [...]; tenho para mim que, só por si, o Estado, neste como noutros domínios, não se auto-reforma. Impõe-se forçá-lo a uma transformação política pela dinâmica exterior da sociedade civil»⁴⁵⁶.

⁴⁵⁶ Congresso do EPC (III), *Legitimidade do ensino particular e cooperativo*, pp. 226-227.

Bibliografia

A EDUCAÇÃO EM PORTUGAL (1986-2006). ALGUNS CONTRIBUTOS DE INVESTIGAÇÃO, Conselho Nacional de Educação, Lisboa, 2007.

ADRAGÃO, Paulo, *A liberdade de aprender e a liberdade das escolas particulares*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1995.

ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, 3.^a ed., Fontamara, México, 2006.

ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997 (trad. esp. de: *Begriff und Geltung des Rechts*, 2.^a ed., 1974).

ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios, Madrid, 2004 (trad. esp. do epílogo à trad. inglesa do original, *Theorie der Grundrecht* – in Oxford University Press, 2002).

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997 (trad. de: *Theorie der Grundrecht*, Suhrkamp, Frankfurt, 1986).

ALEXY, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp, 1978.

ALEXY, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, Fontamara, México, 2005.

AMARAL, Diogo Freitas do, “Estado”, *Polis, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, vol. 2, Verbo, Lisboa, 1984.

AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1990.

ANDERSEN, Erik André; LINDSNAES, Birgit, *Towards new global strategies: public goods and human rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Holanda, 2007.

ANDRADE, J. C. Vieira de, “Supletividade do Estado e desenvolvimento”, PINTO, Mário; GARCIA, Leite; SEABRA, João (coord.), *Gaudium et Spes. Uma leitura pluridisciplinar vinte anos depois*, Rei dos Livros, Lisboa, 1988.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, “Os direitos sociais como direitos fundamentais da pessoa”, *Nova Cidadania*, n.º 12.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, “Repensar a relação entre o Estado e a sociedade”, *Nova Cidadania*, n.º 31.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 1.^a ed., Almedina, Coimbra, 1983; 3.^a ed., 2007.

ARASANZ, Lluís, “El derecho a la educación y la libertad de enseñanza en las sentencias del Tribunal Constitucional Español”, OIDEL, *Working papers n.º 4: libertés educativas: intervencions de l’OIDEL à l’ONU*, Genebra, s/d.

ARON, Raymond, *Essai sur les libertés*, Calmann-Lévy, Paris, 1965.

AUDIÇÕES PÚBLICAS NO DEBATE NACIONAL SOBRE EDUCAÇÃO, Conselho Nacional de Educação, Editorial do Ministério da Educação, Lisboa, 2007.

AZEVEDO, Joaquim, “O papel das instituições sociais autónomas na criação de escolas profissionais”, *Communio*, n.º 1.

AZEVEDO, Joaquim, *Avenidas da liberdade. Reflexões sobre política educativa*, 3ª ed., ASA, Porto, 2001.

AZEVEDO, Joaquim, *Ensino particular e cooperativo: o currículo como instrumento da autonomia e da liberdade*, discurso no Forum da AEEP, 07.11.1997 (policopiado).

BACCHI, Ernestina; BACCHI, Nando, *Scuola e cittadinanza*, Il Segno, Verona, 1997.

BARRETO, António, “Duas palavras sobre a educação e os tempos que correm”, *Risco*, n.º 14, 1990.

BARROSO, João, *A Escola pública. Regulação. Desregulação. Privatização*, Edições Asa, Porto, 2003.

BINANTI, Luigino, *Scuola pubblica e privata nel mondo*, Roma, 2001.

BOBBIO, Norberto, “Os direitos do homem, hoje”, *A era dos direitos*, Editora Campus, Rio de Janeiro, 2004.

