



DEPARTAMENTO DE DIREITO

DOUTORAMENTO EM DIREITO

**LIBERDADE DE EDUCAÇÃO E DIREITO À
EDUCAÇÃO:
PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAIS E POLÍTICAS**

Tese para obtenção do grau de Doutor em Direito,
especialidade em Ciências Jurídico-Políticas.

Doutorando: Cristina Maria de Gouveia Caldeira

Orientadora: Professora Doutora Ana Cristina Ramos Gonçalves Roque

Lisboa, Fevereiro, 2013

“ (...) na verdade de nada aproveitará uma legislação por muito útil que seja aprovada unanimemente por todos os cidadãos se estes não adquirem os hábitos nem foram educados segundo o espírito do regime estabelecido (...) Educar em conformidade com o regime consiste em atingir não o que satisfaz as veleidades dos oligarcas ou dos partidários da democracia, mas atingir sim, o que capacita aqueles a governar de modo oligárquico, e estes democraticamente”.

Aristóteles, *Política*, p. 400 e 401.

Agradecimentos

Dirijo-me ao Exmo. Senhor Reitor Professor Doutor José Amado da Silva e à Exma. Senhora Professora Doutora Constança Urbano de Sousa, Directora do Departamento de Direito, para agradecer o bom acolhimento que sempre me dispensou a Universidade Autónoma de Lisboa.

À minha orientadora e mestre Professora Doutora Ana Roque pela forma tão calorosa e entusiasta, por tudo o que me ensinou, por todos os desafios que me colocou e por todas as oportunidades que me concedeu, sinto-me profundamente grata.

À Fundação Calouste Gulbenkian pela bolsa que amavelmente me concedeu, os meus agradecimentos. Sem ela não teria sido possível iniciar esta investigação em Oxford.

Aos meus colegas e amigos com quem fui criando afinidades ao longo destes anos e com quem tanto partilhei, tenho de agradecer-lhes terem-me tornado o caminho menos solitário e mais suave.

Aos meus amigos de sempre e à família em particular, agradeço a compreensão das ausências constantes e o incentivo inesgotável. E, principalmente, a aceitação espontânea de que esta é também uma parte importante da minha vida. É a eles que dedico os eventuais méritos deste trabalho. Os erros são da minha exclusiva responsabilidade.

Índice da Tese

	Pág.
Agradecimentos	3
Índice	4
Resumo	11
Abstract	12
Lista de siglas	13
Lista de figuras	15
Lista de quadros	16
 Capítulo 1. Contextualização e argumentação do estudo	 17
Introdução ao tema	18
1.1. Delimitação do tema	24
1.2. Problemática e pertinência do estudo	34
1.3. Síntese dos principais objectivos da investigação	35
1.4. Justificação	35
1.5. Metodologia	36
 Capítulo 2. Princípios, direitos e deveres fundamentais	 38
Introdução	39
2.1. Sistema interno de regras e princípios da Constituição de 1976	40
2.1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana	42
2.2. Princípios jurídicos fundamentais	48
2.2.1. Princípio do Estado de Direito	48
2.2.2. Princípio do Estado de Direito democrático	49
2.2.3. Princípio do bem-estar ou do Estado social	50

2.2.4. Princípio da unidade do Estado ou Estado unitário	53
2.3. Direitos fundamentais	53
2.3.1. A gênese e o percurso dos direitos fundamentais	54
2.3.1.1 A Constituição e os direitos fundamentais	57
2.3.2. Da teoria à dogmática dos direitos fundamentais	61
2.3.3. Conceito de direitos fundamentais	63
2.3.4. Classificação dos direitos fundamentais	64
2.3.5. Características dos direitos fundamentais	68
2.4. Direitos fundamentais e figuras afins	69
2.4.1. Direitos fundamentais e direitos de personalidade	69
2.4.2. Direitos fundamentais e direitos do homem	70
2.4.3. Direitos fundamentais e interesses difusos	72
2.4.4. Direitos fundamentais e garantias constitucionais	73
2.5. Deveres fundamentais	74
Conclusão	76

Capítulo 3. A estruturação do sistema de direitos fundamentais na Constituição de 1976

78

Introdução	79
3.1. O catálogo de direitos fundamentais	80
3.2. O regime jurídico dos direitos fundamentais	82
3.2.1. No plano constitucional	86
3.2.2. No plano analítico	87
3.2.2.1 Princípio do não retrocesso social	91
3.2.3. Perspectivas dogmáticas-constitucionais	97
3.2.3.1 Teses mistas	98
3.2.3.2 Teses da determinabilidade	103
Conclusão	110

Capítulo 4. O regime geral e específico dos direitos fundamentais

113

Introdução	114
------------	-----

4.1. Princípios jurídicos gerais	115
4.1.1. Princípio da universalidade	117
4.1.2. Princípio da igualdade	122
4.2. Princípios comuns com diferenciação	122
4.2.1. Princípio da proporcionalidade e da protecção da confiança	123
4.2.2. Princípio do acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva	123
4.3. O exercício jurídico: regulação e limites	124
4.4. A interpretação e a integração segundo a DUDH	125
4.5. O regime especial dos direitos, liberdades e garantias	129
4.5.1. Aplicabilidade infraconstitucional	129
4.5.2. Vinculação de entidades públicas	130
4.6. Princípio do carácter restritivo das restrições	132
4.7. Suspensão e tutela de direitos	133
4.8. O regime específico dos direitos económicos, sociais e culturais	134
4.8.1. Os pressupostos	134
4.8.2. Elementos estruturais de uma sociedade	135
Conclusão	136

Capítulo 5. Os direitos fundamentais em especial

A Constituição da educação 138

Introdução	139
5.1 Duas concepções divergentes de ensino	141
5.2. Enquadramento infraconstitucional do sistema educativo	144
5.3. A educação e o constitucionalismo português	148
5.3.1. A Constituição de 1822	148
5.3.2. A Carta Constitucional de 1826 e a Constituição de 1838	149
5.3.3. A Constituição de 1911	150
5.3.4. A Constituição de 1933	151
5.3.5. A Constituição de 1976	152
5.4. A liberdade de educação como direito e princípio	155

5.5. As liberdades de aprender e de ensinar garantidas na CRP	156
5.5.1. A escolha da escola como um direito e um dever	161
5.5.2. O direito de criação de escolas distintas das escolas do Estado	164
5.5.3. A liberdade dos professores e dos alunos na escola	166
5.6. A educação e o ensino como um direito	169
5.7. A rede escolar	172
5.8. O direito ao acesso ao ensino superior	175
5.9. Participação democrática no ensino	177
5.10. A educação e a expansão da personalidade humana	178
Conclusão	180

Capítulo 6. O direito à educação e o referencial europeu para as políticas educativas **183**

Introdução	184
6.1. Enquadramento institucional da União: O Tratado de Lisboa	186
6.2. Princípios fundamentais da União	192
6.3. Direitos fundamentais na União	193
6.3.1 Princípio do respeito pelos direitos fundamentais	196
6.3.2. Princípio da confiança legítima	197
6.3.3. Princípio da segurança jurídica	197
6.3.4. Princípio da não retroactividade dos actos da União	198
6.4. A Carta dos direitos fundamentais e o direito à educação	198
6.4.1. Os valores universais e indivisíveis:	
dignidade, liberdade, igualdade e solidariedade	199
6.4.2. Cidadania e Justiça	201
6.4.3. Força jurídica, interpretação e aplicação da Carta Europeia	202
6.5. Competência da União	204
6.6. A educação na base da construção europeia	207
6.6.1. A primeira etapa da política europeia para a educação	208
6.6.2. A segunda etapa da política europeia para a educação	211
6.6.3. A terceira etapa da política europeia para a educação:	
o processo de Bolonha	218
Conclusão	225

Capítulo 7. A globalização e o sistema educativo mundial **227**

Introdução	228
7.1 Uma perspectiva pluridimensional da globalização	230
7.2. A globalização e a legitimação das políticas educativas	232
7.2.1. A agenda globalmente estruturada para a educação	233
7.2.2. Uma cultura educacional mundial	234
7.3. O sistema educativo mundial	237
7.3.1. Agências e organismos internacionais	239
7.3.1.1. Conselho da Europa	240
7.3.1.2. UNESCO	242
7.3.1.3. OCDE	244
7.3.1.4. Grupo do Banco Mundial	246
7.3.2. Sistemas de comunicação científica	249
7.3.3. Educação comparada e internacional	250
7.3.4. Externalização das políticas dos Estados nacionais	251
7.4. Reconfiguração da autoridade educativa	252
7.5. O Estado no cerne da governação educacional	254
Conclusão	257

Capítulo 8. A redefinição do papel do Estado na educação **260**

Introdução	261
8.1. O centralismo burocrático como forma de governo na educação	262
8.2. Princípio fundamental da subsidiariedade	265
8.3. Redefinição da política de serviço público de ensino	266
8.4. A nova gestão pública	271
8.4.1. Impacto da nova gestão pública na educação	274
8.5. O percurso da autonomia educativa	275
8.6. As críticas à nova gestão pública	281
8.7. A governação pública	282
8.7.1. Governação em rede aplicada à educação	284

8.8. A gestão do valor público: complementaridade em torno da educação	286
Conclusão	289

Capítulo 9. As concepções teóricas sobre o modo de conceber a vida social **292**

Introdução	293
9.1. A definição e a origem da autoridade	295
9.1.1. Auctoritas, a noção de autoridade em Roma	297
9.1.1.1. Autoridade, tradição e religião	298
9.2. A moderna problemática da autoridade	299
9.2.1. A concepção totalitária e a diluição do indivíduo no Estado	300
9.3. A perda de autoridade na vida pública e privada	305
9.4. O modo de conceber a vida social: um debate entre liberais e comunitaristas	307
9.4.1. A concepção liberal sobre o modelo de sociedade	310
9.4.2. A concepção comunitarista sobre o modelo de sociedade	314
9.5. A justiça de um modelo de sociedade	315
9.5.1. A teoria da justiça como equidade	317
9.6. A democracia deliberativa	319
9.7. Reorganização da autoridade na era democrática	321
Conclusão	323

Capítulo 10. A Constituição social **325**

Introdução	326
10.1. A Constituição política e social	327
10.2. Os fins do Estado-ordenador	332
10.2.1. Estado mínimo	334
10.2.2. Estado social	335
10.3. Da dogmática jurídica ao pensamento político	336
10.3.1. As concepções teóricas sobre direitos de liberdade e direitos sociais	337
10.3.1.1 Perspectivas unitárias: direitos de liberdade e direitos sociais	339
10.3.1.2 Perspectivas de complementaridade entre a liberdade e a igualdade	339

10.3.1.3 Perspectivas da contraposição entre direitos de liberdade e direitos sociais	340
10.4. O valor da liberdade e da igualdade na Constituição	341
10.4.1.A discriminação positiva	345
10.5. A teoria dos direitos básicos	346
10.6. Tensão entre Estado de direito e direitos fundamentais	348
10.7. Um compromisso social entre o Estado e a sociedade civil para a educação	352
Conclusão	357
 Capítulo 11. Conclusões e reflexões finais	 361
11.1. Conclusões da investigação	362
11.2. Limitações da investigação	400
11.3. Sugestões para futuras investigações	401
 Fontes e Bibliografia	 402

Resumo

O imperativo constitucional identificado no artigo 1.º, fundamenta o entendimento que toda a matéria dos direitos fundamentais visa a prossecução de valores que enformam a dignidade humana e a edificação de um Estado humano. Partindo desta âncora, procede-se a uma reflexão centrada no quadro democrático do pós-revolução de 1974 sobre a *liberdade de educação e direito à educação*. São direitos fundamentais, profundamente interligados e plasmados na Constituição Portuguesa de 1976 que vêm sendo estudados em referência ao Estado socialmente prestacional. Contudo, hoje o texto constitucional permite-nos transformar certas obrigações do Estado e da Sociedade Civil em contrapartidas directas à realização ou efectivação de direitos sociais, em áreas como a educação. O Estado já não é mais o único e exclusivo titular dos deveres constitucionais, tendo antes o poder/dever de recorrer à cooperação de entidades privadas e de organizações sociais e internacionais, desde que salvaguardados os poderes públicos, impostos constitucionalmente (artigo 9.º CRP).

Sem esquecer que o Estado perante a Constituição é ainda um limite e um ponto de partida, exigir mais direitos económicos, sociais e culturais significa somente mais direitos de participação por parte das pessoas e dos grupos sectoriais na sociedade civil onde se inscrevem, argumentos que abrem caminho à inserção das políticas educativas nas suas novas articulações com a comunidade. Deste modo, a cláusula constitucional de bem-estar não exclui um modelo de satisfação complementar de necessidades colectivas entre iniciativa pública e privada devendo envolver a adopção de uma postura de pura subsidiariedade da intervenção do Estado.

Palavras chave: Constituição, dignidade humana, direitos fundamentais, liberdade de educação, direito à educação, subsidiariedade do Estado na educação.

Abstract

The constitutional imperative identified in the Portuguese Constitution article 1 substantiates the understanding that all matters in fundamental rights aim at the prosecution of values that shape human dignity and the building of a human State. Departing from this anchor, we undertake a reflection, centered on the post 1974 revolution democratic context, on *freedom of education and the right to education*. These are fundamental rights, profoundly intertwined and molded in the Portuguese Constitution of 1976, which have been studied in reference to the State as a social provider. Nevertheless, today the constitutional text allows us to transform certain obligations of the State and of the Civil Society in direct counterparts to the completion or effectuation of social rights, in such areas as education. The State is no longer the only and exclusive holder of the constitutional duties, bearing instead the power/duty to betake to the cooperation of private entities, of social and international organizations, once the public powers, which are constitutionally imposed (article 9, CPR), are safeguarded.

Without forgetting that the State at the Constitution is still a limit and a starting point, to ask for new or wider economical, social and cultural rights is a mere equivalence to more rights of participation of people and of sectorial groups within civil society, arguments that make way for the inscription of the education policies in its new articulations with the community. Hence, the constitutional clause of welfare does not exclude a model of satisfaction which complementary to collective needs between public initiative and private initiative, and thus it must involve the adoption of a stance of pure subsidiarity in the State intervention.

Keywords: Constitution, human dignity, fundamental rights, freedom of education, the right to education, subsidiarity in the State on education.

Lista de siglas

AAFD	Associação Académica da Faculdade de Direito
AGEE	Agenda Globalmente Estruturada para a Educação
AEEP	Associação de Estabelecimentos de Ensino Particular e Cooperativo
APDC	Associação Portuguesa para o Desenvolvimento das Comunicações
AUE	Acto Único Europeu
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
BIDCE	Banco Internacional de Documentos de Cidades Educadoras
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CEMC	Cultura Educacional Mundial Comum
CNE	Conselho Nacional de Educação
CRP	Constituição da República Portuguesa
DRE	Direcção Regional de Educação
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
ECD/DHO	Projecto Educação para a Cidadania Democrática e para os Direitos Humanos
EEES	Espaço Europeu de Ensino Superior
FMI	Fundo Monetário Internacional
ICLEI	International Council for Local Environmental Initiatives
LBSE	Lei de Bases do Sistema Educativo
ME	Ministério da Educação
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento
OEI	Organization of Ibero-american States for Education, Science and Culture
ONU	Organização das Nações Unidas
OMC	Organização Mundial de Comércio
PALV	Programa de Aprendizagem ao Longo da Vida
PIDCP	Pactos Internacionais dos Direitos Civis e Políticos
PIDESC	Pactos Internacionais sobre Direitos Económicos Sociais e Culturais
PISA	Program for International Student Assessment

NEM	New Public Management
TC	Tribunal Constitucional
TCECA	Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço
TCEEA	Tratado da Comunidade Europeia de Energia Atómica
TIC	Tecnologias de Informação e Comunicação
TUE	Tratado da União Europeia
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJ	Tribunal de Justiça
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TL	Tratado de Lisboa
UE	União Europeia
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization

Lista de figuras

		Pág.
Figura 1	Elementos para a compreensão do modo de funcionamento do sistema mundial	238

Lista de quadros

		Pág.
Quadro 1	Sistema de direitos fundamentais	41

Capítulo 1

Contextualização e apresentação do estudo

“Mas se o Estado Constitucional soberano está morto nas suas pretensões de “absoluto político”, a estadualidade constitucional é ainda um limite e um ponto de partida. (...) De qualquer modo, nenhuma “leitura constitucionalista” poderá razoavelmente defender que a supranacionalidade e as amplas e sucessivas deslocações de competências¹ deixaram incólume o Estado Constitucional clássico”².

Introdução ao tema

A Constituição da República Portuguesa de 1976, consagra no seu artigo 1º que «Portugal é uma República soberana baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária». Daqui se extrai, que o «poder»³ ou «domínio» da República assenta em dois pressupostos: o primeiro defende que a pessoa humana antecede a organização política; e o segundo determina que as relações jurídico-sociais têm como fim último a pessoa. Nesses princípios “radica a elevação da dignidade da pessoa humana a trave mestra de sustentação e legitimação da República e da respectiva compreensão da organização do poder político”⁴.

Na Constituição⁵, aqui entendida como “ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”⁶, o termo «República» invoca a garantia da forma republicana do governo através dos limites materiais de

¹ Podemos definir competência, como o conjunto de poderes funcionais que a lei confere para a prossecução das atribuições das pessoas colectivas públicas. Cfr. J. DIAS; F. OLIVEIRA – *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, 2006, p. 46.

² Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 235-236.

³ O poder é aqui apresentado na óptica do poder político que “consiste na produção de comandos que imponham determinados comportamentos, relativamente aos quais revela uma intrínseca aptidão de obrigar, pela força se necessário, ao respectivo acatamento, através do emprego de esquemas de coacção material”. Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume I, 2010, p. 114.

⁴ Cfr. CANOTILHO; MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa anotada*, volume I, 2007, p. 198.

⁵ A investigação parte da Constituição de 1976 que corresponde ao texto aprovado pela Assembleia Constituinte, reunida na sessão plenária de 2 de Abril de 1976, com as alterações que lhe conferiram as sete revisões constitucionais: 1982; 1989;1992; 1997; 2001; 2004 e 2005, cfr. último parágrafo do Preâmbulo.

⁶ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010 p.52.

revisão constitucional (artigo 288.º *al b*), bem como designa a comunidade política na qual o Estado emerge como “conceito ordenador”⁷.

O Estado constitui-se como uma forma de “organização jurídica do poder dotada de *qualidades*”⁸, que o diferencia de outros poderes, entre as quais Gomes Canotilho sublinha a soberania, aqui entendida quer como monopólio do Estado face a qualquer outro poder social, quer como poder independente face aos outros Estados, também designada por soberania internacional⁹. Esta qualidade, é de tal forma relevante, que não obstante a interferência do fenómeno da integração dos Estados Europeus, da globalização e em concreto do paradigma económico-social vigente que nos trouxe ao ponto actual de crise, a organização da sociedade continua a assentar na unidade política soberana e o Estado continua a ser internamente o modelo de comunidade juridicamente organizada, tal como defende Gomes Canotilho ao afirmar que “a estadualidade constitucional é ainda um limite e um ponto de partida”¹⁰.

Porém, à luz do constitucionalismo actual, qualquer que seja o conceito e a justificação do Estado, terá que se esforçar por “ (...) estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito”¹¹. Só assim, entendemos nós, os cidadãos directa ou indirectamente estarão representados nas decisões políticas que à luz da lei, venham a ser tomadas.

Assim se inscreve a sociedade portuguesa, cujas relações interpessoais são unidas por uma visão humanista e por um “Estado de Direito democrático, teleologicamente orientado para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária”¹². Nela, a diversidade de opinião e a pluralidade ideológica, cultural e religiosa constitui um eixo vertebral e fundamento das instituições que lhe servem de suporte. A inexistência de uma visão única do bem comum e mesmo do bem

⁷ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p.89.

⁸ *Idem, Ibidem*.

⁹ *Idem*, p. 89-90.

¹⁰ *Idem*, p. 235.

¹¹ *Idem*, p. 93.

¹² Cfr. Paulo OTERO – *Direito Constitucional Português*, volume I, 2010, p.54.

individual é o marco axiológico fundamental e um ponto de referência da organização social do país.

Partimos deste ponto para uma reflexão centrada no quadro democrático do pós-revolução de 1974, sobre a *liberdade de educação*¹³ e o *direito à educação*, duas vertentes distintas da educação mas que estão profundamente interligadas. São direitos fundamentais, plasmados na Constituição Portuguesa de 1976, que independentemente do seu idêntico carácter constitucional, não têm a mesma intensidade normativa, o que confere diferentes graus no modo como o conteúdo e o objecto dos mesmos influenciam a vida dos seus destinatários.

Assim, para além da distinção formal a Constituição estabelece um regime especial, mais exigente e mais forte, para os direitos, liberdades e garantias, entre os quais, a liberdade de educação. Os direitos sociais, a exemplo do direito à educação, são direitos de todos a certas prestações de carácter económico, social ou cultural, que permitem a concretização de direitos de carácter universal. Paradoxalmente, enquanto o mundo assistia a um emergir de novos direitos fundamentais, a primeira década do século XXI deu sinais claros de uma perda significativa dos direitos fundamentais na maior parte dos países ocidentais. Com efeito, a quarta geração dos direitos veio demonstrar que os direitos sociais não são de todos, “mas daqueles que precisam e na medida em que precisam (...) os direitos sociais tendem a configurar-se como direitos de discriminação positiva, cujo conteúdo essencial é um mínimo para uma existência condigna, ou digna”¹⁴.

Sublinhe-se por fim, que os direitos fundamentais encontram-se igualmente plasmados no Direito Internacional, conceitualmente apresentado como “Ordem Jurídica da Comunidade Internacional porque regula as relações entre os povos que

¹³ A educação “visa a transmissão intencional organizada e sistemática, de conhecimento (teóricos ou práticos: instrução), de valores ou de concepções; ela começa na família, continua na escola (ou no sistema escolar) e por ventura é (ou não) complementada pela sociedade, a cuja cultura e valores se subordina”, in Sousa Franco – Para uma fundamentação da liberdade de ensino, p. 60-61. *Apud* André Salgado de MATOS – O Direito ao ensino, 1998, p. 23. A educação é definida também por CANOTILHO; MOREIRA como um “processo de aquisição e transmissão de conhecimentos e valores (através da escola e de outros meios formativos), in *Constituição da República Portuguesa* anotada, volume I, 2007, p. 889.

¹⁴ Cfr. Manuel VAZ *et al* – *Direito Constitucional*, 2012, p. 228.

compõem aquela Comunidade”¹⁵. «As normas e os princípios de Direito Internacional geral ou comum fazem parte integrante do Direito Português» ao abrigo do artigo 8.º, nº 1 da CRP. O nº 2 do mesmo preceito, faz referência às normas vertidas em convenções internacionais, quando ratificadas ou aprovadas pelo Estado português e após publicação oficial vinculam o Estado internacionalmente enquanto vigorar na ordem interna.

Assim, para além da cláusula aberta¹⁶ dos direitos fundamentais prevista no artigo 16.º nº 1 da CRP, estes expandem-se na medida que os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais, devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos Homens, tal como dispõe o artigo 16.º, nº 2 da CRP.

É no âmbito das Ciências Jurídico-Políticas, que nos propomos fazer uma leitura da consagração constitucional da educação, um dos temas preferidos do debate político desde o fim da segunda guerra mundial, que viu serem-lhe atribuídos, objectivos dimensionados e movidos por duas convicções: uma de ordem política e outra de ordem económica.

A de ordem política significava que a expansão da educação seria um instrumento para que o Estado dito democrático, reduzisse as desigualdades notórias enraizadas nos erros de política educativa do passado e nas injustiças socioeconómicas.

A convicção de ordem económica ancorava a opção de ordem política a favor de mais educação sobretudo a partir dos anos sessenta do século XX, na medida em que o optimismo do pós-guerra vertido nas teorias economicistas de então,

¹⁵ Cfr. PEREIRA; QUADROS – *Manual de Direito Internacional Público*, 1993, p. 22.

¹⁶ A clausula aberta dos direitos fundamentais permite a inscrição de direitos para além daqueles que se encontram consagrados no texto constitucional. Assim poderão ser entendidos como direitos os constantes de leis da Assembleia da República (artigo 112.º, nº 1 da CRP), “de normas de direito internacional, isto é, direitos fundamentais fora da Constituição”. Cfr, CANOTILHO; MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa anotada*, volume I, 2007, p. 365-366.

salientavam a contribuição que a educação poderia prestar ao desenvolvimento económico.

Essa é também a actual convicção da UNESCO manifestada no relatório de 2012 intitulado “Youth and Skills: Putting Education to work”¹⁷. Porém, várias teorias produziram contributos ao longo do século XX. De entre os quais, salientamos a teoria do capital humano, desenvolvida em 1964 por Gary Becker¹⁸. A teoria estuda as relações entre a educação e o emprego e defende que os factores puramente económicos não são suficientes para explicar o crescimento. Segundo Becker há um facto residual que deve corresponder ao factor humano e em particular à educação. Esta é tida como um investimento, cuja avaliação económica poderia ser quantificada numa relação custo-benefício. À luz desta teoria, os custos eram apresentados como benefícios tanto individuais como colectivos ou, na perspectiva de uma reserva de talentos, como reserva real e reserva potencial.

A teoria do capital humano foi bem acolhida numa época cuja realidade impunha um esforço de modernização que, por sua vez, exigia à escola o papel de produzir mão-de-obra em qualidade e em quantidade, capaz de responder às necessidades crescentes das economias de mercados em crescimento. Esta dinâmica, plenamente actual, manifesta-se em particular no recrutamento de indivíduos mais qualificados e na necessidade de expansão generalizada dos sistemas escolares.

Em Portugal, também foi possível verificar avanços no desenvolvimento económico global e na melhoria das condições de vida a nível individual. Embora até 1974 a sociedade se caracterizasse como fortemente discriminatória, sendo a frequência do liceu e da universidade um privilégio duma pequena minoria da população portuguesa, à medida que a educação universal foi sendo considerada como um direito, foram surgindo vozes empenhadas em defender o equilíbrio da equidade com a qualidade, do acesso com a realização pessoal e social.

¹⁷ Cfr. UNESCO – “Youth and Skills: Putting Education to work”, Summary. 2012.

¹⁸ “An increase in human capital would, however, show up as an aparent increase in labor intensity since earnings are gross of the return on such capital.” Cfr. Gary BECKER – *Human Capital*, 1964, p. 61.

Esta breve nota histórica constitui o ponto de partida para uma investigação que agora se inicia e no âmbito da qual se acolhe e desenvolve o sentido e alcance da liberdade de educação e do direito à educação, numa relação com outras liberdades e direitos fundamentais. Vislumbra-se neste percurso o reconhecimento de um espaço de liberdade e de autonomia próprio de cada cidadão, e sobretudo um apelo ao direito à educação como forma de assegurar a efectiva libertação da pessoa.

Partindo do entendimento que o texto constitucional “não se cinge à ordenação da vida estatal”¹⁹, mas é antes segundo Jorge Miranda e Gomes Canotilho uma Constituição política e social, vamos estudar o equilíbrio entre liberdade e autonomia essencial à construção de uma sociedade livre. Porém, veremos que a sociedade civil não se confunde jurídica e institucionalmente com o Estado. Nesse sentido, Jorge Miranda refere que o Direito Constitucional deve ser entendido como “o tronco da ordem jurídica estatal (mas só desta), o tronco donde arrancam os ramos da grande árvore que corresponde a essa ordem jurídica. Integrando e organizando a Comunidade e o poder, ele anuncia (...) as têtes de chapitre dos vários ramos do Direito, os princípios fundamentais que o enformam; anuncia-os, porque tais princípios revestem um significado político, identificam-se com as concepções dominantes acerca da vida colectiva, consubstanciam uma ideia de Direito”²⁰.

Nesta caminhada, a dignidade da pessoa humana apresenta-se como “critério último”,²¹ apresentando-se como ponto de partida e de chegada, presidindo nesse papel a todo o ordenamento constitucional, sede onde se afirmam os direitos específicos de cada cidadão e são reconhecidos pela sociedade. A dignidade humana constitui para nós um referencial e tal como observa Jürgen Habermas, “é o sismógrafo que indica o que é constitutivo de uma ordem jurídica democrática (...) o portal através do qual o conteúdo igualitário e universalista da moral é importado para o direito”²².

¹⁹Cfr. Jorge MIRANDA – *Teoria do Estado e da Constituição*, 2002, p. 11.

²⁰*Idem, Ibidem.*

²¹Cfr. José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2011, p. 66.

²²Cfr. Jürgen HABERMAS – *Um Ensaio sobre a Constituição da Europa*, 2012, p. 37.

1.1. Delimitação do tema

A partir da liberdade de educação e do direito à educação, direitos fundamentais inscritos no texto constitucional de 1976, vamos problematizar sobre quem tem autoridade em democracia, para dar forma à educação, tomando como ponto de partida a autoridade do Estado²³ e o seu papel de garante da liberdade de educação e do direito à educação à luz da dogmática jurídica e da ciência política. Este tema será defendido ao longo de onze capítulos tal como abaixo se expõe, sendo o último dedicado às conclusões e reflexões finais.

O *capítulo 1*, trata da *contextualização e apresentação do tema*. A problemática incide sobre **quem tem autoridade em democracia, para dar forma à educação**. Esta é a questão de partida, que orienta um percurso centrado no ordenamento constitucional de 1976, onde aí se tutela os direitos fundamentais em análise: *a liberdade de educação e o direito à educação*. A influência de Amy Gutmann e da sua obra *Democratic Education*, trespassa toda a tese, desde a questão de partida, problematizada ao longo de toda a investigação, passando pelo aprofundamento do conceito de autoridade e a referência à democracia deliberativa como concepção teórica de um modelo de sociedade que melhor defende a liberdade de educação e o direito à educação. Comprometido com os valores democráticos, o modelo deliberativo promove o compromisso entre os cidadãos para a resolução colectiva dos problemas por intermédio da discussão pública.

O *capítulo 2*, aborda os *princípios, direitos e deveres fundamentais*, os quais iluminam todo o percurso da investigação desde o artigo 1º da Constituição de 1976 onde aí se proclama a dignidade da pessoa humana como a base da República Portuguesa e fundamento do poder político. No artigo 2.º da CRP, o legislador estabelece que «a República Portuguesa é um Estado de direito democrático» e assim sendo é também um Estado social que reconhece a existência de “uma multiplicidade de necessidades colectivas cuja satisfação se torna vinculação constitucional do Estado e, quase sempre, se encontra titulada pela existência de um direito fundamental

²³ O conceito de Estado é aqui pensado num sentido amplo que vai englobar o poder público em geral.

dos particulares a obter do Estado uma determinada prestação ou bem”²⁴. Nestas palavras, Paulo Otero reconhece que “a Constituição transforma certas obrigações do Estado em contrapartidas directas à realização ou efectivação de direitos fundamentais – os designados direitos económicos, sociais e culturais”²⁵.

Esta temática convida-nos a olhar para os direitos fundamentais inscritos na Constituição de 1976, como direitos que visam a protecção da pessoa humana ao mais alto nível com a garantia e força do direito constitucional. A primeira garantia traduz-se no facto da dignidade da pessoa humana ir para além de um princípio constitucional e ter “um valor próprio e uma dimensão normativa específicos”²⁶, de onde se extrai uma igualdade ética mas simultaneamente moral, que vai justificar a intervenção dos poderes públicos em sua defesa, mesmo que de forma subsidiária.

Esta garantia pode concretizar-se em prestações sociais e económicas indispensáveis à igualdade de oportunidades e ao desenvolvimento da personalidade. Falamos então de igualdade material. Mas saber até onde pode ser exigida esta intervenção, passa por problematizar em que medida o ordenamento constitucional está ao serviço da tutela dos direitos fundamentais como a liberdade de educação e o direito à educação. Esta reflexão convida-nos a um esforço discursivo sobre um conjunto de princípios que servem de fio condutor à investigação, porque são portadores de uma perspectiva política que nos ilumina na compreensão dos direitos fundamentais e na defesa da sua concretização na liberdade de educação e no direito à educação, entendidos em primeiro lugar, como direitos ou posições jurídicas activas de todas as pessoas.

No *capítulo 3*, será observada a *estruturação do sistema de direitos fundamentais na constituição de 1976*. Aí, se dispõe que os direitos fundamentais são pensados pelo legislador para todas as pessoas que encontrem numa relação com o Estado. Este entendimento leva-nos a analisar a distinção, as relações e as interacções

²⁴ Cfr. Paulo OTERO – *Direito Constitucional Português*, volume I, 2010, p. 101.

²⁵ *Idem, Ibidem*.

²⁶ Cfr. CANOTILHO; MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa anotada*, volume I, 2007, p. 198.

existentes entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais.

Em causa está por um lado, a liberdade de educação que se desdobra em liberdade de aprender e de ensinar e o direito a criar escolas privadas e cooperativas, liberdades vertidas no Título II, capítulo I (artigo 43.º, n.º 1 da CRP) ou seja falamos de «Direitos, liberdades e garantias». Por outro lado, o direito à educação (artigo 73.º da CRP) e o direito ao ensino (artigo 74.º da CRP), integram o Título III, «Direitos e deveres económicos, sociais e culturais», mais especificamente no capítulo III os «Direitos e deveres culturais».

A consagração constitucional destes direitos forma um eixo²⁷ que se apresenta e desenvolve à luz de uma pretensa oposição mas simultaneamente de comunicabilidade entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais. Esta realidade tem potenciado um debate que se desenrola ao sabor de diferentes perspectivas constitucionais e perspectivas políticas, as quais vêm justificar o título da tese *liberdade de educação e direito à educação: perspectivas constitucionais e políticas*.

A exposição do tema passa pelo acompanhamento da divergência dogmática onde no essencial, importa apurar em que medida um «direito a prestações» como o direito à educação pode integrar o programa normativo de um direito subjectivo a exemplo da liberdade de aprender e de ensinar. Estas diferentes perspectivas constitucionais irão permitir clarificar se os direitos de liberdade estão também sob a reserva do possível e se face aos direitos sociais poderá haver uma zona de perceptividade. Esta exposição, abre a porta a perspectivas políticas distintas sobre a liberdade de educação e o direito à educação, que serão por nós analisadas no capítulo dedicado à *Constituição Social*.

²⁷ A análise deste eixo, inscreve-se no estudo da “identidade axiológica da Constituição” que revela “um conjunto de valores que emergem das suas normas e a permitem caracterizar como um todo sistemático”. Cfr. Paulo OTERO – *Direito Constitucional Português*, volume I, 2010, p. 27.

No capítulo 4, será aprofundado o regime geral e específico dos direitos fundamentais. Nessa sede, pretendemos aferir se à luz do princípio da universalidade e da igualdade o direito à educação e ao ensino²⁸, constituem uma concretização do direito de todos à educação, à cultura e ao ensino²⁹. E, se tal como se prevê no artigo 76.º da CRP, fundamentam o acesso dos cidadãos ao mais alto nível de ensino³⁰.

Ou seja, observados em conjunto os artigos 73.º, 74.º e 76.º todos da CRP, parecem traduzir uma garantia do direito à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar. Saber em que medida se estabeleceu a obrigatoriedade de frequência da escola até aos dezoito anos tal como decorre da Lei 85/2009, de 27 de Agosto, que considera em idade escolar “as crianças e jovens com idades compreendidas entre os 6 e os 18 anos” (artigo 2.º), ou a obrigatoriedade de obtenção de um grau de ensino, constitui um argumento de reflexão. Independentemente da perspectiva que se parta, cumpre ao Estado a obrigação de organizar um sistema de ensino³¹ público mas que reconheça o ensino particular e cooperativo, tal como se extrai do artigo 75.º nº 1 e 2 da CRP.

A pertinência e actualidade deste debate convidam à apresentação de princípios comuns a ambos os regimes geral e específico dos direitos fundamentais, passando pela sua interpretação da liberdade de educação e do direito à educação à luz da Declaração Universal dos Direitos do Homem, para nos concentrarmos na definição e amplitude de cada um dos regimes em estudo. Uma vez assumido o conceito de dignidade como factor de unidade axiológica ao qual todos os direitos fundamentais estão vinculados, será demonstrado que tomando por referência esse valor como

²⁸ O ensino pode ser definido como “uma instituição, actividade ou sector da organização social (...) que é constituída pelo sistema escolar ou pela relação individual, reportada a ele, do professor e do educando, aluno, estudante”, in Sousa Franco – Para uma fundamentação da liberdade de ensino, p. 60-61. *Apud* André Salgado de MATOS – O Direito ao ensino, 1998, p. 23.

²⁹ Cfr. artigos 73.º, nº 1, 74.º, nº 1 da CRP.

³⁰ Tal como se inscreve na Constituição, a educação, o ensino, a investigação e a cultura (artigo 73.º, nº 1 da CRP), “o direito ao ensino é, como todos os direitos fundamentais contidos em normas essencialmente programáticas, atípico quanto à sua estrutura.” Cfr. André Salgado de MATOS – O Direito ao ensino, 1998, p. 26.

³¹ Segundo André Salgado de MATOS, citando Jorge MIRANDA, salienta que “o sistema de ensino compreende todas as escolas de todos os graus que se integrem no âmbito definido pelos artigos 74.º a 77.º da CRP”, in O direito ao Ensino, contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais, 2010, p. 427.

conceito base, evoluímos tendencialmente para a unidade do sistema constitucional, interpretação que promove a aproximação do direito à educação à liberdade de educação.

No *capítulo 5*, a investigação intitulada *os direitos fundamentais em especial: a Constituição da educação*, assume que a educação e o ensino apresentam-se em comum como uma área estratégica. Após feito o seu enquadramento constitucional e legal, procedemos a uma nova leitura dos preceitos constitucionais referentes à liberdade de educação e ao direito à educação, tendo em conta as sucessivas revisões constitucionais. Veremos que não obstante os avanços legislativos, na prática, “o sistema escolar português 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”³².

No *capítulo 6*, sob o título: *o direito à educação e o referencial global europeu para as políticas educativas*, constataremos que o Tratado de Lisboa³³ configura um novo equilíbrio entre os poderes dos Estados e da União³⁴ e “mitiga substancialmente as pretensões constitucionais, assinalando um regresso ao método de integração gradualista tradicional”.³⁵ A inclusão destas reformas introduzidas ao nível institucional e normativo da União, leva-nos a uma abordagem das matérias dos direitos fundamentais, princípios e competências da União, de modo a aferir se as

³² Cfr. Mário PINTO – *Sobre os direitos fundamentais de educação*, 2009, p. 31.

³³ A União Europeia doravante será designada por “União”, à qual os Estados-Membros atribuem competências para atingirem os seus objectivos comuns, funda-se no Tratado da União Europeia (TUE) e no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) que em conjunto sustentam a estrutura institucional e a base legal da UE. Com o Tratado de Lisboa, esta estrutura passou a estar fundada na União, entidade dotada de “personalidade jurídica” nos termos do artigo 47.º do TUE.

³⁴ No nº 1 do artigo 10.º, é reforçada a democracia representativa, atribuindo um papel mais importante ao Parlamento Europeu e prevendo um maior envolvimento dos Parlamentos nacionais. A democracia participativa é reforçada emergindo novos mecanismos de interacção entre os cidadãos e as instituições a exemplo da iniciativa de cidadania prevista no artigo 11.º do TUE, no qual se observa que “as instituições, recorrendo aos meios adequados, dão aos cidadãos e às associações representativas a possibilidade de expressarem e partilharem publicamente os seus pontos de vista sobre todos os domínios de ação da União”. Sendo as normas processuais e as condições para a perfeição dessa cidadania prevista no artigo 24.º do TFUE. Por último, institui-se intervenção dos Parlamentos nacionais como garantes de conformação da actividade da União.

³⁵ Cfr. Jónatas MACHADO – *Direito da União Europeia*, 2010, p. 30.

mesmas exigem adaptações do Estado Social jurídico e politicamente plasmado na Constituição.

Não sendo a educação uma matéria da competência exclusiva da União, em virtude do princípio da subsidiariedade, a sua intervenção apenas se verifica se “os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros (artigo 5.º, nº 3 do TUE). Assim, se justifica analisar o impacto das orientações, directrizes e iniciativas europeias na educação e no ensino.

No *capítulo 7*, intitulado *a globalização e o sistema educativo mundial*, serão carreados contributos extra-jurídicos, mas cruciais à compreensão da realidade da educação, dos sistemas, das políticas e dos processos educativos, na medida que estes ultrapassam as fronteiras do Estado-Nação e da própria União. Assiste-se à passagem do conceito de poder legítimo ou autoridade associada aos Estados e às fronteiras nacionais para uma nova configuração internacional da vida política. Em causa está a repartição dos papéis que eram tradicionalmente atribuídos ao Estado, e mais tarde entre o Estado e a União, mas que hoje são alvo de profundas alterações, e em parte por essa razão vamos assistindo a uma pressão do poder político sobre os direitos fundamentais cujo impacto afecta em particular o direito à educação.

Neste capítulo, serão feitas breves considerações sobre a natureza pluridimensional da globalização para dar lugar à análise de duas perspectivas teóricas, divergentes e subjacentes à influência da globalização nos sistemas de educação e formação e de legitimação de políticas: a perspectiva defensora de uma Agenda Globalmente Estruturada para a Educação (AGEE), de Roger Dale e, a perspectiva institucionalista do sistema mundial, que defende a Criação de uma Cultura Educacional Mundial Comum (CEMC), de John Meyer.

No *capítulo 8*, *a redefinição do papel do Estado na educação*, permite-nos afirmar que as críticas a que o intervencionismo estatal está sujeito, inscrevem-se “numa crise global do modelo político-administrativo que serviu de referência ao desenvolvimento dos sistemas públicos de educação do pós-guerra, quer nos países

industrializados, quer nos países em vias de desenvolvimento”³⁶. E, associada a esta crise está a proliferação de fontes e modos de regulação que fazem com que “a coordenação, equilíbrio ou transformação do funcionamento do sistema educativo resultem mais da interacção dos vários dispositivos reguladores do que da aplicação linear de normas, regras e orientações oriundas do poder político”³⁷. Estamos assim inevitavelmente perante um novo paradigma de governo educacional, razão para que a questão que hoje se coloca não se concentre em saber “como o Estado pode exercer melhor o seu poder, mas sim que poder deve exercer, onde, quando, como e com que finalidades”³⁸.

Este percurso permite-nos evoluir de “uma perspectiva mais centrada na transferência de poderes entre os vários níveis da administração (descentralização), para uma perspectiva mais centrada na alteração dos processos de decisão e gestão (“a nova gestão pública”)³⁹ a caminho de “uma visão mais alargada do mundo associada à *gestão do valor público*, perspectiva comunitarista ou cooperante na qual as ligações de parceria possibilitam que se façam coisas que nenhuma quantidade de regras ou incentivos poderão prover”⁴⁰.

O capítulo 9, aborda as concepções teóricas sobre o modo de conceber a vida social, e aí se constata como a educação é também uma área de conflito, em parte por ser produto da sobreposição de diferentes opções educativas que são tomadas à luz de concepções políticas muito diferenciadas. Estas múltiplas opções vão afectar directamente os sistemas e as políticas educativas, a escola, os professores e o alunos, as famílias e a comunidade. Por via dessa constante reconfiguração da autoridade educativa, não se concebe uma estratégia nacional nesse domínio, onde se incluam todos os projectos e todos os agentes educativos, à luz da liberdade e do direito à educação.

³⁶ Cfr. BARROSO; VISEU – A Interdependência entre Escolas, 2006, p. 132.

³⁷ Cfr. João BARROSO – *O Estado e a Educação*, 2006, p. 64.

³⁸ *Idem, Ibidem.*

³⁹ Cfr. João BARROSO – *Políticas Educativas e Organização Escolar*, 2005, p. 93.

⁴⁰ Cfr. Gerry STOKER – *Gestão do Valor Público*, 2008, p. 43.

E, não obstante a existência de uma maior consciência comunitária e de cooperação que se vem desenvolvendo entre o Estado e a sociedade, ainda assim, não foi possível firmar um compromisso social em torno da nobre missão da educação e do ensino que “é a de formar pessoas, indivíduos capazes de enfrentar os desafios do futuro numa perspectiva integral.”⁴¹. Esta seria quanto a nós a base da estratégia para a educação. Este desiderato leva-nos a inquirir a fonte da autoridade na educação num regime democrático, propósito que nos aproximou em especial de Amy Gutmann e da sua obra *Democratic Education* que juntamente com Hannah Arendt e Alain Renaut nos orientaram nesta reflexão desenvolvida à luz de dois eixos essenciais:

O primeiro e principal eixo parte da autoridade política do Estado, entendida como poder legítimo, e que juntamente com a tradição e a religião formam os pilares fundamentais sobre os quais repousou a estabilidade que foi essencial à construção da história do Ocidente⁴². Porém, a implantação dos regimes totalitários após a Primeira Guerra Mundial, levaram ao enfraquecimento quer da tradição, quer da religião e em especial da autoridade. No plano do pensamento político, Platão, Hobbes, Hegel e Nietzsche são estudados porque nos ajudarão a perceber a narrativa dos antecedentes ideológicos totalitários. Em comum, estes autores apresentam a desvalorização da pessoa humana e subalternização da sociedade civil ao poder do Estado.

O segundo eixo parte da constatação que o avanço progressivo dos valores da igualdade e da liberdade nos remetem para uma verdadeira reorganização das práticas de autoridade pedagógica, aqui no sentido de um poder que deve ser respeitado, e que é essencial à educação. Não sendo este o tema central, acaba marginalmente por ser abordado, em virtude de sufragarmos o entendimento que na base da crise da autoridade do Estado está uma crise de legitimidade, que fragiliza em particular os agentes educativos

O contexto da autoridade democrática, convida-nos a uma exposição dos vários paradigmas sobre o modo de conceber a vida social. A escolha do melhor

⁴¹ Cfr. David JUSTINO – *Difícil é Educá-los*, 2010, p.99.

⁴² Cfr. Hannah ARENDT – *O que é a Autoridade?* 2006, p. 107.

modelo de sociedade remete-nos para a história do pensamento político, centrado em torno do debate entre liberais e comunitaristas. Este percurso permite-nos constatar a insuficiência da democracia liberal e representativa e a sua substituição pela democracia deliberativa como um ideal que oferece maior legitimidade política, na medida em que alberga uma maior participação dos cidadãos nos assuntos da *polis*, designadamente em matéria de política educativa.

O capítulo 10 será dedicado à *Constituição social* e nesse âmbito será recordada a época oitocentista, altura em que a constituição era “um “corpo jurídico de regras aplicáveis ao corpo social”⁴³. Assim o demonstra Gomes Canotilho, que partindo da interpretação do artigo 16.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁴⁴, vem afirmar que no Século XVIII a Constituição era interpretada no sentido da “constituição da República”⁴⁵ como uma lei da “comunidade política, ou seja, à *res pública*”⁴⁶, não se restringindo ao Estado. Porém, desde “o século XIX a constituição passa a ter como referente o Estado e não a sociedade”⁴⁷, não obstante moldar a sua organização.

Subsequentemente verifica-se que as revisões constitucionais vieram “redefinir o papel do Estado no âmbito das políticas públicas (...) sem contudo alterarem o paradigma de Estado socialmente prestacional”⁴⁸. Porém, a dúvida que hoje Gomes Canotilho coloca prende-se com a intenção de saber se o “Estado Social, tal como se encontra jurídico-politicamente plasmado na Constituição, terá sido objecto de *adaptações não convencionais* profundas originadas pelo aprofundamento da união e integração europeia e pelo processo de globalização da economia”⁴⁹. Em causa, estão as alterações ao nível supranacional com implicações internas as quais se repercutem também na educação.

⁴³ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 88.

⁴⁴ O artigo 16.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão dispõe: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”

⁴⁵ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 88.

⁴⁶ *Idem, Ibidem.*

⁴⁷ *Idem*, p. 89.

⁴⁸ *Idem*, p. 351.

⁴⁹ *Idem, Ibidem.*

Em face do exposto, veremos como o Estado “aceita” transferir parte da sua soberania para ser exercida em comum e desenvolve a cooperação com outros Estados ou organizações internacionais, de modo a dar solução a problemas globais. Assim o entende Paulo Otero ao referir que “ (...) a impotência de cada Estado na sua solução, traduz também uma limitação da tradicional onipotência da soberania decisória do Estado – aquilo que antes era objecto de simples lei interna, passa agora a exigir uma prévia convenção internacional”⁵⁰.

Partindo deste enquadramento, vamos atender às mudanças verificadas no domínio dos direitos fundamentais, às suas limitações e restrições. Veremos como o Estado não é em exclusivo o único prestador dos direitos e deveres sociais e a sociedade surge como alternativa ao Estado e ao mercado. Constataremos também que na primeira década do século XXI, a sociedade civil emergiu mais estruturada e objectivamente mais preparada, porque mais conhecedora, para intervir de forma organizada. Em face desta alteração, ficará demonstrada a necessidade de por em prática o princípio da auto-responsabilidade da sociedade civil enquanto o no seu papel de ordenador compete-lhe os fins tradicionais e a orientação da comunidade política.

Por último, as Constituições são organismos em mutação, não se permitindo o seu alheamento da vida em sociedade. Razão porque os preceitos constitucionais que impõem as tarefas determinantes do Estado e em especial o direito à educação, ainda que estabeleçam um valor fundamentalmente reconhecido, não podem ser constitucionalmente determináveis, antes terá de existir uma margem aberta a orientações e opções políticas educativas adaptadas às novas exigências. Este entendimento, convida-nos a deslocar a investigação do enquadramento constitucional para o domínio das teorias de justiça e nessa base justificar a bondade de um compromisso entre o Estado e a Sociedade civil em prol da liberdade e do direito à educação.

⁵⁰ Cfr. Paulo OTERO – *Direito Constitucional Português*, volume I, 2010, p. 128.

No *capítulo 11* sob a designação de *conclusões e reflexões finais*, expõem-se esquematicamente as ideias essenciais do estudo, e da reflexão empreendida de modo a responder aos dois objectivos gerais propostos, assim como os objectivos específicos. Por fim é feita uma referência às limitações da tese e às linhas que deixamos em aberto para futuras investigações.

1.2. Problemática e pertinência do estudo

A partir da liberdade de educação e do direito à educação, direitos tutelados constitucionalmente, vamos problematizar sobre **quem tem autoridade em democracia, para dar forma à educação**. Ao colocar esta questão, pretende-se aferir quem tem autoridade, no sentido da legitimidade para tomar as decisões no domínio da educação.

O estudo centra-se na educação e parte da Constituição de 1976, porque o cidadão deve ser educado em conformidade com os valores que ela transmite. A partir daí vamos aprofundar a problemática da autoridade do Estado nesse domínio, designadamente inquirir de que modo deve o Estado desempenhar esse papel, conhecendo este os benefícios que a educação confere de forma directa aos indivíduos e às famílias e, indirectamente, à comunidade em geral. Mas a necessidade de reflectir sobre a autoridade na educação num regime democrático, leva-nos também a avaliar a pertinência de um compromisso entre o Estado e a sociedade, na tentativa de encontrar novos contextos de participação no interior da própria sociedade civil.

Partimos deste porto, com um consenso em torno da ideia que o desenvolvimento das capacidades cognitivas dos cidadãos e a aquisição dos seus conhecimentos, exigem a passagem por um sistema escolar que promova os meios para sua aquisição, avalie os desempenhos e confira certificados que habilitam os indivíduos. As divergências surgem quando questionamos em particular como complementar o papel das famílias e do Estado nesse processo. Esta divergência alimenta a nossa investigação, levando-nos a aferir até onde poderá chegar a intervenção do Estado na educação, para garantir a igualdade de oportunidades e o desenvolvimento da personalidade de cada cidadão, sem que, ao mesmo tempo, se produza um excessivo dirigismo, capaz de fazer perigar os valores da democracia.

Ao longo deste percurso serão aportados os argumentos constitucionais, e políticos que sustentam o debate ideológico sobre o intervencionismo estatal na educação, incluindo também uma análise do princípio da subsidiariedade do Estado. Nesta conformidade, a investigação irá contemplar as medidas de descentralização e a consequente transferência de competências para as escolas, reservando para o Estado o papel de regulação, fiscalização e informação dos cidadãos, em prol da prossecução de fins comuns necessários à sobrevivência da sociedade, de que a educação é um instrumento essencial.

1.3. Síntese dos principais objectivos da investigação

O primeiro objectivo desta investigação visa extrair do texto constitucional de 1976 a fundação, legitimação e limites da intervenção do Estado na educação e no ensino. Com efeito, não sendo mais o Estado o único e exclusivo titular dos deveres constitucionais correspondentes à satisfação do direito à educação, pretendemos clarificar o que cabe ao Estado nesse domínio ou em que medida estamos perante uma necessidade de intervenção do Estado.

O segundo objectivo, visa demonstrar que há espaço para opções de oferta educativa, desde que inscritas numa concepção pública de justiça. À luz deste entendimento, cumpre-nos demonstrar de que forma a sociedade civil poderá dar a sua contribuição para a liberdade de educação e para o direito à educação, uma vez que se apresenta como complementar ao Estado e ao mercado.

1.4. Justificação

A principal motivação visa aprofundar o conhecimento do ordenamento constitucional e compreender em que medida este está ao serviço da tutela da liberdade de educação e do direito à educação como direitos fundamentais. Outro elemento motivador prende-se com a necessidade de consolidar o conhecimento quanto às transformações profundas na educação, derivadas das dinâmicas europeias e do processo de globalização.

O estudo justifica-se também pela convicção de que o insucesso das várias reformas educativas, intentados ao longo das últimas décadas, se deveu a divergências quanto às estratégias de concretização das políticas educativas. As reformas foram acompanhadas de desconfiança quanto à bondade do intervencionismo estatal na educação, acentuando uma crise global de confiança em torno do sistema educativo.

1.5. Metodologia

A tese formula um percurso metodológico próprio, baseando-se essencialmente numa pesquisa bibliográfica, por ser a metodologia que mais favorece a compreensão da importância, maturação e evolução dos direitos fundamentais concretizados na liberdade de educação e no direito à educação, a partir do texto constitucional de 1976.

A tese, remete-nos para um conjunto de autores constitucionalistas empenhados em torno dos direitos fundamentais e para um conjunto de contributos teóricos na área das ciências da educação e da ciência política igualmente consagrados. De forma complementar, recorreremos à pesquisa documental, num esforço de acompanhar os estudos realizados em torno da temática tratada na tese, e à jurisprudência dada a necessidade de conhecer qual a interpretação que o Tribunal Constitucional quando em causa está uma restrição ou limitação dos direitos fundamentais, quer dos direitos de liberdade quer dos direitos sociais.

A investigação estrutura-se em onze capítulos sequenciais articuladas em torno da **questão de partida** que pretende aferir **em democracia, quem tem autoridade para dar forma à educação dos cidadãos**. A problemática transfere-nos para a Constituição Portuguesa, e a partir do texto constitucional de 1976, damos início à compreensão da tutela dos direitos de liberdade e dos direitos sociais, onde se inscrevem a liberdade de educação e o direito à educação, para inquirir de seguida sobre a autoridade do Estado nesse domínio, matéria que é transversal a todo o estudo e que abre caminho a questões de dogmática jurídica e de ciência política, concretizadas nos seguintes objectivos específicos:

1. Em que medida o ordenamento constitucional está ao serviço da tutela da liberdade de educação e do direito à educação como direitos fundamentais?
2. Como pode a conjuntura do país determinar o retrocesso do direito à educação, limitando por essa via a liberdade de educação? Não estará aí em causa a dignidade da pessoa humana?
3. Em que medida os direitos fundamentais conferem ao poder do Estado a função de, por meio de leis e da sua interpretação, assegurar a liberdade de educação e o direito à educação?
4. Sem esquecer que a estadualidade constitucional é ainda um limite e um ponto de partida (Gomes Canotilho), que direitos e deveres fundamentais assistem à sociedade em matéria de educação?
5. Em que medida a flexibilidade de soluções constitucionais permite a sobrevivência da Constituição, concede-lhe uma interpretação actual, e desse modo vai alongando-a no tempo?
6. Que efeitos se fazem sentir na autoridade do Estado em matéria de educação, à medida que o sistema plural e descentralizado se afirma?
7. De que forma o princípio da dignidade da pessoa humana que constitui fundamento da cláusula de bem-estar, também acaba por introduzir um limite ao próprio bem-estar como tarefa do Estado?
8. De que modo a cláusula constitucional de bem-estar se alicerça no valor da solidariedade, enquanto garantia de uma existência condigna inerente à própria dignidade humana?
9. A justiça de um modelo de sociedade depende essencialmente da forma como são atribuídos os direitos e deveres fundamentais (Rawls). Como se concretiza em matéria de liberdade de educação e do direito à educação?

Capítulo 2

Princípios, Direitos e Deveres Fundamentais

“Os direitos fundamentais constituem, em cada ordenamento constitucional, uma unidade. Mas isso não significa que não possam ser estabelecidas categorias, a partir de diferentes perspectivas.”⁵¹

Introdução

Saber em que medida o ordenamento constitucional está ao serviço da tutela dos direitos fundamentais como a *liberdade de educação e o direito à educação*, constitui um eixo essencial desta tese. Nesse sentido, o estudo que agora se inicia convoca-nos a uma exposição de um conjunto de princípios que promovem a concretização desses direitos fundamentais.

O eixo parte de uma raiz antropológica extraída do artigo 1.º da CRP, onde se afirma que «Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária». Esta sociedade, para que seja construída numa base de igualdade ético-moral, terá de promover através dos poderes públicos, mecanismos de garantia de prestações sociais e económicas indispensáveis à «realização da democracia económica e o aprofundamento da democracia participativa» (artigo 2.º da CRP).

O Estado de Direito democrático é também um Estado social tal como dispõe o artigo 2.º da CRP, e por esse efeito, configura um modelo que reconhece a existência de “uma multiplicidade de necessidades colectivas cuja satisfação se torna vinculação constitucional do Estado e, quase sempre, se encontra titulada pela existência de um direito fundamental dos particulares a obter do Estado uma determinada prestação ou bem”⁵². Esta constatação leva-nos a problematizar neste capítulo sobre as imposições constitucionais dirigidas ao Estado para que este salvguarde o princípio da liberdade e garanta a dignidade de cada pessoa à luz da unidade da sistemática constitucional de 1976, onde se integram os princípios, direitos

⁵¹ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2008, p. 86.

⁵² Cfr. Paulo OTERO – *Direito Constitucional Português*, volume I, 2010, p. 101.

e deveres fundamentais. Deste estudo, pretendemos extrair as orientações constitucionais para a educação.

2.1. Sistema interno de regras e princípios da Constituição de 1976

Na sistemática da Constituição de 1976⁵³ a sociedade precede o Estado. Numa primeira interpretação do sistema interno de regras e princípios, observamos que os direitos e os deveres fundamentais foram acantonados na grande divisão (Parte I). Esta por sua vez subdivide-se em dois «Títulos»: os «Direitos, liberdades e garantias» (Título II) e os «Direitos económicos e sociais» (Título III). Numa segunda verificação, constata-se que os direitos e os deveres fundamentais prevalecem sobre a Constituição Económica (Parte II), não obstante estarem igualmente ancorados nos mesmos princípios fundamentais.

Fulcral para o estudo que se inicia, é a compreensão de que a dignidade da pessoa humana plasmada no artigo primeiro da Constituição preside a “todo o ordenamento constitucional”⁵⁴. A partir daí, vai enformando toda a arquitetura constitucional: princípios, subprincípios e regras. O seu carácter primordial é defendido por Jorge Alexandrino no quadro 1 a observar pela ordem de inclusão das matérias onde se verifica que a dignidade da pessoa humana “desempenha um papel de critério último”⁵⁵ e também por Vieira de Andrade ao reconhecer nela a “autonomia ética do homem individual, cujos direitos são definidos antes e fora do

⁵³ A sistematização do texto constitucional de 1976 apresenta a seguinte arrumação de acordo com Manuel Vaz *et al* – *Direito Constitucional*, 2012, p. 19 (*adaptado*).

Artigos 1.º - 11.º - Princípios Fundamentais;

Artigos 12.º - 79.º - **Parte I** – Direitos e Deveres Fundamentais

Artigos 24.º - 47.º - **Título I** – Princípios gerais

Artigos 24.º - 57.º - **Título II** – Direitos, liberdades e garantias

Artigos 24.º - 47.º - Cap. I – Direitos, Liberdades e Garantias pessoais

Artigos 48.º - 52.º - Cap. II – Direitos, liberdades e garantias políticos

Artigos 53.º - 57.º - Cap. III – Direitos, Liberdades e Garantias dos trabalhadores

Artigos 58.º - 79.º - **Título III** – Direitos e deveres económicos

Artigos 80.º - 107.º - **Parte II** – Organização Económica

Artigos 108.º - 276.º - **Parte III** – Organização do Poder Político

Artigos 277.º - 289.º - **Parte IV** – Garantia e Revisão da Constituição

Artigos 290.º - 296.º - Disposições Finais e Transitórias

⁵⁴Cfr. José ALEXANDRINO – *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, volume II, 2006, p. 527- 528.

⁵⁵ Cfr. José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2011, p. 66.

contexto da ordem económica, social e política em que têm necessariamente de ser exercidos»⁵⁶.

Quadro 1. Sistema de direitos fundamentais da Constituição de 1976

Direito material Princípios Concretização Regras	Dignidade da pessoa humana (artigo 1.º) «igual dignidade» (artigos 1.º, 2.º, 9.º, 13.º, 15.º, n.º 1, 16.º) Direitos fundamentais <i>liberdade</i> [(artigo 26.º, n.º 1): direito geral de liberdade?] formal artigos 24.º ss. direitos, liberdades e garantias <i>igualdade</i> (artigo 13.º): princípio (direito ?) geral de igualdade material artigos 59.º ss. direitos económicos, sociais e culturais <i>solidariedade</i> (dever geral de solidariedade?)
Direito processual Princípios Concretização Regras	Estado de Direito (artigo 2.º) Respeito e garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais [artigos 2.º, e 9.º, al. b)] Acesso ao direito e tutela jurisdiccional efectiva (artigo 20.º, n.º 1) Artigos 20.º, n.ºs 2, 4 e 5, 21.º, 22.º, 31.º, 32.º, n.ºs 2 e 9, 52.º, n.ºs 1 e 3, 202.º, 204.º, 268.º, n.ºs 4 e 5, 280.º, n.º 1 (nos direitos económicos, sociais e culturais, primado da concretização política do legislador democrático)

Fonte: José Alexandrino – *Direitos Fundamentais*, 2011, p. 68.

Do estudo da sistemática do texto constitucional verifica-se também que os princípios estruturantes inscrevem-se numa divisão introdutória designada por «Princípios Fundamentais» (do artigo 1.º ao 11.º da CRP) e apresentam-se como “traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico do político”⁵⁷. Por sua vez, estes princípios estruturantes densificam-se, e concretizam-se em princípios

⁵⁶ Cfr. Vieira de ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2012, p. 96.

⁵⁷ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 1173.

gerais, em princípios especiais e regras constitucionais, formando a “unidade da Constituição”⁵⁸. Por último, o sistema interno de regras e princípios da Constituição poderá “ainda obter maior grau de concretização e densidade”⁵⁹ através de concretização legislativa e jurisprudencial”⁶⁰.

2.1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

É na revisão de 1951 que se inscreve a dignidade da pessoa humana no texto constitucional⁶¹. Para tal muito contribuiu a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e a Constituição de Bona (1949) para além de “três principais contributos filosóficos político-constitucionais”⁶² que emergem da “ordem axiológica judaico-cristã”⁶³, do “pensamento kantiano”⁶⁴ e da filosofia “existencialista”⁶⁵.

Estes contributos permitiram o reconhecimento de que, na vida social, o homem, não se confunde com o Estado, mas antes “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.” (artigo 1.º da DUDH). A exigência

⁵⁸ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 1175.

⁵⁹ Nas palavras de Gomes CANOTILHO, “Densificar uma norma significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização. Por concretização da constituição entende-se, o processo de densificação de regras e princípios constitucionais”, in *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 1201.

⁶⁰ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 1175.

⁶¹ Lei nº 2048, de 11 de Junho de 1951, que introduz alterações na Constituição Política da República Portuguesa, in suplemento ao *Diário da República*, 1ª série, nº 117.

⁶² Cfr. Paulo OTERO – *Instituições Políticas e Constitucionais*, volume I, 2007, p. 479.

⁶³ Paulo OTERO alude à valorização da dignidade humana plasmada nos documentos da Doutrina Social da Igreja, através dos quais se enaltece “a natureza sagrada da dignidade humana, a liberdade, individual, a igualdade entre todos os homens, a limitação do poder e a justiça social” in *Instituições Políticas e Constitucionais*, volume I, 2007, p. 479-480. O autor cita Bento XVI para sublinhar que “O ser humano possui a dignidade de pessoa por ter sido criado à imagem de Deus”, in *Instituições Políticas e Constitucionais*, volume I, 2007, p. 447; *Direito Constitucional Português*, volume I, 2010, p. 35.

⁶⁴ Paulo OTERO torna igualmente claro que a relevância do pensamento kantiano para a valorização do valor ético-moral da dignidade humana resulta da defesa do homem na medida em que deverá “ser sempre um fim em si mesmo, nunca se podendo transformar ou ser tratado como um simples meio, residindo aqui a essência da sua própria dignidade, enquanto realidade que não tem preço e que, tendo um valor absoluto para cada homem, permite afirmar a sua indisponibilidade e, simultaneamente, um princípio de igual dignidade de todos os homens”, in *Instituições Políticas e Constitucionais*, volume I, 2007, p. 480; *Direito Constitucional Português*, volume I, 2010, p. 35-36.

⁶⁵ Referindo-se ao contributo da filosofia existencialista, Paulo OTERO vem sublinhar que esta corrente “trata sempre da dignidade da pessoa viva e concreta, e não de ser humano como categoria abstracta, conduz a uma valorização da subjectividade individual, da liberdade pluralista da igualdade e do relativismo de opiniões e ainda da tolerância e humildade que são, por definição, contrárias a qualquer fanatismo”, in *Instituições Políticas e Constitucionais*, volume I, 2007, p.480; *Direito Constitucional Português*, volume I, 2010, p. 36.

universal da defesa da dignidade humana é reconhecida em Kant para quem a “Autonomia é (...) o fundamento da dignidade humana e de toda a natureza racional”⁶⁶. Esta visão constituiu um marco decisivo na introdução do conceito aberto de dignidade humana, hoje presente na generalidade das normas de direitos fundamentais e nas próprias normas sobre esses direitos.

Para além da cláusula aberta dos direitos fundamentais vertida no artigo 16.º, nº 1 da Constituição Portuguesa, todos os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 16.º, nº 2 da CRP), constituindo a Declaração Universal um dos instrumentos internacionais mais influentes, sobre a qual vão recair todos os esforços para uniformizar os direitos humanos.

Foi com esse objectivo que a Assembleia a elevou “a ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo-a constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação, por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universais e efectivos tanto entre as populações dos próprios Estados membros como entre as dos territórios colocados sob a sua jurisdição”⁶⁷.

Porém, os direitos fundamentais segundo Jürgen Habermas, “necessitam de concretização em casos específicos, dado o seu carácter geral e abstracto, sendo que legisladores e juízes em contextos culturais diferentes, chegam frequentemente a resultados divergentes”⁶⁸. Chegando o mesmo autor a referir que o consenso só é facilitado com a “invocação do conceito de dignidade”⁶⁹.

⁶⁶ Cfr. Immanuel KANT – *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Tradução de Paulo Quintela, 2000, p. 79. Título Original: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1786).

⁶⁷ A Declaração Universal dos Direitos do Homem foi adoptada pela Assembleia Geral na sua Resolução 217-A (III), de 10 de Dezembro de 1948.

⁶⁸ Cfr. Jürgen HABERMAS – *Um Ensaio sobre a Constituição da Europa*, 2012, p. 32.

⁶⁹ *Idem*, p. 32.

Em 1966, tanto o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), como o Pacto Internacional dos Direitos Económicos Sociais e Culturais (PIDESC) inscreveram no seu preâmbulo, por força dos princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana”. Daqui se parte para a proclamação da dignidade social como: *i*) âncora do princípio da igualdade *ii*); igual dignidade de todas as vidas; *iii*) direito à integridade pessoal e *iv*) garantia.

i) A dignidade social como âncora do princípio da igualdade

A dignidade social surge como âncora do princípio da igualdade previsto no artigo 13.º, nº 1 da CRP, onde aí se dispõe que «Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei». Ou seja, a igual dignidade social constitui-se como base constitucional do princípio da igualdade que por sua vez se apresenta como estruturante de um outro princípio constitucional, do Estado de direito democrático e social, plasmado no artigo 2.º da CRP. Na 2ª parte do nº 1 do artigo 13.º da CRP, afirma-se «A igualdade de cidadãos perante a lei», pondo fim às desigualdades de nascimento.

No mesmo sentido, o princípio da igualdade encontra-se também vertido na primeira parte do artigo 1.º da DUDH onde se observa que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.” No artigo 2.º da Declaração Universal, dispõe que “Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção (...)”.

O princípio da igualdade está de igual modo presente no nº 1 do artigo 2.º do PIDCP onde se dispõe que “Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos que se encontrem no seu território e sujeitos à sua jurisdição, os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, religião, opinião política ou outra natureza, origem nacional ou social, situação económica, nascimento ou qualquer outra condição”. No mesmo sentido, o nº 2 do artigo 2.º do PIDESC refere que “Os Estados - Signatários no presente Pacto comprometem-se a garantir o exercício dos direitos que nele se enunciam, sem qualquer discriminação”. Estes dois tratados que

vieram conferir força jurídica à Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), entraram em vigor em 1976, uma década depois de terem sido celebrados pela Assembleia das Nações Unidas.

A Carta Europeia dos Direitos do Homem no seu artigo 14.º epigrafado de «proibição de discriminação», defende de igual modo o princípio da igualdade nos termos do qual o gozo dos direitos e liberdades são reconhecidos e assegurados sem distinguir “sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.”

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), observa no seu artigo 20.º que “Todas as pessoas são iguais perante a lei”. Vão no mesmo sentido, a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1966) e a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres (1979). Em todos estes diplomas se proclama o princípio da igualdade.

O impacto deste movimento de expansão do princípio da igualdade concretiza-se numa protecção constitucional mais forte que vai da proibição do arbítrio e da discriminação à obrigatoriedade de estabelecer compensações através de acções positivas como forma de esbater as desigualdades de oportunidades. Na prática, falamos não de uma igualdade formal mas da concretização da igualdade material através de prestações sociais. Esta garantia prestacional tem em vista salvaguardar os direitos básicos de cada pessoa como se exemplifica no artigo 58.º nº 2 alínea b); artigo 59.º e seguintes, todos da CRP), sem esquecer o conjunto de disposições vinculativas de fins, tarefas, imposições e outros deveres de protecção e promoção que incumbe ao Estado (artigo 9.º da CRP).

ii) A dignidade social como igual dignidade de todas as vidas

O direito à vida é o primeiro direito fundamental constitucionalmente tutelado, daí que o artigo 24.º da CRP venha prever no domínio da igualdade formal a igual dignidade constitucional da vida humana. Num sentido muito próximo, a DUDH no

artigo 3.º salvaguarda que “Todo o indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.” Já o PIDCP prevê no artigo 6.º n.º 1 que “o direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.”. A estes instrumentos se junta o Protocolo adicional com vista à abolição da pena de morte (artigo 11.º). A Carta Europeia dos Direitos do Homem reconhece no n.º 1 do artigo 2.º que “O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei”. No mesmo sentido, dispõem os Protocolos 6⁷⁰ e 13⁷¹.

iii) A dignidade social como direito à integridade pessoal

O direito à integridade pessoal encontra-se previsto no n.º 1 do artigo 25.º da CRP onde se dispõe que «A integridade moral e física das pessoas é inviolável» e concretiza ao observar que «Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratamentos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos» (n.º 2). No mesmo sentido a Declaração Universal dos Direitos do Homem não só defende que ninguém pode ser preso, detido ou exilado arbitrariamente como defende no artigo 5.º que “Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.”

O Pacto Internacional para os Direitos Civis e Políticos vem dispor no artigo 7.º, que “ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas”. Outros contributos foram dados quer, pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem deu um contributo ao proibir nos artigos 3.º e 4.º respectivamente a tortura e o trabalho forçado, assim como a Convenção das Nações Unidas (10.02.1984) que se expressa contra a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis e degradantes quer, pela Convenção Europeia para a prevenção de torturas e penas ou tratamentos desumanos.

⁷⁰ Cfr. CONSELHO DA EUROPA — Protocolo n.º6, sobre a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais Relativo à abolição da Pena de Morte.

⁷¹ Cfr. CONSELHO DA EUROPA — Protocolo n.º13, sobre a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, Relativo à Abolição da Pena de Morte em quaisquer circunstâncias.

iv) A dignidade humana como garantia

A Constituição proclama no nº 2 do artigo 26.º da CRP, que «A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana». A Declaração Universal dos Direitos do Homem, no artigo 12.º dispõe que “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei.” Assim também, no artigo 17.º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos “Ninguém poderá ser objecto de ingerências arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, ou no seu domicílio ou correspondência”.

É também de dignidade humana que se trata no artigo 67.º, nº 2 alínea e), ao ser incumbido ao Estado a função de «Regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana». Esta concepção confirma, em nosso entender, uma defesa do cidadão face ao Estado, procurando simultaneamente encontrar o equilíbrio necessário entre a autoridade do Estado tolerada pelo cidadão e a liberdade do indivíduo.

O exposto, leva-nos a concluir que a dignidade da pessoa humana não só se concretiza na liberdade, na igualdade (formal e material) e na solidariedade, como fundamenta a abertura à criação de outros direitos nos termos do (artigo 16.º, nº1 da CRP), ainda que não formalmente fundamentais. Da liberdade, igualdade e solidariedade “parece emergir uma nova síntese integradora: a «igual dignidade» de todas as pessoas (da qual todos os direitos fundamentais da Constituição constituem concretização), aí residindo a base da fundamentalidade material”⁷². A sua concretização é orientada pelos princípios jurídicos fundamentais, alicerces de todo o sistema normativo.

⁷² Cfr. José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2011, p. 67.

2.2. Princípios jurídicos fundamentais

Os princípios jurídicos fundamentais constituem o núcleo da Constituição porque lhe dão uma identidade própria e moldam globalmente a ordem constitucional que por sua vez ordena a vida política. Enquanto a “*dimensão constitutiva*”⁷³ dos princípios fundamentais facultam a “compreensão global da ordem constitucional”⁷⁴, a “*dimensão declarativa*”⁷⁵ apresenta os direitos fundamentais como “superconceitos”⁷⁶ exprimindo desta forma “a soma de outros «subprincípios» e de concretizações normativas constitucionalmente plasmadas”⁷⁷. Veremos à luz deste entendimento como o princípio do Estado de Direito assume a natureza de superconceito, na medida em que opera através de um conjunto de princípios limitativos do agir de todas as estruturas que tomam decisões públicas, por via da subordinação do Poder à lei.

2.2.1. Princípio do Estado de Direito

Como “princípio tradicional do Estado de direito”⁷⁸ subordina a Administração Pública à lei e nessa medida os «órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé» (artigo 266.º, nº 2 da CRP).

Esta vinculação à lei fundamental, faz subordinar às normas de direito internacional não só os privados à luz do direito civil e comercial, processual e procedimental mas também a administração por intermédio do direito administrativo (artigo 8.º da CRP). Por fim, o direito criminal apresenta-se subordinado ao Estado de direito, legitimando a intervenção dos tribunais em caso de comportamentos

⁷³ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 1184

⁷⁴ *Idem, Ibidem.*

⁷⁵ *Idem, Ibidem.*

⁷⁶ *Idem, Ibidem.*

⁷⁷ *Idem, Ibidem.*

⁷⁸ Cfr. CANOTILHO; MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa*, anotada, volume II, 2010, p. 798.

contrários à ordem jurídica. Daqui se extrai três pressupostos do princípio do Estado de Direito: constitucionalidade; direitos fundamentais e juridicidade⁷⁹.

Deste modo, para que uma sociedade seja ordenada, a sua organização e o poder político que nela vigora deve ser estruturado segundo “*a medida do direito*”⁸⁰, sendo aqui o direito entendido como “um meio de ordenação racional e vinculativa de uma comunidade organizada”⁸¹, concretizado no texto constitucional. A Constituição apresenta-se como “uma ordem *jurídico-normativa fundamental*”⁸², à qual se submetem os poderes públicos, poderes que se vêm condicionados nomeadamente nas suas opções políticas que venham a tomar. Mas é também na Constituição que se institui a garantia dos direitos, liberdades e garantias fundamentais.

Em suma, o Estado de Direito configura-se como uma verdadeira cláusula geral onde é possível subsumir todo o tipo de limitações legítimas ao Poder. Nele “opera uma conexão entre as idéias de legalidade e de legitimidade, conexão que envolve a possibilidade de submeter o comportamento do Estado a critérios de aferição que o transcendem”⁸³. Veremos agora, como o Poder político para ser legítimo deve ser modelado pelo princípio do Estado de Direito democrático.

2.2.2. Princípio do Estado de Direito democrático

Na história constitucional portuguesa “o Estado de Direito democrático enquanto modelo ou projecto de configuração do Poder político encontrava apenas formulação expressa no preâmbulo da Constituição até à revisão de 1982”⁸⁴. Por efeito da revisão constitucional, o modelo é integrado no artigo 2.º da CRP onde aí consta que «A Republica Portuguesa é um Estado de direito democrático baseado no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais»,

⁷⁹ Paulo OTERO refere que o “Estado de juridicidade, encontra-se vinculado à ideia de Direito justo que lhe é superior, anterior e indisponível, reconhece que existem princípios jurídicos fundamentais que, independentemente de estarem positivados, vinculam o legislador (constituente e ordinário), os órgãos administrativos e os tribunais”, in *Direito Constitucional Português*, volume I, 2010, p. 75.

⁸⁰ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 243.

⁸¹ *Idem*, p. 243.

⁸² *Idem*, p. 245.

⁸³ Cfr. João CAUPERS – *Introdução ao Direito Administrativo*, 2005, p. 48.

⁸⁴ Cfr. Paulo OTERO – *Direito Constitucional Português*, volume I, 2010, p. 51.

pressupondo a sua constituição a «soberania popular»⁸⁵; o «pluralismo de expressão e organização política democráticas»⁸⁶; o «respeito e a garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais»⁸⁷ e «separação e interdependência de poderes»⁸⁸.

Estes pressupostos concorrem para que o Estado de Direito democrático seja um modelo de organização social que “mobiliza todas as funções do Estado para a concretização da liberdade, da justiça e da solidariedade”⁸⁹.

2.2.3. Princípio do bem-estar ou do Estado social

A interpretação actual da Constituição de 1976 permite-nos defender o bem-estar como um elemento estruturante do Estado Social, configurando um instrumento de realização da democracia económica, social e cultural nos termos dos artigos 1.º e 2.º da CRP. Contudo, é na dignidade humana que reside a motivação para a concretização do Estado do bem-estar (artigos 9.º *al d*) e 81.º *al a*), da Constituição).

De suma importância para a defesa do respeito e da garantia da dignidade da pessoa humana são as cartas Encíclicas apresentadas pela Doutrina Social da Igreja no século XIX e início do século XX, em especial as Encíclicas *Rerum Novarum* (1891) e *Quadragesimo Anno* (1931), sendo o seu fundamento defendido posteriormente nas Cartas Encíclicas *Mater e Magistra* (1961) e *Passem in Terris* (1963)⁹⁰.

Não obstante todos os contributos, a primeira ligação de bem-estar à dignidade humana concretiza-se na Constituição de 1933. Mais tarde, no texto constitucional de 1976 o princípio do Estado Social é apresentado como uma tarefa fundamental do

⁸⁵ A soberania popular legitima democraticamente a actuação dos seus governantes.

⁸⁶ Traduz-se pela tolerância às diferentes visões e concepções do bem comum ou mesmo do bem individual.