BOBBIO, Norberto, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Laterza, Roma, 2007.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Ano 27, 29.08.1974.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “L'importanza della separazione fra Stato e società nello Stato sociale democratico di oggi”, *Diritto e secolarizzazione*, Laterza, Roma, 2007 [“Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart” (1972), *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatslehre und Verfassungsgeschichte*, Suhrkamp, Frankfurt, 1991].

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, Morcelliana, Brescia, 2006.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, LGDJ, Paris, 2000.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Suhrkamp, Frankfurt, 1976.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Stato, costituzione, democrazia*, Giuffrè, Mião, 2006 – trad. de: *Staat, Verfassung, Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt, 1992.

BONGIOVANNI, Giorgio, *Teorie «costituzionalistiche» del diritto. Morale, diritto e interpretazione in R. Alexy e R. Dworkin*, CLUEB, Bolonha, 2000.

BUSH, Jeb, “A reforma educativa na Flórida”, *Nova Cidadania*, n.º 36, 2008.

CADERNOS DO ENSINO SUPERIOR, *Da organização dos sistemas educativos na União Europeia*, Instituto Politécnico de Leiria, 2002.

CAMPINOS, Jorge, *Ideologia política do Estado salazarista*, Portugália, Lisboa, 1975.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra Editora, 2004.

CANOTILHO, José Gomes, “Sobre os fundamentos éticos e morais do Estado social”, *Nova Cidadania*, n.º 31.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Estado de direito*, Gradiva, Lisboa, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 1.ª ed., 1980; 4.ª ed., 2007.

CARNEIRO, Roberto (coord.), *Ensino livre. Uma fronteira da hegemonia estatal*, ASA, Porto, 1994.

CARNEIRO, Roberto, “Manifesto contra o Estado hegemónico”, *Ensino livre. Uma fronteira da hegemonia estatal*, ASA, Porto, 1994.

CASTRO, Adalmiro de, “O papel do ensino livre nos ciclos da história portuguesa”, Roberto Carneiro (coord.), *Ensino livre. Uma fronteira de hegemonia estatal*, Edições Asa, 1994.

CONGRESSO DO ENSINO PARTICULAR E COOPERATIVO (III), *Legitimidade do ensino particular e cooperativo*, Editorial Contact/AEEP, 1986.

CONSELHO NACIONAL DA EDUCAÇÃO, “Parecer n.º 1/89”, *Pareceres e Recomendações 88-89*, vol. I, Editorial do Ministério da Educação, 1990.

CONSELHO PARA A COOPERAÇÃO ENSINO SUPERIOR-EMPRESA, *Livro Verde*, Lisboa, 1994.

CONSELHO PONTIFÍCIO “JUSTIÇA E PAZ”, *Compêndio da doutrina social da igreja*, Editorial Principia, Cascais, 2005.

CORREIA, José Manuel Sérvulo, “Teoria da Relação Jurídica de seguro social”, *Estudos Sociais e Corporativos*, n.º 27, 1968.

COTOVIO, Jorge, *O ensino privado*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2004.

CRATO, Nuno, *O “Eduquês” em discurso directo. Uma crítica da pedagogia romântica e construtivista*, Gradiva, Lisboa, 2006.

CRISAFULLI, “La scuola nella Costituzione”, *Studi in onore di G. Menotti De Francesco*, Giuffrè, Milão, 1957.

CRUZ, Guilherme Braga da, “Direitos e deveres do Estado na educação”, *IV Curso das Semanas Sociais Portuguesas*, Braga, 1952.

CRUZ, Guilherme Braga da, *Direitos da família, da Igreja e do Estado*, ed. Conferência Nacional dos Institutos Religiosos, 1955.

CRUZ, Manuel Braga da, *A educação e a universidade*, Jornal Colégio Universitário Pio XII, n.º 17, Dezembro, 2001.

CUNHA, Pedro da, (rel.), *Perfil cultural desejável do diplomado do ensino secundário*, Ministério da Educação, 1998.

CUNHA, Pedro da, “A evolução do ensino particular e cooperativo na vigência do XI Governo constitucional (1987-1991)”, Roberto Carneiro (coord.), *Ensino livre. Uma fronteira da hegemonia estatal*, Edições Asa, Porto, 1994.