⁸⁷ Pode ser traduzida como “um Estado de direitos humanos que envolve um Poder político passivo ou abstencionista na limitação dos direitos de liberdade e, simultaneamente um Poder activo ou intervencionista na implementação das prestações inerentes à satisfação dos direitos sociais”. Cfr. Paulo OTERO – *Direito Constitucional Português*, volume I, 2010, p. 54.

⁸⁸ A concretização do Estado de Direito democrático exige que “todos os poderes do Estado, cada um à sua maneira, com os seus próprios meios e segundo os respectivos procedimentos fixados por lei”. Cfr. Paulo OTERO – *Direito Constitucional Português*, volume I, 2010, p. 54.

⁸⁹ Cfr. Paulo OTERO – *Direito Constitucional Português*, volume I, 2010, p. 51.

⁹⁰ *Idem*, p. 100.

Estado, a par da democracia e do Estado de Direito, exigindo-se deste modo a materialização da dignidade e da justiça social.

O Estado social surge como um modelo de organização jurídica da sociedade, à luz do qual o Estado vai concretizar tarefas que se prendem com o “aumento do bem-estar e da qualidade de vida do povo; a igualdade real entre os portugueses; a efectivação dos direitos fundamentais de carácter económico, social, cultural e ambiental; a transformação e modernização das estruturas económicas. Trata-se, em resumo, de realizar a *democracia económica, social e cultural*, a que alude o art. 2.^o”⁹¹. Numa posição convergente, pronunciou-se o Tribunal Constitucional ao sublinhar que,

“ (...) não deve esquecer-se que, como resulta da *al d*) do artigo 9º da Constituição, incumbe ao Estado (como tarefa fundamental) promover a efectivação de *todos* os direitos económicos, sociais e culturais (...) está interligada quer com a constituição económica (dependendo da aplicação das normas constitucionais respeitantes à organização económica do país), quer com condicionalismos económicos e institucionais (por exemplo, o modo de organização e funcionamento da administração pública e a disponibilidade de recursos financeiros)”⁹².

Daqui resulta o reconhecimento e a identificação no texto constitucional de várias necessidades colectivas, que em grande parte correspondem a direitos fundamentais dos cidadãos e que incumbe ao Estado satisfazer por se encontrar vinculado à Constituição.

Recentrando esta reflexão no direito à educação, cumpre-nos salientar que o seu reconhecimento constitucional significa a consciência da necessidade de criação de condições sociais para que se alcance universalidade da educação. Esta exigência é motivada pela cláusula ou princípio do bem-estar. Esta cláusula, envolve uma dimensão aberta e nesse sentido apela a uma progressiva concretização das condições (materiais e imateriais) dos cidadãos. Veremos ao longo desta tese que se vão tecendo

⁹¹ Cfr. CANOTILHO; MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa, anotada*, volume I, 2007, p. 278.

⁹² Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional, nº 590/2004. Processo nº 994/03, sobre o crédito bonificado para habitação.

mudanças em matéria de direitos fundamentais e em concreto no direito à educação onde a sua satisfação vai exigir um esforço de complementaridade entre o Estado e a sociedade civil.

As dificuldades a que Portugal tem de fazer face, farão com que o país enverede por um compromisso entre o Estado e a Sociedade de molde a que sejam garantidas às famílias um conforto material necessário ao exercício do direito/dever de promoverem a educação dos filhos. À medida que se caminha para este compromisso, esbate-se a centralidade, responsabilidade e visibilidade social do Estado e emergem novos intervenientes no campo social em torno de uma multiplicidade de necessidades educativas que se inscrevem numa nova concepção do bem comum e do espaço público. Voltaremos a esta reflexão a propósito da transferência de poderes decisórios do Estado para os entes infra-estaduais à luz do princípio da subsidiariedade, cujos efeitos já se fazem sentir no interior do Estado (v. *infra* cap. 8).

Em matéria de educação, vai-se moldando um sistema plural e descentralizado, ao mesmo tempo que timidamente se afirma a autonomia autárquica ao transferir a gestão educativa do actual executivo para as mãos do poder autárquico⁹³ e estabelecimentos de ensino⁹⁴. Foi nesse sentido que o Conselho Nacional de Educação (CNE), veio apelar através da Recomendação nº 7/2012⁹⁵, na qual se exige uma maior clarificação das responsabilidades dos vários agentes educativos. Nesse sentido, o CNE, ao referir-se aos diferentes níveis de responsabilidade, sublinha que “A autonomia pressupõe, pois, um processo social,

⁹³ Cfr. Decreto-Lei nº 144/2008 de 28 de Julho que desenvolve o quadro de transferência de competências para os municípios em matéria de educação. São transferidas para o município o pessoal não docente, sendo igualmente transferidas as dotações inscritas no Ministério da Educação para pagamento do referido pessoal. A partir de 2010, as transferências de recursos financeiros referidos e previstos no artigo 4.º do referido diploma, são incluídas no Fundo Social Municipal e actualizadas segundo as regras aplicáveis às transferências para as autarquias locais.

⁹⁴ Cfr. Decreto-Lei nº 75/2008 de 22 de Abril que aprova o regime de autonomia, administração e gestão dos estabelecimentos públicos de educação. O Decreto-Lei nº 224/2009, DR 177 Série I de 11.09.2009, procede à primeira alteração do Decreto-Lei nº 75/2008, de 22 de Abril, que aprovou o regime de autonomia, administração e gestão dos estabelecimentos públicos da educação pré-escolar e dos ensinos básicos e secundário, e prevê a existência de postos de trabalho com a categoria de encarregado operacional nos mapas de pessoal dos agrupamentos de escolas e escolas não agrupadas.

⁹⁵ Cfr. *Diário da República*, 2.ª série — N.º 227 — 23 de Novembro de 2012.

uma responsabilização progressiva, uma conquista social local, uma crescente adequação entre processos e resultados, um exercício de participação e de inscrição da educação no espaço público. Por tudo isto, a autonomia é um processo político, mais do que uma questão técnica”⁹⁶. Trata-se de um regresso segundo Mário Pinto, “a uma ideia clássica, de limitação das manifestações do poder excessivo do Estado, e de garantia da intervenção dos cidadãos”.⁹⁷

2.2.4. Princípio da unidade do Estado ou Estado unitário

O artigo 6.º da CRP inclui um princípio constitucional geral concretizável na unidade do Estado (Estado unitário) e quatro princípios de âmbito específico: i) princípio da autonomia regional; ii) princípio da autonomia local; iii) princípio da subsidiariedade e iv) princípio da descentralização administrativa. Em face de um Estado unitário estamos perante um único Estado “numa só constituição, órgãos de soberania únicos para todo o território nacional, uma ordem jurídica e imediatividade das relações jurídicas entre o poder central e os cidadãos”⁹⁸.

2.3. Direitos fundamentais

Na sua dimensão histórica, “os direitos humanos começam por ser “obra do pensamento humano”⁹⁹ e “gozam de anterioridade relativamente ao Estado e à Sociedade: pertencem à ordem moral e cultural donde um e outra tiram a sua justificação e fundamento”¹⁰⁰.

Hoje, os direitos fundamentais inscrevem-se no núcleo introdutório do Direito Constitucional, com a finalidade de “proteger a pessoa humana, ao mais alto nível com todas as garantias”¹⁰¹.

⁹⁶ Cfr. *Diário da República*, 2.ª série — N.º 227 — 23 de Novembro de 2012, p. 37905.

⁹⁷ Cfr. Mário PINTO – *Sobre os Direitos Fundamentais de Educação*, 2009, p. 65.

⁹⁸ Cfr. CANOTILHO; MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa* anotada, volume I, 2007, p. 233.

⁹⁹ Cfr. Vieira de ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais da Constituição Portuguesa*, 2012, p. 19.

¹⁰⁰ *Idem*, *Ibidem*.

¹⁰¹ Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 1025.

2.3.1. A génese e o percurso dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, na sua génese só se explicavam num contexto de contraposição entre o poder do Estado e a sociedade. A este pensamento aderem Jorge Bacelar Gouveia¹⁰² e também Jorge Miranda para quem “somente há direitos fundamentais (...) quando o Estado e a pessoa, a autoridade e a liberdade se distinguem e até em maior ou menor medida se contrapõem”¹⁰³. O contributo de José Alexandrino para a temática em estudo, resulta da sua apreciação à génese dos direitos fundamentais segundo três níveis de análise: *filosófico-cultural*; *político-constitucional* e *técnico-jurídico*¹⁰⁴.

No plano filosófico-cultural, as raízes dos “direitos do homem” encontram-se na “escola clássica espanhola”, na “filosofia política inglesa” e na escola “alemã”. Contudo é na “cultura grega” que radica a ideia de dignidade humana como um valor em si mesma, a autonomia individual e a participação política. Já o valor do homem e o conceito de Direito natural sofre uma forte influência do pensamento romano. Por último, enquanto se deve ao Cristianismo a marca da origem divina é do Renascimento que se extrai uma visão humanista, a centralidade do homem¹⁰⁵.

No plano político-constitucional, José Alexandrino encontra nas guerras religiosas do século XVI e nas revoluções inglesa (1688), americana (1776) e francesa (1789), a origem dos direitos fundamentais¹⁰⁶. Porém invoca outro antecedente “o Edicto de Milão (de 313 d.C.), na parte em que se determinava que *cada um fique livre na sua vontade e na sua decisão quanto ao modo como pretende prestar o seu culto a Deus*”¹⁰⁷.

Enquanto a revolução inglesa apresenta-se relevante para a afirmação dos direitos fundamentais pela introdução da *petição dos Direitos de 1628*, da *Lei do*

¹⁰² Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 1032.

¹⁰³ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p. 12.

¹⁰⁴ Cfr. José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2011, p. 12.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 13.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 14.

¹⁰⁷ *Idem*, *Ibidem*.

Habeas Corpus de 1679 e da *Declaração de Direitos (Bill of Rights)* de 1689, a revolução americana destaca-se quer, pelas declarações de direitos aprovados por diversas colónias quer, pela própria Declaração de Independência (1789) e os dez primeiros aditamentos à Constituição (Bill of Rights). Por último, a revolução francesa exerce especial influência na elaboração da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789)¹⁰⁸.

No plano técnico-jurídico, José Alexandrino refere que só é possível falar de direitos fundamentais após a constituição da figura do Estado, o que ocorre a partir do século XVI, residindo aí a essência das garantias dos cidadãos¹⁰⁹.

Neste percurso, importa mencionar a importância de alguns documentos nucleares, dos quais a *Magna Carta Libertatum* inglesa, de 15 de Junho de 1215, que constitui o exemplo mais célebre das cartas de liberdades medievais¹¹⁰ assim como outros marcos jurídicos fundadores como a *Act Declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown*, regularmente intitulada por Bill of Rights de 16 de Dezembro de 1689 ou ainda English Bill of Rights. Outro importante documento é a *Bill of Rights of Virginia*, de 12 de Junho de 1776, de onde se extrai:

“Todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes, possuem alguns direitos inerentes, dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar a sua posteridade quando entram no estado social. Estes são o direito de gozar a vida e a liberdade, com os meios de adquirir e possuir propriedade, de procurar e obter a felicidade e a segurança”.

A *Virgínia Bill of Rights* (1776) permitiu-nos passar da simples designação de direitos para o conceito actual de direitos fundamentais ou direitos humanos, convertendo-se num modelo a que se seguiram outras declarações a exemplo da acima

¹⁰⁸ Cfr. José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2011, p. 14.

¹⁰⁹ *Idem, Ibidem.*

¹¹⁰ A Magna Carta foi fundamental para o parlamentarismo inglês mas de igual modo para o desenvolvimento dos direitos de liberdade. É também o documento de onde se traí o âmago da Lei do *Habeas Corpus* de 1679 e o *Bill of Rights* inglês de 1689. Cfr. Rainhold ZIPELIUS – *Teoria Geral do Estado*, p. 421.

referida *Déclaration de Droits de l'Homme et du Citoyen* (1789). Estes dois documentos encerram uma fase de “relativa cegueira”¹¹¹ no campo dos direitos do homem¹¹² e abrem um novo ciclo “no processo de desenvolvimento da ideia de direitos fundamentais”¹¹³.

Já no século XX, salientamos o valioso papel da Organização das Nações Unidas (ONU) ou simplesmente Nações Unidas (NU), fundada em 1945 com o objectivo de facilitar a cooperação no âmbito da segurança internacional e do direito internacional e defender os direitos humanos e o desenvolvimento socioeconómico. Em 1948 nasce a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), relevante na elaboração e proclamação de uma série de direitos universais. Apresentando-se como uma declaração de princípio aceite unanimemente por todos os governos, a DUDH previu a construção de um projecto de sociedade livre, tendo na sua base quatro pilares: os direitos pessoais¹¹⁴; as relações entre o homem e os homens, as famílias, os grupos que o rodeiam, os lugares e as coisas¹¹⁵; as liberdades públicas e dos direitos políticos fundamentais¹¹⁶; e os direitos económicos, sociais e culturais¹¹⁷.

Outros instrumentos foram decisivos para a evolução dos direitos fundamentais. São eles os tratados multilaterais e os pactos internacionais celebrados em 1966: o Pacto dos Direitos Civis e Políticos (PDCP) e o Pacto dos Direitos Económicos, sociais e Culturais (PDESC). De acordo com os princípios enunciados na Carta das Nações Unidas, estes instrumentos consignaram nos respectivos preâmbulos, que “a liberdade, a justiça e a paz no mundo constituem o fundamento do reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis”. Porém, os dois tratados visavam consagrar dois tipos diferentes de direitos fundamentais. Enquanto através do PDCP, os Estados obrigavam-se a observar os direitos de defesa (direitos negativos), através do PDESC, os Estados ficavam vinculados à adoção de medidas positivas.

¹¹¹ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 380.

¹¹² *Idem*, p. 380.

¹¹³ *Idem, Ibidem*.

¹¹⁴ Artigos: 4º, 5º, 6º, 7º, 8º e 9º da DUDH.

¹¹⁵ Artigos: 13º, 14º, 15º, 16º e 17º da DUDH.

¹¹⁶ Artigos: 18º, 19º, 20º, 21º e 21º da DUDH.

¹¹⁷ Artigos: 22º, 23º, 24º, 25º, 26º e 27º da DUDH.

Mais recentemente, foi estabelecido o Tribunal Penal Internacional. A Carta Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)¹¹⁸ e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) assinada em Nice de 2000, são igualmente exemplos de instrumentos internacionais que permitiram a internacionalização dos direitos humanos, em prol da protecção das liberdades e dos direitos, sobretudo dos direitos das minorias.

Recentrando a nossa análise na educação, podemos observar que todos estes instrumentos contribuíram para o reconhecimento do direito fundamental à educação. Assim, enquanto o PDESC assume direito à educação como um direito social (artigo 13.º) e a CEDH configura o direito à educação como um direito de liberdade (2.º do Protocolo nº 1), a CDFUE consagra o direito à educação como uma ideia de liberdade (artigo 14.º). Este é um ponto essencial à reflexão sobre o tema em análise justificando um aprofundamento no capítulo dedicado ao *direito à educação e o referencial europeu para as políticas educativas* (v. *infra* cap. 6).

Após este percurso, entramos numa nova fase marcada pela constitucionalização dos direitos do homem. Este é o momento em que os direitos humanos deixaram de se constituir como “uma felicidade colectiva retratada como uma utopia social e passaram a consagrar o objectivo ideal de uma sociedade justa nas instituições do próprio Estado constitucional”¹¹⁹.

2.3.1.1 A Constituição e os direitos fundamentais

A Constituição é a ordem jurídica de grau máximo da Comunidade. E, não obstante a influência do Direito Europeu e do Direito Internacional Público, “uma correcta interpretação do artigo 8.º da Constituição Portuguesa de 1976, far-nos-á entender que ainda a competência primária é da Constituição enquanto legitima a

¹¹⁸ A Carta Europeia dos Direitos do Homem é a versão abreviada da Carta para a Protecção dos Direitos do Homem e dos Direitos Fundamentais.

¹¹⁹ Cfr. Jürgen HABERMAS – *Um Ensaio sobre a Constituição da Europa*, 2012, p.52.

entrada de normas de outros ordenamento e provindas de órgãos de outros ordenamentos”¹²⁰.

Os Estados da Antiguidade já possuíam uma Constituição e Aristóteles demonstra-o na *Política*. Segundo o filósofo, algumas eram “concebidas por amadores, outras por filósofos e políticos”¹²¹, mas no essencial o texto fundamental apresentava-se sob a forma de estatuto onde aí se defenia “a unidade e ordenação dos respectivos poderes”¹²². O conceito institucional de Constituição traduz a organização política de toda uma comunidade, que entretanto se reforça quando essa organização, tal como deriva do modelo jurídico-romano, é pensada em ordem ao bem comum.

O apuramento do conceito culmina segundo Cristina Queiroz no “conceito racional de constituição como *ordem jurídica fundamental do Estado*, orientada por determinados princípios”¹²³, consentâneo com o conceito atual de Constituição. Nela, os direitos fundamentais, são interpretados como “*direitos constitucionais (...)* que devem ser compreendidos e interligados como elementos definidores e legitimadores de toda uma ordem jurídica positiva”¹²⁴ de onde se extrai um conjunto de valores que se estendem a toda a sociedade.

Em suma, a Constituição é a sede por excelência da positivação jurídica dos direitos fundamentais, ficando a sua validade condicionada “pelo Estado e pelo Direito do Estado (pelo Direito constitucional desse Estado)”¹²⁵ somente após a sua incorporação na ordem jurídica fundamental. Mas o que verdadeiramente a diferencia “do restante ordenamento tem a ver com a “natureza “política” do seu objecto”¹²⁶. Aí se “funda e dá forma a um regime político, orientado por determinados princípios,

¹²⁰ Cfr. Manuel VAZ *et al* – *Direito Constitucional*, 2012, p. 54.

¹²¹ Cfr. ARISTÓTELES – *A Política*, II 1266a, 30, p. 133. O filósofo apresenta-nos o exame crítico de várias constituições: Fáleas; Hipodamo de Mileto; Regime Espartano; Creta; Cartago e Sólon in *A Política*, II 1266a -1274b, p. 131- 181.

¹²² Cfr. Cristina QUEIROZ – *Direitos Fundamentais: Teoria Geral*, 2002, p. 37.

¹²³ *Idem, Ibidem*.

¹²⁴ Cfr. Cristina QUEIROZ – *Direitos Fundamentais: Teoria Geral*, 2002, p. 39.

¹²⁵ Cfr. José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2011, p. 16.

¹²⁶ Cfr. Cristina QUEIROZ – *Direito Constitucional: as Instituições do Estado Democrático e Constitucional*, 2009, p. 17.

definindo os poderes de governo e o estatuto dos cidadãos no Estado”¹²⁷. De suma importância é a interpretação que Peter Haberle faz da Constituição. Citado por Cristina Queiroz, o autor refere-se não apenas a uma constituição do Estado mas antes à “constituição do Estado e da sociedade”¹²⁸. Voltaremos a esta temática no capítulo dedicado à *Constituição Social*.

Numa breve passagem pelos marcos mais significativos da “evolução histórica-valorativa dos direitos fundamentais”¹²⁹ sinaliza-se um conjunto de “direitos de liberdade dos indivíduos”¹³⁰, conquistados a partir do século XVIII no âmbito do Estado Liberal. Trata-se de “uma primeira geração de direitos fundamentais como um conjunto de direitos de natureza negativa, através dos quais se tinha em mente em primeiro lugar, a garantia de um espaço de autonomia e de defesa dos cidadãos em face do poder público (Abwehrrechte)”¹³¹.

Num segundo momento, passa-se à consagração dos “direitos de igual participação política”¹³² no contexto do “Estado Democrático”¹³³. Esta evolução resulta quer das sucessivas vagas de implementação da democracia pelos diferentes países quer das mudanças sócio-económicas provocadas pelo desenvolvimento industrial. Essas alterações levam ao aparecimento de “novos direitos, fazendo sobressair as garantias de igualdade nas relações indivíduo-Estado. Os direitos assumem-se, agora como garantias de igualdade na construção democrática do Estado”¹³⁴.

Os direitos fundamentais conhecem um aprofundamento através da construção do Estado Social. Neste terceiro momento da evolução dos direitos fundamentais,

¹²⁷ Cfr. Cristina QUEIROZ – *Constituição, Constitucionalismo e Democracia*, in Jorge MIRANDA (org) “Perspectivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976”, Coimbra, 1996, p. 458, notas 1e 2.

¹²⁸ *Idem, Ibidem.*

¹²⁹ Cfr. Manuel VAZ *et al* – *Direito Constitucional*, 2012, p. 225.

¹³⁰ *Idem, Ibidem.*

¹³¹ Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 1040.

¹³² Cfr. Manuel VAZ *et al* – *Direito Constitucional*, 2012, p. 225

¹³³ *Idem, Ibidem.*

¹³⁴ *Idem*, p. 226.

surgem “os direitos como liberdades sociais”¹³⁵, à medida que vai sendo exigida uma “protecção de natureza social”¹³⁶. Nessa altura “o Estado passa a ser responsável pelo próprio bem-estar do indivíduo, pelo que se assiste a um processo de solidariedade, de socialização e de intervenção do Estado, que vai alterar profundamente o sistema dos direitos fundamentais”¹³⁷. Vamos assistindo ao emergir de “um processo de solidariedade, de socialização e de intervenção do Estado”¹³⁸.

Num quarto e último momento, já num contexto de uma sociedade globalizada, de grandes desafios, de consumo e de alto risco, nascem os “direitos de quarta geração (...) que protegem bens individuais colectivamente sentidos”¹³⁹. Para além do reforço dos direitos pessoais como o direito à privacidade, à imagem à honra, surge o direito do consumidor, o direito ao ambiente, mas também o direito à participação cívica, assim como o direito a uma maior transparência da gestão da coisa pública.

José Alexandrino, referindo-se de igual modo à evolução histórica dos direitos fundamentais, sintetiza os progressos verificados em sede de Direito constitucional desde o século XVIII à chamada “constituição moderna”¹⁴⁰. Positivou-se o direito “em constituições escritas, formais e rígidas”¹⁴¹. Posteriormente reconheceram-se “novos tipos de direitos”¹⁴². Mais tarde deu-se “o desenvolvimento e a progressiva transformação qualitativa do tipo jurídico do Estado (Estado de Direito Liberal, Estado democrático de Direito e Estado social e democrático de Direito)”¹⁴³. Por último, aperfeiçoaram-se os “mecanismos jurídicos operacionais dirigidos à tutela efectiva dos direitos fundamentais (desde o princípio da separação de poderes até à

¹³⁵ Cfr. Manuel VAZ et al – *Direito Constitucional*, 2012, p. 227.

¹³⁶ Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 1041.

¹³⁷ Cfr. Manuel VAZ et al – *Direito Constitucional*, 2012, p. 227.

¹³⁸ *Idem*, *Ibidem*.

¹³⁹ *Idem*, p. 228

¹⁴⁰ Cfr. José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2011, p. 52. A constituição dita moderna baseia-se em duas ideias: “(1) ordenar, fundar e limitar o poder político; (2) reconhecer e garantir os direitos e liberdades do indivíduo”. Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 54-55.

¹⁴¹ Cfr. José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2011, p. 18.

¹⁴² José ALEXANDRINO refere-se ao aprofundamento e extensão dos direitos políticos; a concretização dos direitos sociais pelo Estado e “os direitos da idade tecnológica”, in *Direitos Fundamentais*, 2011, p. 18.

¹⁴³ Cfr. José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2011, p. 18.

criação, já no século XX, dos tribunais constitucionais, passando pelo incremento da vinculatividade das normas de direitos fundamentais e, em geral, pela melhoria da tutela jurisdicional)”¹⁴⁴.

Mas, enquanto o mundo assistia a um emergir de novos direitos fundamentais, a primeira década do século XXI deu sinais claros de uma perda significativa de direitos sociais na maior parte dos países ocidentais. Hoje, a quarta geração dos direitos veio demonstrar que os direitos sociais não são de todos, “mas daqueles que precisam e na medida em que precisam (...) os direitos sociais tendem a configurar-se como direitos de discriminação positiva, cujo conteúdo essencial é um mínimo para uma existência condigna, ou digna”¹⁴⁵. Porém, não obstante a concreta realidade que se vive no presente, importa recordar que a positivação, extensão e a garantia dos direitos fundamentais nunca constituiu um processo consensual, nem uniforme e tão pouco linear. O seu percurso foi perturbado pela história e pela cultura dos diferentes países, razão porque não “gozam de um padrão elevado de efectividade jurídica”¹⁴⁶.

Os desafios inerentes à sua validade, levam a que já não seja condição suficiente a sua incorporação no texto constitucional, impõe-se de igual modo, “assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais”¹⁴⁷.

2.3.2. Da teoria à dogmática dos direitos fundamentais

Indispensável à problemática em estudo, são as teorias dos direitos fundamentais, que nasceram nos anos setenta do século XX com o objectivo de “esclarecer se a interpretação dos direitos fundamentais pressupunha ou não uma teoria de direitos fundamentais, capaz de fornecer uma compreensão lógica, global e coerente dos preceitos da constituição consagradores de direitos fundamentais”¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Cfr. José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2011, p. 18.

¹⁴⁵ Cfr. Manuel VAZ *et al* – *Direito Constitucional*, 2012, p. 228.

¹⁴⁶ Cfr. José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2011, p. 16.

¹⁴⁷ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 377.

¹⁴⁸ *Idem*, p. 1395.

A essa luz, num esforço necessariamente de síntese procuraremos traçar os marcos mais característicos das diferentes teorias que enformam os direitos fundamentais. Assim a *teoria liberal* apresenta como princípios: os direitos fundamentais (no essencial de autonomia e de defesa) atribuídos ao particular face ao Estado. São direitos individuais vedados à interferência do Estado, cuja efectivação depende dos particulares. A sua finalidade é também de natureza individual.

A teoria da *ordem de valores* defende que os direitos fundamentais conferem a protecção dos cidadãos através da realização de medidas objectivas, tendo por finalidade titular os “bens de valor igual ou mais alto”¹⁴⁹. O valor dos bens é determinado pela comunidade onde se inscrevem. A teoria dos valores tal como a *teoria institucional* nega a componente subjectiva dos direitos fundamentais. A teoria institucional inscreve os direitos fundamentais “num quadro definidor ordenador”¹⁵⁰, sendo os seus limites aferidos numa “relação de condicionalidade com outros bens”¹⁵¹.

A *teoria social* agrega as três dimensões dos direitos sociais (individual, institucional e processual)¹⁵². A liberdade ganha uma dimensão social não obstante a presença do elemento subjectivo a exemplo da teoria liberal, divergindo desta apenas pelo facto de defender a intervenção do Estado, tendo em vista realizar as tarefas fundamentais. À luz desta teoria, “A socialidade passa a ser considerada como um elemento *constitutivo* da liberdade”¹⁵³.

Na teoria democrático-funcional, os cidadãos têm acesso aos direitos e devem exercê-lo dentro da comunidade na qual se inserem. Nesta concepção teórica verifica-se uma “despersonalização-funcionalização dos direitos para se tentar salvaguardar a própria ordem que os reconhece”¹⁵⁴.

¹⁴⁹ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 377.

¹⁴⁹ *Idem*, p. 1398.

¹⁵⁰ *Idem, Ibidem*.

¹⁵¹ *Idem, Ibidem*.

¹⁵² *Idem*, p. 1399.

¹⁵³ *Idem, Ibidem*.

¹⁵⁴ *Idem*, p. 1400.

Este percurso teórico culminou numa “teoria *dogmática geral dos direitos fundamentais* que tem por objectivo fornecer as bases de uma metódica geral dos direitos positivamente constitucionalizados”¹⁵⁵.

2.3.3. Conceito de direitos fundamentais

Podemos definir direitos fundamentais como “direitos ou as posições jurídicas activas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material”¹⁵⁶. Jorge Miranda vai ainda mais longe ao referir que “os direitos fundamentais podem ser entendidos *prima facie* como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos de pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade”¹⁵⁷. O autor funda as raízes dos direitos humanos nas “filosofias políticas, sociais e económicas e das circunstâncias de cada época e lugar”¹⁵⁸. No mesmo sentido, Vieira de Andrade sublinha que a garantia dos direitos humanos vai para além dos próprios, pois resultam também “do seu enraizamento na consciência histórica-cultural da humanidade e da sua tradução estrutural em cada sociedade concreta”¹⁵⁹.

Jorge Bacelar Gouveia define direitos fundamentais como “*posições jurídicas activas das pessoas integradas no Estado-Sociedade, exercidas por contraposição ao Estado-Poder, positivadas no texto constitucional*”¹⁶⁰. Daqui o autor extrai três elementos: *subjectivo* (contraponto entre o particular e o Estado-Poder), *objectivo* (conjunto de vantagens que decorre na protecção conferida pelos direitos fundamentais) e *formal* (consagração dos direitos fundamentais na Constituição)¹⁶¹.

¹⁵⁵ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 1396.

¹⁵⁶ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p.7.

¹⁵⁷ *Idem*, p. 10.

¹⁵⁸ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p. 10.

¹⁵⁹ Cfr. Vieira de ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais da Constituição Portuguesa*, 2012, p. 313.

¹⁶⁰ Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 1031.

¹⁶¹ *Idem*, *Ibidem*.

¹⁶¹ *Idem*, p. 1032.

Cristina Queiroz sublinha “a dupla natureza (doppel Gestalt) dos direitos e liberdades fundamentais (...) na medida em que não garantem apenas direitos subjectivos, mas também princípios objectivos básicos para a ordem constitucional democrática do Estado de direito”¹⁶². A esta luz, os direitos fundamentais “têm ou podem ter por sujeitos todas as pessoas integradas na comunidade política, no povo”¹⁶³ e à luz do princípio da “universalidade: todos quantos fazem parte da comunidade política, fazem parte da comunidade jurídica”¹⁶⁴. Todos “são titulares dos direitos e deveres aí consagrados”¹⁶⁵.

Por último, quando falamos de direitos fundamentais, reflectimos sobre uma forte interdependência entre o Estado e a liberdade, a sociedade e a autoridade, o que leva Jorge Miranda a acentuar o modo como se condicionam. Assim refere o autor que,

“Os fins do Estado, a organização do Estado, o exercício do poder e a limitação do poder são *função do modo de encarar a pessoa*. Por sua vez, a sua liberdade, as suas necessidades, as aspirações e pretensões individuais, institucionais ou colectivas reconhecidas, os direitos e deveres da pessoa, a sua posição perante a sociedade e o Estado são *função do sentido que ele confere à sua autoridade, das normas que a regulam, dos meios de que dispõe*”¹⁶⁶.

2.3.4. Classificação dos direitos fundamentais

Para procedermos à classificação dos direitos fundamentais, socorremo-nos dos trabalhos teóricos desenvolvidos por José Alexandrino e Jorge Bacelar Gouveia. O primeiro autor, apresenta uma distinção no plano constitucional segundo a fonte, o titular, a força jurídica e o modo de protecção dos direitos fundamentais. No plano técnico-jurídico, o autor socorre-se dos critérios apresentados por Robert Alexy e

¹⁶² Cfr. Cristina QUEIROZ – *Direito Constitucional: Instituições do Estado Democrático e Constitucional*, 2009, p. 365.

¹⁶³ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p. 215.

¹⁶⁴ *Idem, Ibidem.*

¹⁶⁵ *Idem, Ibidem.*

¹⁶⁶ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p. 12.

Michael Sachs¹⁶⁷. O segundo autor, sugere uma outra classificação perspectivada numa dimensão subjectiva, material, formal e regimental¹⁶⁸. São igualmente essenciais para esta temática os contributos de Gomes Canotilho e Jorge Miranda.

No plano constitucional e seguindo o critério da *fonte*, os direitos fundamentais em sentido formal têm assento na Constituição, enquanto os que ficam fora da Constituição são os direitos fundamentais em sentido material. Tendo por base o seu *titular*, os direitos podem ser: individuais (quando se referem apenas ao indivíduo e é este o único que tem legitimidade para os invocar ou exercer); colectivos e ainda comuns/universais; gerais e particulares (determinadas categorias de pessoas). Por último, atendendo ao *critério da força jurídica e do modo de protecção*, “os direitos fundamentais podem ser «direitos, liberdades e garantias» (artigos 24.º a 57.º da CRP), os quais beneficiam do regime qualificado do artigo 18.º da CRP e seguintes que se traduz na aplicabilidade directa¹⁶⁹, ou «direitos económicos, sociais e culturais» (artigos 58.º a 79.º da CRP), os quais não beneficiam desse regime¹⁷⁰.

No plano técnico-jurídico, os *direitos subjectivos* fundamentais organizam-se em *direito a alguma coisa* (onde se inscrevem os direitos de acções negativas, artigos 37.º, nº2; 34.º, nº 4 e 62.º, nº 1 da CRP, e direitos de acções positivas, artigo 63.º da CRP); *liberdades* (alternativa de comportamentos, artigo 27.º nº 1 da CRP) e *competências* (poderes de conformação no Direito público ou Direito privado). Por influência de Michael Sachs, são sublinhados os direitos a: *acções negativas* (abstenção do Estado); *acções positivas* (intervenção do Estado), *direitos a*

¹⁶⁷ Os direitos a alguma coisa, liberdades e competências são os critérios apresentados por Alexy. Os direitos a acções negativas, direitos a acções positivas direitos a conformação e situações jurídicas, são as propostas de Sachs. Cfr, José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2011, p. 25,29 e 30.

¹⁶⁸ Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 1033-1035.

¹⁶⁹ Falamos de aplicabilidade directa dos direitos, liberdades e garantias quando os seus titulares o exercem sem qualquer interposição legislativa. Mas tem autonomia, na medida em que é uma regra aplicada nos casos em que a falta de uma interposição legislativa para assegurar a concretização de um direito, liberdade e garantia, constitua uma dificuldade. Por último aplica-se como um parâmetro de interpretação autónomo, que se impõe à norma legal. Cfr Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 1119.

¹⁷⁰ Cfr, José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2011, p. 29.

conformação (corresponde uma sujeição) e *situações jurídicas* (dever de não-afecção)¹⁷¹.

Jorge Bacelar Gouveia, aplica uma *classificação subjectivista*¹⁷² para relacionar os direitos fundamentais e os seus titulares. A esta luz, considera os direitos fundamentais individuais¹⁷³ e institucionais¹⁷⁴, consoante estejamos em presença de uma pessoa física ou colectiva. Assume ainda a possibilidade de existir um titular simultaneamente físico e colectivo¹⁷⁵. Inscreve também nesta classificação, os direitos fundamentais comuns¹⁷⁶ e particulares consoante os direitos digam respeito a todas as pessoas ou a certas categorias de sujeitos.

Já no âmbito das *classificações materiais*¹⁷⁷, atende-se à consideração do objecto e conteúdo dos direitos fundamentais. À luz destes elementos, o autor estabelece o contraponto entre os direitos fundamentais gerais e especiais tendo em conta a sua pertinência em cada caso concreto da vida, resultando daí “direitos permanentes ou constantes de cada pessoa”¹⁷⁸ que se agrupam em “várias modalidades”¹⁷⁹. Assim, os direitos fundamentais poderão ser pessoais¹⁸⁰, políticos¹⁸¹, laborais¹⁸² e sociais.

¹⁷¹ Cfr. José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2011, p. 30.

¹⁷² Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 1033.

¹⁷³ Designadamente a liberdade de aprender e de ensinar (artigo 43.º da CRP), o direito à educação e à cultura (artigo 73.º, nº 1 da CRP), direito ao ensino (artigo 74.º, nº 1 da CRP); direito a um nível suficiente de vida (artigo 25.º da CRP).

¹⁷⁴ A exemplo do direito de associações sindicais (artigo 56.º da CRP).

¹⁷⁵ A exemplo do direito de petição (artigo 52.º, nº 1 da CRP).

¹⁷⁶ Designadamente o direito à igualdade (artigo 13.º da CRP), direito à cidadania (artigo 26.º, n1, 4ª parte da CRP).

¹⁷⁷ A exemplo do direito à educação e à cultura (artigo 73.º, nº 1 da CRP), o direito ao ensino (artigo 74.º, nº 1 da CRP).

¹⁷⁸ Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 1034.

¹⁷⁹ Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 1034.

¹⁸⁰ Designadamente o direito à vida (artigo 24.º da CRP), o direito ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º, nº 1, 2ª parte, da CRP).

¹⁸¹ A exemplo do direito de asilo (artigo 33.º da CRP) direito de resposta e réplica política (artigo 40.º, nº 2 da CRP; o direito à participação na vida política (artigo 48.º, nº 1 da CRP).

¹⁸² A exemplo do direito ao trabalho (artigo 58.º da CRP), o direito dos trabalhadores (artigo 59.º da CRP).

As *classificações formais*¹⁸³ permitem-nos distinguir entre os direitos, as liberdades e as garantias quando em causa esteja “um espaço de autonomia ou surjam equacionadas num contexto de protecção de outro direito fundamental principal, mostrando-se acessoriamente ligados aos mesmos”¹⁸⁴. Incluem-se ainda no âmbito das *classificações formais* as liberdades negativas e as liberdades positivas, os direitos a prestações e os direitos procedimentais, inspirada na “divisão tripartida de Jellinek “status libertis, status civitatis e status activae civitatis”¹⁸⁵.

Numa síntese, Gomes Canotilho observa que se um direito fundamental está constitucionalmente protegido como um direito individual, então esta protecção efectua-se sob a forma de direito subjectivo”¹⁸⁶. As liberdades, definem-se como “posições fundamentais subjectivas de natureza defensiva”¹⁸⁷. E o autor exemplifica com o «direito à liberdade e segurança» plasmada no n.º 1 do artigo 27.º da CRP. Esta norma universal traduz segundo Gomes Canotilho uma “liberdade pessoal”¹⁸⁸ e dela se extrai que o indivíduo tem direito à liberdade e à segurança perante o Estado mas também face a todos os outros indivíduos. Referindo-se às garantias, o autor defende que podem ser traduzidas pelo “direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a protecção dos seus direitos”¹⁸⁹.

Por último as *classificações regimentais* permitem-nos, segundo Jorge Bacelar Gouveia, opor ao regime reforçado dos direitos liberdades e garantias, um regime mais fraco atribuído aos direitos económicos, sociais e culturais¹⁹⁰. A clarificação desta separação é fundamental ao estudo que nos propomos, em virtude do direito dos pais à educação e manutenção dos filhos (artigo 36.º, n.º5 da CRP) e a liberdade de aprender e ensinar (artigo 43.º da CRP) se inscreverem nos direitos, liberdades e garantias, enquanto o direito à educação e ao ensino (artigos 73.º n.º 1 e 74.º da CRP) constituírem um direito social e por conseguinte à luz desta classificação se apresentar

¹⁸³ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p. 87.

¹⁸⁴ Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 1034.

¹⁸⁵ *Idem*, p. 1035.

¹⁸⁶ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 1257.

¹⁸⁷ *Idem*, p. 1259-1260.

¹⁸⁸ *Idem*, p. 1259.

¹⁸⁹ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 396.

¹⁹⁰ Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 1035.

como um direito enfraquecido. Esta distinta consignação entronca na dicotomia entre “direitos de agir” e “direitos de exigir”¹⁹¹.

2.3.5. Características dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais consubstanciam situações jurídicas com características “comuns quer aos direitos fundamentais de liberdade, quer aos direitos fundamentais sociais”¹⁹². Tais características são apresentadas e fundamentadas por José Alexandrino tal como abaixo se transcreve:

1. *Fundamentais*, porque, definindo relações qualificadas do homem e do Estado, esses direitos desenham respostas a necessidades fundamentais e constantes do ser humano, relativas às esferas da existência, da autonomia e do poder;
2. *Universais*, ainda que se apresentem, por vezes, atribuídos a categorias particulares de pessoas, são direitos de todas as pessoas;
3. *Permanentes*, na medida em que se extinguindo pela morte do respectivo titular ou por uma decisão de valor constituinte que suprima o direito;
4. *Pessoais*, porque estão estritamente ligados à pessoa, à sua vida e personalidade;
5. *Não-patrimoniais*, em virtude de serem direitos insusceptíveis de avaliação pecuniária, razão pela qual são ainda intransmissíveis e inexpropriáveis;
6. *Indisponíveis*, na medida em que o seu carácter inalienável do direito vincula não só o Estado como o próprio titular.¹⁹³

A compreensão destas características, permitem-nos fazer uma clara distinção entre os direitos fundamentais e outros direitos nomeadamente de natureza patrimonial, para além de nos aproximar de outros direitos afins, nomeadamente os direitos de personalidade como de seguida se expõe. As figuras afins encerram o estudo dos direitos fundamentais, direitos que se impõem a todas as entidades públicas e privadas tal como dispõe o n.º 1 do artigo 18.º da CRP, o que significa que as entidades ficam vinculadas ao legislador, à administração e aos tribunais. Temática à qual voltaremos no capítulo seguinte.

¹⁹¹ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p. 90.

¹⁹² Cfr. José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2011, p. 24.

¹⁹³ *Idem, Ibidem.*

2.4. Direitos fundamentais e figuras afins

Tendo em vista a precisão dos conceitos, justifica-se proceder a algumas distinções entre os direitos fundamentais e uma série de figuras que lhe estão próximas, desde logo porque iluminam a reflexão que nos propomos nesta tese. Estas figuras constam da Parte I da Constituição (artigos 12.º a 79.º) e serão referenciadas nas páginas subsequentes.

2.4.1. Direitos fundamentais e direitos de personalidade

José de Melo Alexandrino, sublinha que “os direitos de personalidade são as situações jurídicas básicas do homem reconhecidas pela lei civil¹⁹⁴. No mesmo sentido Jorge Miranda refere que,

“ (...) são posições jurídicas fundamentais do homem que ele tem pelo simples facto de nascer e viver; são aspectos imediatos da existência de integração do homem; são condições essenciais ao seu ser e devir; revelam o conteúdo necessário da personalidade; são emanções da personalidade humana em si; são direitos de existir de outrem o respeito da própria personalidade; têm por objecto, não algo de exterior ao sujeito, mas modos de ser físicos e morais da pessoa ou bens da personalidade física, moral e jurídica ou manifestações parcelares da personalidade humana¹⁹⁵ .

No entendimento de Gomes Canotilho, um direito de personalidade está diretamente relacionado com direitos: de estado, da própria pessoa e de liberdade¹⁹⁶. Assim, conclui o autor que “nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade”¹⁹⁷, porém dada à crescente interconexão entre direitos de liberdade e direitos sociais, “cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa”¹⁹⁸

¹⁹⁴ Cfr. José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2011, p. 32.

¹⁹⁵ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p. 58-59.

¹⁹⁶ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 396.

¹⁹⁷ *Idem, Ibidem.*

¹⁹⁸ *Idem, Ibidem.*

O direito ao desenvolvimento da personalidade foi autonomizado pela Lei constitucional nº 1/97 e desde então passou “de direito, liberdade e garantia de natureza materialmente constitucional a *direito, liberdade e garantia formalmente constitucional*”¹⁹⁹. “Genericamente consagrado no artigo 26.º, nº 1, da Constituição, encontra na liberdade o sentido unificador dos direitos do ser humano como pessoa, funcionando como pressuposto da formação e respeito da identidade de cada um: o livre desenvolvimento da personalidade surge, neste sentido, como uma cláusula residual de direitos ou manifestações de liberdade individual”²⁰⁰.

A este propósito, Paulo Otero recorda-nos o entendimento “de Ortega Y Gasset para quem a vida é uma possibilidade sempre aberta – viver é constantemente decidir o que vamos fazer e a garantia do livre desenvolvimento da personalidade, na medida em que assegura a cada ser humano a possibilidade de, configurando ou moldando livremente a sua existência, escolher o seu próprio ser”²⁰¹.

2.4.2. Direitos fundamentais e direitos do homem

Muito embora direitos fundamentais e direitos do homem sejam expressões indistintamente utilizadas, assumimos de grande relevância aferir as suas diferenças. Assim, tendo por base o seu significado e a sua origem, Gomes Canotilho distingui-os do seguinte modo: “direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (...) direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente”²⁰². No mesmo sentido, José Alexandrino refere que os direitos do homem constituem situações jurídicas que são válidas e comuns a todos os povos “(...) tendo por isso uma validade pelo menos moral, *resultam da natureza da condição do homem e que o Direito internacional reconhece*”²⁰³.

¹⁹⁹ Cfr. CANOTILHO; MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa* anotada, volume I, 2007, p. 463.

²⁰⁰ Cfr. Paulo OTERO – *Direito Constitucional Português*, volume I, 2010, p. 42.

²⁰¹ *Idem, Ibidem.*

²⁰² Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 393.

²⁰³ Cfr. José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2011, p.35.

Com os Pactos das Nações Unidas (1966), já referidos anteriormente, surgem a expressão “direitos dos povos” que segundo Jorge Miranda apresentam-se como “complemento (e, às vezes, quase em substituição) dos direitos do homem ou os direitos fundamentais”²⁰⁴. Contudo, o autor reconhece que não é “aceitável assimilar os *direitos dos povos* aos *direitos do homem*”²⁰⁵, por não ser admissível “configurar os povos como sujeitos de Direito Internacional” substituindo-se assim aos Estados²⁰⁶. Porém, o direito à autodeterminação aproveita todos os povos, direito que é anterior à edificação “do próprio Estado de direito democrático”²⁰⁷. Em virtude desse direito, é determinado livremente o seu estatuto político e assegurado livremente seu desenvolvimento económico, social e cultural (artigo 1.º dos Pactos).

Presente em várias Resoluções da ONU²⁰⁸, a protecção dos direitos dos povos são “(também conhecidos por «direitos de quarta geração» ou por «terceira dimensão dos direitos humanos»)”²⁰⁹. Este direito à autodeterminação e independência surge na Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos, celebrada em Nairobi, a 26 de Junho de 1981, como resultado do esforço de protecção dos direitos dos povos. Assim se expressa no preâmbulo que “a liberdade, a igualdade, a justiça e a dignidade são objectivos essenciais para a realização das legítimas aspirações dos povos africanos”.

Os direitos dos povos, segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, transportam “uma dimensão colectiva que, aponta, desde logo, para direitos considerados como pré-condição básica e inalienável de todos os outros direitos – o direito à autodeterminação e independência”²¹⁰.

Como signatário, «Portugal rege-se nas relações internacionais pelos princípios da independência nacional, do respeito dos direitos do homem, dos direitos dos povos» (artigo 7.º, nº 1 da CRP) e «reconhece o direito dos povos à

²⁰⁴ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2008, p.73.

²⁰⁵ *Idem*, p. 75.

²⁰⁶ *Idem*, *Ibidem*.

²⁰⁷ Cfr. CANOTILHO; MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa* anotada, volume I, 2007, p. 241.

²⁰⁸ Cfr. UNESCO – Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas, 2009, constitui um exemplo.

²⁰⁹ Cfr. CANOTILHO; MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa* anotada, volume I, 2007, p. 241.

²¹⁰ *Idem*, *Ibidem*.

autodeterminação e ao desenvolvimento, bem como o direito à insurreição contra todas as formas de opressão» (artigo 3.º, nº 7 da CRP).

2.4.3. Direitos fundamentais e interesses difusos

Os interesses difusos são para Jorge Miranda “uma manifestação da existência ou do alargamento de necessidades colectivas individualmente sentidas”²¹¹. Estas vêm reforçar “entrosamentos específicos de Estado e sociedade”²¹², implicando por sua vez uma maior complexidade no “relacionamento entre as pessoas e os grupos no âmbito da sociedade política que, só podem ser aprendidos numa nova perspectiva de cultura cívica e jurídica”²¹³. Veremos como a já designada quarta geração de direitos veio reforçar ainda mais esse conjunto de necessidades colectivas que cada cidadão/ã sente em particular.

Jorge Miranda afirma que se trata de “ (...) necessidades comuns a conjuntos mais ou menos largos e indeterminados de indivíduos”²¹⁴, podendo a sua satisfação ser alcançada somente “numa perspectiva comunitária”²¹⁵. Nem são interesses públicos, nem puros interesses individuais, ainda que possam projectar-se, de modo específico, directa ou indirectamente, nas esferas jurídicas destas ou daquelas pessoas”²¹⁶.

Os interesses difusos na perspectiva de José Alexandrino, diferem “dos direitos fundamentais por não constituírem situações jurídicas cativas das pessoas e, naturalmente, por lhes faltar o carácter fundamental e pessoal”²¹⁷. Manuel Afonso Vaz actualiza o argumento de José Alexandrino, ao sublinhar, que hoje a definição de interesse difuso, não pode ser analisado fora do contexto dos direitos de quarta

²¹¹ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV 2000, p.68-69.

²¹² *Idem*, p. 69

²¹³ *Idem, Ibidem.*

²¹⁴ *Idem, Ibidem.*

²¹⁵ Constituem exemplos de interesses difusos, entre outros constitucionalmente assinalados na Parte I da CRP a existência de uma rede e equipamento social (artigo 63.º, nº 2).

²¹⁶ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p.69.

²¹⁷ Cfr. José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2011, p. 38.

geração e inevitavelmente associados a um novo “paradigma social”²¹⁸ no qual se defendem novos direitos, os quais visam proteger “bens individuais colectivamente sentidos (direito ao ambiente, direitos do consumidor)”²¹⁹.

Assumimos que esta problemática está em mutação e que um novo paradigma emerge à medida que se expandem os direitos fundamentais. Com o novo modelo, interesses que directa ou indirectamente se manifestam nas esferas jurídicas das pessoas, integram a quarta geração de direitos, justificando do nosso ponto de vista um compromisso entre o Estado e a Sociedade e uma forte cooperação internacional, afim de os garantir.

2.4.4. Direitos fundamentais e garantias constitucionais

Vimos que a garantia principal dos direitos fundamentais, resulta dos próprios direitos humanos, mas também “do seu enraizamento na consciência histórica-cultural da humanidade e da sua tradução estrutural em cada sociedade concreta”²²⁰. Estas garantias podem ser traduzidas pelo “direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a protecção dos seus direitos”²²¹.

Porém, por vezes torna-se complexo fazer a distinção entre direitos e garantias quando se trata de Direito Constitucional positivo. Esta é a posição de Jorge Miranda para quem “saber então se determinada norma se reporta a um direito ou a uma garantia institucional haverá que indagar se ela estabelece uma faculdade de agir ou de exigir em favor de pessoas ou de grupos, se coloca na respectiva esfera jurídica uma situação cativa que uma pessoa ou um grupo possa exercer por si e invocar directamente perante outras entidades – hipótese em que haverá um direito fundamental; ou se pelo contrário, se confina a um sentido organizatório objectivo,

²¹⁸ Cfr. Manuel VAZ *et al* – *Direito Constitucional*, 2012, p. 228.

²¹⁹ *Idem*, *Ibidem*.

²²⁰ Cfr. Vieira de ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais da Constituição Portuguesa*, 2012, p. 313.

²²¹ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 396.

independentemente de uma atribuição ou de uma actividade pessoal – caso em que haverá apenas uma garantia institucional”²²².

Gomes Canotilho acompanha este argumento dando o exemplo da autonomia conferida à academia por ser “protegida directamente como realidade social objectiva e só, indirectamente se expandem para a protecção dos direitos individuais”²²³. Assim também José Alexandrino, para quem a autonomia universitária é alvo de uma protecção especial na medida em que não permite que o legislador a descaracterize nem que a afecte no “seu núcleo essencial”²²⁴.

2.5. Deveres fundamentais

Os deveres fundamentais são titulados na Parte I da Constituição e apresentam-se para Jorge Miranda, como “situações jurídicas de necessidade ou de adstricção constitucionalmente estabelecidas, impostas às pessoas frente ao poder político ou, por decorrência de direitos ou interesses difusos, a certas pessoas perante outras”²²⁵. Pressupõem uma “separação entre o poder e a comunidade (ou entre Estado e sociedade)”²²⁶ a exemplo dos direitos fundamentais.

Nesse sentido alguns deveres vinculam os cidadãos nas suas relações directas com o Estado de dois modos distintos: deveres políticos (impostos) e económicos, exemplificado no dever de prestação da escolaridade básica obrigatória. Logo, o não cumprimento, leva à frustração da realização “de direitos fundamentais ou de interesses difusos e as correspondências incumbências do Estado”²²⁷.

Mas os deveres constitucionais não se esgotam nos deveres ente os cidadãos e o Estado, decorrem também de uma relação horizontal na medida em que se referem a relações de uma pessoa com outras pessoas no seio da comunidade.

²²² Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p.74.

²²³ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 397.

²²⁴ Cfr. José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2011, p. 39.

²²⁵ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p.76.

²²⁶ *Idem, Ibidem.*

²²⁷ *Idem, Ibidem.*

No entanto, porque falta uma disposição semelhante à do artigo 16.º, n.º 1 da CRP (conceito material e perspectiva aberta dos direitos fundamentais), Jorge Miranda conclui “que não existe no Direito português um conceito material de deveres fundamentais paralelo ao de direitos fundamentais. Deveres fundamentais confinam-se aos que constam da Constituição. Quando muito, poderia, dizer-se que aos direitos, liberdades e garantias corresponde um dever geral de respeito e que aos direitos económicos, sociais e culturais corresponde um dever geral de solidariedade social”²²⁸.

Importa por fim, fazer referência a uma divergência doutrinária em torno da correspectividade entre direitos e deveres fundamentais. Manuel Afonso Vaz e *al* defende que não existe correspectividade e dá como exemplo o dever cívico plasmado no artigo 49.º, n.º 2, 2ª parte da CRP, afirmando que “não basta observar que os direitos-liberdades têm em geral, de característico o poder de agir ou não agir”²²⁹. Por sua vez, referindo-se aos deveres fundamentais conexos com os direitos que se encontram dispersos pela Constituição a exemplo do dever dos pais educarem os filhos (artigo 36.º, n.º 5 da CRP); o dever do Estado assegurar o ensino básico universal, obrigatório e gratuito (artigo 74.º, n.º 2 alínea a) e por último o dever de preservar, defender e valorizar o património cultural (artigo 78.º, n.º 1 da CRP), não têm a mesma protecção e o mesmo regime dos direitos, liberdades e garantias; não têm desde logo aplicabilidade directa. “O mesmo se passa com os deveres autónomos, de que são exemplos os consagrados nos artigos 103.º, 113.º, n.º 2, 276.º e 88.º, n.º 2)”²³⁰.

Em suma, enquanto Jorge Miranda defende que os deveres fundamentais se apresentam simétricos dos direitos fundamentais²³¹, Manuel Afonso Vaz e *al*, salienta que a sistematização dos direitos e deveres fundamentais na Parte I não quer significar que a cada direito fundamental a Constituição faça corresponder um dever fundamental.

²²⁸ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p. 179.

²²⁹ *Idem*, *Ibidem*.

²³⁰ Cfr. Manuel VAZ *et al* – *Direito Constitucional*, 2012, p. 298.

²³¹ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p. 76.

Conclusão

O caminho percorrido permite-nos observar que a Constituição de 1976, ordem jurídica de grau superior da Comunidade, oferece todas as condições para a edificação de um Estado de direitos humanos.

Ficou de igual modo exposto, que os princípios jurídicos fundamentais constituem o núcleo da Constituição e nesse sentido dão-lhe uma identidade própria. Os princípios fundamentais moldam globalmente a ordem constitucional. A Constituição por sua vez, ordena a vida política da comunidade.

Os direitos fundamentais gozam de anterioridade relativamente ao Estado e à sociedade e na perspectiva constitucional, inscrevem-se num núcleo introdutório com a finalidade de proteger os cidadãos/ãs. A garantia principal dos direitos fundamentais, resulta dos próprios, mas também “do seu enraizamento na consciência histórica-cultural da humanidade e da sua tradução estrutural em cada sociedade concreta”²³². Estas garantias podem ser traduzidas pelo “direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a protecção dos seus direitos”²³³.

No enquadramento constitucional, a dignidade da pessoa humana concretiza-se na liberdade, na igualdade e na solidariedade de onde emerge uma síntese a «igual dignidade» de todas as pessoas. A salvaguarda da liberdade, da igualdade e da solidariedade implica, que o Estado e a sociedade garantam a todos os cidadãos o acesso a uma educação.

O reconhecimento constitucional do direito à educação significa a consciência da necessidade de criação de condições sociais para que se alcance a universalidade da educação. Esta exigência é motivada pela cláusula ou princípio do bem-estar. Esta cláusula, envolve uma dimensão aberta e nesse sentido apela a uma progressiva concretização das condições dos cidadãos. As dificuldades a que Portugal tem de

²³² Cfr. Vieira de ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais da Constituição Portuguesa*, 2012, p. 313.

²³³ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 396.

fazer face, farão com que o país enverede por um compromisso entre o Estado e a Sociedade de molde a que sejam garantidas às famílias um conforto material necessário ao exercício do direito/dever de promoverem a educação dos filhos.

Do estudo dos princípios, direitos e deveres pretendíamos extrair as orientações constitucionais em torno da educação. A esse propósito, os contributos recolhidos permitem-nos concluir pela consagração constitucional, da *liberdade de educação e do direito à educação*, que é profundamente beneficiado pelo reforço da defesa dos direitos fundamentais na sua globalidade, quer dos direitos, liberdades e garantias, quer dos direitos económicos, sociais e culturais, a partir do conceito aberto da dignidade da pessoa humana, que se apresenta como uma âncora na interpretação da sistemática constitucional.

Capítulo 3

A estruturação do sistema de direitos fundamentais

na

Constituição de 1976

“ (...) a concepção da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade pode estar na origem de uma política de realização de direitos sociais activa e comprometida”²³⁴.

Introdução

Observamos no capítulo anterior, que toda a matéria dos direitos fundamentais visa a prossecução de valores ligados à dignidade humana e que a edificação de um Estado humano é um imperativo constitucional identificado no artigo 1.º da Constituição. Porém, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, vai exigir uma definição de tarefas ou incumbências fundamentais do Poder político, temática sempre presente quando em causa está a divisão sistemática dos direitos fundamentais.

A compreensão desta divisão é crucial ao tema em estudo: *liberdade de educação e direito à educação: perspectivas constitucionais e políticas*, na medida em que por um lado, falar de liberdade de educação é invocar os direitos de liberdade onde se garante a liberdade de aprender e ensinar e o direito a criar escolas privadas e cooperativas, Título II, Capítulo I «Direitos, liberdades e garantias»²³⁵. Por outro lado, o direito à educação²³⁶ e o direito ao ensino²³⁷ são direitos sociais consagrados no Título III, «Direitos e deveres económicos, sociais e culturais», mais especificamente no Capítulo III dos «Direitos e deveres culturais».

A consagração constitucional desses direitos forma um eixo que se desenrola ao sabor de uma distinta tutela constitucional. Assim, enquanto a *liberdade de educação* constitui um direito de liberdade, concebido como garante da liberdade e autonomia dos cidadãos, implicando tal garantia a vinculação do Estado e da sociedade, o *direito à educação* é um direito social de conteúdo indeterminado, que depende da intervenção legislativa para que se constitua. Assim se justifica que a vinculatividade dos poderes públicos tenha por base uma protecção variável, na

²³⁴ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 473-474.

²³⁵ Artigo 43.º, n.º da CRP.

²³⁶ Artigo 73.º da CRP.

²³⁷ Artigo 74.º da CRP.

medida em que a sua efectivação está directamente relacionada com estratégias políticas e recursos materiais do país.

Em face do exposto, importa por um lado, perspectivar se a margem de determinação legal do direito à educação, implica a aplicação do princípio da proibição do retrocesso. E por outro lado, pretendemos apurar em que medida um direito social como o direito à educação é suficientemente relevante para integrar a normatividade de um direito subjectivo pessoal²³⁸ a exemplo da liberdade de aprender e de ensinar. Pretendemos aferir a existência de uma dimensão de perceptividade mínima dos direitos sociais, e em concreto em relação ao direito à educação.

3.1. O catálogo de direitos fundamentais

A alteração de paradigma que resulta da crise estrutural que o país atravessa ditou a necessidade imperiosa de repensar o papel do Estado na educação, levando-nos a discorrer criticamente sobre os direitos e deveres fundamentais da Constituição de 1976, sistematicamente inscritos na Parte I.

Contudo, os direitos e deveres fundamentais da Constituição de 1976 não se esgotam aí, uma vez que se encontram dispersos pelas Partes II, III e IV e ainda fora do catálogo tal como preceitua o n.º 2 do 269.º da CRP, que no seu articulado, admite a existência de direitos para além dos previstos no texto constitucional. Num comentário ao artigo, Gomes Canotilho e Vital Moreira argumentam que os direitos vertidos nos n.ºs 2 e 3 desse preceito, “devem considerar-se direitos fundamentais fora do catálogo”²³⁹ mas de natureza análoga aos «direitos, liberdades e garantias» constantes do Título II da Parte I, nos termos do artigo 17.º da CRP, “sendo-lhes por isso aplicável o mesmo regime, designadamente o artigo 18.º”²⁴⁰.

²³⁸Partimos da ideia de «*standard mínimo*» para determinar a existência de um direito subjectivo, expressão extraída do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 590/04, de 6 de Outubro: “(...) a partir de um *standard mínimo* decorrente da necessidade de protecção do Estado à luz de um princípio de liberdade fundamental.”

²³⁹Cfr. CANOTILHO; MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa* anotada, volume II, 2010, p. 841.

²⁴⁰*Idem, Ibidem.*

Convergente com a expansão do catálogo dos direitos fundamentais, o artigo 16.º, nº 1 da CRP, vem estatuir que «os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional». Nesse sentido, Gomes Canotilho e Vital Moreira observam que “o nº 1 aponta para o conceito material e para uma perspectiva aberta dos direitos fundamentais”²⁴¹, onde se inclui os “direitos consagrados no direito internacional geral ou comum ou no direito convencional, designadamente os pactos internacionais referentes aos direitos do homem e ratificados pelo Estado português”²⁴². Daqui se conclui também que é possível expandir o catálogo quer, por via do direito comunitário quer, por intermédio dos tratados quer, das leis comunitárias.

Porém, importa sublinhar que “os direitos fundamentais decorrentes da lei e de regras de Direito Internacional são direitos fundamentais em sentido material (...) e não em sentido formal”²⁴³, não beneficiando assim das garantias constantes das normas previstas na Constituição respeitante quer à fiscalização quer à revisão constitucional.²⁴⁴ Não obstante, o artigo 16.º, nº 2 da Constituição complementa o nº 1 ao estabelecer que as normas internas (constitucionais e legais) sobre direitos fundamentais sejam interpretadas e integradas de harmonia com a DUDH. Vai nesse sentido o comentário de Gomes Canotilho e Vital Moreira, ao defenderem que a DUDH,

“serve não apenas de parâmetro de interpretação das normas constitucionais e legais dos direitos fundamentais, mas também de integração das mesmas normas. Isto vale tanto para as lacunas de previsão de certos direitos, como para as lacunas de regulamentação. Quanto às primeiras, trata-se afinal do reconhecimento dos direitos extraconstitucionais, que já resulta do nº 1. Quanto às segundas, na falta ou insuficiência de regulamentação constitucional ou legal, há-de recorrer-se à disciplina da DUDH, que assim vale como norma *praeter constitutionem e prater legem*”²⁴⁵.

²⁴¹ Cfr. CANOTILHO; MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa* anotada, volume II, 2010, p. 365.

²⁴² *Idem*, p. 365-366.

²⁴³ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2008, p. 143.

²⁴⁴ *Idem*, *Ibidem*.

²⁴⁵ Cfr. CANOTILHO; MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa* anotada, volume I, 2007, p. 368.

Por último, a consagração dos direitos fundamentais abre outra problemática de suma importância para a compreensão do tema da tese, na medida em que dá especial atenção ao critério estrutural subjacente à divisão sistemática de direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais (título II e III), vertida na Constituição de 1976. A versão inicial da Constituição não continha esta divisão, antes consagrava “um critério misto, na confluência de elementos subjectivos, elementos objectivos e elementos estruturais, explicável por razões históricas”²⁴⁶.

Na interpretação de Jorge Miranda, “o que os aproximava e os conglobava era a ideia de liberdade, de liberdade civil e política. E essa unidade (...) significava que, para a Lei Fundamental, o homem e o cidadão surgiram identificados e dotados de todos esses direitos. Todo o homem era tomado como cidadão e todo o cidadão era pessoa”²⁴⁷. Em 1982, dá-se a primeira revisão constitucional²⁴⁸ onde se adoptou “um critério estrutural de distinção com um primado ab origine com o primado da democracia (política) sobre todos os propósitos de modificação da ordem económica e social”²⁴⁹. Este tratamento sistemático foi mantido ao longo das seis revisões constitucionais realizadas desde então.

3.2. O regime jurídico dos direitos fundamentais

O sistema de direitos fundamentais, plasmado na Constituição de 1976, apresenta por um lado, o Título II, referente aos «Direitos, liberdades e garantias» (previstos nos artigos 24.º a 57.º) que se subdivide em três Capítulos: Capítulo I (artigos 24.º a 47.º) «Direitos, liberdades e garantias pessoais»; Capítulo II (artigos 48.º a 52.º); «Direitos, liberdades e garantias de participação política» e Capítulo III (artigos 53.º a 57.º) «Direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores». Esta classificação é considerada como uma das mais importantes classificações “sob o ponto de vista jurídico-constitucional”²⁵⁰, na medida em que aqui se define “um

²⁴⁶ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2008, p. 144.

²⁴⁷ *Idem*, *Ibidem*.

²⁴⁸ Lei Constitucional nº 1/82, de 30 de Setembro.

²⁴⁹ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2008, p. 145.

²⁵⁰ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 398.

regime jurídico-constitucional especial materialmente caracterizador (cfr. art. 17.º), desta espécie de direitos fundamentais”²⁵¹.

Este núcleo abrange, segundo Vieira de Andrade, “aquelas dimensões dos valores pessoais que a Constituição visa em primeira linha proteger e que caracterizam e justificam a existência autónoma daquele direito fundamental”²⁵². Este é o parâmetro que permite a aplicabilidade directa do regime dos direitos, liberdades e garantias previstas no artigo 17.º da CRP aos enunciados no título II.

Serve também “de parâmetro material a outros *direitos análogos* dispersos ao longo da Constituição”²⁵³. Esta classificação ganha ainda mais interesse dada à sua força vinculativa e à aplicação directa dos direitos, liberdades e garantias constituindo por essa via, “um reforço da «mais-valia» normativa destes preceitos relativamente a outras normas da Constituição, incluindo-se aqui as normas referentes a outros direitos fundamentais”²⁵⁴.

Da verificação dos preceitos do Título II, podemos afirmar que nele se inscreve quase todos os direitos que resultam do liberalismo clássico e que depois são desenvolvidos e concretizados, como atrás ficou exposto (v. supra cap. 2), em direitos pessoais, direito cívicos, liberdades e garantias; direitos de participação política e direitos dos trabalhadores. De todos eles se exclui em geral os direitos a prestações estaduais positivas ou seja os «Direitos e deveres económicos, sociais e culturais»²⁵⁵ (artigos 58.º a 79.º CRP) que a Constituição inscreve no Título III.

Os direitos sociais apresentam a seguinte sistematização: Capítulo I «Direitos e deveres económicos», refere-se ao estatuto económico das pessoas (artigos 58.º a 62.º); Capítulo II «Direitos e deveres sociais», integra dois grupos: os direitos

²⁵¹ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 398.

²⁵² Cfr. Vieira de ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2012, p. 165.

²⁵³ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 398.

²⁵⁴ *Idem*, *Ibidem*.

²⁵⁵ Os direitos económicos, sociais e culturais ou simplesmente direitos sociais são ainda por vezes designados na doutrina por direitos fundamentais sociais. Por razões de economia de espaço designaremos por direitos sociais.

relativos às condições de vida fundamentais²⁵⁶; e direitos de certas categorias sociais ou de certas instituições mais carecidas de uma adequada protecção jurídica específica (artigos 63.º a 72.º)²⁵⁷ e Capítulo III «Direitos e deveres culturais» no qual se inclui dois grupos: a) os direitos que respeitam a certos bens culturais fundamentais²⁵⁸; e b) os que se referem a certas instituições directamente interessadas na garantia do exercício desses direitos²⁵⁹ (artigos 73.º a 79.º).

Uma primeira distinção a fazer, é a articulação dos direitos, liberdades e garantias ao Estado liberal e com ele a “igualdade formal”²⁶⁰, a liberdade e o Estado de Direito, enquanto “que os direitos económicos, sociais e culturais preferencialmente se articulam com o Estado social, a “igualdade material”²⁶¹, e os princípios da solidariedade.

Fazendo uma aplicação desta distinção aos direitos fundamentais que se encontram no coração desta tese: *a liberdade de educação e direito à educação*, podemos observar, que enquanto a liberdade de educação se encontra acantonada no Título II, o direito à educação (direito social que não se constitui como uma categoria distinta dos direitos de liberdade), encontra-se porém consagrada no Título III, exactamente na confluência estrutural e sobretudo ideológica entre os direitos de liberdade e os direitos sociais e, por essa razão sujeita a um regime constitucional distinto, não obstante a comunicabilidade entre eles.

Desta forma, “os direitos económicos, sociais e culturais beneficiam do regime geral dos direitos fundamentais mas não do regime especial previsto para os direitos, liberdades e garantias, tal como dispõe o artigo 18.º da CRP”²⁶². Assim se conclui,

²⁵⁶ A segurança social e solidariedade, saúde, habitação, ambiente e qualidade de vida.

²⁵⁷ A família, pais e mães, crianças, jovens deficientes e idosos.

²⁵⁸ O ensino e cultura, fruição e criação cultural, e desporto

²⁵⁹ As escolas e as universidades.

²⁶⁰ Gomes CANOTILHO define igualdade como a “igualdade jurídica”, “igualdade liberal” “liberdade individual”, in *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 426

²⁶¹ Gomes CANOTILHO fala-nos de uma “igualdade justa” onde o arbítrio é proibido e refere também que existem formas diferentes de promover a igualdade material por intermédio da lei, “devendo tratar-se por «igual o que é igual e designadamente o que é desigual”, in *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 428.

²⁶² Cfr. Cristina QUEIROZ – *Direitos Fundamentais: Teoria Geral*, 2002, p. 149.

que mesmo na ausência de uma hierarquia constitucional, os direitos, liberdades e garantias gozam de primazia face aos direitos, económicos, sociais e culturais.

Além deste destaque, e não obstante alguns direitos poderem ter natureza análoga, beneficiando desse modo, tal como já o afirmamos, do regime dos direitos, liberdades e garantias (artigo 17.º da CRP), há ainda um limite constitucional à comunicabilidade entre os direitos de liberdade e os direitos sociais na CRP, tal como refere José Alexandrino, na medida em que não opera essa comunicabilidade “sempre que o «problema da efectividade» dos direitos económicos, sociais e culturais possa pôr em causa o princípio da efectividade jurídica dos direitos, liberdades e garantias”²⁶³.

Do exposto, podemos inferir que tratando-se de um direito à educação, torna-se muito difícil o apuramento da inconstitucionalidade por omissão, dada a dificuldade em identificar as medidas previstas na Constituição e incumpridas pelo legislador. Para exemplificar, recordamos a decisão de política educativa²⁶⁴ que visou em 2009 o prolongamento da escolaridade obrigatória de quinze anos para dezoito anos.

Perante esta extensão, defendemos que só se torna possível se for acompanhada de apoios sociais às famílias mais carenciadas, de molde a que seja assegurada a sua subsistência. Em boa verdade, referimo-nos a uma pretensão complementar mas que a não existir, poderá perigar a conclusão do grau de escolaridade obrigatória. Esta questão não reúne consenso, e ganham voz os que admitem que o direito à educação constitui apenas uma pretensão do seu titular ou um direito diferido no tempo, sempre condicionado pela “reserva do possível”, expressão recorrente na doutrina.

²⁶³ Cfr. José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2007, p. 43.

²⁶⁴ Cfr. Lei 85/2009, de 27 de Agosto, que estabelece o regime da escolaridade obrigatória para as crianças e jovens que se encontram em idade escolar e consagra a universalidade da educação pré-escolar para as crianças a partir dos 5 anos de idade. No n.º 1 do artigo 2.º o legislador considera por idade escolar as crianças e jovens com idades compreendidas entre os 6 e os 18 anos.

Veremos ao longo da investigação que a tendência é para a concretização da igualdade material, razão porque alguns constitucionalistas admitem que os direitos sociais não são de todos, “mas daqueles que precisam e na medida em que precisam (...) os direitos sociais tendem a configurar-se como direitos de discriminação positiva, cujo conteúdo essencial é um mínimo para uma existência condigna, ou digna”²⁶⁵.

3.2.1. No plano constitucional

A distinção a considerar neste plano deve ter em linha de conta que os direitos previstos no Título II da Parte I têm uma estrutura essencialmente negativa²⁶⁶, ao passo que no Título III da Parte I se encontra a generalidade dos direitos a prestações positivas do Estado. E como o afirmamos anteriormente, é no Título III que se integram quer o direito à educação (artigo 73.º da CRP) quer o direito ao ensino (artigo 74.º da CRP), constituindo uma prestação do Estado atribuída ao seu titular.

Esta realidade sistemática tem potenciado um debate que se desenrola ao sabor de diferentes perspectivas constitucionais e perspectivas políticas e que vêm justificar o subtítulo da tese.

Para uma melhor exposição do tema, os contributos recolhidos no plano jurídico-dogmático serão reflectidos neste capítulo, enquanto as orientações teóricas sobre os direitos de liberdade e os direitos sociais, apresentam-se sob três visões políticas distintas e serão inscritas no capítulo dedicado à *Constituição Social* (v. *infra* cap. 10). Aí as diferentes orientações corporizam perspectivas completamente distintas: (1) perspectivas unitárias: direitos de liberdade e direitos sociais; (2) perspectivas de complementaridade entre a liberdade e a igualdade²⁶⁷ nas quais os direitos de liberdade são direitos subjectivos plenos e (3) perspectivas da contraposição entre direitos de liberdade e direitos sociais. Este conjunto de atributos

²⁶⁵ Cfr. Manuel VAZ *et al* – *Direito Constitucional*, 2012, p. 228.

²⁶⁶ Nem todas as normas de direitos, liberdades e garantias implicam uma imediata transformação em direitos subjectivos dos particulares.

²⁶⁷ Cfr. José ALEXANDRINO – *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, 2006, p. 216, nota: 886.

teóricos ganharam actualidade e pertinência, num altura em que a conjunturalidade do país tem vindo a determinar a limitação dos direitos fundamentais.

3.2.2. No plano analítico

No plano analítico emergem duas linhas principais de construção da distinção que se baseiam no critério da determinabilidade constitucional²⁶⁸ do conteúdo e da natureza dos condicionamentos que afectam a realização de cada tipo de direitos: Enquanto a protecção dos direitos, liberdades e garantias está associada ao carácter subjectivo desses direitos²⁶⁹, a protecção dos direitos económicos, sociais e culturais está associada a um dever do legislador na respectiva promoção desses direitos²⁷⁰.

Os direitos sociais foram concebidos para que se construísse uma sociedade mais justa, razão para que sejam considerados direitos subjectivos inerentes à existência do cidadão. Constituem enquanto tal bons exemplos: o direito à segurança social (artigo 63.º), direito à cultura física e desporto (artigo 79.º), o direito à educação e cultura (artigo 73.º), o direito ao ensino (artigo 74.º) o direito à formação e criação cultural (artigo 78.º).

Esta problemática foi alvo de dois arestos do Tribunal Constitucional (acórdãos: nºs 39/84 e 101/92), os quais foram apresentados por Gomes Canotilho para sinalizar que “nem o Estado nem terceiros podem agredir posições jurídicas reentrantes no âmbito da protecção destes direitos (ex: saúde)”²⁷¹ Todos estes direitos, apontam segundo o autor para uma dignidade subjectiva²⁷², que é idêntica à dignidade dos direitos, liberdades e garantias²⁷³.

²⁶⁸ A determinabilidade constitucional quer significar que “os preceitos constitucionais fornecem, autonomamente, todos os elementos e critérios necessários e suficientes para a sua aplicação directa como norma Constitucional (...) A *determinidade* é o critério da reserva da constituição; a aplicabilidade directa é a consequência do carácter constitucionalmente reservado”. Cfr. Manuel VAZ *et al* – *Direito Constitucional*, 2012, p. 335.

²⁶⁹ O conteúdo jurídico destes direitos depende apenas de uma concretização interpretativa da Constituição.

²⁷⁰ Estando o respectivo conteúdo dependente de uma concretização política da Constituição.

²⁷¹ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 476.

²⁷² Tratando-se de posições jurídicas que protegem os cidadãos face ao Estado importa considerar a distinção entre direitos subjectivos e interesses legítimos. “o direito subjectivo caracteriza-se por consubstanciar uma situação jurídica activa que possibilita a satisfação de um interesse próprio do seu

Porém, não obstante a firme convicção de que os direitos sociais apontam de igual modo para uma igual dignidade, na concretização prática dos direitos sociais, ou seja a sua dimensão objectiva, é modelada por normas constitucionais consagradoras dos direitos sociais segundo duas formas: (1) “imposições *legiferantes*, apontando para a obrigatoriedade de o legislador actuar positivamente, criando as condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos a exemplos dos artigos 58.º/3; 60.º/2; 63.º/2; 64.º/3; 65.º/2; 66.º/2; 73.º/2,3; 78.º/2; (2) fornecimento de *prestações* aos cidadãos, densificadoras da dimensão subjectiva essencial destes direitos e executoras das imposições institucionais”²⁷⁴.

Para uma melhor compreensão desta temática recorreremos à leitura e interpretação de vários arestos jurisprudenciais na sua maioria citados por Gomes Canotilho na obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Um contributo jurisprudencial de relevo foi dado pelo Acórdão do Tribunal Constitucional nº 509/02 de onde se extrai:

“(…) os direitos ou pretensões subjectivas e os conteúdos objectivos decorrentes daquela legislação constituem, nesse sentido, uma manifestação juridicamente sustentada de direitos derivados a prestações que, sendo embora formalmente reconhecidos em legislação ordinária, são indissociáveis e beneficiam da força jurídica e dos efeitos irradiantes reconhecidos aos direitos fundamentais económicos, sociais ou culturais constitucionalmente consagrados”²⁷⁵.

Recentrando a reflexão na liberdade de educação e no direito à educação, verificamos que enquanto a liberdade de aprender e de ensinar e o direito a criar escolas privadas e cooperativas apresentam-se como direitos de defesa e estão entre os direitos, liberdades e garantias, o direito à educação e ao ensino são direitos que devem ser prestados por um serviço público e inscrevem-se no Título III ou seja nos

titular – razão pela qual lhe é conferida uma protecção jurídica directa. O interesse legítimo, inversamente, não possibilita a satisfação de um interesse próprio do seu titular, mas tão-somente a satisfação de um interesse público que, ao sê-lo, poderia acarretar também a satisfação do interesse privado conexo – a protecção jurídica que é conferida a este seria meramente indirecta”. Cfr. João CAUPERS – *Introdução ao Direito Administrativo*, 2005, p. 80.

²⁷³ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 476.

²⁷⁴ *Idem*, *Ibidem*.

²⁷⁵ Cfr. Acórdão Tribunal Constitucional, nº 509/2002, de 19 de Dezembro. Processo n.º 768/2002, no qual se pronuncia sobre a inconstitucionalidade da norma constante do artigo 4.º do decreto da Assembleia da República nº 18/IX, sobre o rendimento social de inserção.

direitos fundamentais sociais. E não obstante a defesa de uma igual dignidade, tal como atrás ficou expressa, nos impede agora de questionar se os direitos sociais são verdadeiros direitos, mesmo quando qualificados no texto constitucional. Ou, a questão pode também ser colocada como o fez o Tribunal Constitucional no Acórdão nº 590/2004 onde procura reflectir se “(...) a Constituição contém uma ordem de legislar, concreta e precisa, de forma a permitir identificar os instrumentos de execução que o Estado deve utilizar na concretização dos preceitos constitucionais”²⁷⁶.

A problemática em causa divide ainda hoje a doutrina e a jurisprudência. Neste sentido, introduzimos a proposta de Alexy, apresentada por Gomes Canotilho, de onde se extrai que os “Direitos fundamentais são posições de tal modo importantes que a sua garantia ou não garantia não pode ser deixada a simples maiorias parlamentares”²⁷⁷ e que “um cidadão encontra-se, com base numa norma garantidora de direitos fundamentais, numa *posição jurídica-prestacional*, quando esta for de tal modo importante, sob o ponto de vista do direito constitucional, que a sua garantia ou não garantia não pode ser deixada a simples maiorias parlamentares”²⁷⁸.