CUNHA, Pedro da, *Ética e educação*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1996.

CUNHAL, Álvaro, [entrevista] *Opção*, ano I, n.º 45.

DAHL, Robert, *Dilemas of pluralist democracy. Autonomy versus control*, Yale University Press, Londres, 1982.

DAHRENDORF, Ralf, *A quadratura do círculo*, Edições 70, Lisboa, 1996.

DI RUFFIA, Biscaretti, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Giuffrè, Milão, 1988.

DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977.

EDUCAÇÃO E DIREITO. *Revista da Associação Portuguesa de Direito da Educação*, n.ºs 1 e 2, 1999.

ENSINO SUPERIOR E COMPETITIVIDADE, Conselho Nacional de Avaliação do Ensino Superior, Lisboa, 2001.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1989.

ESPADA, João Carlos, *Direitos sociais de cidadania*, INCM, Lisboa, 1997.

ESPADA, João Carlos, “Liberdade implica responsabilidade”, *Nova Cidadania*, n.º 31.

ESPADA, João Carlos; PLATTNER, Marc; WOLFSON, Adam, *Direita e esquerda?*, UCP Editora, Lisboa, 2007.

ESTORNINHO, Maria João, *A fuga para o direito privado*, Almedina, Coimbra, 1996.

EURYDICE, *Financing and management of resources in compulsory education. Trends in national policies*, União Europeia, 2000 – <http://www.eurydice.org/portal/page/portal/Eurydice/showPresentation?pubid=014EN>.

EURYDICE, *Private education in the European Union. Organisation, administration and the public authorities' role*, União Europeia, 1999-2000 – <http://www.eurydice.org/portal/page/portal/Eurydice/showPresentation?pubid=012EN>.

EVERHART, Robert B. (ed.), *The public school monopoly. A critical analysis of education and the State in american society*, Pacific Institute for Public Research, S. Francisco, Califórnia, 1982.

FERNANDEZ, A; NORDMANN J.-D., *O direito de escolher a escola*, AEEP, Lisboa, 2002.

FERNÁNDEZ, Alfred, <blog www.oidel.ch>.

FERNÁNDEZ, Alfred; JENKER Siegfried (ed.), *International declarations on the right to education and the freedom of education*, Info3-Verlag, Frankfurt, 1995.

FERNÁNDEZ, Alfred; NORDMANN, Jean-Daniel, *Rapport 2002 sur la liberté d'enseignement dans le monde*, OIDEL, Genebra

FERNANDEZ, Alfred; PONCI, Jean-David (coord.), *Éducation et discrimination. Réflexions sur la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'Unesco*, Diversités, Genève, 2005.

FONSECA, Fernando Adão da, [Comunicação na Audição Pública de 4 de Janeiro de 2007], *Audições públicas no debate nacional sobre educação*, Conselho Nacional de Educação, Lisboa, 2007, p. 219 ss.

FONSECA, Fernando Adão da, “Estado garantia. O Estado social do século XXI?”, *Nova Cidadania*, n.º 31.

FONSECA, Fernando Adão da, *O Serviço Público de Educação*, 6.º Congresso da AEEP, Porto, 2008 (não publicado).

FRANCO, António de Sousa, “A liberdade de aprender e de ensinar no âmbito das liberdades fundamentais – Fundamentação da liberdade de ensino”, CARNELIRO, Roberto (coord.), *Ensino livre. Uma fronteira de hegemonia estatal*, Edições Asa, 1994.

FRANCO, António de Sousa: “Prefácio”, ADRAGÃO, Paulo Pulido, *A liberdade de aprender e a liberdade das escolas particulares*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1995.

FRANCO, António L. de Sousa, *Para uma fundamentação da liberdade de ensino* (separata) *Direito e Justiça*, vol. IV, 1989/1990.