Convergente com este argumento, estão os Acórdãos nº 39/84 e 509/02, ambos do Tribunal Constitucional. O Acórdão nº 39/84 dispõe:

(...) Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa — a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica —, então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a protecção directa da Constituição (...) Se isto é assim em geral para as normas que impõem concretas e definidas tarefas constitucionais, por maioria de razão há-de valer quando se trate de direitos fundamentais.

É que aí a tarefa constitucional a que o Estado se acha obrigado é uma garantia do direito fundamental, constitui ela mesma objecto de um direito dos cidadãos.

²⁷⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 590/2004, de 6 de Outubro. Processo nº 944/03, no qual, procede à apreciação e declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade das normas constantes dos artigos 1º e 2º do Decreto-Lei nº 305/2003, de 9 de Dezembro (crédito bonificado para habitação).

²⁷⁷ Cfr. Gomes CANOTILHO – Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais in *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2004, p. 52.

²⁷⁸ *Idem, Ibidem.*

Quando a tarefa constitucional consiste na criação de um determinado serviço público (como acontece com o Serviço Nacional de Saúde) e ele seja efectivamente criado, então a sua existência passa a gozar de protecção constitucional, já que a sua abolição implicaria um atentado a uma garantia institucional de um direito fundamental e, logo, um atentado ao próprio direito fundamental. (...) Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc.). Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados.

Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social”²⁷⁹.

Numa posição semelhante vai o teor do Acórdão 509/02, aresto citado por Gomes Canotilho para reforçar a importância da “garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana”²⁸⁰, onde podemos ler:

“Na medida em que se lida com direitos fundamentais — e, enquanto tal, furtados à disponibilidade do poder político —, quando pretende *retroceder* no grau de realização entretanto atingido, e porque de verdadeiras restrições a direitos fundamentais se trata, o Estado não pode bastar-se, para fundamentar a afectação ou restrição do conteúdo dos direitos sociais ou dos direitos derivados a prestações neles baseados, com razões ou preconceitos de natureza ideológica não constitucionalmente sustentados ou com justificações meramente apoiadas em diferenças de opinião política próprias da variação conjuntural das maiorias de governo; E, mesmo quando se sustente numa justificação objectivamente comprovável e de base constitucional, o Estado não pode afectar ou suprimir prestações existentes de uma forma arbitrária, discriminatória, com eventual violação de princípios constitucionalmente consagrados, como sejam o princípio da confiança própria

²⁷⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional, nº 39/84, de 5 de Maio. Processo nº 6/83.

²⁸⁰ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 340.

do Estado de direito ou, mais especificamente, no caso, o *princípio da igualdade* ou o *princípio da universalidade* na titularidade e exercício dos direitos fundamentais”²⁸¹.

As restrições²⁸² que são sinalizadas no Acórdão, podem ser entendidas como acções legítimas do Estado ao legislar um direito fundamental. A legislação produz uma “modificação do nível de protecção precedente e o que dela resulta é a fixação do âmbito de protecção efectivo do direito”²⁸³.

3.2.2.1 Princípio do não retrocesso social

Gomes Canotilho defende que “o princípio da democracia económica e social aponta para a proibição de retrocesso social”²⁸⁴, o que pode significar que uma vez concretizados os direitos sociais quer do ponto de vista fáctico quer legal, “inviabiliza a sua revogação, suspensão ou alteração limitadora do respectivo alcance, assim se proibindo o retrocesso nas vantagens já concedidas no contexto da sua densidade prática”²⁸⁵. Logo, no caso concreto do direito à educação, “uma vez obtido um determinado grau de realização, passa a constituir uma *garantia institucional* e um *direito subjectivo*”²⁸⁶.

Porém, a proibição de retrocesso social não vigora genericamente, tal como nos adverte o Acórdão 509/02 acima exposto. O referido aresto, recorrendo ao pensamento de Gomes Canotilho e Vieira de Andrade, refere que o princípio deve operar:

“tão-só quando, como refere J.J. Gomes Canotilho se pretenda atingir o «núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana», ou seja, quando, «sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios», se pretenda proceder a uma «anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial». Ou, ainda, tal como sustenta José Carlos Vieira de Andrade, quando a alteração redutora do conteúdo do

²⁸¹ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional, nº 509/2002, de 19 de Dezembro. Processo nº 768/2002.

²⁸² José ALEXANDRINO, estabelece “as seguintes linhas de demarcação: «um limite é uma norma, uma restrição é uma acção» in *Direitos Fundamentais*, 2011, p. 123.

²⁸³ Cfr. José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2011, p. 123

²⁸⁴ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 338.

²⁸⁵ Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 966.

²⁸⁶ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 338-339.

direito social se faça com violação do princípio da igualdade ou do princípio da protecção da confiança; ou, então, quando se atinja o conteúdo de um direito social cujos contornos se hajam iniludivelmente enraizado ou sedimentado no seio da sociedade”²⁸⁷.

Entrando directamente na temática da constituição da educação, o Tribunal Constitucional no acórdão 148/94, declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 6.º, n.º 2, da Lei n. 20/92, de 14 de Agosto, na parte em que, conjugado com o artigo 16, n.º 2, da mesma Lei, permitia que, para os anos lectivos de 1993/94, 1994/95 e seguintes, a percentagem para a determinação do montante das propinas fosse fixada acima de 25% e da norma constante do artigo 11.º, n.º 1, da mencionada Lei, na parte em que não fixa um limite máximo de percentagem para a determinação da taxa de matrícula, concluindo o Tribunal pela violação do artigo 74, n.º 3, *al e*), da Constituição. Nesse acórdão foi feita a distinção entre o aumento e a actualização das propinas nos seguintes termos:

“IV - Seja qual for o exacto sentido e alcance do ensino superior publico, consagrado no artigo 74, n. 3, *al e*), da Constituição, o que ele seguramente não impede ou proíbe é que o valor das propinas fixado em 1941 e mantido em 1973, *seja actualizado* em termos que adiante se dirão. Ou seja: a CRP não impede ou proíbe que o legislador ordinário ponha termo ao congelamento dos valores das propinas; proíbe-lhe apenas que, desse modo, subverta o funcionamento de um sistema de ensino público, claramente definido na mesma Constituição. (...) O conceito constitucional de «progressivamente gratuito» comporta, afinal, um certo halo de indeterminação (...) dispondo o legislador de legitimidade para o preencher. Ponto é que a actualização, no quadro dessa legitimidade, não atinja aumentos drásticos”²⁸⁸.

Num sentido igualmente prudente, e consentâneo com a crise de sustentabilidade do Estado Social, vai o Acórdão n.º 590/04 do Tribunal Constitucional ao referir-se ao teor do Acórdão n.º 509/02:

(..) Onde a Constituição contenha uma ordem de legislar, suficientemente precisa e concreta, de tal sorte que seja possível “determinar com segurança, quais as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade” (cfr. Acórdão n.º 474/02), a margem de

²⁸⁷ Cfr. Vieira de ANDRADE – O “Direito ao Mínimo de Existência Condigna”, 2004. P.1.

²⁸⁸ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 148/94. Processo n.º 530/93, no qual se pronuncia sobre a inconstitucionalidade dos artigos 6.º, n.º 2, 11.º, n.ºs 1 e 2, 12.º, n.º 2, alínea *a*), 13.º, n.º 2, e 16.º, n.º 2 da Lei n.º 20/92, de 14 de Agosto, que estabelece normas relativas ao sistema de propinas.

liberdade do legislador retroceder no grau de protecção já atingido é necessariamente mínima, já que só o poderá fazer na estrita medida em que a alteração legislativa pretendida não venha a consequenciar uma inconstitucionalidade por omissão (...).

Noutras circunstâncias, porém, a proibição de retrocesso social apenas pode funcionar em casos-limite, uma vez que, desde logo, o princípio da alternância democrática, sob pena de se lhe reconhecer uma subsistência meramente formal, inculca a revisibilidade das opções político-legislativas, ainda quando estas assumam o carácter de opções legislativas fundamentais”²⁸⁹.

Vai também nesse sentido a posição de José Alexandrino quando observa “que se deve recusar um princípio constitucional autónomo da «proibição do retrocesso social»”²⁹⁰. Para fundamentar essa recusa, o autor considera a Constituição e a liberdade como um todo²⁹¹, “a combinação dos princípios da realidade, da razoabilidade e da vinculação do Estado de Direito, bem como a necessidade de uma resposta preferencial à satisfação das necessidades das condições materiais (de existência, de autonomia e de poder) das pessoas e dos grupos em situações de maior desprotecção”²⁹².

Convergente é também a visão de Vieira de Andrade, ao sublinhar que “Para que o Estado possa satisfazer as prestações a que os cidadãos têm direito, é preciso que existam recursos materiais suficientes e é preciso ainda que o Estado possa juridicamente dispor desses recursos”²⁹³. Mais clarificadora é a posição de Gomes Canotilho, ao sugerir “as quatro condições básicas cumulativas:

- i) um sistema fiscal eficiente;
- ii) a estrutura de despesa pública orientada para o financiamento dos serviços sociais (despesa social) e para investimentos produtivos (despesa produtiva);

²⁸⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 590/2004, de 6 de Outubro. Processo nº 944/03, no qual, procede à apreciação e declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade das normas constantes dos artigos 1º e 2º do Decreto-Lei nº 305/2003, de 9 de Dezembro (crédito bonificado para habitação).

²⁹⁰ Cfr. José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2011, p. 159.

²⁹¹ *Idem, Ibidem.*

²⁹² *Idem, Ibidem.*

²⁹³ Cfr. Vieira de ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2012, p.179.

- iii) orçamento público equilibrado de forma a assegurar o controlo do défice das despesas públicas e;
- iv) taxa de crescimento do rendimento nacional calculado num valor médio de 3% ao ano”²⁹⁴.

Vimos um conjunto de variáveis que condicionam a satisfação dos direitos sociais do país, o que leva Vieira de Andrade a acrescentar que “a escassez de recursos à disposição (...) é um *dado* da experiência nas sociedades livres, pelo que não está em causa a mera repartição desses recursos segundo um princípio de igualdade, mas sim uma verdadeira opção quanto à respectiva afectação material”²⁹⁵. Em face desta constatação o autor, questiona-se se será possível extrair da Constituição “os critérios definidores das políticas de prestação de serviços pelo Estado?”²⁹⁶ Vindo a assumir que numa sociedade pluralista, o texto constitucional não nos dá essas respostas, uma vez que “não pode dizer qual o conteúdo exacto da prestação”²⁹⁷ (...) O conteúdo dos direitos sociais a prestações é, portanto, em última análise, determinado pelas disposições do legislador ordinário, actuando por delegação constitucional”²⁹⁸.

Centrando a nossa atenção de novo no princípio de proibição de retrocesso social, recordamos que este é intrínseco ao princípio da democracia. Gomes Canotilho, citando a doutrina alemã, refere que “A *proibição de retrocesso social* nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (*reversibilidade fáctica*)”²⁹⁹, contudo admite um limite à “reversibilidade dos *direitos adquiridos*”³⁰⁰. E acrescenta que “(...) O reconhecimento desta protecção de «direitos prestacionais de propriedade» constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas”³⁰¹.

²⁹⁴ Cfr. Gomes CANOTILHO – O Direito Constitucional como Ciência de Direcção, 2008a, p.5.

²⁹⁵ Cfr. Vieira de ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2012, p.179.

²⁹⁶ *Idem*, p. 180.

²⁹⁷ *Idem, Ibidem*.

²⁹⁸ *Idem*, p.181.

²⁹⁹ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 339.

³⁰⁰ *Idem, Ibidem*.

³⁰¹ *Idem*, p. 339.

Na prática, é necessário um conjunto de pressupostos, sem os quais não se promove a concretização dos direitos sociais. Tais como a “capacidade económica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento económico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa – que condicionam, de forma positiva e negativa, a existência e protecção dos direitos económicos, sociais e culturais”³⁰². Gomes Canotilho, salienta particularmente três factores: a redistribuição da riqueza, o nível de ensino e o desenvolvimento económico do país³⁰³.

Jorge Miranda intervém neste debate ao explicar que “quando as normas legais vêm concretizar normas constitucionais não exequíveis por si mesmas, não fica apenas cumprido o dever de legislar como o legislador fica adstrito a não as suprimir (...) Assim o exige a força normativa da Constituição”³⁰⁴, não obstante o legislador poder concretizar essas normas de modo e conteúdos diferentes por influência do eleitorado. O autor concretiza este argumento com o exemplo do serviço de ensino plasmado nos artigos 74.º, 75.º e 76.º CRP, o qual não obedece sempre ao mesmo modelo apresentando pelo contrário, uma variação entre a centralização e a descentralização ou mais social ou liberal, contudo o serviço de ensino a exemplo do serviço nacional de saúde tem de ser previsto e organizado pelo legislador³⁰⁵.

Num pensamento convergente, Gomes Canotilho, refere que não deixa de ser problemática “a *desregulamentação* da prestação de serviços essenciais”³⁰⁶, tornando-se imperioso que o Estado adopte medidas para neutralizar os seus efeitos ao nível da “diminuição dos direitos sociais do «cidadão-utente»”³⁰⁷.

Sublinhe-se que pelo facto dos direitos sociais se encontrarem sob “reserva do possível, as respectivas normas concretizadoras”³⁰⁸ estão segundo Jorge Miranda à

³⁰² Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 473.

³⁰³ *Idem, Ibidem.*

³⁰⁴ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2008, p. 442.

³⁰⁵ *Idem, Ibidem.*

³⁰⁶ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 340.

³⁰⁷ *Idem, Ibidem.*

³⁰⁸ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2008, p. 442-443.

mercê da “*reserva geral imanente de interpretação*”³⁰⁹ que se traduz na possibilidade de satisfação dos direitos sociais, realizando desse modo as prestações, sempre que condições económicas se apresentem favoráveis. Porém, as prestações terão de ser adequadas à conjuntura do país, havendo mesmo a possibilidade de reduzir beneficiários ou os seus montantes³¹⁰. O autor defende ainda a possibilidade de suspensão dessas normas em situação de extrema escassez de recursos que deverá ser por um período de curto e médio prazo³¹¹.

Torna-se porém evidente que Jorge Miranda não defende a “*leitura a contrario* do artigo 19.º da Constituição quer no sentido da impossibilidade de suspensão dos direitos económicos, sociais e culturais, quer no sentido de uma eventual suspensão não ter de observar quaisquer regras ou limites, designadamente o respeito da reserva de competência legislativa parlamentar. Mesmo nestas circunstâncias, “a dignidade da pessoa humana postula a garantia de um conteúdo mínimo de direitos a observar”³¹².

Da leitura dos argumentos apresentados pela doutrina e pelos contributos jurisprudenciais aportados, concluímos com uma frase de Jorge Miranda que sintetiza todo o esforço de concretização das normas constitucionais e de compatibilização entre a capacidade do Estado e a sociedade, afirmando que “só é obrigatório o que seja possível, mas o que é possível torna-se obrigatório”³¹³.

Daqui se deduz que apesar da perspectiva mais suave que o Tribunal apresenta em relação ao retrocesso social, no âmbito das tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais, uma vez criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência. Já a doutrina, vem defendendo que os direitos sociais exigem uma afectação de recursos (prestações materiais ou jurídicas³¹⁴) o que pode impedir e fazer retroceder a garantias dos direitos sociais. Por último, o retrocesso

³⁰⁹ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2008, p. 442-443.

³¹⁰ *Idem, Ibidem.*

³¹¹ *Idem, Ibidem.*

³¹² *Idem, Ibidem.*

³¹³ *Idem*, p. 444.

³¹⁴ A emissão de normas ou a prática de actos jurídicos a exemplo da legislação sobre o ensino superior, cfr. Vieira de ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2012, p.181.

social só é aceite pela doutrina, com ligeiras diferenças na interpretação, mas no geral, desde que não colida com o núcleo mínimo essencial.

Para uma melhor compreensão deste argumento, continuaremos a revisitar os principais contributos dogmáticos atendendo a que segundo o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça numa referência a Gomes Canotilho realça que “*Um dos pontos mais complexos da dogmática jurídica dos direitos fundamentais prende-se com o problema das relações entre as normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais e as normas legais que, a vários títulos, com elas se relacionam.*”³¹⁵

3.2.3. Perspectivas dogmáticas-constitucionais

Nas palavras de Gomes Canotilho, “os direitos fundamentais constituem uma categoria dogmática”³¹⁶, a qual deve ser rigorosamente estudada, resultando daí um melhor entendimento sobre o regime jurídico direitos fundamentais. Nesse sentido, e sem prejuízo da evidente distinção básica entre direitos de liberdade e direitos sociais, voltamos à perspectiva dogmática defendida por Alexy, a qual segundo Gomes Canotilho, deu um contributo na reabilitação de direitos fundamentais em relação aos quais a doutrina apresenta-se descrente.

Desse modo “no plano constitucional as posições jurídicas prestacionais são posições cuja optimização carece de uma reserva económica possível, permitindo que os poderes públicos interpretem segundo os modelos políticos-económicos dos seus programas de governo”³¹⁷.

Já “no plano jurídico-dogmático, assiste-se a uma inversão do objecto do direito subjectivo: os clássicos direitos de defesa reconduziam-se a uma pretensão de omissão dos poderes públicos perante a esfera jurídica privada; os direitos a

³¹⁵ Cfr. Acórdão Supremo Tribunal de Justiça, 06.09.2011. Processo nº 1167/10.5TBPTL.S1.

³¹⁶ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 1253.

³¹⁷ Cfr. Gomes CANOTILHO – Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais in *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2004, p. 52.

prestações postulam uma *proibição de omissão*, impondo-se ao Estado uma intervenção activa de fornecimento de prestações”³¹⁸.

Por último, “nos *planos metódico e metodológico*, enquanto a densidade das normas consagradas de direitos de defesa permite, tendencialmente, a justiciabilidade desses direitos, jurídico-individualmente accionada, os preceitos consagradores dos direitos a prestações estabelecem imposições constitucionais vagas e indeterminadas, dependentes da *interpositio* do legislador e demais órgãos concretizadores”³¹⁹.

O contributo de Alexy sofreu porém grande oposição, permitindo-nos observar que ao nível da construção dogmática nacional o panorama é bem diferente, justificando-se do nosso ponto de vista proceder a uma clarificação do entendimento dos constitucionalistas mais envolvidos nestas matérias. Teremos assim a posição dos defensores das teses mistas: Jorge Miranda e Gomes Canotilho e os defensores da determinabilidade: Jorge Reis Novais, Vieira de Andrade e José Alexandrino.

3.2.3.1 Teses mistas

A divisão entre direitos de liberdade e direitos sociais é justificada segundo Jorge Miranda, pelo facto de em sede de direitos de liberdade partir-se “da ideia de que as pessoas, só por o serem, ou por terem certas qualidades ou por estarem em certas situações ou inseridas em certos grupos ou formações sociais, exigem respeito e protecção por parte do Estado e dos demais poderes”³²⁰. Em relação aos “direitos sociais parte-se da existência de desigualdades e de situações de necessidade – umas derivadas das condições físicas e mentais das próprias pessoas, outras derivadas de condicionalismos exógenos (económicos, sociais, geográficos, etc.) – e da vontade de as vencer para estabelecer uma relação solidária entre todos os membros da mesma comunidade política”³²¹.

³¹⁸ Cfr. Gomes CANOTILHO – Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais in *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2004, p. 52.

³¹⁹ *Idem, Ibidem.*

³²⁰ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p. 104.

³²¹ *Idem, Ibidem.*

Na perspectiva do autor, “os direitos, liberdades e garantias são *direitos de libertação* do poder e, simultaneamente, direitos à protecção do poder contra outros poderes (...) Os direitos sociais são *direitos de libertação da necessidade* e, ao mesmo tempo, *direitos de promoção*”³²².

Tomando por referencial a unidade do sistema, Jorge Miranda faz alusão à “interconexão entre estes direitos e os direitos sociais”³²³, estes assumidamente como direito de libertação. Para exemplificar Jorge Miranda refere que “o ensino básico universal, obrigatório e gratuito (...) é para que todos possam usufruir da liberdade de aprender”³²⁴. Esta unidade resulta do facto de “Liberdade e libertação não se separam, entrecruzam-se e completam-se; a unidade da pessoa não pode ser truncada por causa de direitos destinados a servi-la e também a unidade do sistema jurídico impõe a harmonização constante dos direitos da mesma pessoa e de todas as pessoas”³²⁵.

O que atarás ficou exposto, não nos impede de revisitar a sistemática constitucional, onde grande parte dos direitos de liberdade “estão consignados em normas constitucionais preceptíveis e exequíveis por si mesma”³²⁶, enquanto “a totalidade (ou quase totalidade) dos direitos sociais é contemplada em normas programáticas”³²⁷. Estamos em presença de uma norma preceptiva quando ela atribui direitos subjectivos, “sem necessidade de intervenção legislativa”³²⁸. Porém, quando o legislador pretende afirmar programaticamente o direito, a sua afirmação é “acompanhada de preceitos-incumbências ao Estado para a realização do direito”³²⁹.

Embora através das normas programáticas se afirme o direito, sendo este seguido de “preceitos-incumbências ao Estado para a realização do direito.”³³⁰, a sua

³²² Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p. 105.

³²³ *Idem*, p. 112.

³²⁴ *Idem*, p. 105.

³²⁵ *Idem, Ibidem*.

³²⁶ *Idem*, p. 113.

³²⁷ *Idem, Ibidem*.

³²⁸ Cfr. Manuel VAZ *et al* – *Direito Constitucional*, 2012, p. 281.

³²⁹ *Idem*, p.385.

³³⁰ *Idem, Ibidem*.

concretização “dependem de opções políticas do legislador e o seu conteúdo não é determinado a nível constitucional apresentando menor densidade”³³¹.

Do ensinamento da doutrina, não é possível concluir que “todos os direitos sociais sejam direitos a pretensões não vinculadas”³³², ou seja “pretensões jurídicas e nunca verdadeiros direitos; que deles não possam deduzir-se pretensões jurídicas concretas por via interpretativa; que sejam direitos sob reserva de lei ou constituídos por lei”³³³. Também não se poderá afirmar “que os direitos sociais não são invocáveis judicialmente”³³⁴. Contudo, a efectivação dos direitos sociais vai para além da interpretação das normas constitucionais.

Em concreto, estas incumbências estão directamente relacionadas com outros pressupostos que se prendem com a conjuntura económica do país, que por sua vez influi as estruturas económicas e sociais. E por último, Jorge Miranda acrescenta que as incumbências atribuídas ao Estado dependem também “dos condicionalismos institucionais, do modo de organização e funcionamento da Administração pública e dos recursos financeiros”³³⁵.

A este propósito o autor recorda-nos o artigo 22.º da DUDH na medida em que aí se consagra que “Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país”. Daqui se extrai que os direitos sociais estão directamente relacionados com o esforço nacional, mas contam também com a colaboração internacional de que o Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais é um bom exemplo. Nessa conformidade, o nº 1 do artigo 2.º dispõe que:

³³¹ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p. 113.

³³² *Idem*, p. 113.

³³³ *Idem*, p. 114.

³³⁴ *Idem*, *Ibidem*.

³³⁵ *Idem*, p. 392.

“1. Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos económico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas.”

Pelas razões já aduzidas, a forma de alcançar a igualdade é diferente quando se trata de direitos de liberdade e de direitos sociais. Um dado inultrapassável é a permanência da desigualdade no seio das comunidades. E a certeza porém, que “as prestações (...) hão-de ser suportadas desigualmente de acordo com as capacidades económicas. É o próprio princípio da igualdade que o exige”³³⁶. Logo, não obstante o traço de aproximação tendencial dos direitos sociais aos direitos de liberdade, o facto é que os direitos, liberdades e garantias “traduzem uma ideia de *determinabilidade constitucional* - e não meramente legal”³³⁷, são assumidos “como direitos *self-executing*”³³⁸ e apresentam como principal característica a “função de defesa”³³⁹.

Quanto à função de prestação das normas constitucionais de direitos sociais, importa ter em presença a problemática dos *direitos sociais originários*³⁴⁰, onde aí embora a sua efectivação esteja directamente relacionada com os recursos económicos, importa sinalizar que ainda assim é de uma “imposição constitucional legitimadora”³⁴¹ que se trata, à luz do previsto na *al d)* do nº 2 do artigo 9.º, 80.º e 81.º, todos da CRP. Já os direitos derivados a prestações, constituem-se como “direitos dos cidadãos a uma participação igual nas prestações estaduais concretizadas por lei segundo a medida das capacidades existentes”³⁴².

Vimos que a doutrina faz uma separação entre um regime comum dos direitos fundamentais, aplicável a todos os direitos fundamentais constitucionais, e o regime

³³⁶ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p. 395.

³³⁷ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 401.

³³⁸ *Idem, Ibidem.*

³³⁹ *Idem, Ibidem.*

³⁴⁰ *Idem*, p. 478.

³⁴¹ *Idem, Ibidem.*

³⁴² Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 479.

dos direitos, liberdades e garantias, aplicável na totalidade³⁴³ ou parcialmente³⁴⁴ aos direitos de natureza análoga referidos no artigo 17.º da CRP. Ainda assim, Jorge Miranda questiona-se se “ainda subsiste a unidade preceptiva fundamental do título II”³⁴⁵ para concluir “que essa unidade possa parecer algo diminuída”³⁴⁶.

Pelo exposto, verifica-se que começa a impor-se uma abordagem dos direitos sociais livre de preconceitos. E tal como Jorge Miranda, também Gomes Canotilho defende a importância de superar o dualismo entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos sociais e culturais baseando-se em dados cronológicos, e em critérios materiais; de determinabilidade; sistémico e na distinção estrutural. Segundo os autores, seria erróneo proclamar uma separação rígida entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais. A ser assim, a ideia segundo a qual os direitos económicos, sociais e culturais não dariam direito a uma imediata exigibilidade de comportamentos, por parte do Estado ou de privados, em virtude da sua indeterminação constitucional, encontra vários obstáculos.

Podemos finalmente concluir que nenhuma das normas constitucionais de direitos a prestações, podem ser entendidas como norma vinculante, garantidora de direitos subjectivos. Esses direitos a prestações correspondem por sua vez, à igualdade concretizada por lei mas sempre segundo a medida das capacidades do país, como já o afirmamos anteriormente. Porém, “naquilo em que constituem a densificação³⁴⁷ de direitos fundamentais, passam a desempenhar uma função de «guarda de flanco» (...) não podendo os poderes públicos eliminar, sem compensação ou alternativa, o *núcleo essencial* já realizados desses direitos”³⁴⁸. O problema que se coloca em torno dos direitos a prestações em sentido restrito está, segundo Gomes Canotilho, em

³⁴³ Cfr. CANOTILHO; MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa anotada*, volume I, 2007, p. 373 e Vieira de ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2007, p.212.

³⁴⁴ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p. 143-144.

³⁴⁵ *Idem*, p. 143.

³⁴⁶ *Idem*, p. 144.

³⁴⁷ Segundo Gomes CANOTILHO, “densificar uma norma significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos”, in *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 1201.

³⁴⁸ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 479.

reconhecemos constitucionalmente esses direitos, designadamente o direito à educação³⁴⁹.

3.2.3.2 Teses da determinabilidade

Parte da doutrina considera que a diferença entre direitos de liberdade e direitos sociais radica no facto dos direitos de liberdade, serem constitucionalmente determinados, ou determináveis a partir da simples emissão de normas jurídicas que lhe conferem concretização.

Jorge Novais começa por fazer uma “distinção tipológica entre direitos de liberdade e direitos sociais”³⁵⁰ sobretudo atendendo à natureza dos deveres e imposições ao Estado que a norma constitucional de direito fundamental impõe³⁵¹. Num momento seguinte, o autor elege dois critérios estruturais: “o critério da determinabilidade e o critério da natureza dos condicionamentos que afectam a realização dos direitos fundamentais pelos poderes públicos”³⁵².

A determinabilidade do conteúdo do direito de liberdade leva a que a norma constitucional que garante esse direito, assuma “uma natureza preceptiva independentemente do grau actual de exequibilidade que manifeste”³⁵³, justificando-se desse modo a aplicabilidade directa dessa norma. Já em relação aos direitos sociais, Jorge Reis Novais defende que estes “não constituem na esfera jurídica do titular um espaço de autodeterminação no acesso ou fruição de um bem jurídico, mas antes uma pretensão, *sob reserva do possível*, a uma prestação estatal, de conteúdo indeterminável”³⁵⁴ e como tal, segundo o autor a norma não é aplicável directamente.

³⁴⁹ Cfr. Gomes CANOTILHO – Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais in *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2004, p.51.

³⁵⁰ Cfr. Jorge NOVAIS – *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, 2003, p.147

³⁵¹ *Idem*, p.152-153.

³⁵² *Idem*, p. 147.

³⁵³ *Idem*, p. 148.

³⁵⁴ *Idem*, p.149.

Na sua obra *Direitos Sociais*, Jorge Novais faz referências à reserva dogmática quando se trata de reconhecer a “natureza jusfundamental aos direitos sociais”³⁵⁵. As suas características específicas³⁵⁶ impedem “a sua equiparação de princípio aos direitos de liberdade”³⁵⁷. Porém, o autor vem a reconhecer que os direitos de liberdade dependem da garantia dos direitos sociais³⁵⁸.

Vieira de Andrade, exclui do Título II “a generalidade dos direitos a prestações estaduais positivas”³⁵⁹, ficando os direitos, liberdades e garantias associados a “uma função primária de defesa da autonomia pessoal”³⁶⁰, a exemplo da “liberdade de aprender e de ensinar e o direito a criar escolas privadas”³⁶¹. Contudo, “essa conclusão, além de parecer implicar que o regime dos direitos, liberdades e garantias se aplique a *todas* as faculdades relativas a prestações estaduais ligadas a direitos de liberdade ou de participação política, o que seria excessivo, só tem sentido se houver um fundamento para que os direitos exclusivos a prestações estaduais tenham um tratamento especial”³⁶².

Sem prejuízo de um desenvolvimento no capítulo seguinte (v. infra 4.6), nesta sede recordamos que o artigo 18.º da CRP dispõe no seu n.º 1 que «Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas». O n.º 2 vai impor “como limite material ao poder de restrição do legislador ordinário, o conteúdo essencial dos direitos: estas disposições pressupõem que o conteúdo dos direitos respectivos é determinado pelos próprios preceitos constitucionais”³⁶³. Este é um dos fundamentos que leva Vieira de Andrade a estabelecer dois tipos de direitos fundamentais

³⁵⁵ Cfr. Jorge NOVAIS – *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, 2003, p. 87.

³⁵⁶ Entre os factores mais que caracterizam os direitos sociais, Jorge Novais refere “o facto dos direitos sociais valerm sob reserva do (financiamento) possível; b) o facto de os direitos sociais apresentarem uma estrutura de direitos positivos e c) a indeterminabilidade do conteúdo constitucional dos direitos sociais” in *Direitos Sociais*, 2010, p. 87.

³⁵⁷ Cfr. Jorge NOVAIS – *Direitos Sociais*, 2010, p.87.

³⁵⁸ *Idem*, p. 109.

³⁵⁹ Cfr. Vieira de ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2012, p.173.

³⁶⁰ Cfr. Jorge NOVAIS – *As Restrições aos Direitos Fundamentais*, 2003, p. 174.

³⁶¹ *Idem*, p. 173.

³⁶² *Idem*, p. 175.

³⁶³ *Idem*, p. 176.

constantes na CRP: aqueles cujo conteúdo é essencialmente determinado ou determinável ao nível das opções constitucionais³⁶⁴ e aqueles cujo conteúdo tem de ser determinado por opções do *legislador ordinário* ao qual a Constituição confere poderes de determinação ou concretização³⁶⁵.

Dos direitos liberdades e garantias, está excluída “a liberdade de conformação política pelo legislador do seu conteúdo principal”³⁶⁶, havendo aí vinculações estritas do legislador, onde “a Constituição vincula apertadamente o legislador e, expressa ou implicitamente determina no essencial as soluções que este deve consagrar”³⁶⁷, ao passo que os direitos sociais constituem “direitos a «prestações sujeitas a determinação política»”³⁶⁸.

Desse modo, os direitos, liberdades e garantias são imediatamente exequíveis uma vez “que o juiz – enquanto aplicador directo ou enquanto instância de controle – é naturalmente a entidade adequada para determinar o sentido dos conceitos imprecisos contidos nas normas jurídicas”³⁶⁹. Em face de direitos de liberdade, “o poder de conformação legislativa resulta da interpretação dos preceitos constitucionais respectivos”³⁷⁰, enquanto os direitos sociais “o poder de conformação tem-se por implícito”³⁷¹.

Na perspectiva de Vieira de Andrade, é reconhecido na Constituição “um *poder de conformação autónoma* do legislador que, não sendo livre, está por vezes escassamente vinculado pelas directivas materiais da Constituição”³⁷². Ainda assim, ficará sempre salvaguardo “o conteúdo mínimo dos direitos sociais fundamentais (...)

³⁶⁴ Vieira de ANDRADE quando fala de determinabilidade refere-se à interpretação nas «penumbras» da Constituição por parte dos “aplicadores e definida em última instância pelos juízes – isto é, reconduz-se a uma determinabilidade, que não exclui uma certa *criação* jurisprudencial”, in *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2012, p.176.

³⁶⁵ Cfr. Vieira de ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2012, p.176-178.

³⁶⁶ *Idem*, p.178.

³⁶⁷ *Idem*, p.182.

³⁶⁸ *Idem*, p.183.

³⁶⁹ *Idem*, p.196.

³⁷⁰ *Idem*, *Ibidem*.

³⁷¹ *Idem*, p. 214.

³⁷² *Idem*, p. 368.

em regra, constitucionalmente, em termos de ser judicialmente exigível³⁷³. Por sua vez, “os direitos sociais a prestações não são meramente proclamatórios pois constituem normas jurídicas preceptíveis³⁷⁴, e nessa medida concedem pretensões e garantias que obrigam o legislador a agir para assegurar a realização desses direitos ou para os proteger³⁷⁵”.

Nesses termos, o conteúdo mínimo dessas pretensões é determinado pela Constituição³⁷⁶, levando o autor a sublinhar, também em relação ao direito à educação, haver “pelo menos, em termos negativos, o direito a não ser privado pelo Estado daquilo que é indispensável a uma existência condigna³⁷⁷”, logo “mesmo que o Estado não seja obrigado a assegurar positivamente o mínimo de existência a cada cidadão, ao menos que não lhe retire, sobretudo para satisfação de necessidades públicas, aquilo que ele adquiriu e é imprescindível à sua sobrevivência com o mínimo de dignidade³⁷⁸”.

Do exposto, podemos afirmar que a Constituição portuguesa, seguindo a prática do direito internacional e a doutrina dos direitos fundamentais, estabelece regimes jurídicos diferentes para os «direitos, liberdades e garantias», onde se incluem as liberdades e os direitos de defesa e de participação, e para os «direitos económicos, sociais e culturais», que englobam a generalidade dos direitos a prestações sociais. No coração deste confronto está o direito à educação, positivado no título respeitante a direitos e deveres económicos, sociais e culturais enquanto a liberdade de educação, que conjuga a actividade de aprender e de ensinar, é expressamente considerada como direito, liberdade e garantia pessoal.

³⁷³ Cfr. Vieira de ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2012, p. 372.

³⁷⁴ *Idem*, 363.

³⁷⁵ *Idem, Ibidem*.

³⁷⁶ Tal como defende Vieira de ANDRADE uma manifestação da força jurídica dos direitos sociais, está associada “ao seu carácter de valores constitucionais e poderão traduzir-se na capacidade para fundar *restrições legítimas ou limitações* aos direitos, liberdades e garantias.” In *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2012, p. 375.

³⁷⁷ Cfr. Vieira de ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2012, p. 374.

³⁷⁸ *Idem*, p. 375.

Esta dualidade no tratamento positivo dos direitos fundamentais encontra-se vertida no Pacto de Direitos Pessoais, Civis e Políticos (PIDCP) e no Pacto de Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ambos de 1966. Contudo, vale observar que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000 transcende essa tradicional dicotomia legislativa entre os direitos fundamentais, agrupando todos os direitos fundamentais num único documento, divididos por categorias: dignidade, liberdades, igualdade, solidariedade, direito dos cidadãos e justiça³⁷⁹.

Todos os esforços caminhavam no sentido de uma visão unitária dos direitos de liberdade e dos direitos sociais. Mas, no início do século XXI, a crise do Estado-providência e o novo entendimento do princípio da igualdade, acentuaram a dimensão de fraternidade no sistema. O grande objectivo deixa de ser a universalidade gratuita de prestação de serviços em regime de monopólio público, que acaba por favorecer os mais ágeis e poderosos e permitir um efeito social regressivo, e passa a ser a garantia do mínimo vital, a protecção dos direitos dos mais fracos e desfavorecidos.

Dá-se em nosso entender, o regresso aos primórdios dos direitos sociais, altura em que estavam simplesmente associados à protecção das pessoas que necessitavam em absoluto dessa protecção, de quem podia ver a sua dignidade em crise por não dispor de meios suficientes para uma existência digna. Voltaremos a esta temática no capítulo reservado à *Constituição social*.

Vimos as distinções dogmáticas que se podem operar no conjunto largo dos direitos fundamentais. A essa luz, podemos afirmar que o significado da distinção constitucional dos direitos fundamentais não se reconduz apenas enquanto susceptíveis de regimes jurídicos diferenciados.

³⁷⁹ Portugal assinou em 2009 o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos e Sociais (adoptado em Dezembro de 2008 pela Assembleia Geral da ONU), estando agora em fase de ratificação e que no essencial, permite aos cidadãos, individualmente ou em grupo, apresentarem junto do Comité para os Direitos Económicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas queixas e reclamações motivadas por violações daqueles direitos.

Outra matéria relevante mas apenas sumariamente tratada prende-se com a competência legislativa da Assembleia da República. Como sabemos, os direitos sociais estão contemplados na reserva legislativa relativa da Assembleia da República (artigo 165.º, n.º 1 da CRP), porém, o direito ao ensino, não obstante tratar-se também de um direito social, está contemplada na reserva legislativa absoluta³⁸⁰ da Assembleia da República (artigo 165.º, alínea i), matéria sobre a qual se pronunciou o Tribunal Constitucional a fim de circunscrever a base sobre a qual a reserva legislativa da Assembleia deve se circunscrever. A saber:

“modalidades ou níveis de ensino (ensino pré-escolar e ensino escolar, abrangendo este o ensino básico, o secundário e o superior); obrigatoriedade ou facultatividade do ensino; ensino oficial (ministrado pelo Estado) ou ensino particular (incluindo o cooperativo); escolas onde se ministra o ensino (escolas primárias, escolas secundárias, escolas superiores); gratuidade ou não gratuidade do ensino; atribuições do Estado relativamente ao ensino particular; graus que são conferidos pelos estabelecimentos de ensino superior; formação dos agentes de ensino e idade mínima para a matrícula no ensino escolar”³⁸¹.

Do exposto, ressalta que a Assembleia da República pode dividir competência com o Governo em matéria do direito à educação e ensino. Importa a este propósito reafirmar que a reserva legislativa da Assembleia “contempla apenas as «bases do sistema de ensino»”³⁸² que segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira trata-se apenas de “opções fundamentais e disciplina básica”³⁸³, o que significa, que se atribui em matéria de políticas públicas na área da educação, um papel relevante à administração na concretização desse direito.

No mesmo acórdão o Tribunal Constitucional realça a consagração constitucional dos «Direitos e deveres culturais», no qual cumpre ao Estado a garantia do ensino básico obrigatório gratuito e universal e concomitantemente o sistema público de educação pré-escolar. O acórdão refere-se ainda ao dever do Estado

³⁸⁰ A reserva legislativa da Assembleia relativamente ao sistema de ensino significa que o Governo nesta matéria “somente pode aprovar regulamentos de execução”. Cfr. João CAUPERS – *Introdução ao Direito Administrativo*, 2005, p. 226.