FÜSSEL Hans-Peter, “A autonomia das escolas numa perspectiva institucional”, *Educação e Direito*, n.º 1, 1999.

GARCIA GARRIDO, José Luís, “Principais desafios lançados aos sistemas educativos no alvorecer do século XXI: uma perspectiva internacional”, *A educação do futuro, o futuro da educação*, Edições Asa, Porto, 1996.

GARCIA GARRIDO, José Luís, *Fundamentos de educación comparada*, Madrid, Dykinson, 1991.

GIDDENS, Anthony, *Para além da esquerda e da direita*, Celta Editora, Oeiras, 1997.

GIDDENS, Anthony, *Para uma terceira via*, Editorial Presença, Lisboa, 1999.

GIUGNI, Gino, “Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano”, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n.º 30, 1986.

GLENN, Charles; GROOF, Jan de, *Balancing Freedom, Autonomy, and Accountability in Education*, 3 vols., Wolf Legal Publishers, Tilburg, 2004.

GLENN, Charles; Groof, Jan de, *Education Freedom. Prerequisite for a modern democracy. Challenge for personalistic society*, Foundation for International Solidarity, Gravenhage, 2003.

GLENN, Charles, “A autonomia das escolas: a experiência das *charter schools* nos EUA”, *Nova Cidadania*, n.º 36, 2008.

GOMES, Aldónio, “A rede escolar”, 3.º Congresso do EPC. *Legitimidade do ensino particular e Cooperativo*, Editorial Contacto/AEEP, 1986.

GOZZI, Gustavo, *Democrazia e diritti. Germania: dello Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, 2.ª ed., Laterza, Roma, 2003.

GRILO, Eduardo Marçal; MARTINS, Guilherme d’Oliveira, “Escola pública e serviço público de educação”, *Expresso*, 08.03.2008.

HÄBERLE, Peter, “I diritti fondamentali nello Stato delle prestazioni”, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Giuffrè, Milão, 2003.

HÄBERLE, Peter, *Siete tesis para una teoría constitucional del mercado*, trad. Miguel Azpitarte-Sánchez, <http://www.ugr.es/~redce/REDCE5/articulos/01peterhaberle.htm>

HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, 3.ª ed., Trotta, Madrid, 2001 (trad. de: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt, 1992).

HOFMANN, Hasso, *Introduzione alla filosofia del diritto e della politica*, Laterza, 2007 – trad. de: *Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie*, Darmstadt, 2000.

HOMEM, António Pedro Barbas *ed all.*, *Legislação de Educação*, Coimbra Editora, 2001.

HOMEM, António Pedro Barbas, “Direitos e deveres fundamentais de professores, pais e alunos perante a autonomia das escolas”, *Educação e Direito*, n.º 1, 1999.

LA REVUE SOCIALISTE, *Socialisme européen, Vers une nouvelle voie*, Paris, n.º 1, 1999, [número inteiramente dedicado ao tema “socialismo europeu: para uma nova via”]

LE GRAND, Julian, *The other invisible hand. Delivering public services through choice and competition*, Princeton University Press, 2007.

LE GRAND, Julian; ROBINSON, Ray, *The economics of social problems. The market versus the State*, MacMillan, Londres, 1976.

LIMA, Licínio C., “Administração da educação e autonomia das escolas”, *A educação em Portugal (1986-2006). Alguns contributos de investigação*, Conselho Nacional de Educação, Lisboa, Editorial do Ministério da Educação, Lisboa, 2007.

LOPEZ-MUÑIZ, José Luis, *Libertad de educacion: experiencias de financiación*, 1.º Encontro do Fórum para a Liberdade de Educação, Fundação Gulbenkian, 16.11.2002.

MACHADO, João Baptista, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Almedina, Coimbra, 1983.

MACHADO, João Baptista, *Participação, descentralização, democratização, neutralidade na Constituição de 76*, Livraria Almedina, Coimbra, 1982.

MACHADO, Jónatas E. M., *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

MACHETE, Rui, “A evolução do conceito de serviço público e a natureza das relações entre concessionário ou autorizado e o utente”, *Estudos de direito Público*, Coimbra Editora, 2004.

MACHETE, Rui, “Um novo paradigma nas relações Estado-sociedade”, *Nova Cidadania*, n.º 12, 2002.

MACHETE, Rui, *Conceitos indeterminados e restrições de direitos fundamentais por via regulamentar*, (separata), Coimbra Editora, 2005.

MACHETE, Rui, *Os Direitos do Homem no Mundo*, (Relatório apresentado em 1978 à Assembleia Parlamentar da Europa), Fundação Oliveira Martins, Lisboa, 1978.

MALTEZ, José Adelino, “Sobre a igualdade de oportunidades e o direito ao ensino”, *Educação e Direito*, n.º 2, 1999.

MANALVO, Bruno, *O projecto de revisão constitucional da ala liberal*, Instituto Francisco Sá Carneiro, 2004.

MARITAIN, Jacques, *Princípios duma política humanista*, Moraes, Lisboa, 1960.

MARTINEZ, Pedro Romano, “O regime laboral dos docentes: alguns aspectos”, *Educação e Direito*, n.º 2, 1999.

MEDEIROS, Rui, *A decisão de inconstitucionalidade*, UCP Editora, 1999.

MELO, Rodrigo Queiroz e, *A escola e o Estado*, (estudo não publicado).

MENGGONI, Luigi, “I diritti sociali”, *Argomenti di diritto del lavoro*, n.º 1, 1998, Cedam, Milão.

MESQUITA, António Pedro, *Liberalismo, democracia e o contrário. Um século de pensamento político em Portugal (1820-1930)*, Edições Sílabo, Lisboa, 2006.

MIRANDA, Jorge Miranda (org.), *Perspectivas constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*, I, Coimbra, 1996.

MIRANDA, Jorge, [Discurso em favor da liberdade de ensino], *Diário da Assembleia Constituinte*, n.º 62, 11.10.1975, pp. 1919-1922; p. 1986.

MIRANDA, Jorge, “Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais”, *O Direito*, n.º 138, 2006.

MIRANDA, Jorge, *A Constituição de 1976*, Petrony, Lisboa, 1978.

MIRANDA, Jorge, *Escritos vários sobre direitos fundamentais*, Principia, Estoril.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, *Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2.ª ed., 1993; 3.ª ed., 2000.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 2005.

MONTEIRO, Henrique, “Seis sugestões para revolucionar as escolas”, *Expresso*, 08-03-2008.

MOREIRA, Vital, “A singularidade da escola pública”, *Público*, 14.07.2005.

MOREIRA, Vital, “O direito à escola pública”, *Público*, 01.11.2007.

MOREIRA, Vital, *Aba da Causa*, <http://aba-da-causa.blogspot.com/>.

MOREIRA, Vital, *Causa nossa*, <http://causa-nossa.blogspot.com/>.

MORGADO, Abílio, *Educação - mudar é possível*, Gradiva, Lisboa, 2005.

MOURA, Maria Lúcia de Brito, *A guerra religiosa na Primeira República*, Notícias Editorial, Lisboa, 2004.

MÜLLER, Friedrich; JEAND’HEUR, Bernd, *Zukunftsperspektiven der freien Schule. Dokumentation, Diskussion und praktische Folgen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seit dem Finanzhilfe-Urteil*, Dunker & Humblot, Berlim, 1996.

NEVES, A. Castanheira, *A revolução e o direito. A situação de crise e o sentido do direito no actual processo revolucionário*, separata da Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, 1976.

NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos fundamentais: triunfos contra a maioria*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004.

OIDEL, Organisation Internationale pour le Developement de la Liberté d’Enseignement, *Rapport sur l’état de la liberté d’enseignement dans le monde*, Genebra, 1995.

OIDEL, Organisation Internationale pour le Developement de la Liberté d’Enseignement, *Working papers, n.º 4: libertés educatives*, Genebra

OLIVEIRA, Luís Valente de, [Comunicação ao] 3.º Congresso do ensino particular e cooperativo, Editorial Contacto/AEEP, 1986.