³⁸¹ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 38/84, de 7 de Maio. Processo n.º 54/83.

³⁸² Cfr. CANOTILHO; MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa* anotada, volume II, 2010, p. 313.

³⁸³ *Idem, Ibidem.*

garantir uma educação permanente tendo em vista eliminar o analfabetismo e facultar o acesso aos níveis mais elevados de ensino ao mesmo tempo que incentiva a investigação. O Estado deve de forma progressiva assegurar a gratuidade de todos os graus de ensino³⁸⁴.

Em suma, enquanto para os direitos, liberdades e garantias se estabelece uma genérica reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, é de partilha que se fala, no âmbito da intervenção legislativa (Assembleia da República e Governo), quando se trata dos direitos fundamentais sociais. Um desvio a esta regra prende-se com a liberdade de ensino que é da competência da Assembleia da República.

E, após uma análise da estruturação do sistema de direitos fundamentais, regressamos à questão que foi introdutoriamente colocada neste capítulo onde se perspectivava se a margem de determinação legal do direito à educação, implicaria a proibição do retrocesso. Observamos a esse respeito a convergência da doutrina e da jurisprudência no sentido de não aplicar de forma genérica o princípio da proibição do retrocesso. Há que atender a capacidade do Estado satisfazer as prestações a que os cidadãos têm direito, sendo também necessário daí a importância dos recursos materiais suficientes e é ainda fundamental que o Estado possa dispor juridicamente desses recursos.

Pretendíamos apurar em que medida um direito social como o direito à educação é suficientemente relevante para integrar a normatividade de um direito subjectivo pessoal³⁸⁵ a exemplo da liberdade de aprender e de ensinar. Ou seja, visávamos aferir a existência de uma dimensão de perceptividade mínima dos direitos sociais, e em concreto em relação ao direito à educação.

³⁸⁴ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 38/84, de 7 de Maio. Processo nº 54/83.

³⁸⁵ Partimos da ideia de «*standard mínimo*» para determinar a existência de um direito subjectivo, expressão extraída do Acórdão do Tribunal Constitucional nº 590/04, de 6 de Outubro: “(...) a partir de um *standard mínimo* decorrente da necessidade de protecção do Estado à luz de um princípio de liberdade fundamental.”

Em resposta, estamos em condição de afirmar que o direito à educação é um direito social, independentemente da indeterminabilidade da norma constitucional. Contudo, é por demais evidente que se quanto à liberdade de educação, a sua protecção constitui uma obrigação constante e incondicional do Estado, a realização do direito à educação depende da variável política e económica e sobretudo dos recursos materiais que nem sempre estão na disponibilidade do Estado, tornando-se assim mais frágil a sua garantia.

O direito à educação vai por fim depender ainda da articulação com todos os outros sistemas sociais básicos, no sentido que nos é apresentado pelo Acórdão do Tribunal Constitucional nº 590/2004, de onde se extrai uma vinculação do Estado que resulta da alínea d) do artigo 9º da Constituição, e que visa a efectivação dos direitos sociais, sendo defensável a articulação dos diferentes direitos e objectivos previstos na Constituição.

Conclusão

Retomando o conceito de dignidade como factor de unidade axiológica, defendemos que todos os direitos fundamentais são vinculados a esse princípio, ou seja à dignidade da pessoa, que é também fonte ética comum quer aos direitos, liberdades e garantias, quer aos direitos sociais. Daí se extrai um direito ao mínimo de existência constituindo os direitos sociais meios de realizar a imposição derivada daquele princípio.

É consensual na doutrina que a proibição de retrocesso social só funciona em casos-limite. Todo o resto é passível de sofrer alterações por via das opções política-legislativas que a alternativa democrática promova. Com base no exposto, não se defende a existência de um princípio constitucional de proibição do retrocesso nas prestações entretanto reconhecidas no domínio dos direitos sociais.

Porém, convergimos com a posição jurisprudencial e com a opinião doutrinária que salvaguarda o entendimento que o Estado só pode suspender a realização dos direitos sociais ou dos direitos derivados a prestações neles baseados quando se sustente numa comprovada incapacidade material, designadamente

financeira, para manter a medida entretanto reconhecida de realização daqueles direitos ou quando a tal se veja compelido por força da necessária realização de outros valores de natureza constitucional. O tema volta a ser dirimido no próximo capítulo desta vez à luz dos princípios gerais constitucionais.

A Constituição portuguesa, seguindo a prática do direito internacional e a doutrina dos direitos fundamentais, estabelece regimes jurídicos diferentes para os «direitos, liberdades e garantias», onde se incluem as liberdades e os direitos de defesa e de participação, e para os «direitos económicos, sociais e culturais», a generalidade dos direitos a prestações sociais.

No plano constitucional positivo e analítico a distinção é clara. Ficou bem evidente que os conteúdos dos direitos sociais não se encontram suficientemente determinados na Constituição, é antes deixado nas mãos do legislador. Mas, os doutrinadores mais empenhados, Gomes Canotilho, Vieira de Andrade e Jorge Miranda, defendem que as normas que consagram os direitos sociais são sempre dotadas de preceptividade, nem que seja ao nível do conteúdo mínimo das faculdades nela acolhida. Por outras palavras mas de forma convergente, Jorge Novais acaba por defender a garantia dos direitos sociais como condição dos direitos de liberdade.

No coração deste confronto está o *direito à educação*, positivado no título respeitante a direitos e deveres económicos, sociais e culturais enquanto as *liberdades de aprender e ensinar e de criação de escolas particulares e cooperativas*, são expressamente consideradas como direitos, liberdades e garantias pessoais.

As razões aduzidas pela dogmática para justificar a menoridade dos direitos sociais, onde se inscreve o direito à educação, justifica-se pelo facto do conteúdo do direito à educação ser indeterminado ao nível da norma constitucional e como tal a realização desse direito envolve a definição das prioridades políticas, acerca da afectação dos recursos disponíveis, pressupondo não só um gradualismo mas também maior flexibilidade no que tange a sua realização. Por último, a efectividade do direito à educação depende directamente do dever estatal na promoção do acesso a esses bens públicos e da prevalência da dimensão objectiva face à dimensão subjectiva.

Em linha com a defesa dos direitos sociais que é feita por Jorge Novais, defendemos que as normas que consagram o direito à educação ou o direito ao ensino devem ser entendidas como preceptíveis na medida em que sem esse direito assegurado, não é possível alcançar um certo nível de bem-estar material, social e de aprendizagem, essencial à sua participação na sociedade como cidadãos/os e muito menos como cidadãos/os iguais. Esta perspectiva é reforçada pela posição da jurisprudência Constitucional, a qual não reconhece explicitamente o primado dos direitos liberdades e garantias sobre os direitos económicos sociais e culturais.

Capítulo 4

O regime geral e específico dos direitos fundamentais

“(…) só é obrigatório o que seja possível, mas o que é possível torna-se obrigatório”³⁸⁶.

Introdução

Do estudo da sistemática da Constituição portuguesa e da doutrina dos direitos fundamentais iniciado no capítulo anterior, verificamos que se estabelecem regimes jurídicos diferentes para os direitos fundamentais. Porém, os direitos ou pretensões subjectivas, assim como os conteúdos objectivos decorrentes da legislação que visa assegurar os diferentes direitos, constituem uma manifestação de direitos derivados a prestações, sustentados juridicamente E, muito embora formalmente reconhecidos em legislação ordinária, vimos que eram indissociáveis e beneficiavam da força jurídica e dos efeitos reconhecidos aos direitos fundamentais sociais constitucionalmente consagrados.

Porém, enquanto nos «Direitos, liberdades e garantias», se incluem as liberdades e os direitos de defesa e de participação, os «Direitos económicos, sociais e culturais» englobam os direitos a prestações sociais. No coração deste confronto está o direito à educação, como um direito de todos (artigo 73.º, nº 1 da CRP) numa clara concretização do princípio da universalidade, ou seja, do primeiro princípio geral de direitos e deveres fundamentais.

Dando cumprimento ao primeiro objectivo desta tese que consiste no apuramento da legitimação e limites à intervenção do Estado na educação, vamos basear a nossa análise no estudo dos princípios comuns a ambos os regimes especiais de direitos fundamentais, passando pela sua interpretação à luz da Declaração Universal dos Direitos do Homem, para finalmente nos concentramos na definição e amplitude de cada um dos regimes em estudo.

A universalidade e a igualdade implicitamente fundamentam não só o ensino básico obrigatório mas de igual modo o acesso dos cidadãos ao mais alto nível de

³⁸⁶ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2008, p. 444.

ensino previsto no artigo 76.º da CRP. Ou seja, observados em conjunto estes preceitos (artigos 73.º, 74.º e 76.º todos da CRP), parecem traduzir uma garantia do direito à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar. Contudo, saber em que medida se estabeleceu a obrigatoriedade de obtenção de um grau de ensino ou, a obrigatoriedade de frequência da escola até aos dezoito anos tal como decorre da Lei 85/2009, de 27 de Agosto constitui um argumento de reflexão³⁸⁷.

Independentemente da perspectiva que se parta, cumpre ao Estado reconhecer e fiscalizar o ensino particular e cooperativo e organizar um sistema de ensino público³⁸⁸, tal como se extrai do artigo 75.º n.º 1 e 2 da CRP.

4.1. Os princípios jurídicos gerais

No sistema interno de regras e princípios da constituição, presidido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, já longamente abordado (v. *supra* cap. 2), incluem-se os princípios fundamentais gerais da universalidade e da igualdade, aos quais se reconhece “uma função positiva”³⁸⁹ materialmente informadora “dos actos dos poderes públicos”³⁹⁰. Por outras palavras, com a concretização destes princípios dá-se “a aplicação da Constituição material e formal em todo o território do Estado seja qual for a forma que o Estado revista”³⁹¹.

4.1.1. Princípio da universalidade

O primeiro princípio geral dos direitos e dos deveres fundamentais consiste na sua universalidade³⁹², e nessa medida são titulares dos direitos e deveres todos os cidadãos que integram a comunidade política. Trata-se essencialmente de um

³⁸⁷ A Lei 85/2009 de 27 de Agosto, considera em idade escolar “as crianças e jovens com idades compreendidas entre os 6 e os 18 anos” (artigo 2.º).

³⁸⁸ Segundo André Salgado de MATOS, citando Jorge MIRANDA, salienta que “o sistema de ensino compreende todas as escolas de todos os graus que se integrem no âmbito definido pelos artigos 74.º a 77.º da CRP” in *O direito ao Ensino, contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais*, 2010, p. 427.

³⁸⁹ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 1165.

³⁹⁰ *Idem*, *Ibidem*.

³⁹¹ Cfr. Jorge MIRANDA – *Teoria do Estado e da Constituição*, 2002, p. 681.

³⁹² *Idem*, p. 328.

princípio comum quer aos direitos fundamentais quer a todos os demais direitos existentes no ordenamento jurídico português.

A universalidade dos direitos foi consagrada expressamente pela primeira vez no texto constitucional de 1911 (artigo 3.º da CRP) onde se lê, «A Constituição garante a portugueses e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes: 1.º Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. 2.º A lei é igual para todos, mas só obriga aquela que for promulgada nos termos desta Constituição.»

Posteriormente a Constituição de 1933 veio a consigná-la no artigo 7.º, § único ³⁹³ no qual «Os estrangeiros que se encontrem ou residam em Portugal estão também sujeitos ao Estado e às leis portuguesas, sem prejuízo do preceituado pelo direito internacional.»

O artigo 12.º da Constituição de 1976, sob a epígrafe «princípio da universalidade», consagra expressamente que «1. Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição. 2. As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza». Em face desta norma que traduz uma noção quantitativa, “os direitos fundamentais foram pensados pelo legislador constituinte para todas as pessoas que possam vir a encontrar-se em relação com o Estado”³⁹⁴.

O princípio da universalidade deve ser observado segundo um prisma histórico, e nesse sentido obriga-nos a revisitar a “proclamação legalista-republicana (1911) da ideia de universalismo patenteada na Revolução Francesa”³⁹⁵. Deve ser entendida à luz de uma “perspectiva de valores”³⁹⁶, em virtude da universalidade se

³⁹³ Cfr. José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2011, p. 71.

³⁹⁴ *Idem, Ibidem.*

³⁹⁵ *Idem*, p. 73.

³⁹⁶ *Idem, Ibidem.*

apresentar como condição da “«igual dignidade»”³⁹⁷. Articula-se “com o parâmetro da igualdade”³⁹⁸ e como “regra de interpretação” permitindo ao interprete face a uma dúvida de “atribuição ou titularidade de certo direito fundamental (...) presumir que o mesmo foi constitucionalmente atribuído a todas as pessoas (cidadãos)”³⁹⁹. A sua titularidade é também reconhecida às pessoas colectivas nos termos no nº 2 do artigo 12.º da CRP:

4.1.2. Princípio da igualdade

O princípio da igualdade encontra-se vertido no artigo 13.º da CRP de onde se extrai no nº 1 que «Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei». O seu conteúdo traduz um princípio de igualdade essencialmente qualitativo (todos têm os mesmos direitos e deveres), uma visão que nos transpõe para o pensamento Aristotélico, para a Escolástica e para as teorias contratualistas (Hobbes, Rousseau e Rawls). Sem prejuízo de voltar ao tema num outro momento da tese, por ora importa reter que todos comungam de uma certa concepção mínima de igualdade, segundo a qual os indivíduos contam como iguais, para além de atender à autonomia de cada pessoa.

Na génese do princípio da igualdade encontra-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) onde se lê no artigo 1.º que “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As destinações sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”. A declaração constitui “a fonte das Constituições Liberais portuguesas”⁴⁰⁰ tendo influenciado a Constituição de 1822 (artigo 9.º); a Carta Constitucional (artigo 14.º, § 12.º) e a Constituição de 1838 no seu artigo 10.º. Por sua vez, enquanto a Constituição de 1911 reforça no nº 3 do artigo 3.º o percurso “de uma igualdade jurídica, negando privilégios de nascimento”⁴⁰¹, a Constituição de 1933 no

³⁹⁷ Cfr. José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2011, p. 73.

³⁹⁸ *Idem, Ibidem.*

³⁹⁹ *Idem, Ibidem.*

⁴⁰⁰ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p. 228.

⁴⁰¹ *Idem, Ibidem.*

seu artigo 5.º “deslocaria a referência à igualdade para a própria definição de regime político”⁴⁰²

Na Constituição de 1976, reforça-se quer a igualdade perante a lei (artigo 13.º CRP) quer a igualdade real (artigo 81.º al c) da CRP)⁴⁰³. A revisão de 1997 veio incumbir o “Estado de promover a igualdade entre homens e mulheres (art. 9.º, *al h*), em particular no acesso a cargos públicos”⁴⁰⁴.

José Alexandrino, explora a multidimensionalidade da igualdade constante da Constituição actual, salientando que a igualdade é simultaneamente “uma aspiração da comunidade (...) um valor constitucional (...) um princípio constitucional estruturante”⁴⁰⁵. O autor sublinha que a igualdade é “uma qualidade dos direitos fundamentais”⁴⁰⁶ e por essa via constitui “uma dimensão relevante das tarefas políticas do Estado”⁴⁰⁷. Apresentando-se de igual modo na condição de “um pressuposto e uma componente da democracia política e do Estado de Direito; “critério jurídico de interpretação e/ou parâmetro de controlo; elemento de base de direitos especiais de igualdade”⁴⁰⁸.

A percepção do Tribunal Constitucional vai para além de identificar a igualdade como um requisito do Estado de Direito. Segundo o Tribunal, “o princípio da igualdade é um valor constitucional que modela todo o ordenamento jurídico, designadamente como *critério de interpretação* desse ordenamento e da Constituição”⁴⁰⁹.

Um primeiro argumento à luz da interpretação do artigo 13.º da CRP, prende-se com a ligação dos artigos 1.º e 13.º, nº 1.º da CRP, eixo assumido pelo Tribunal Constitucional tal como dispõe:

⁴⁰² Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p. 229.

⁴⁰³ *Idem*, p. 230.

⁴⁰⁴ *Idem, Ibidem*.

⁴⁰⁵ Cfr. José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2011, p. 78.

⁴⁰⁶ *Idem*, p. 79

⁴⁰⁷ *Idem, Ibidem*.

⁴⁰⁸ *Idem, Ibidem*.

⁴⁰⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional, nº 400/91, de 30 de Outubro. Processo n.º 266/90.

“Constitui jurisprudência assente e reiterada deste Tribunal a caracterização do princípio da igualdade, decorrente do artigo 13.º da CRP, como proibição do arbítrio (cf. o Acórdão n.º 232/2003, publicado no Diário da República, 1.ª série-A, de 17 de Junho de 2003, a pp. 3514/3531). Com tal sentido, nas palavras do Tribunal Constitucional, “[o] princípio [da igualdade] não impede que, tendo em conta a liberdade de conformação do legislador, se possam (se devam) estabelecer diferenciações de tratamento, ‘razoável, racional e objectivamente fundadas’, sob pena de, assim não sucedendo, estar o legislador a incorrer em arbítrio, por preterição do acatamento de soluções objectivamente justificadas por valores constitucionalmente relevantes. Ponto é que haja fundamento material suficiente que neutralize o arbítrio e afaste a discriminação infundada”. (Acórdão n.º 319/2000, publicado no Diário da República, 2.ª série, de 18 de Outubro de 2000, pp. 16 785/16 786.)

Na sugestiva formulação do Tribunal Constitucional alemão (citado por Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, 1986: 370), o carácter arbitrário de uma diferenciação legal decorre da circunstância de «não ser possível encontrar [...] um motivo razoável, que surja da própria natureza das coisas ou que, de alguma forma, seja concretamente compreensível». Daí que «[n]ão exista razão suficiente para a permissão de uma diferenciação [legal] se todos os motivos passíveis de ser tomados em conta tiverem de ser considerados insuficientes. É justamente o que sucede, quando não se logra atingir uma fundamentação justificativa da diferenciação. A máxima de igualdade implica, assim, um ónus de argumentação justificativa para tratamentos desiguais». ROBERT ALEXY, *ob. cit.*, p. 371⁴¹⁰.

Face ao prescrito no nº 1 do artigo 13.º da CRP, “podemos extrair um “princípio geral de igualdade, que a CRP associa à dignidade (a mesma dignidade social)”⁴¹¹, daí a articulação “na fórmula de «igual dignidade», concebida como eixo em torno do qual gira o Estado de Direito”⁴¹².

⁴¹⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional, nº 313/08, de 11 de Junho. Processo nº 199/08, no qual aprecia e declara com força obrigatória geral da inconstitucionalidade da norma constante do trecho final do artigo 41.º, n.º 2, do *Estatuto das Pensões de Sobrevivência*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 142/73, de 31 de Março, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 191- B/79, de 25 de Junho, na parte em que determina que a pensão de sobrevivência será devida a partir do dia 1 do mês seguinte àquele em que tal pensão tenha sido requerida.

⁴¹¹ Cfr. José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2011, p. 79, nota 160.

⁴¹² *Idem, Ibidem*.

O artigo 13.º, nº 1 da CRP, permite-nos de igual modo a igualdade na aplicação e criação do Direito⁴¹³. Na aplicação do direito, a igualdade traduz-se na interpretação e aplicação indiscriminada das normas ou seja o direito aplica-se a todos por igual⁴¹⁴. Na criação do Direito, “a lei deve proteger todas as pessoas (...) de forma intrinsecamente igual”⁴¹⁵. Esta é a “raiz histórica mais claramente associada ao Estado de Direito liberal”⁴¹⁶. Porém esta abstracção⁴¹⁷ deu lugar a uma “exigência de tratamento igual do que é igual e de tratamento desigual do que é desigual”⁴¹⁸. Falamos da igualdade material⁴¹⁹.

No mesmo sentido, Vieira de Andrade referindo-se aos direitos sociais, observa que “a igualdade material exige a consideração da realidade em que as pessoas se movem e, conseqüentemente, a diversidade de tratamento e de estatuto daqueles que pelas suas qualidades específicas ou pela sua situação no processo social, precisam de uma protecção (diferente) necessária e adequada à sua (igual) dignidade de pessoas”⁴²⁰. Esta realidade compagina a vertente objectiva do princípio da igualdade, dimensão que traduz “um *dever* do Estado e um *princípio constitucional estruturante* de caris transversal, na base do qual se alicerça toda a arquitectura do sistema”⁴²¹.

Por último, mencionamos vários casos de direitos especiais, em relação aos quais, o princípio geral da igualdade não foi tomada como direito geral de

⁴¹³ Cfr. José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2011, p. 79, nota 160.

⁴¹⁴ *Idem, Ibidem.*

⁴¹⁵ *Idem, Ibidem.*

⁴¹⁶ Ao não observar “a relevância de certos factores culturais, históricos e sociais ao tratar da mesma forma o que era desigual, a lei geral e abstracta do período liberal incrementava a desigualdade mais do que realizava a igualdade, não conseguindo no final conceber a relação entre liberdade e igualdade, já que as mesmas eram entendidas como orientações de valores divergentes”. Cfr. José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2007, p. 74, nota 169.

⁴¹⁷ Para Gomes CANOTILHO “uma lei geral e abstracta é aquela que se dirige a um número indeterminado ou indeterminável de pessoas (destinatário) ou regula um número indeterminado ou indeterminável de casos. Uma lei individual e concreta é aquela que se dirige a um número determinado ou determinável de pessoas ou disciplina um número determinado ou determinável de casos”, in *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p 454.

⁴¹⁸ Cfr. José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2011, p. 80.

⁴¹⁹ A igualdade material concretiza-se numa dimensão positiva onde se podem ser incluídas as compensações que visam a exequibilidade dessa igualdade. O objectivo é promover a igualdade de oportunidades.

⁴²⁰ Cfr. Vieira de ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais da Constituição Portuguesa*, 2012, p. 131.

⁴²¹ Cfr. José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2011, p. 83.

igualdade⁴²². Estes casos prendem-se com os direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, à cidadania, ao bom nome entre outros (artigo 26.º, nº 1 da CRP); o direito a constituir família e de contrair casamento em plena igualdade (artigo 36.º, nº 1, 3 e 4 da CRP) e demais direitos constantes dos artigos; 38.º, nº 4; 41.º, nos 2 a 5; 50.º, nº 1; 55.º; 2; 58.º, nº 2, *al b*) todos da CRP. Estes casos compõem a vertente subjectiva, na qual, “a igualdade qualifica cada um dos direitos fundamentais e está na base da fundamentação material e da concepção positiva e teórica dos direitos fundamentais”⁴²³.

O artigo 13.º, nº 2 da CRP é meramente exemplificativo e não enuncia qualquer direito fundamental, ainda que lhe possa ser aplicado o regime dos direitos, liberdades e garantias. Diz-nos o referido preceito 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». A enumeração destes exemplos, permite-nos afirmar que o artigo 13.º, nº 2 não proíbe as discriminações em geral mas as discriminações infundadas⁴²⁴. Assim dispõe o Tribunal Constitucional:

O artigo 2.º do Decreto -Lei n.º 15/2007 altera o Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário, designadamente em matéria de avaliação do desempenho do pessoal docente. O novo artigo 46.º, n.º 3, deste Estatuto estabelece o sistema de classificação dos docentes e prevê quotas máximas para a atribuição das classificações mais elevadas (*Excelente* e *Muito bom*). Com este novo regime, a avaliação dos docentes deixa de ser igual para todos: uns obterão, pelo seu mérito, as classificações mais elevadas e outros, que por igual mérito seriam merecedores das mesmas classificações, não as alcançam por mero impedimento administrativo, consubstanciado na fixação de quotas. Quer isto dizer que a classificação final atribuída pode não derivar da equidade na avaliação do mérito intrínseco do professor avaliado mas sim ser imposta pelo sistema de quotas instituído.

⁴²² Cfr. José ALEXANDRINO – *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, volume II, 2006, p. 528.

⁴²³ Cfr. José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2011, p. 83.

⁴²⁴ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional, nº 184/08, de 12 de Março. Processo nº 614/2007. Relatora: Maria Lúcia Amaral, pronunciou-se a propósito da avaliação dos professores em 2.1.

«Este novo figurino de avaliação *afronta claramente o princípio da igualdade* consagrado no artigo 13.º da Constituição, porque origina uma diferenciação não fundada, tratando o que é igual de forma diferente.

Além disso, o artigo 46.º, n.º 3, do Estatuto, ao permitir a fixação de quotas na atribuição das duas notas mais elevadas da avaliação da carreira do docente, restringe um direito, liberdade e garantia – a liberdade de exercício de uma profissão, consagrada no artigo 47.º da Constituição.

Ora, os direitos, liberdades e garantias só podem ser restringidos por lei da Assembleia da República ou decreto-lei autorizado do Governo [artigos 18.º, n.º 2, e 165.º, n.º 1, *al b*) da Constituição]. Ao remeter a fixação das quotas para despacho conjunto dos membros do Governo responsáveis pelas áreas da Educação e da Administração Pública, o artigo 46.º, n.º 3, do Estatuto *viola a reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República*.

Segundo José Alexandrino, “O princípio da proibição de discriminação traduz uma norma geral que cede perante norma especial”⁴²⁵. Importa reter que este princípio “funciona essencialmente como presunção (ou seja, como mais uma regra de interpretação: na sua dupla dimensão negativa e relativa”⁴²⁶. Assim, na perspectiva de José Alexandrino, “o critério que tem sido tradicionalmente utilizado pelo Tribunal Constitucional para avaliar o fundamento dessas discriminações de tratamento, mas considerado insuficiente pela doutrina, é a «proibição do arbítrio» (proibição das diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante”⁴²⁷.

4.2. Princípios comuns com diferenciação

Uma problemática de relevo e actual que se prende com o direito à educação e nomeadamente com o elevado aumento das propinas, leva-nos a reflectir se o princípio da proporcionalidade constitui ou não um critério aferidor das restrições que são impostas à educação.

⁴²⁵ Cfr. José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2011, p. 82.

⁴²⁶ *Idem, Ibidem*.

⁴²⁷ *Idem, Ibidem*.

A esse propósito, José Alexandrino baseando-se no princípio da protecção da confiança, introduz uma questão actual que no essencial pretende aferir “até onde pode ir o legislador na frustração dos direitos e expectativas formadas à luz de certo quadro legislativo?”⁴²⁸ Esta questão permite-nos introduzir os princípios directamente relacionados com as restrições e limitações dos direitos dos cidadãos.

4.2.1. Princípio da proporcionalidade e da protecção da confiança

O princípio da proporcionalidade está relacionado com as restrições legítimas dos direitos fundamentais e encontra-se prevista no artigo 18.º nº 2, 2ª parte da CRP. Outrora era tida como uma norma do regime direitos, liberdades e garantias, mas hoje é defensável a “sua aplicação também ao regime dos direitos económicos, sociais e culturais, *maxime* na afectação de direitos derivados a prestações pelo legislador ordinário”⁴²⁹. Na visão do autor, o princípio da protecção da confiança constitui, um postulado próximo do princípio da proporcionalidade que por sua vez, “quando histórica e funcionalmente entendido” (...) constitui uma das componentes materiais essenciais do Estado de Direito”⁴³⁰.

Concretizando, quando falamos do princípio da confiança falamos de: “subordinação do Estado ao Direito, em termos de observância das leis (...) previsibilidade da actuação estatal (...) clareza e previsão das regras jurídicas (...) publicidade e transparência dos actos e dos procedimentos públicos” (...) respeito pelos direitos, expectativas e interesses legítimos dignos de protecção pelo direito”⁴³¹.

4.2.2. Princípio do acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva

O princípio do acesso ao direito e aos tribunais, é um princípio geral, que está plasmado no artigo 20.º da CRP e “é uma norma-princípio estruturante do Estado de

⁴²⁸ Cfr. José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2011, p. 86.

⁴²⁹ *Idem*, p. 84.

⁴³⁰ *Idem*, *Ibidem*.

⁴³¹ *Idem*, p. 85.

Direito Democrático”⁴³². Inscrita nos direitos e deveres fundamentais, Parte I, “postula não só o reconhecimento da possibilidade de uma defesa sem lacunas, mas também o exercício efectivo desse direito”⁴³³.

Vimos que a tutela jurídico-constitucional dos direitos fundamentais sociais onde se inscreve o direito à educação, é em regra, menos intensa do que a dos direitos, de liberdade onde se inscreve a liberdade de educação, quer no que respeita à protecção institucional, quer no que respeita aos remédios disponíveis tendo em conta que os primeiros implicam actuações positivas por parte do Estado e que dependem, em regra da conformação política e disponibilidade de recursos.

Terminado o estudo das regras gerais que definem o regime de direitos fundamentais, importa ainda uma análise sumariada do regime especial aplicável aos direitos, liberdades e garantias. A esse propósito, no capítulo anterior ficou clara a importância da diferença que estes direitos apresentam face aos direitos sociais. De relevante ficou a boa compreensão do impacto desta diferença de regime quanto à liberdade de educação e ao direito à educação.

4.3. O exercício jurídico: regulação e limites

A regulação e limites do exercício jurídico dos direitos fundamentais constitui outra dimensão do regime geral. Nesse sentido, os direitos fundamentais deverão ser alvo de regulação e intervenção à luz de duas configurações: “a *regulamentação de direitos fundamentais*” (a qual sendo dispensável, permite esclarecer a estrutura e o exercício dos direitos fundamentais)⁴³⁴ ou “a *concretização de direitos fundamentais*” (indispensável à exequibilidade dos direitos e a prevenção de eventuais conflito de direitos)⁴³⁵. Independentemente da configuração, a regulação tem aplicação prática, na medida em que “o conteúdo e o objecto dos direitos fundamentais”⁴³⁶; torna mais

⁴³² Cfr. CANOTILHO; MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa* anotada, volume I, 2007, p. 409.

⁴³³ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 1165.

⁴³⁴ Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 1096.

⁴³⁵ *Idem, Ibidem.*

⁴³⁶ Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 1096.

fácil o seu exercício e evita “situações de abuso de exercício”⁴³⁷ para além de estabelecer limites internos e traçar fronteiras à luz do “princípio da concordância prática”⁴³⁸,⁴³⁹.

4.4. A interpretação e a integração segundo a DUDH

A ideia de que a consagração dos direitos fundamentais na CRP não se reduz ao respectivo texto constitucional, mas antes acolhe outras fontes, vai acompanhar grande parte do nosso estudo sobre liberdade de educação e direito à educação. Nesse sentido, a DUDH constitui uma especial fonte extra-constituição nomeadamente em matéria de limitação implícita aos direitos fundamentais. Com efeito, o artigo 29.º, nº 2 e 3 da DHDU fornece indicações sobre a admissibilidade de alguns limites. Assim dispõe:

2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática
3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

Porém, a doutrina diverge quanto ao facto da DUDH poder ser invocada para proceder no campo interno, a uma limitação aos direitos fundamentais. Para Vieira de Andrade e Jorge Miranda, a falta de uma cláusula geral limitativa dos direitos fundamentais inscrita na Constituição será “sempre possível, havendo uma lacuna de regulamentação e apelando-se à respectiva função integradora, que tal preenchimento se possa realizar segundo os termos da DHDH”⁴⁴⁰. Para Gomes Canotilho e Vital Moreira, não é admissível a invocação da DUDH com o objectivo de limiar ou

⁴³⁷ Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 1097.

⁴³⁸ O critério da concordância prática determina que quando em presença de direitos fundamentais de idêntico valor, “devem todos eles serem limitados, cedendo todos por igual e impondo-se uma mesma bitola limitativa”. Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 1106-1107.

⁴³⁹ Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 1097.

⁴⁴⁰ *Idem*, p. 1103, nota 2116.

constranger o sistema de direitos fundamentais. Só será admitida quando se apresente “mais favorável ao cidadão e contra o poder”⁴⁴¹.

Tomando como referência a perspectiva de Jorge Miranda, “os direitos fundamentais ficam situados num contexto mais vasto e mais sólido que o da Constituição em sentido instrumental e ficam impregnados dos valores da Declaração, como parte essencial da ideia de Direito à luz da qual todas as normas constitucionais – e, por conseguinte, toda a ordem jurídica portuguesa, têm de ser pensadas e postas em prática”⁴⁴². Não se trata apenas do impacto externo da Declaração. “Trata-se de um sentido normativo imediato, com incidência no conteúdo dos direitos formalmente constitucionais”⁴⁴³. Logo, é possível o recurso à DHDH designadamente quando se apresente uma lacuna na Constituição relativamente a direitos fundamentais.

Convergente é também a posição defendida por Jorge Bacelar Gouveia ao sublinhar ser legítimo o recurso à DHDU para a integração de lacunas na Constituição relativamente a direitos constitucionais⁴⁴⁴. Porém, “a resposta a dar a este problema jamais pode desenraizar-se dos termos por que a CRP realiza o chamado da DUDH”⁴⁴⁵. E por força da sua recepção, o autor tende a “aceitar a existência de uma cláusula geral de limitação ao exercício dos direitos fundamentais”⁴⁴⁶. Falamos dos limites internos que são impostos pelas fronteiras que o texto constitucional define quando estende os catálogos de direitos ou quando integra por via da influência da DUDH. Estes limites internos por sua vez “resultam das situações de conflito entre os diferentes valores que representam as diversas facetas da dignidade humana”⁴⁴⁷ aos quais se juntam os limites externos.

Vieira de Andrade sugere que a limitação dos direitos fundamentais apresenta-se com maior probabilidade “como um *conflito* prático entre valores – entre

⁴⁴¹ Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 1103, nota 2117.

⁴⁴² Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p.156-157.

⁴⁴³ *Idem*, p.157.

⁴⁴⁴ Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 1104.

⁴⁴⁵ *Idem*, p. 1103.

⁴⁴⁶ *Idem*, p. 1104.

⁴⁴⁷ Cfr. Vieira de ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2012, p. 263-264.

os valores próprios dos direitos ou entre esses e outros valores comunitários – no contexto do sistema constitucional “⁴⁴⁸. Quando falamos de limites externos dos direitos fundamentais normalmente estão relacionados “com o problema da colisão de direitos”⁴⁴⁹ dando-se o caso de em simultâneo, dois ou mais direitos serem insusceptíveis de aplicação total ou parcial”⁴⁵⁰.

Em caso de conflito de direitos fundamentais, Jorge Bacelar Gouveia aconselha o recurso à cláusula geral do Código Civil (artigo 335.º), afim de resolver o problema no Direito Constitucional, passando por pelo esquema seguinte: a *aplicação preferente* do direito fundamental “considerado valorativamente superior em relação a outro direito fundamental”⁴⁵¹ (...e) “*aplicação concordante* dos direitos fundamentais considerados valorativamente equivalentes devem todos eles ser limitados, cedendo todos por igual”⁴⁵². Logo, em caso de colisão de direitos fundamentais:

“ (...) a apreciação deve ser tipológica, e não abstracta, e deve suscitar uma ponderação dos bens envolvidos nos direitos fundamentais, naturalmente a questão da localização sistemática podendo ser um dos elementos auxiliares, mas não certamente o único, nem certamente podendo sobrepor-se à consistência material do objecto e do conteúdo de cada direito fundamental em questão”⁴⁵³.

Porém, a doutrina diverge em relação à matéria de colisão de direitos fundamentais. É frequente na doutrina concluir-se pelo posicionamento dos direitos fundamentais absolutos num estalão supremo da Ordem Jurídica, e por essa via prevalecem sobre quaisquer outros direitos, que com eles entrem em conflito. É disso exemplo a defesa da concepção hierarquizante dos direitos fundamentais, apresentada por Jorge Miranda, à qual se opõe Vieira de Andrade, Gomes Canotilho e Jorge Bacelar Gouveia.

⁴⁴⁸ Cfr. Vieira de ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2012, p. 264.

⁴⁴⁹ Gomes CANOTILHO defende que “são possíveis casos de colisão imediata entre os titulares de vários direitos fundamentais” (...) Podem existir conflitos entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade.” in *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 1271.

⁴⁵⁰ Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 1105.

⁴⁵¹ *Idem*, p. 1106.

⁴⁵² *Idem*, *Ibidem*.

⁴⁵³ *Idem*, p. 1107.

Jorge Miranda propõe que os direitos fundamentais absolutos ocupem uma posição cimeira tanto do ponto de vista dos direitos fundamentais como da respectiva conexão com a dignidade da pessoa humana, seguindo-se depois, as outras possíveis categorias que constam com regras progressivamente menos protectoras: (1) direitos fundamentais absolutos; (2) direitos de liberdade e garantias do Título II da Parte I da CRP; (3) direitos fundamentais de natureza análoga dispersos por outras disposições da CRP; (4) direitos constitucionais dos trabalhadores que não sejam direitos, liberdades e garantias; (5) outros direitos económicos, sociais e culturais consignados na CRP; (6) os direitos fundamentais de natureza análoga constantes de leis e de regras internacionais⁴⁵⁴.

Vieira de Andrade e Gomes Canotilho opõem-se ao estabelecimento de uma hierarquização em abstracto, impondo-se como necessário proceder a uma apreciação concreta. Vieira de Andrade sublinha a impossibilidade da fixação geral de um quadro hierarquizado e prévio de direitos fundamentais para fazer face a situações de colisão, pois que a “solução dos conflitos e colisões entre direitos, liberdades e garantias ou entre direitos e valores comunitários não pode, porém, ser resolvida sistematicamente através de uma *preferência abstracta*, com o mero recurso à ideia de uma ordem hierárquica dos valores constitucionais”⁴⁵⁵.

Jorge Bacelar Gouveia sublinha a não admissibilidade de uma solução de tipo rígido por ser pouco praticável e irrealista por não permitir a solução constitucionalmente adequada. Ainda segundo o autor, “a solução da concordância prática”⁴⁵⁶ é, insuficiente, daí a necessidade de “ser complementada ou substituída por uma ideia de prevalência”⁴⁵⁷. Nas palavras do autor:

“É neste cruzamento metodológico que os direitos fundamentais absolutos se podem constituir como um auxiliar importante na resolução dos conflitos entre direitos fundamentais, enquanto exprimam um critério geral de ordem ética, como é, no caso, o da dignidade da pessoa humana, que se conexiona directamente com a tipificação daqueles direitos

⁴⁵⁴ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p. 155-156.

⁴⁵⁵ Cfr. Vieira de ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2012, p. 300.

⁴⁵⁶ Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 1110.

⁴⁵⁷ *Idem, Ibidem.*

fundamentais absolutos. Através da ponderação concreta de bens, os direitos fundamentais absolutos erigem-se a pauta autónoma nessa análise, determinando a sua prevalência comparativamente a outros bens ou direitos que com eles conflituem”⁴⁵⁸.

Observado o regime geral dos direitos fundamentais que se traduz na sua protecção, passamos a uma breve exposição do regimes especial dos direitos de liberdade.

4.5. O regime especial dos direitos, liberdades e garantias

Importa particularmente definir a amplitude deste regime especial na medida em que tal como o afirmamos, o texto constitucional “contém regras e princípios que, na sua globalidade, consagram uma disciplina jurídico-constitucional específica para esta categoria de direitos fundamentais”⁴⁵⁹. Gomes Canotilho e Jorge Bacelar Gouveia defendem uma arrumação idêntica que passa pelo estudo da aplicabilidade infraconstitucional imediata e directa; a vinculação das entidades públicas e privadas; a restrição infraconstitucional e a suspensão e tutela de direitos.

4.5.1. Aplicabilidade infraconstitucional

A aplicabilidade directa significa que os direitos, liberdades e garantias, “para serem exercitáveis pelos respectivos titulares, não carecem de qualquer interposição legislativa, bastando-se a si mesmo e por si impondo os seus comandos”⁴⁶⁰. São “imediatamente eficazes e actuais, por via directa da Constituição e não através da

⁴⁵⁸ Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 1110.