PARECERES DA COMISSÃO CONSTITUCIONAL, 7.º volume, Imprensa Nacional, 1980.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoria general*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

PEREIRA, José Pacheco, “Pouco em comum entre 2005 e 1985”, *Público*, 29.09.2005.

PINTO, Mário, “A doutrina social da Igreja, ontem, hoje e amanhã”, *Direito e Justiça*, vol. XII, Tomo I, 1998.

PINTO, Mário, “O Estado de direito democrático secular”, *Nova Cidadania*, n.º 35, 2008.

PINTO, Mário, *Direito do Trabalho*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1996.

PINTO, Mário, *Liberdades de aprender e de ensinar*, Quetzal Editores, Lisboa, 2003.

PIRES, Francisco Lucas, *Teoria da Constituição de 1976. A transição dualista*, Coimbra, 1988.

POLICARPO, D. José, “A escola católica ao serviço da missão da Igreja”, *Nova Cidadania*, n.º 35.

QUEIROZ, Cristina, “Constituição, constitucionalismo e democracia”, Jorge Miranda (org.), *Perspectivas constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*, I, Coimbra, 1996.

QUEIROZ, Cristina, *Direitos fundamentais sociais*, Coimbra Editora, 2002.

QUEIROZ, Cristina, *Direitos Fundamentais, Teoria Geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

QUEIROZ, Cristina, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

RADBRUCH, Gustav, *Filosofia do direito*, 5.ª ed., Arménio Amado, Coimbra, 1974.

REIS, Maria da Conceição Cordo (coord.), *Um olhar sobre os contratos de associação*, Conselho Coordenador do Ensino Particular e Cooperativo, Novembro, 1997.

REIS, Maria da Conceição Cordo (coord.), *Um olhar sobre os contratos de associação (Actualização)*, Conselho Coordenador do Ensino Particular e Cooperativo, Junho, 1999.

RELATÓRIO FINAL DO DEBATE NACIONAL SOBRE EDUCAÇÃO, Conselho Nacional de Educação, Lisboa, 2007.

RENUCCI, Jean-François, *Droit européen des droits de l’homme*, 2.ª ed., LGDJ, Paris, 2001.

RIBEIRO, José Joaquim Teixeira, *Economia Política*. Apontamentos das lições ao curso jurídico de 1958-1959, (edição policopiada), Coimbra, 1959.

ROBERT, Jacques; DUFFAR, Jean, *Droits de l’homme et libertés fondamentales*, 7.ª ed., Montchrestien, Paris, 1999.

RODRIGUES, António dos Reis, *A dignidade da pessoa humana e os seus direitos*, Principia, 2008.

RODRIGUES, António dos Reis, *Doutrina social da Igreja*, Rei dos Livros, Lisboa, 1991.

ROMMEN, A. Heinrich, *El Estado nel pensamiento catolico*, Instituto de Estudios Politicos, Madrid, 1956.

ROSANVALLON, Pierre, *La crise de l'État-Providence*, 1.^a ed., Seuil, Paris, 1981.

ROSAS, João Cardoso, “Do Estado de direito ao Estado garantia”, *Nova Cidadania*, n.º 31

RUBIO-LLORENTE, Francisco, “Prefácio”, ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios, Madrid, 2004.

SANTONI, Francesco, *Le organizzazioni di tendenza e i rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milão, 1983.

SANTOS, Rui; DIAS, Paulo Coelho, *Insiste. Indicadores do Sistema Educativo. 1986-2006*, Conselho Nacional de Educação, Lisboa, 2007.

SEABRA, João Maria Félix da Costa (2008), *A Lei Portuguesa da separação do Estado e das Igrejas, de 20 de Abril de 1911*, Lisboa, 2008.

SEABRA, José Augusto, “Pluralismo cultural e diversidade de projectos educativos”, CARNEIRO, Roberto, (coord.), *Ensino livre. Uma fronteira da hegemonia estatal*, ASA, Porto, 1994.

SIERRA-BRAVO, Restituto, *El pensamiento social de los Padres de la Iglesia*, Ciudad Nova, Madrid, 1989.

SIERRA-BRAVO, Restituto, *El pensamiento social e económico de la Escolástica*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1975.

SILVA, Ana Maria Amorim Gomes da, *Contratos do E.P.C. em números, 2001/02 a 2003/4*, Conselho Coordenador do Ensino Particular e Cooperativo, Doc. 2, Novembro, 2005.

SILVA, Jorge Pereira da, “Direitos sociais e reforma do Estado-Providência”, *Nova Cidadania*, n.º 12, 2002.

SIMITIS, Spiros, “La giuridificazione dei rapporti di lavoro”, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n.º 30, 1986.

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt, *Direito público e sociedade técnica*, Atlântida, Coimbra, 1969.

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt, *Interesse público legalidade e mérito*, Coimbra, 1955.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; SOUSA, Coelho de; PINTO, Mário; MIRANDA, Jorge, “Declaração de voto”, *Diário da Assembleia Constituinte*, pp. 4449-4451.

STOYANOVITCH K., *La pensée marxiste et le droit*, PUF, Paris, 1974.

SUDRE, Frédéric, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, Paris, 1989.

VALENTE, Vasco Pulido, *O poder e o povo: a revolução de 1910*, Dom Quixote, Lisboa, 1974.

VERACK, Ethienne, “Educação, uma questão de liberdade”, *Pastoral catequética: revista de catequese e educação*, Janeiro-Abril, 2005.

WALBERG, Herbert J., *School choice. The findings*, Cato Institute, Washington, 2007.

WEDDERBURN OF CHARLTON; CLARK, Jon, “La giuridificazione del diritto del lavoro britanico”, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n.º 30, 1986.

WELZEL, Hans, *Introducción a la filosofía del derecho*, 2.ª ed., Aguilar, Madrid, 1971.

ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Turim, 1992.

ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoria geral do Estado*, (coord. CANOTILHO, Gomes), 3.ª edição, Fundação Gulbenkian, Lisboa, 1997.

VII COLÓQUIO INTERNACIONAL DE “ECHANGES INTERNATIONAUX”, *A escola numa sociedade pluralista*, Edições Contacto/AEEP, Lisboa, 1980.

«É garantida a liberdade de aprender e ensinar. É garantido o direito de criação de escolas particulares e cooperativas».

Art. 43.º da Constituição da República Portuguesa

«A liberdade de ensino exerce-se [...] designadamente por: [...] ausência de qualquer tipo de discriminação ideológica ou política na autorização, financiamento ou apoio por parte do Estado às escolas particulares e cooperativas [...]».

Art. 2.º da Lei n.º 65/79 - Lei da liberdade de ensino

«O Estado apoia e coordena o ensino nas escolas particulares e cooperativas [...] e] são designadamente atribuições do Estado [...] conceder subsídios e celebrar contratos para o funcionamento das escolas particulares e cooperativas, de forma a garantir progressivamente a igualdade de condições de frequência com o ensino público nos níveis gratuitos e a atenuar as desigualdades existentes nos níveis não gratuitos».

Art. 6.º da Lei n.º 9/79 - Lei de Bases do Ensino Particular e Cooperativo

«Este ensaio, dado à estampa por Mário Pinto, é uma crítica minuciosa e fundamentada ao monopólio actual da rede escolar praticado em Portugal. Representa um notável esforço argumentativo em favor das liberdades de aprender e de ensinar, tal como decorrem da formulação da Constituição de 1976. Evidencia de modo convincente a existência de uma pré-compreensão, aliás bastante generalizada, contra o ensino particular, alegadamente visto como um privilégio. Desmonta também, com larga cópia de razões, a ideologia dominante a favor da necessária superioridade da escola pública».

Rui Machete