⁴⁵⁹ Gomes CANOTILHO apresenta-nos os traços característicos deste regime que se encontram inscritos em várias normas constitucionais: aplicabilidade directa das normas que os reconhecem, consagram ou garantem (artigo 18.º, nº 1 CRP); Vinculatividade de entidades públicas e privadas (artigo 18.º, nº 1 CRP); Reserva da lei para a sua restrição (artigo 18.º, nº 2 e 168.º, nº 1 al b CRP); Princípio da autorização constitucional expressa para a sua restrição (artigo 18.º, nº 2 CRP); Princípio da proporcionalidade como princípio informador das leis restritivas (artigo 18.º, nº 3 CRP); Princípio da generalidade e abstracção das leis restritivas (artigo 18.º, nº 3 CRP); Princípio da não retroactividade de leis restritivas (artigo 18.º, nº 3 CRP); Princípio da salvaguarda do núcleo essencial (artigo 18.º, nº 3 CRP); Limitação da possibilidade de suspensão nos casos de estado de sítio e estado de emergência (artigo 19.º, nº 1 CRP); Garantia do direito de resistência (artigo 21.º CRP); Garantia perante o exercício da acção penal e da adopção de medidas de polícia (artigo 272.º, nº 3 CRP); Garantia contra leis de revisão restritiva do seu conteúdo (artigo 288.º al d CRP), cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 437.

⁴⁶⁰ Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 1118.

auctoritas interpositio do legislador”⁴⁶¹. Também não são normas responsáveis pela produção de outras normas mas antes reguladoras de relações jurídicas-materiais de forma directa, não implicando “de forma automática, a transformação destes em direitos subjectivos, concretos e definidores”⁴⁶².

Importa também considerar “a aplicabilidade imediata dos direitos, liberdade e garantias, que significa que as faculdades contidas nesta categoria de direitos “podem ser logo realizáveis e não estão dependentes da consecução de condições de facto, como condições económicas e sociais, podendo as mesmas impor-se nos restantes estádios do Ordenamento Jurídico”⁴⁶³.

4.5.2. Vinculação de entidades públicas

O artigo 18.º, nº 1 da CRP estabelece a vinculação das entidades públicas através das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias. Os seus destinatários são as entidades públicas e nessa circunstância, importa aferir o sentido jurídico-constitucional da responsabilidade⁴⁶⁴ do Estado e demais entidades. E a essa luz, vamos conhecer as respectivas restrições impostas pelos direitos, liberdades e garantias:

1. “a *legislação*: não só fica impedida de contrariar os preceitos, como também se submete aos mesmos no plano da interpretação conforme à CRP;
2. a *administração*: tendo a função administrativa acesso directo aos direitos, liberdades e garantias, o desrespeito pelos mesmos não pode ser desculpado pela intermediação do princípio da legalidade, sendo certo que mais forte do que este princípio é o princípio da constitucionalidade, em que se incorporam os direitos, liberdades e garantias;
3. o *governo*: mesmo que se trate de actos internos, ou em relação aos quais sejam mais escassos os mecanismos de fiscalização da constitucionalidade, o certo é que os actos de governo igualmente se submetem ao império dos direitos, liberdades e garantias, devendo respeitá-los;
4. a *jurisdição*: a actividade dos tribunais, longe de poder ser já hoje concebida como um processo automático de aplicação do Direito, é ela sensível ao respeito dos direitos, liberdades

⁴⁶¹ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 438.

⁴⁶² *Idem, Ibidem*.

⁴⁶³ Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 1119.

⁴⁶⁴ A responsabilidade é entendida por nós como o respeito pelos compromissos assumidos.

e garantias, nomeadamente quando se trata da integração de lacunas, do preenchimento de conceitos indeterminados ou na remissão para normas extra-jurídicas”⁴⁶⁵.

Tomando em conta as dimensões apresentadas, “pode afirmar-se que as entidades públicas estão sob reserva de direitos, liberdades e garantias”⁴⁶⁶. O modo de actuação dessas entidades ocorre por meio de leis, regulamentos, medidas levadas acabo pela Administrativas e decisões proferidas pelos tribunais.

A Constituição de 1976 consagra no artigo 18.º, nº 1 a “eficácia horizontal, normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias de direitos análogos na ordem jurídica privada”⁴⁶⁷. Essa eficácia é conseguida segundo Gomes Canotilho por duas vias: “a *teoria da eficácia directa ou mediata*” e “a *teoria da eficácia indirecta ou mediata*”⁴⁶⁸. No que diz respeito à primeira teoria clássica, o autor saliente que “os direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga aplicam-se obrigatória e directamente no comércio jurídico entre entidades privadas (individuais e colectivas)”⁴⁶⁹. Já quanto à segunda, defende que “os direitos, liberdades e garantias teriam eficácia indirecta na medida em que se plicam *prima facie* sobre o legislador”⁴⁷⁰.

No mesmo sentido, Jorge Bacelar Gouveia salienta que a referida eficácia é concedida segundo duas formas: *vinculação directa* e *vinculação indirecta*⁴⁷¹. Enquanto a primeira não dispõe de qualquer mediação, a segunda opera “através do Direito Privado, por intermédio dos seus conceitos gerais e indeterminados, bem como das suas cláusulas gerais: a boa fé, o abuso do direito, a ordem pública e os bens costumes com autonomia regulativa e dogmática”⁴⁷².

⁴⁶⁵ Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 1121-1122.

⁴⁶⁶ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 439.

⁴⁶⁷ *Idem*, p. 448.

⁴⁶⁸ *Idem*, p. 439.

⁴⁶⁹ *Idem*, *Ibidem*.

⁴⁷⁰ *Idem*, *Ibidem*.

⁴⁷¹ Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 1124.

⁴⁷² *Idem*, *Ibidem*.

Em suma, a CRP adoptou a vinculação directa, na medida em que os direitos, liberdade e garantias têm a mesma importância de qualquer outra regra ou princípio que aquele Direito estabeleça.

4.6. Princípio do carácter restritivo das restrições

O artigo 18.º, nº 2 correlaciona “as restrições à salvaguarda de outros direitos ou interesses legalmente protegidos”⁴⁷³. As restrições de direitos, liberdades e garantias traduzem “a diminuição do alcance permissivo das normas constitucionais que os garantem, de um modo permanente, em determinadas situações – restrições objectivas – ou para certas categorias de pessoas – restrições subjectivas”⁴⁷⁴.

Nos termos do nº 2 do artigo 18.º CRP, nenhuma restrição pode deixar de se fundar na Constituição (...) as leis restritivas devem designar os preceitos em causa e indicar os preceitos ou princípios da Constituição em que repousam (...) Nenhuma restrição pode ser definida ou concretizada a não ser por lei (artigo 18.º, nº 3 do CRP)”⁴⁷⁵. Existem três restrições de direitos: as que são operadas directamente pela Constituição; por lei mas expressamente autorizadas pela Constituição e da lei mas sem autorização expressa da Constituição⁴⁷⁶.

As leis restritivas têm de revestir carácter geral e abstracto; não pode ter carácter retroactivo (artigo 18.º, nº 3 da CRP) e não podem diminuir a extensão e alcance dos direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º, nº 3, 2ª parte da CRP)⁴⁷⁷.

Verificados os referidos pressupostos, os direitos, liberdades e garantias podem ser limitados ou suspensos, justificando-se as restrições pela circunstância da Constituição reconhecer mecanismos de limitação material dos direitos fundamentais, como necessários à vida em comunidade.

⁴⁷³ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2008, p. 367.

⁴⁷⁴ Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 1127.

⁴⁷⁵ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2008, p. 376.

⁴⁷⁶ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 450.

⁴⁷⁷ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2008, p. 378.

Estas restrições cumprem três funções: adequadora⁴⁷⁸, dirimente⁴⁷⁹ e comunitária⁴⁸⁰ e estão em directa consonância com o *princípio da autorização constitucional expressa* (artigo 18.º, nº 2 CRP) o que significa que o ordenamento jurídico-constitucional não atribui ao legislador “uma autorização geral de restrições direitos, liberdades e garantias”⁴⁸¹.

Esta restrição quando expressa visa “ (...) obrigar o legislador a procurar sempre nas normas constitucionais o *fundamento concreto* para o exercício da sua competência de restrição de direitos, liberdades e garantias visa criar *segurança jurídica* nos cidadãos, que poderão contar com a inexistência de medidas restritivas de direitos fora dos casos expressamente considerados pelas normas constitucionais como sujeitos a reserva de lei restritiva”⁴⁸².

Mas, o carácter restritivo das restrições é conformado por outros princípios nomeadamente “o *princípio da protecção do núcleo essencial* dos direitos, liberdades e garantias a restringir”⁴⁸³ (artigo 18.º, nº 3 CRP) cuja extensão do núcleo essencial é matéria de divergência entre as teorias absolutas e teorias relativas⁴⁸⁴. Enquanto as primeiras defendem abstractamente um núcleo essencial inviolável, as segundas aceitam diferentes intensidades na determinação desse núcleo⁴⁸⁵:

4.7. Suspensão e tutela de direitos

Quanto à *suspensão* dos direitos, liberdades e garantias, a CRP apenas a admite na vigência de estado de sítio (artigo 19.º, nº 1 CRP), estado de emergência (artigo 19.º, nº 3 CRP) ou estado de guerra. O *regime de tutela* dos direitos, liberdades e garantias (artigo 20.º, nº 5) assume uma efectividade suplementar face aos

⁴⁷⁸ A restrição de um direito, liberdade ou garantia visa permitir que outros se exerçam sem sobreposições.

⁴⁷⁹ A restrição de algum direito, liberdade ou garantia tem como objectivo evitar a repetição da uma nova colisão de direitos no futuro.

⁴⁸⁰ A limitação dos direitos, liberdades e garantias surge pela primazia de valores comunitários

⁴⁸¹ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 452.

⁴⁸² *Idem, Ibidem.*

⁴⁸³ Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 1131.

⁴⁸⁴ *Idem*, p. 1132.

⁴⁸⁵ *Idem, Ibidem.*

mecanismos comuns a todas as classes de direitos fundamentais contemplados nos (artigos 24.º a 47.º CRP): direito de resistência; de legítima defesa; responsabilidade criminal e responsabilidade civil⁴⁸⁶.

4.8. O regime específico dos direitos económicos, sociais e culturais

Ficou claro que o primeiro princípio específico dos direitos sociais, prende-se com a tarefa fundamental do Estado prevista no artigo 9.º *al d)* CRP. Já o afirmamos que na efectivação desses direitos podem concorrer outras entidades em especial, igualmente previstas na Constituição, vertidas nos artigos 63.º, nº 2; 64.º, nº 3, temática à qual voltaremos no capítulo dedicado à Constituição social. Por ora importa reafirmar que a realização dos direitos económicos, sociais e culturais não depende apenas da aplicação das normas constitucionais. A protecção dos direitos sociais está associada a um conjunto de condições económicas, sociais e culturais que a doutrina dos direitos fundamentais designa por pressupostos de direitos fundamentais e dos quais nos ocuparemos.

4.8.1. Os pressupostos

Vários autores se têm referido aos pressupostos, destacando as condições económicas do país e a capacidade económica do Estado como factores determinantes. Além desses, Gomes Canotilho refere “o clima espiritual da sociedade, o estilo de vida, a distribuição de bens, o nível de ensino, o desenvolvimento económico, a criatividade cultural, as convenções sociais, a ética filosófica ou religiosa”⁴⁸⁷. Juntos ou individualmente apresentam-se como condicionantes, quer pela positiva, quer pela negativa, de todos os direitos fundamentais, com particular incidência sobre os direitos sociais.

Cabe aos órgãos políticos e legislativos fazer uma “apreciação dos factores económicos para uma tomada de decisão”⁴⁸⁸, todavia por regra, e nas palavras de

⁴⁸⁶ Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 1143-1158.

⁴⁸⁷ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 473.

⁴⁸⁸ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2008, p. 434.

Jorge Miranda “o conteúdo essencial de todos os direitos deverá sempre ser assegurado, e só o que estiver para além dele poderá deixar ou não de o ser em função do juízo que o legislador vier a emitir sobre a sua maior ou menor relevância dentro do sistema constitucional e sobre as suas condições de efectivação”⁴⁸⁹.

4.8.2. Elementos estruturais de uma sociedade

Além dos pressupostos acima referidos, que embora condicionem os direitos sociais, contudo não fazem parte do regime jurídico destes direitos⁴⁹⁰, verifica-se a existência de “elementos estruturais e elementos configuradores dos direitos económicos, sociais e culturais”⁴⁹¹ que se reconduzem concretamente a uma determinada sociedade⁴⁹². A realização do Estado social, pode ser motivada pela dignidade humana e também pela realização do “desenvolvimento da personalidade (...) consoante se considere que, abaixo de um certo nível de bem-estar material, social, de aprendizagem e de educação, as pessoas não podem tomar parte na sociedade como cidadãos e muito menos como cidadãos iguais”⁴⁹³.

O exposto permite-nos reforçar o argumento de que a sistemática constitucional não se apresenta como única responsável pela distinção entre direitos, liberdade e garantias e direitos sociais e culturais. Cumpre-nos ainda sublinhar que quer os direitos de liberdade quer os direitos sociais deverão ser submetidos aos mesmos valores e aos mesmos princípios constitucionais. Só desse modo será possível alcançar a harmonização imposta pela unidade do sistema e pelo primado da dignidade da pessoa humana. E não obstante a constatação da maior atenção prestada aos direitos, liberdades e garantias, sublinha-se: em primeiro lugar o facto dos direitos sociais beneficiarem de regras homólogas das regras formuladas para os direitos de liberdade, por via dos princípios gerais do ordenamento jurídico.

⁴⁸⁹ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2008, p. 434.

⁴⁹⁰ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 473.

⁴⁹¹ *Idem, Ibidem.*

⁴⁹² *Idem, Ibidem.*

⁴⁹³ *Idem*, p. 474.

Tendo em conta o que dispõe o 74.º, nº 2 alínea a) da CRP, que no essencial assegura o ensino básico universal obrigatório e gratuito, este inciso ganha mais força quando Gomes Canotilho e Vital Moreira sublinham que se trata da “primeira e mais importante obrigação do Estado para garantir o direito ao ensino”⁴⁹⁴. No âmbito das obrigações do Estado, sinaliza-se também a alínea c) do nº 2 do mesmo preceito, onde se inclui na tarefa do Estado a garantia da formação permanente que segundo os mesmos autores “quer significar a educação realizada fora do sistema formal de ensino ao longo de toda a vida do indivíduo”⁴⁹⁵. Nestes casos, se ao tempo da entrada em vigor das normas constitucionais já se verificarem os pressupostos da concretização, tais normas podem ser entendidas como tendo aplicação imediata.

Conclusão

Após uma exposição dos princípios fundamentais gerais da universalidade e da igualdade, aos quais se reconhece a função de materialização dos actos dos poderes públicos, vimos que os direitos fundamentais ficam situados num contexto mais vasto e mais sólido que o da Constituição em sentido instrumental, sendo manifesta a influência dos valores da DUDH como parte essencial da ideia de Direito à luz da qual todas as normas constitucionais e, por conseguinte, toda a ordem jurídica portuguesa, têm de ser pensadas e postas em prática.

Na definição e amplitude do regime específico dos direitos, liberdades e garantias, verificamos que se trata de um regime especial na medida em que a Constituição contém regras e princípios que, na sua globalidade, consagram uma disciplina jurídico-constitucional específica para esta categoria de direitos fundamentais e que se traduz na sua aplicabilidade infraconstitucional imediata e directa, aos quais se vinculam entidades públicas privadas. Ficou igualmente exposto o carácter restritivo da restrição infraconstitucional e ficou demonstrado que os direitos, liberdades e garantias podem também ser limitados ou suspensos, verificados os pressupostos, justificando-se as restrições pela circunstância da Constituição

⁴⁹⁴ Cfr. CANOTILHO; MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa* anotada, volume I, 2007, p. 897.

⁴⁹⁵ *Idem*, p. 898.

reconhecer mecanismos de limitação material dos direitos fundamentais, como necessários à vida em comunidade.

Defendemos também que quer os direitos de liberdade quer os direitos sociais deverão ser submetidos aos mesmos valores e princípios comuns, dada a harmonização imposta pela unidade do sistema e pelo primado da dignidade da pessoa humana. Mas, ficou também demonstrado que a sistemática constitucional não se apresenta como única responsável pela distinção entre direitos, liberdade e garantias e direitos sociais e culturais.

Na alusão que foi feita ao regime dos direitos sociais e em concreto ao direito à educação, podemos concluir que à medida que com as suas disponibilidades financeiras, o Estado vai realizando os direitos sociais e dando cumprimento às imposições constitucionais e deveres de prestação que deles decorrem, deixa de dispor livre e arbitrariamente do grau e medida entretanto realizados desses direitos.

Importa porém reter que tratando-se de direitos sociais como o direito à educação, a sua garantia justifica uma tarefa de harmonização e de concordância prática, que se traduz numa avaliação dos direitos a efectivar e dos recursos disponíveis. Nesta apreciação, os órgãos políticos gozam de uma margem de liberdade embora esta não seja absoluta, na medida em que qualquer medida terá de ser ponderada à luz do princípio da proporcionalidade que por sua vez deverá ser aferida por padrões de justiça social.

É com base nesse princípio que defendemos que a Lei 85/2009 de 27 de Agosto veio garantir a todos os educandos o direito à igualdade de oportunidades de acesso, permitindo a conclusão da escolaridade obrigatória gratuita se a mesma for realizada dentro dos dezoito anos. A função do Estado deve porém se circunscrever a um papel subsidiário junto daqueles que não tenham condição de satisfazer essa necessidade. Voltaremos ao tema no capítulo dedicado à Constituição Social, altura em que apelaremos à auto-responsabilização.

Capítulo 5

Os direitos fundamentais em especial a Constituição na educação

“Uma vez que a educação é uma função essencialmente social, o Estado não pode desinteressar-se dela. Pelo contrário, tudo o que seja educação deve ser, de alguma forma, submetido à sua acção. Não quer dizer com isto que deva necessariamente monopolizar o ensino”⁴⁹⁶.

Introdução

Após a apresentação dos princípios comuns a ambos os regimes especiais de direitos fundamentais, e clarificada a natureza distinta de cada um dos dois conjuntos de direitos, vamos focar o nosso estudo na constituição da educação, por se tratar de uma área estratégica para a compreensão do tema *Liberdade de Educação e Direito à Educação: perspectivas constitucionais e políticas*.

Se é certo que existe um enquadramento constitucional e legal do sistema escolar favorável à liberdade de educação e com ela o exercício das liberdades de aprender e de ensinar e o direito de criação de escolas particulares e cooperativas, na prática da vivência diária das instituições de ensino, é evidente, que “o sistema escolar português não se libertou do monopólio estatal que o domina secularmente; não evolui 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”⁴⁹⁷.

Na perspectiva de Mário Pinto, o monopólio do Estado além de dificultar a competição das escolas privadas face às escolas estatais, limita ou até impede as iniciativas privadas de oferta de ensino escolar, mas vai mais longe, na medida em que se impõe “ (...) àqueles titulares da liberdade de aprender (...) que, desejando exercer 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”⁴⁹⁸.

⁴⁹⁶ Cfr. Émile DURKHEIM – *Educação e Sociologia*, 2007, p. 61.

⁴⁹⁷ Cfr. Mário PINTO – *Sobre os direitos fundamentais de educação*, 2009, p. 31.

⁴⁹⁸ *Idem*, p. 45.

No mesmo sentido Francisco Lucas Pires refere que “O Estado aparece como o maior educador, o maior informador, o maior produtor, o maior prestador de serviços de saúde e de cultura. A rigidez, anomia e dependência que este processo provoca na sociedade civil são, por isso mesmo, causa de atrofiamento e de esterilidade”⁴⁹⁹

Dos contributos colhidos, resulta claro uma lógica centralizadora que domina a prestação do sistema de ensino, substituindo-se à família, esquecendo o valor da complementaridade entre a educação escolar e a educação familiar, afastando desse modo os pais da escola e demais sociedade civil, gerando a desconfiança em torno do sector educativo. Em vez da participação democrática na educação, no entendimento de Lucas Pires fomos criando um “Estado alongado, face aos indivíduos e interesses mais remotos e desencontrados”⁵⁰⁰, mais propício à criação de “uma hostilidade de princípio”⁵⁰¹.

Em defesa de um sistema de ensino mais flexível e mais apto à concretização do livre desenvolvimento dos cidadãos/ãs, vamos problematizar não tanto a redução do papel do Estado mas antes que papel deve desenvolver o Estado na educação de modo que a escola não se apresente como uma instituição estranha aos pais, alunos e demais comunidade, mas antes contribua para a inclusão e participação do indivíduo, assim como o desenvolvimento da sua personalidade e se traduza num benefício social.

Esta problemática, convida-nos a uma sumária reflexão sobre as concepções ideológicas distintas em torno do ensino, seguida do enquadramento infraconstitucional do sistema educativo numa tentativa de acompanhar o esforço normativo mais recente. Será feita uma breve resenha das orientações constitucionais portuguesas em matéria de liberdades e direito à educação, que necessariamente foram ocorrendo ao sabor da inspiração de distintas ideias filosóficas-políticas.

⁴⁹⁹ Cfr. Francisco Lucas PIRES – Teoria da Constituição de 1976: a transição dualista, 1988, p. 315.

⁵⁰⁰ *Idem*, p. 318.

⁵⁰¹ *Idem*, *Ibidem*.

5.1 Duas concepções divergentes de ensino

O constitucionalismo liberal iniciado com o movimento cultural do iluminismo e influenciado pelas revoluções americana e francesa, foi crucial pelas alterações que se introduziu quer no plano político quer no plano económico. Os seus traços mais visíveis “(...) no plano político, traduz-se pela abolição do absolutismo real, a proclamação dos Direitos do Homem, o aparecimento das Constituições escritas, a adopção da República como forma política, o início do parlamentarismo e o aparecimento dos primeiros partidos políticos⁵⁰². No plano económico e social, sobretudo a partir do século XIX, “caracteriza-se pela afirmação do liberalismo económico e pela proclamação do princípio da não intervenção do Estado na vida económica e social, ou pela redução dessa intervenção ao mínimo indispensável”⁵⁰³.

Com o constitucionalismo liberal desenvolve-se uma concepção individualista do liberalismo, que decorre de uma atitude fundamental de rejeição de qualquer autoridade. Nesta óptica, a liberdade de ensino é considerada como um direito individual de liberdade, de defesa perante o qual o Estado deve abster-se de intervir, donde resulta o princípio da razão independente e a consequente oposição ao ensino de verdades tidas por absolutas, objectivas. É esta raiz racionalista do pensamento liberal que explica a luta dos Estados Liberais da Europa Católica do século XIX contra o ensino da Igreja.

Este facto vai originar um crescimento do ensino estatal ao longo do século XIX, na Europa, determinado pelo objectivo de combater e substituir o ensino da Igreja. Foi o que aconteceu nomeadamente em Inglaterra, onde a influência estatal se deveu à obrigação do governo intervir para a realização mais plena do direito individual à instrução. Tratava-se de alimentar não uma visão ideológica mas sim pragmática que se traduzia numa intervenção do Estado na educação através da concessão de subsídios às escolas particulares.

⁵⁰² Cfr. Freitas do AMARAL – *História das Ideias Políticas*, volume II, 1998, p. 61-62.

⁵⁰³ *Idem*, p.62

O Forster Act (a partir de 1870), foi disso exemplo, e traduziu-se na primeira legislação que enquadrava toda a oferta educativa na Grã-Bretanha. O diploma, resultou de um compromisso em torno da educação à escala nacional onde se incluiu a influência do poder local. A construção e a gestão das escolas ficou a cargo de um “schools boards”⁵⁰⁴. A coordenação estatal generalizada do ensino foi ao longo da segunda parte do século XIX responsável pela oferta de mão-de-obra para a indústria no âmbito do Balfour Act (1902)⁵⁰⁵.

Neste conjunto de reformas desenvolvidas pela Grã-bretanha, inclui-se a Education Act em 1944⁵⁰⁶, relevante para a extensão da educação até aos 15 anos. Deste modo, a posição do governo central na educação foi sendo reforçada até à Education Reform Act em 1988, altura em que foram criadas as “foundation schools”, escolas que passaram a gozar de maior autonomia⁵⁰⁷. Este percurso, apresentado sumariamente, foi movido pela concepção de que as desigualdades educativas promovem desigualdades sociais. Este argumento é na actualidade comum a todos os países.

Entre nós, esta consciência levou a que a Constituição de 1976 estabelecesse o princípio da universalidade, obrigatoriedade e gratuidade do ensino básico. E, com este desiderato, a Lei de Bases do Sistema Educativo, aprovada pela Lei n.º 46/86, de 14 de Outubro, determinou o alargamento a nove anos da escolaridade obrigatória gratuita, dando expressão a uma ambição generalizada na sociedade portuguesa. Este alargamento sinaliza um marco importante que vem na sequência de um anterior, a reforma Veiga Simão, instituída em 1973 pela Lei nº 5/73, de 25 de Julho e onde se definem seis anos de escolaridade obrigatória.

O Decreto-Lei nº 55/2009 de 2 de Março, assumindo o atraso educativo e um défice de qualificações no conjunto da população activa, assim como entre os jovens, que em muito se deve ao insucesso e abandono escolar, veio estabelecer “o regime

⁵⁰⁴ Cfr. REINO UNIDO. PARLAMENTO – Education Act (1870).

⁵⁰⁵ *Idem*, Balfour Act (1902).

⁵⁰⁶ *Idem*, Education Act (1944).

⁵⁰⁷ *Idem*, Education Reform Act (1988).

jurídico aplicável à atribuição e ao funcionamento dos apoios no âmbito da acção social escolar, enquanto modalidade dos apoios e complementos educativos previstos na Lei de Bases do Sistema Educativo, aprovada pela Lei n.º 46/86, de 14 de Outubro, na redacção dada pela Lei n.º 115/97, de 19 de Setembro, e da Lei n.º 49/2005, de 30 de Agosto”⁵⁰⁸.

Reconhecia-se no preâmbulo do citado Decreto-Lei, que “a regulamentação conjunta da gratuitidade da escolaridade obrigatória e dos apoios e complementos educativos previstos na Lei de Bases do Sistema Educativo propunha - se justamente reforçar as condições para que fosse cumprido o objectivo de que todos os cidadãos pudessem completar com sucesso o ensino básico, entendido como patamar mínimo de escolaridade. Realizaram -se desde então inegáveis progressos”.

No entanto, e não obstante todos os esforços, reconhecemos a permanência do défice de qualificações, levando o Programa do XVII Governo Constitucional a estabelecer “um conjunto de objectivos estratégicos no sentido de o colmatar, entre os quais o ensejo de consolidar a consolidação da universalidade do ensino básico, a redução para metade dos índices de insucesso escolar, o alargamento da educação pré-escolar, a duplicação da frequência de jovens em cursos tecnológicos e profissionais de nível secundário e a frequência obrigatória de ensino ou formação profissional para todos os jovens até aos 18 anos.”

A Lei n.º 85/2009, de 27 de Agosto, constitui um terceiro marco em matéria de alargamento do número de anos da escolaridade, ao expandir a obrigatoriedade até aos 18 anos e consagrar concomitantemente a universalidade da educação pré-escolar para as crianças a partir dos cinco anos de idade.

Hoje, a igualdade e a justiça apresentam-se como novos argumentos para justificar a forte presença do Estado na educação. Alguns autores defendem que a apropriação do ensino pelo Estado é sempre um meio de vinculação social a uma

⁵⁰⁸Cfr. Decreto-Lei n.º 55/2009, de 2 de Março, *Diário da República*, 1.ª série — N.º 42 — 2 de Março de 2009.

ideologia determinada. Independentemente das posições ideológicas, “permanecem como constrangimentos a excessiva centralização e os tímidos avanços na autonomia das escolas”⁵⁰⁹. Esse entendimento será aprofundado ao longo deste capítulo, por ora apresentaremos as bases jurídicas do sistema educativo português.

5.2. Enquadramento infraconstitucional do sistema educativo

No plano infraconstitucional, as bases jurídicas do sistema escolar português coloca no cerne do sistema educativo⁵¹⁰ a Lei n.º 46/86, de 14 de Outubro, Lei de Bases do Sistema Educativo (LBSE), que estabelece o quadro geral do sistema educativo, alterado pela Lei n.º 115/97, de 19 de Setembro e pela Lei n.º 49/2005, de 31 de Agosto, segunda alteração à LBSE e primeira alteração à Lei 37/2003, de 22 de Agosto, Lei de Bases do Financiamento do Ensino Superior.

A Lei n.º 85/2009, de 27 de Agosto, como atrás ficou expresso, estabelece o regime da escolaridade obrigatória para as crianças e jovens que se encontram em idade escolar e consagra a universalidade da educação pré-escolar para as crianças a partir dos 5 anos de idade. O nº 1 do artigo 2º considera “em idade escolar as crianças e jovens com idades compreendidas entre os 6 e os 18 anos”. No âmbito da escolaridade obrigatória⁵¹¹ o ensino é universal e gratuito (artigo 3.º, nº 1). A gratuidade “abrange propinas, taxas e emolumentos relacionados com a matrícula, frequência escolar e certificação do aproveitamento, dispondo ainda os alunos de apoios no âmbito da acção social escolar, nos termos da lei aplicável.” (nº 2)

⁵⁰⁹ Cfr. GOMES; DUARTE – Políticas públicas de educação e formação, 2012, p. 357.

⁵¹⁰ “O sistema educativo é o conjunto de meios pelo qual se concretiza o direito 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” (artigo 1.º, nº 2 da Lei nº 49/2005, de 30 de Agosto. Nele se inclui “a educação pré-escolar, a educação escolar e a educação extra-escolar” (artigo 4.º, nº 1). “A Educação escolar compreende os ensinos básicos, secundário e superior” (nº 3). “A educação extra-escolar engloba actividades de alfabetização e de educação de base, de aperfeiçoamento e actualização cultural e científica e a iniciação, reconversão e aperfeiçoamento profissional e realiza-se num quadro aberto de iniciativas múltiplas, de natureza formal e não formal” (nº 4).

⁵¹¹ Na Lei 85/ 2009, de 27 de Agosto, podemos ler que “ A escolaridade obrigatória cessa: a) Com a obtenção do diploma de curso conferente de nível secundário da educação; ou b) Independentemente da obtenção do diploma de qualquer ciclo ou nível de ensino, no momento do ano escolar em que o aluno perfaça 18 anos (artigo 2.º, nº 4).

Recentrando a nossa atenção na liberdade de ensino, é possível reunir até à revisão constitucional de 1982 três diplomas: Lei de Bases do Ensino Particular e Cooperativo (Lei n.º 9/79); Lei da Liberdade de Ensino (Lei n.º 65/79) e Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo (Decreto Lei n.º 553/80).

Especialmente relevante para a *liberdade de educação e o direito à educação*, é o conteúdo do artigo 6.º da Lei nº 9/79 onde se afirma que “O Estado apoia a coordena o ensino nas escolas particulares e cooperativas”. No mesmo artigo se refere as atribuições do Estado, as quais consiste designadamente (...) conceder subsídios e celebrar contratos para o funcionamento das escolas particulares e cooperativas⁵¹², 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”.

Outra referência importante para o tema em estudo está plasmada no artigo 2.º da Lei nº 65/79, onde se afirma que “A liberdade de ensino exerce-se (designadamente por: (...)) ausência de qualquer tipo de discriminação ideológica ou política na autorização, financiamento ou apoio ou parte do Estado às escolas particulares e cooperativas (...)”.

Com o Decreto - Lei nº 553/80, de 21 de Novembro, deu-se, plena expressão aos preceitos constitucionais que consagram a liberdade de aprender e de ensinar (artigo 43.º) e o papel essencial da família no processo educativo dos filhos (artigo 67.º). Nessa conformidade, o “ 1 - 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. 2 - O exercício da liberdade de ensino só é limitado pelo bem comum, pelas finalidades gerais da acção educativa e pelos acordos celebrados entre o Estado e os estabelecimentos de ensino particular. 3 - É dever do Estado, no âmbito da política de apoio à família, instituir subsídios destinados a custear as despesas com a educação dos filhos (artigo nº 2).

⁵¹² São estabelecimentos de ensino particular as instituições criadas por pessoas singulares ou colectivas privadas em que se ministre ensino colectivo a mais de cinco alunos ou em que se desenvolvam actividades regulares de carácter educativo (artigo 3.º, nº 1 do Decreto-Lei 553/80).

Após a revisão de 1982⁵¹³, surgem mais diplomas igualmente relevantes: o Decreto-Lei n.º 441-A/82, de 6 de Novembro, Bases do Sector Cooperativo de Ensino. O Decreto-Lei n.º 169/85, de 20 de Maio, primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 553/80, de 21 de Novembro, que aprova o Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo. O Decreto-Lei n.º 75/86, de 23 de Abril, segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 553/80, de 21 de Novembro, que aprova o Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo. Decreto-Lei n.º 484/88, de 29 de Dezembro, terceira alteração ao Decreto-Lei n.º 553/80, de 21 de Novembro, que aprova o Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo. Lei de Bases do Sistema Educativo (Lei n.º 46/86)⁵¹⁴

Especialmente importante foi o Decreto-Lei n.º 108/88, de 31 de Março, integração das escolas particulares e cooperativas na rede escolar. De igual modo o Decreto-Lei n.º 271/89, de 19 de Agosto (Estatuto do Ensino Superior Particular e Cooperativo) e o Decreto-Lei n.º 16/94, de 22 de Janeiro, Estatuto do Ensino Superior Particular e Cooperativo relevaram no sistema educativo.

A revisão constitucional de 1997 veio legitimar a criação de outros diplomas, designadamente o Decreto-Lei n.º 138-C/2010, de 28 de Dezembro, que regula o apoio do Estado aos estabelecimentos do ensino particular e cooperativo, procedendo à quarta alteração do Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 553/80, de 21 de Novembro.

A Lei n.º 33/2012, de 23 de Agosto, constitui a sexta alteração do Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 553/80, de 21 de Novembro. “A presente lei procede à alteração do Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 553/80, de 21 de Novembro, alterado

⁵¹³ A revisão de 1982 veio permitir uma nova interpretação do n.º 1 do artigo 75.º da CRP, surgindo a expressão «estabelecimentos públicos de ensino» em substituição de «estabelecimentos oficiais».

⁵¹⁴ Alterada pelas leis: Lei n.º 115/97, de 19 de Setembro Alteração à Lei n.º 46/86, de 14 de Outubro (Lei de Bases do Sistema Educativo); Lei n.º 49/2005, de 31 de Agosto Segunda alteração à Lei de Bases do Sistema Educativo e primeira alteração à Lei de Bases do Financiamento do Ensino Superior e Lei n.º 85/2009, de 27 de Agosto Estabelece o regime da escolaridade obrigatória para as crianças e jovens que se encontram em idade escolar e consagra a universalidade da educação pré-escolar para as crianças a partir dos 5 anos de idade.

pelos Decretos-Leis n.ºs 169/85, de 20 de Maio, 75/86, de 23 de Abril, e 484/88, de 29 de Dezembro, pela Lei n.º 30/2006, de 11 de Julho, e pelo Decreto -Lei n.º 138 - C/2010, de 28 de Dezembro, a fim de o adequar ao Decreto -Lei n.º 92/2010, de 26 de Julho, que transpõe para o ordenamento jurídico interno a Directiva n.º 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro, relativa aos serviços no mercado interno, definindo o regime sancionatório e contraordenacional a aplicar às entidades proprietárias dos estabelecimentos de ensino e aos directores pedagógicos que violem o disposto nesta lei” (artigo 1.º).

A coordenação da política educativa é incumbida “a um ministério especificamente vocacionado para o efeito” (artigo 1.º, nº 3 da Lei de Bases do Sistema Educativo), independentemente das instituições que compõem o sistema educativo. A sua concretização é referida no preâmbulo do Decreto-Lei nº 137/2012, de 2 de Julho, diploma que adita o nº 7 do artigo 6.º da Lei nº 75/2008, de 22 de Abril, onde podemos ler que, “o aprofundamento da autonomia das escolas e a consequente maior eficácia dos procedimentos e dos resultados decorrerá, em grande medida, através da celebração de contratos de autonomia entre a respectiva escola, o Ministério da Educação e Ciência e outros parceiros da comunidade, nomeadamente, em domínios como a diferenciação da oferta educativa, a transferência de competências na organização do currículo, a constituição de turmas, a gestão de recursos humanos”.

Deste esforço normativo resulta em nosso entender uma tentativa de aprofundar a democracia participativa (artigo 2.º da CRP), concretizada na democratização do ensino e desse modo fazer um corte com o passado. A este propósito, David Justino observa que “ Se há um contínuo entre o sistema de ensino herdado do regime autoritário de Salazar e Caetano e o sistema de ensino que se estruturou, melhor ou pior, nas três décadas e meia de regime democrático, é o centralismo das políticas e da gestão da educação”⁵¹⁵.

⁵¹⁵ Cfr. David JUSTINO – *Difícil é Educá-los*, 2010, p.110.

5.3. A educação e o constitucionalismo português

Tendo presente a normatividade constitucional emergente das leis fundamentais, importa sublinhar a sua influência na Constituição de 1976, e em concreto no domínio dos direitos fundamentais: *liberdade de educação e direito à educação*. Num primeiro olhar, verificamos que a exemplo da Constituição de 1976, também as constituições de 1822, 1838 e 1911, consagraram aos direitos fundamentais uma divisão, enquanto a Carta Constitucional e a Constituição de 1933 lhe atribuíram apenas um só artigo, não obstante a inscrição de outros direitos ao longo do texto constitucional.

Porém na sistemática das diferentes constituições os direitos fundamentais ocupam lugares distintos. É o caso da Constituição de 1822 que prevê no Título I «Dos Direitos e Deveres dos Portugueses». Já a Carta Constitucional de 1826 reserva-lhe o Título VIII «Das disposições gerais, e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos portugueses» (artigo 145.º). Por sua vez, a Constituição de 1838 trata no Título III «Dos direitos e deveres fundamentais dos portugueses». A Constituição de 1911 consagra os direitos fundamentais no Título II «Dos direitos e garantias individuais» enquanto a Constituição de 1933 dispõe no Título II «Dos cidadãos». Por último, a Constituição de 1976, tal como já o mencionamos, reserva aos Direitos Fundamentais a Parte I e ainda outros direitos na Parte II e III.

5.3.1. A Constituição de 1822

Em matéria de direitos e liberdades individuais, a Constituição de 1822⁵¹⁶ «tem por objecto manter a liberdade, a segurança e prosperidade de todos os Portugueses» (artigo 1.º). Mais concretamente quanto à instrução, prevê no Título VI,

⁵¹⁶ A Constituição de 1822, de 23 de Setembro, é votada pelas Cortes Constituintes reunidas, em Lisboa (1821). A CRP de 1822 divide-se em seis títulos: Título I «Dos Direitos e Deveres dos Portugueses»; Título II «Da Nação Portuguesa e seu Território, Religião, Governo e Dinastia», consigna a separação de poder mas a soberania residia na Nação. O Título III «Do Poder Legislativo ou das Cortes», prevê o princípio de uma única câmara, eleita bienalmente por sufrágio directo e universal, na qual as mulheres, os analfabetos e os frades não tinham lugar. Título IV «Do Poder Executivo do Rei» aqui se consagra o princípio de larga autonomia política e administrativa para o Brasil, permanecendo uma União Real. Título V «Do Poder Judicial e Título VI «Do Governo Administrativo e Económico».

Capítulo IV «Dos Estabelecimentos de Instrução Pública e de Caridade». Neste domínio, o artigo 237.º dispõe sobre escolas suficientemente dotadas «em todos os lugares, onde convier» e no artigo 239.º declara «livre a todo o cidadão abrir aulas para o ensino público», numa clara concretização da liberdade de educação na sua vertente de “liberdade de criação privada de estabelecimentos de ensino público”⁵¹⁷.

Importante é também a previsão do artigo 223.º, que incumbe às câmaras municipais o cuidado das «escolas de primeiras letras e de outros estabelecimentos de educação que forem pagos pelos rendimentos públicos». No entanto, a criação das escolas fica a cargo do Estado Assim serão criadas por «todos os lugares do reino, onde convier (...) em que se ensine a mocidade Portuguesa de ambos os sexos a ler, escrever, e contar» (artigo 237.º). A Constituição previa também a regulação dos estabelecimentos de instrução pública existentes (artigo 238.º), papel que incumbia ao Estado.

A liberdade de ensino estava prevista no artigo 239.º, segundo o qual «É livre todo o cidadão abrir aulas para o ensino público». O artigo 240.º prescreve sobre a fundação, aumento e conservação das casas de misericórdia, hospitais (civis e militares) e «outros estabelecimentos de caridade», aí se situando a origem aos direitos sociais na Constituição portuguesa que se concretiza, “numa cláusula de bem-estar na Constituição de 1976”⁵¹⁸.

5.3.2. A Carta Constitucional de 1826 e a Constituição de 1838

Tanto a Carta Constitucional de 1826⁵¹⁹ como a Constituição de 1838⁵²⁰,

⁵¹⁷ Cfr. Paulo OTERO – *Direito Constitucional Português*, volume I, 2010, p. 260, nota 365; *Instituições Políticas e Constitucionais*, volume I, 2007, p. 259.

⁵¹⁸ *Idem*, p. 260; *Instituições Políticas e Constitucionais*, volume I, 2007, p. 247, 248 e 333.

⁵¹⁹ A Carta Constitucional de 1826 é composta por oito títulos: Título I «Do Reino de Portugal, Algarve e seus domínios»; Título II «Dos cidadãos portugueses»; Título III «Dos poderes e representação nacional»; Título IV «Do Poder legislativo»; Título V «Do Rei»; Título VI «Do Poder Judicial»; Título VII «Administração e a Economia das Províncias»; Título VIII «Das disposições gerais, e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos portugueses». A Carta Constitucional estipula o princípio da separação de poderes (legislativo, executivo e judicial e moderador). O poder moderador, poder executivo pertence exclusivamente ao rei. O poder judicial é independente e assenta no sistema de juízes e jurados. A Carta enumera ainda os direitos dos cidadãos, de que os mais importantes são o

estabelecem a instrução primária e gratuita a todos os cidadãos. Nos seus termos, a Constituição de 1828 estatui que “A Instrução Primária é gratuita a todos os Cidadãos” (artigo 145.º§ 30), enquanto a Constituição de 1838 dispõe no artigo 28.º nº 1 que «A instrução primária é gratuita». O nº 2 desse mesmo preceito, consagra a garantia constitucional dos «Estabelecimentos em que se ensinam as ciências, letras e artes».

No que tange os direitos e liberdade, a influência da Carta Constitucional de 1826 no texto constitucional de 1976, concretiza-se no reconhecimento da liberdade religiosa e da liberdade da cultura⁵²¹. Já em relação aos direitos fundamentais, a Constituição de 1838 é mais influente por via do seu impacto no ensino, onde aí se observar a “configuração do ensino público como livre, garantindo-se a instrução primária gratuita”⁵²².

5.3.3. A Constituição de 1911

A Constituição de 1911⁵²³ no nº 11 do artigo 3.º, considera “a instrução primária não só gratuita mas ainda obrigatório o ensino primário elementar”⁵²⁴. Mas vai mais além e no nº 10 do artigo 3.º impõe “a neutralidade em matéria religiosa do ensino ministrado quer em escolas públicas quer em escolas particulares fiscalizadas pelo Estado”⁵²⁵.

direito de liberdade de expressão, oral e escrita, o direito de segurança pelo qual ninguém pode ser preso sem culpa formada, e o direito de propriedade.

⁵²⁰ A Constituição de 1838 constitui-se em onze títulos: Título I «Da Nação Portuguesa, seu território, Religião, Governo e Dinastia»; Título II «Dos cidadãos portugueses»; Título III «Dos Direitos e Garantias dos Portuguesas»; Título IV «Dos Poderes Políticos»; Título V «Do Poder Legislativo»; Título VI «Do Poder Executivo»; Título VII «Do Poder Judiciário»; Título VIII «Do Governo Administrativo e Judicial»; Título IX «Da Fazenda Nacional»; Título X «Das Províncias Ultramarinas» e Título XI «Da Reforma da Constituição». Consagra o princípio da separação de poderes: poder executivo, poder legislativo e poder judicial e aborda a descentralização administrativa.

⁵²¹ Cfr. Paulo OTERO – *Direito Constitucional Português*, volume I, 2010, p. 264.

⁵²² *Idem*, p. 265.

⁵²³ A Constituição de 1911 é constituída por sete títulos: Título I «Da forma do governo e do território da Nação Portuguesa»; Título II «Dos direitos e garantias individuais»; Título III «Da Soberania e dos Poderes do Estado»; Título IV «Das Instituições locais Administrativas»; Título V «Da Administração das Províncias Ultramarinas»; Título VI «Disposições Gerais»; Título VII «Da Revisão Constitucional» e Disposições Transitórias.

⁵²⁴ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p. 431.

⁵²⁵ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p. 431.

Os direitos sociais têm no entanto uma posição pouco relevante no texto republicano, não obstante ser-lhe reconhecido valores de solidariedade. Assumida esta evidência é porém importante salientar que as liberdades influenciaram definitivamente a normatividade do texto constitucional de 1976.

5.3.4. A Constituição de 1933

A Constituição de 1933⁵²⁶ institucionaliza em Portugal um regime autoritário, distinguindo-se das anteriores constituições pela abertura a direitos positivos, fundamentando desta forma uma maior intervenção do Estado, a que correspondeu a uma limitação das liberdades individuais.

Assim, instituindo um regime autoritário, distancia-se da Constituição de 1911 ao mesmo tempo que desvitaliza “todas as suas instituições, gerando um verdadeiro interregno constitucional”⁵²⁷ provocando impacto no constitucionalismo posterior, projectando a “existência de um sistema público de ensino”⁵²⁸. Nesta conformidade, o Estado obriga-se a facilitar aos pais o cumprimento do dever de instruir a educar os filhos (artigo 13º, n.º 4) e a manter escolas de todos os graus «escolas primárias, complementares, médias e superiores e institutos de alta cultura» (artigo 43.º).

De suma importância para o nosso estudo consagrado à liberdade de educação e direito à educação, é não só a instituição do ensino primário obrigatório, como o facto de ser incumbido “à família e aos estabelecimentos oficiais ou particulares em cooperação com ela (artigo 42.º)”⁵²⁹. Igualmente importante são os pressupostos da liberdade de educação vertida no artigo 44.º. Aí se dispõe que «É livre o

⁵²⁶ A Constituição de 1933, formalmente, é composta por catorze Títulos I Da Nação Portuguesa; Título II Dos Cidadãos; Título III Da Família; Título IV Das Corporações Morais e Económicas; Título V Da Família, das Corporações, das Autarquias como Elementos Políticos; Título VI Da Opinião Pública; Título VII Da ordem administrativa, política e civil; Título VIII Da ordem económica e social; Título IX Da Educação, Ensino e Cultura Nacional; Título X Das Relações do Estado com a Igreja Católica e demais Cultos; Título XI Do Domínio Público e Privado; Título XII Da Defesa Nacional; Título XIII Das Administrações de Interesse Colectivo e Título XIV Das Finanças do Estado. Na base da Constituição de 1933 está a ideia da reestruturação da sociedade com um tipo de política que superasse o liberalismo, o parlamentarismo e o partidarismo.

⁵²⁷ Cfr. Paulo OTERO – *Direito Constitucional Português*, 2010, p. 272.

⁵²⁸ *Idem*, p. 276.

⁵²⁹ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p. 431.

estabelecimento de escolas particulares paralelas à do Estado, ficando sujeitas à fiscalização deste, e podendo ser por ele subsidiadas». Ou seja, a República garantia a liberdade de ensino, embora sujeita a lei especial (artigo 8º, § 2º), e desta forma promovia o “livre acesso de todas as classes aos benefícios da civilização” (artigo 5º).

De um modo geral podemos afirmar que a Constituição de 1933 progrediu face à Constituição de 1911 em matéria de direitos sociais, económicos e culturais. Em matéria de educação essa política encontra-se expressa na revisão da CRP, realizada pela Lei nº 2100, de 29 de Agosto de 1959, estatui uma nova redacção do artigo 12.º onde dispõe que «O Estado assegura a constituição e defesa da família, como fonte de conservação e desenvolvimento do povo português, como base primária da educação». De igual modo, a Lei 3/71, de 16 de Agosto, prevê a possibilidade do Estado consagrar a todos os cidadãos «o acesso aos vários graus de ensino e os bens da cultura sem outra distinção que não seja a resultante da capacidade e dos méritos».

5.3.5. A Constituição de 1976

A Constituição da República Portuguesa, de 2 de Abril de 1976⁵³⁰ actualiza e em nosso entender, aprofunda os direitos individuais, pessoais, civis e políticos consagrados nas Constituições anteriores, sobretudo os direitos de liberdade. Assim, na lei fundamental actual, toda a pessoa tem direito à educação, e a sociedade tem de disponibilizar os meios necessários para que todos os cidadãos possam usufruir, de maneira digna, deste direito fundamental no elenco de liberdades consignadas pela nossa Constituição.

⁵³⁰ A Constituição de 1976, formalmente é composta por quatro partes: PARTE I Direitos e deveres fundamentais: «Título I Princípios gerais»; Título II «Direitos, liberdades e garantias»; Título III «Direitos e deveres económicos, sócias e culturais»; PARTE II Organização económica: Título I «Princípios gerais»; Título II «Planos»; Título III «Política agrícola, comercial e industrial»; Título IV «Sistema financeiro e fiscal; PARTE III: Organização do poder político: Título I Princípios gerais; Título II Presidente da República»; Título III «Assembleia da República»; Título IV «Governo»; Título V «Tribunais»; Título VI «Tribunal Constitucional»; Título VII «Regiões Autónomas»; Título VIII «Poder Local»; Título IX «Administração Pública»; Título X «Defesa Nacional»; PARTE IV «Garantia e revisão da Constituição»: Título I «Fiscalização da constitucionalidade»; Título II «Revisão constitucional».

Tal como já observamos no capítulo anterior, de acordo com a sua divisão sistemática, a Constituição de 1976 dedicava numerosas normas à educação quer no Título II reservado aos dos direitos, liberdades e garantias (artigos 42º e 43º), quer no Título III onde consagra os direitos económicos, sociais e culturais (artigos 73º e segs.). Como elementos novos sinalizamos um preceito específico que veda a programação da educação e da cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, ideológicas ou religiosas, por parte do Estado (artigo 43º, n.º 2); e um capítulo só sobre direitos culturais (direitos positivos culturais), com incumbências ao Estado na democratização da educação (artigos 73º e segs.).

Avançando agora para uma síntese da Constituição da Educação, sem prejuízo de um desenvolvimento que será feito à posteriori com o contributo jurisprudencial, cumpre-nos enumerar apoiados em Jorge Miranda, um conjunto dos preceitos constitucionais relativos à educação e ensino, de onde resultam “normas atributivas de direitos, normas prescritivas de deveres, normas impositivas de incumbências, normas organizatórias, normas de competência”⁵³¹.

Em geral, no domínio da educação, a constituição de 1976 atribui aos pais o direito e o dever⁵³² de promoverem a educação dos filhos (artigo 36.º, 3 e 4), com a cooperação do Estado [artigo 67.º, nº 2 alínea c)], que deve de igual modo «promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente» [artigo 66.º, nº, alínea g)]. A educação e a cultura, integram os planos de desenvolvimento económico e social do país (artigo 90.º).

Quanto ao ensino em geral, cumpre ao Estado, «assegurar o ensino e a valorização permanente» [(artigo 9.º alínea f)], logo, o «direito ao ensino» apresenta-se como «garantia do direito à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar» (artigo 74.º, nº 1). Deste modo, «todos têm direito à educação e à cultura»

⁵³¹ Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p.433-434.

⁵³² A Lei 85/ 2009, de 27 de Agosto, concretiza as incumbências constitucionais dirigidas aos pais ou encarregados de educação. Nessa conformidade, “A escolaridade obrigatória implica, para o encarregado de educação, o dever de proceder à matrícula do seu educando em escolas da rede pública, da rede particular e cooperativa ou em instituições de educação e ou formação, reconhecidas pelas entidades competentes, determinando para o aluno o dever de frequência” (artigo 2.º, nº 3).

(artigo 73.º, nº 1), competindo ao Estado promover a democratização da educação de molde a contribuir para a igualdade de oportunidades (artigo 73.º, nº 2).

A Constituição de 1976, incumbe ao Estado a realização da política educativa, tendo em vista «assegurar o ensino básico universal, obrigatório e gratuito» [artigo 74.º, nº 2 alínea a)]; «criar um sistema público e desenvolver o sistema geral de educação pré-escolar»; (alínea b) «garantir a educação permanente e eliminar o analfabetismo» (alínea c). «o acesso aos graus mais elevados do ensino, da investigação científica e da criação artística» (alínea d); «estabelecer progressivamente a gratuidade de todos os graus de ensino» (alínea e); »inserir as escolas nas comunidades que servem» (alínea f); «promover e apoiar o acesso aos cidadãos portadores de deficiência» e ainda «a protecção e valorização da língua gestual portuguesa, enquanto expressão cultural e instrumento de acesso à educação e da igualdade de oportunidades» (alínea h).

A CRP garante «a liberdade de ensino de qualquer religião» (artigo 41.º, nº 5 1ª parte); «a liberdade de aprender e de ensinar» (artigo 43.º, nº 1), e o Estado não poder programar «a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas» (artigo 43.º, nº 2). A Constituição consagra o «regime de acesso à universidade e às demais instituições do ensino superior (...) e a democratização do sistema de ensino, devendo ter em conta as necessidades em quadros qualificados e a elevação do nível educativo, cultural e científico do país» (76.º, nº 1). Dispõe no nº 2 do mesmo preceito que as universidades gozam de autonomia, estatutária, científica, pedagógica, administrativa e financeira.

Por último, a CRP concede um direito individual à participação democrática no ensino quer dos professores, quer dos alunos (artigo 77.º, nº 1), sendo regulada por lei as formas de participação na definição da política de ensino quer das associações de professores, quer de alunos, de pais, da comunidades e das instituições de carácter científico (nº 2).

Sobre o ensino público, o texto constitucional de 1976 refere que a realização da política de ensino prevê a existência de escolas públicas. Para tal vem incumbir ao

Estado o dever de «criar um sistema público e desenvolver o sistema geral de educação pré-escolar» [artigo 74.º, nº 2, alínea *b*)], com a garantia que «o ensino público não será confessional» (artigo 43.º, nº 3). Por sua vez, dispõe o artigo 75.º, nº 1 que o Estado deve criar «uma rede de estabelecimentos públicos de ensino que cubra as necessidades de toda a população». Compete-lhe ainda, a avaliação da qualidade do ensino das universidades e outras instituições do ensino superior (artigo 76, nº 2, *parte final*).

Sobre o ensino não público, a Constituição prevê «A criação de escolas particulares e cooperativas» (artigo 43.º, nº 4), sendo a fiscalização do «ensino particular e cooperativo, nos termos da lei» competência do Estado (artigo 75.º, nº 2).

Nas páginas subsequentes será realizada uma reflexão sobre as liberdades de educação e o direito à educação quer, com recurso à doutrina quer, com o complemento jurisprudencial sugerida por Gomes Canotilho e Vital Moreira no volume I da *Constituição da República Portuguesa* anotada.

5.4. A liberdade de educação como direito e princípio

A liberdade de educação surge simultaneamente, como direito autónomo e como exigência ou decorrência de outros direitos e princípios. Este sentido é corporizado pelo Tribunal Constitucional no acórdão 148/94 (lei das Propinas), ao reconhecer que o legislador ordinário não deveria desprender-se dos princípios fundamentais consagrados na Constituição,

(...) como seja o empenhamento da Republica na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o objectivo da realização da democracia económica, social e cultural, as tarefas fundamentais do Estado de promover a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais e assegurar o ensino e a valorização permanente, nem de direitos fundamentais, como o da liberdade de aprender e o da protecção especial a que os jovens, sobretudo os jovens trabalhadores, gozam para efectivação dos seus direitos económicos, sociais e culturais, entre estes o ensino”.

Importa sinalizar que após a revisão constitucional de 1997, verifica-se uma paridade entre ensino privado e cooperativo e público, sem prejuízo da exigência de

fiscalização a cargo do Estado (artigo 75.º da CRP). De igual modo a liberdade de constituição de escolas constitui-se como instrumental da liberdade de aprender e liberdade de ensinar.

5.5. As liberdades de aprender e de ensinar garantidas na CRP

A Constituição de 1976 reconhece e garante no artigo 43.º, duas liberdades: a liberdade de aprender e de ensinar (n.º 1), para além do direito de fundação de escolas particulares e cooperativas (n.º 4). A ligação existente entre estas liberdades, pode ser explicada, por um lado, porque o direito de criar escolas é um elemento da liberdade de ensino (liberdade de nelas ensinar e de as frequentar), não sendo obrigatório ensinar ou aprender na escola pública («liberdade de escola»). Por outro lado, a liberdade de aprender e de ensinar vale também para as escolas privadas e cooperativas, na medida em que é também um direito pessoal de docentes e discentes.

No mesmo sentido, Jorge Miranda refere que a liberdade de educação “vale em si mesmo na dupla vertente dos sujeitos do processo educativo – os que recebem e os que ministram a educação – e daí falar a Constituição em *liberdade de aprender e em liberdade de ensinar*. E revela-se inseparável dos direitos e deveres dos pais, da liberdade de consciência e de religião, da liberdade de criação cultural, da liberdade de expressão e informação, da liberdade de associação”⁵³³.

Gomes Canotilho e Vital Moreira, a propósito do dever dos pais de educação, observam que “a «educação», tem aqui um sentido mais amplo do que o «ensino»: abrange designadamente todo o processo global de socialização e aculturação, na medida em que ele é realizável dentro da família”⁵³⁴.

Partindo deste conceito amplo de educação, justifica-se reflectir sobre como devem ser equacionadas a liberdade de aprender e ensinar, antes e acima de tudo,

⁵³³ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p.435.

⁵³⁴ Cfr. CANOTILHO; MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa* anotada, volume I, 2007, p. 565.

“como questão de exercício dessas liberdades fundamentais”⁵³⁵ de forma a poder dizer-se que o ideal democrático traduz a garantia e limite dos direitos fundamentais.

Em primeiro lugar, «O Estado não pode programar a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas» (artigo 43.º, nº 2), o que de acordo com a interpretação que fazemos do preceito, a liberdade de aprender é entendida como o direito de se educar sem intromissão do poder, pois trata-se de um direito fundamental que está em conexão íntima com os direitos-deveres educativos dos pais.

Quando na lei fundamental expressamente concede aos pais «o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos» (artigo 36.º, nº 5), significa que é aos pais que compete exercerem aquela liberdade, o que nos permite deduzir a primazia da posição subjectiva dos pais em matéria de autoridade educativa. Este entendimento encontra acolhimento no nº 3 do artigo 13.º do PIDESC ao observar que os Estados signatários se comprometem:

“ (...) a respeitar a liberdade dos pais ou dos tutores legais, se for o caso, de escolher para os seus filhos ou pupilos escolas diferentes das criadas pelas autoridades públicas, sempre que aquelas satisfaçam as normas mínimas que o Estado estabeleça ou aprove em matéria de ensino, e permitam que os seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa ou moral de acordo com as suas próprias convicções”.

Do preceituado, resulta a não confessionalidade do ensino público plasmada no nº 3 do artigo 43.º da CRP. Daqui se extrai que a liberdade de aprender está ainda ao serviço de outras liberdades, designadamente à liberdade de consciência (artigo 41.º da CRP) e liberdade de religião. Daqui se depreende também a laicidade do ensino público que é a traduzida pela garantia de não aceitação de orientação religiosa do ensino público seja ela qual for e não admitir no ensino público o ensino de religião.

⁵³⁵ Cfr. Mário PINTO – Liberdades de aprender e de ensinar, 1993, p. 756.

A propósito da garantia constitucional da liberdade de religião, pronunciou-se o Tribunal Constitucional no acórdão 174/93 nos seguintes termos:

“7.1 - Da garantia constitucional da liberdade de religião decorre que o Estado deve assumir-se, em matéria religiosa, como um *Estado neutral (principio da separação entre as igrejas e o Estado* (artigo 41,º n.º 4 da Constituição). Aquele não pode arvorar-se em *Estado doutrinal*, nem atribuir-se o direito de programar a educação e a cultura de acordo com *directrizes religiosas* (artigo 43 n.º 2 da Lei fundamental) ou de organizar e manter um ensino público confessional (*principio da não confessionalidade do ensino publico* - artigo 43 n.º 3 da Constituição). Com efeito, qualquer forma de *dirigismo cultural* fere o bem comum e mina os alicerces do Estado de direito. O Estado não pode, pois, impor aos cidadãos quaisquer formas de concepção do homem, do mundo e da vida”⁵³⁶.

O contributo jurisprudencial acima citado, ajuda-nos a consolidar a nossa posição no sentido de defender que a liberdade de aprender é também condição da liberdade religiosa, porque traduz a capacidade de formar a sua própria consciência, concorrendo esta para a liberdade de escolha da escola e do projecto educativo. O argumento de que o ensino estatal não contende com as liberdades na medida em que é um ensino neutro merece-nos um comentário na medida em que defendemos a isenção doutrinária do Estado como um dever do Estado para com a colectividade. Também Mário Pinto replica esta tese e tenta demonstrar que

“a argumentação da escola pública neutra revela constantemente que se desvaloriza e até combate a liberdade de escola, acusando a escola não estatal de, na sua autonomia, acolher interesses privados que são alegadamente suspeitos à luz dos interesses públicos, em vez de reconhecer nela, por antonomásia, a expressão de liberdades fundamentais dos cidadãos dignas de apoio público. Implícita está sempre a ideia de uma só educação igual para todos, na República; a qual, para não se identificar sobretudo com as legítimas crenças inclusive religiosas, precisamente se deve proclamar como neutra. É um conceito autoritário de educação”⁵³⁷.

Convergente é a posição defendida pela DUDH ao considerar que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos

⁵³⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional, nº 174/93. Processo nº 322/88, sobre o princípio da separação entre a Igreja e o Estado, à luz do qual o Estado não deve assumir como tarefa sua e através de agentes seus o ensino de qualquer religião.

⁵³⁷ Cfr. Mário PINTO – O estatismo no sistema escolar português, 2002.

seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo: assim é possível extrair do diploma que “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” (artigo 1.º). Em defesa da isenção doutrinária do Estado, a DUDH no artigo 2.º, apela à ordem constitucional democrática e nesse sentido dispõe que:

“Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autónomo ou sujeito a alguma limitação de soberania”.

A liberdade de aprender, apresenta-se como direito fundamental e nessa qualidade, concorre para a garantia da liberdade de pensamento e de opinião, exercício que decorre da capacidade de juízo que individualmente é feito, somente possível a partir do livre desenvolvimento da personalidade humana, hoje prescrita na Constituição.

Com a revisão constitucional de 1982, o direito de criação de escolas particulares e cooperativas foi consagrado no nº 4 do artigo 43.º da CRP, consistindo na garantia da liberdade de entidades privadas e cooperativas fundarem estabelecimentos de ensino. Trata-se na perspectiva de Gomes Canotilho e Vital Moreira, “de estender o serviço de ensino a liberdade de iniciativa económica privada e cooperativa (artigo 61.º)”⁵³⁸. Não obstante, o ensino privado ficar sujeito à fiscalização do Estado (artigo 75.º, nº 2 da CRP). Voltaremos a esta temática no capítulo reservado à *redefinição do papel do Estado na educação*.

O nº 4 do artigo 13.º da PIDESc corporiza um reforço da liberdade dos particulares e entidades para estabelecer e dirigir instituições de ensino, com a

⁵³⁸ Cfr. CANOTILHO; MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa* anotada, volume I, 2007, p. 628.

condição de respeitar os princípios da não discriminação e igualdade e desde que a educação dada nessas instituições se ajuste às normas mínimas estabelecidas pelo Estado. Esta exigência permite-nos defender que as escolas particulares sejam receptoras de financiamento público. Voltaremos brevemente à temática.

Gomes Canotilho e Vital Moreira apresentam o direito à liberdade de ensino com produto da conexão entre a liberdade de aprender e ensinar prevista no artigo 43.º, n.º 1 da CRP, com o direito de criação de escolas particulares e cooperativas consagrada no artigo 43.º, n.º 4 da CRP. Este direito à liberdade de ensino é densificado por uma série de outros direitos apresentados pelos autores: “(1) *Liberdade dos pais* na escolha da educação dos filhos; (2) *Liberdade de direcção* por parte dos órgãos directivos dos estabelecimentos de ensino particular; (3) *Liberdade académica*, referente ao conjunto de direitos dos docentes no plano interno do estabelecimento de ensino; (4) *Liberdade de cátedra*, entendida no sentido da liberdade de exposição de ideias”⁵³⁹.

Ainda sobre a liberdade de ensino, pronunciou-se o Tribunal Constitucional no acórdão 220/92 onde dispõe:

“III - Respeitando a iniciativa legislativa em causa ao ensino universitário na Madeira, importa reter que a Constituição da República inclui a liberdade de ensino entre os direitos, liberdades e garantias, debruça-se sobre o direito ao ensino e atribui dignidade constitucional ao regime de acesso a Universidade e a autonomia universitária. Existe, por conseguinte, nesta área, uma axiologia constitucional intimamente conjugada com interesses de projecção nacional que todo o programa legislativo deve respeitar e que se impõem a especificidade de outros interesses, mesmo se, porventura, forem concorrenciais.”⁵⁴⁰

Prosseguindo o direito à liberdade de ensino, vamos analisar em particular: o direito à escolha da escola; o direito de criação de escolas distintas das do Estado, e a

⁵³⁹Cfr. CANOTILHO; MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa* anotada, volume I, 2007, p. 628.

⁵⁴⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 220/92, de 28 de Julho. Processo n.º 196/92, no qual se pronunciou pela inconstitucionalidade das normas do artigo 1.º e das alíneas a) e b) c), d) e e) do artigo 2.º do decreto aprovado pela Assembleia Legislativa Regional da Madeira, na sessão plenária de 30 de Abril de 1992, subordinado ao título «Competências no Âmbito do Ensino Superior», com fundamento na violação da norma do artigo 229.º, n.º 1, alínea a) da Constituição da República.

liberdade na escola, por assumirmos a sua centralidade no âmbito da tese sobre *liberdade de educação e direito à educação: perspectivas constitucionais e políticas*.

5.5.1. A escolha da escola como um direito e um dever

Como já o afirmamos anteriormente, a liberdade de escolha da escola é um direito/dever dos pais que, só é concretizável se existir uma efectiva liberdade de projectos educativo das escolas particulares. Só assim se pode afirmar que a liberdade de escolha de escola está na base da liberdade de aprender e da liberdade de ensinar e, portanto, também do direito à educação a todos os cidadãos sem excepção, por ser o garante daquelas liberdades.

O direito à escola é segundo Gomes Canotilho, “o direito à aprendizagem da *leges artis* de uma profissão inserida no mercado de trabalho. No plano analítico diz-se que o direito à escola é o direito à obtenção de meios para estudar; o direito à aprendizagem das leis da profissão e o direito a resultados formativos em concorrência com as exigências do processo e da oferta do mercado de trabalho para jovens”⁵⁴¹. Por sua vez, a educação é “uma coisa eminentemente social”⁵⁴² diz-nos Durkheim na sua obra *Educação e Sociologia*, que por essa razão aceita o controlo do Estado, “sem que este deva necessariamente monopolizar o ensino”⁵⁴³.

Há portanto consenso em torno da necessidade de desenvolver as capacidades cognitivas e adquirir conhecimentos, sendo que para tal necessário a passagem por um sistema educativo que faculte os meios para sua aquisição dos saberes, avalie os desempenhos e confira certificados. As divergências surgem quando questionamos em particular o papel das famílias e do Estado.

Durkheim contrapõe aos direitos e deveres do Estado, os direitos da família, e defende que “a criança é antes de mais dos seus pais”⁵⁴⁴, razão pela qual a eles

⁵⁴¹ Cfr. Gomes CANOTILHO – O Direito Constitucional como Ciência de Direcção, 2008, p. 4.

⁵⁴² Cfr. Émile DURKHEIM – *Educação e Sociologia*, 2007, p. 14.

⁵⁴³ *Idem*, p. 61.

⁵⁴⁴ *Idem*, p. 60.

competete dirigir “o seu desenvolvimento intelectual e moral”⁵⁴⁵, justificando-se desse modo a primazia familiar em detrimento do Estado. Nas suas palavras:

“A educação é então concebida como uma coisa essencialmente privada e doméstica. Quando nos colocamos neste ponto de vista, tendemos naturalmente para reduzir o mínimo possível a intervenção do Estado na matéria. Este deverá, diz-se, limitar-se a servir de auxiliar e de substituto das famílias. Quando estas não estão em condições de cumprir os seus deveres, é natural que o Estado se encarregue disso. É até natural que ele lhes entregue a tarefa mais fácil possível, colocando à disposição escolas para onde possam, se o quiserem, enviar às crianças. Mas o Estado deve conter-se estritamente dentro destes limites, e evitar quáquer acção positiva destinada a imprimir uma orientação determinada no espírito da juventude”⁵⁴⁶.

O pensamento de Émile Durkheim continua actual e muito próxima da posição defendida pela DUDH na qual “toda a pessoa tem direito à educação” (artigo 26.º, nº 1), pertencendo aos pais «a prioridade do direito de escolher o género de educação a dar aos filhos» (artigo 26.º, nº 3). Os mesmos valores são reafirmados pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia quando refere que 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 (artigo 14.º, nº 3).

Numa visão claramente oposta, João Barroso e Sofia Viseu, referem que a livre escolha da escola pelas famílias e pelos alunos é, sem dúvida, “um dos principais instrumentos para a criação de um mercado educativo”⁵⁴⁷. Para o autor, esse mercado educativo tem vindo a ser construído através da “possibilidade de escolha das escolas pelas famílias, quer no interior do serviço público, quer entre escolas públicas e privadas”⁵⁴⁸. E as suas críticas à livre escolha acentuam-se quando refere que a

“A liberdade de escolha da escola pelos pais reforça a estratificação económica, social e étnica entre as escolas, uma vez que os critérios de escolha utilizados pelos pais de estatuto

⁵⁴⁵ Cfr. Émile DURKHEIM – *Educação e Sociologia*, 2007, p. 60.

⁵⁴⁶ *Idem, Ibidem.*

⁵⁴⁷ Cfr. BARROSO; VISEU – *A interdependência entre escolas*, 2006, p. 135.

⁵⁴⁸ *Idem, Ibidem.*

económico mais elevado se baseiam mais na “qualidade” dos alunos do que na qualidade das aprendizagem e os pais das classes populares, ou de minorias étnicas, não têm informação, tempo e recursos para identificarem as “boas escolas” e, mesmo se tivessem, não tinham condições para porem em prática as suas opções. Ou seja, os comportamentos das famílias não são homogéneos, havendo diferenças claras de estratégias e resultados, conforme o seu estatuto social e proximidade dos valores escolares pelo que em vez de diversificar a oferta o que este tipo de regulação faz é hierarquizá-la”⁵⁴⁹.

Não obstante as críticas, a interpretação que fazemos da Constituição, permite-nos alegar que a liberdade de escolha resulta da combinação do já citado direito e dever dos pais na educação dos filhos (artigo 36.º, nº 5), com a incumbência do Estado em «cooperar com os pais na educação dos filhos» (artigo 67.º, nº 2, *al c* e 68.º, nº 1). Este entendimento sugere que seja assegurada a existência quer das escolas privadas, quer das públicas para que haja na verdade uma liberdade de escolha, mas simultaneamente e em conjunto com a racionalidade, eficiência e qualidade do ensino, deve ser assumida uma nova concepção dos direitos sociais. Temática à qual voltaremos no capítulo dedicado à Constituição social.

Uma última referência ao Relatório sobre Portugal produzido pelo Fundo Monetário Internacional, onde no que se refere à escolha da escola podemos extrair a seguinte perspectiva:

“Where they coexist with public schools, they are often the first choice for parents. The Tribunal de Contas study found that charter school costs were lower by about €400 per student than for regular public schools, while the subsequent MEC working group study estimated the difference at only €50 per student after adjusting for expenditure cuts that have been made since 2009/10”⁵⁵⁰.

O acima exposto, traduz um importante contributo para a discussão do tema em estudo: liberdade de educação e direito à educação. Em suma o Relatório exige a combinação de mais produtividade e eficiência com um menor custo. O objectivo é

⁵⁴⁹ Cfr. BARROSO; VISEU – A interdependência entre escolas, 2006, p.135-136.

⁵⁵⁰ Cfr. FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL – Rethinking the State - Selected Expenditure Reform Options, 2013, p. 62.

flexibilizar o sistema educativo e limitador o papel do Estado como prestador de serviços educativos.

5.5.2. O direito de criação de escolas particulares e cooperativas

A Constituição considera dois sistemas de ensino no artigo 75.º. De um lado o sistema de ensino público e de outro o particular ou cooperativo. Nesse sentido, dispõe o nº 1 que «O Estado criará uma rede de estabelecimentos públicos de ensino que cubra as necessidades de toda a população». O nº 2 afirma que «O Estado reconhece e fiscaliza o ensino particular e cooperativo, nos termos da lei». «O critério de distinção consiste na titularidade dos estabelecimentos de ensino, conforme se trate de entidades públicas ou de entidades privadas ou cooperativas (artigo 61.º) »⁵⁵¹.

Existe um comando constitucional que incumbe o Estado de criar um sistema público de ensino que nas palavras de Comes Canotilho e Vital Moreira “é um corolário directo e imediato do direito ao ensino, enquanto direito à escola, do qual o Estado é o sujeito passivo (artigo 74.º, nº 1)”⁵⁵². Aí se dispõe que «Todos têm direito ao ensino com garantia do direito à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escola». E no âmbito desta imposição constitucional, o dever de assegurar o ensino básico, universal, obrigatório e gratuito (artigo 74.º, nº 2) “constitui a mais importante obrigação do Estado”⁵⁵³. A este propósito, os autores sublinham que mesmo a existência de escolas particulares ou cooperativas não isenta o Estado daquela obrigação constitucional.

Esta concepção acabou por ser acolhida na Lei da Organização e do Ordenamento do Ensino Superior, Lei nº 26/2000, de 23 de Agosto⁵⁵⁴. Aí se dispõe no

⁵⁵¹ Cfr. CANOTILHO; MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa* anotada, volume I, 2007, p. 903.

⁵⁵² *Idem*, p. 904.

⁵⁵³ *Idem*, p. 897.

⁵⁵⁴ A presente lei estabelece o regime da organização e do ordenamento do ensino superior, no quadro das normas aplicáveis do direito internacional e comunitário e das bases gerais do sistema educativo constantes da Lei de Bases do Sistema Educativo (Lei n.º 46/86, de 14 de Outubro, alterada pela Lei n.º 115/97, de 19 de Setembro) e ainda do objectivo constitucional de promoção pelo Estado do ensino de

artigo 14º nº 3, que “os estabelecimentos de ensino particulares e cooperativos podem ser chamados a suprir as carências específicas do serviço público de educação, nos termos previstos do serviço público (...) mediante adequado financiamento público”.

À luz da mesma orientação, o Decreto-Lei nº 137/2012, de 2 de Julho, veio aditar o nº 7 ao artigo 6.º do Decreto-Lei 75/2008, de 22 de Abril, no qual se afirma que “No exercício da respectiva autonomia (...) podem ainda os agrupamentos de escolas ou as escolas não agrupadas estabelecer com outras escolas, públicas ou privadas, formas temporárias ou duradouras de cooperação e de articulação aos diferentes níveis, podendo para o efeito constituir parcerias, associações, redes ou outras formas de aproximação e partilha que, de algum modo, possam contribuir para a prossecução de algum ou alguns dos objectivos previstos no presente artigo”.

No entendimento de Vital Moreira, “em Portugal existe liberdade de criação de escolas privadas, bem como a liberdade de as frequentar, para quem prefira não aproveitar o ensino público. O autor compara a educação, à saúde e à segurança social, na medida em que em qualquer uma destas áreas, o Estado não concorre com as entidades privadas”⁵⁵⁵. Defende ainda que o ensino público, tal como o Serviço Nacional de Saúde (SNS) ou a segurança social pública, “não é uma actividade comercial sujeita ao mercado. O Estado limita-se a cumprir imposições constitucionais”⁵⁵⁶.

Para Vital Moreira, “falar em “concorrência desleal” na medida em que o ensino público é gratuito (tal como é o SNS) e o Estado não financia igualmente o ensino privado (ou as clínicas privadas) é pelo menos despropositado”⁵⁵⁷. Estes argumentos foram proferidos pelo autor em 2005. Desde então, verificou-se uma profunda alteração no enquadramento macroeconómicos do país, não sendo mais possível falar em serviços públicos completamente gratuitos.

qualidade, universal e progressivamente gratuito, como factor de desenvolvimento do país (artigo 1.º da Lei 26/2000, de 23 de Agosto).

⁵⁵⁵ Cfr. Vital MOREIRA – Resposta a Mário Pinto, **Público**, terça-feira, 9 de Agosto de 2005.

⁵⁵⁶ *Idem, Ibidem.*

⁵⁵⁷ *Idem, Ibidem.*

Contudo, é de suma importância, atender às advertências deste autor a propósito dos argumentos apresentados pelos ”adversários da escola pública na medida em que invocam sempre a liberdade de aprender e de ensinar. Contra si inadvertidamente o fazem, pois segundo Vital Moreira, a liberdade de aprender e de ensinar não se confunde com a liberdade de criação de escolas privadas e com a inerente liberdade da sua orientação, as mesmas encontram-se distintamente consagradas no texto constitucional”⁵⁵⁸.

E Vital Moreira prossegue em defesa da escola pública, pronunciando-se no sentido de que “a liberdade de aprender e de ensinar protege em particular a liberdade individual de professores e de estudantes no que respeita à orientação do ensino ministrado ou recebido, respectivamente (...) A não discriminação na selecção de professores e de estudantes constitui a principal garantia de respeito dessa liberdade na escola pública, coisa que as escolas confessionais não podem obviamente assegurar”⁵⁵⁹.

Em clara oposição, Mário Pinto ao interpretar o actual nº 1 do artigo 75.º da CRP⁵⁶⁰, observa que a expressão: “«que cubra as necessidades de toda a população»”⁵⁶¹, quer significar “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 discriminação”⁵⁶² (...) “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”⁵⁶³.

5.5.3. A liberdade dos professores e dos alunos na escola

A liberdade na escola compreende a liberdade dos professores no exercício da docência e do aluno na sua livre compreensão e crítica dos conteúdos leccionados.

⁵⁵⁸ Cfr. Vital MOREIRA – Resposta a Mário Pinto, **Público**, terça-feira, 9 de Agosto de 2005.

⁵⁵⁹ *Idem, Ibidem.*

⁵⁶⁰ Cfr. Artigo 75º nº 1, onde hoje se diz “públicos”, em 1976 dizia-se “oficiais”.

⁵⁶¹ Cfr. Mário PINTO – *Sobre os direitos fundamentais de educação*, 2009, p. 57.

⁵⁶² *Idem, Ibidem.*

⁵⁶³ *Idem, Ibidem.*

Tanto os professores como alunos têm a garantia que o ensino nas escolas públicas não será programado ao sabor de orientações «filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas» (art. 43.º, n.º 2)⁵⁶⁴.

No essencial, a liberdade de educação será reforçada na medida em que “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, no quadro do sistema educativo nacional – LBSE”⁵⁶⁵.

A liberdade de ensinar configura um direito de liberdade e reconhece a titularidade em especial aos professores. É no entanto compreendida à luz da relação especial que desenvolve com a liberdade de aprender, encontrando-se ao serviço desta e cedendo face a qualquer conflito.

Mas Mário Pinto continua a sua crítica afirmando que “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, encarregados de educação e dos professores”⁵⁶⁶.

A garantia prescrita no n.º 4 do artigo 43.º da CRP consagra o direito de criação de escolas particulares e cooperativas, sendo todo o ensino reconhecido e fiscalizado pelo Estado, nos termos do n.º 2 do artigo 75.º da CRP. “Ao impor um monopólio escolar de facto, por via da prática de exclusividade da escola estatal ao financiamento público, o Estado desrespeita as *liberdades pessoais fundamentais de aprender, de ensinar, e de escola privada*,”⁵⁶⁷, garantia prevista no artigo 43.º CRP, para além de violar o princípio da igualdade e da não discriminação, visto que “não

⁵⁶⁴ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p.437.

⁵⁶⁵ *Idem*, p. 265.

⁵⁶⁶ Cfr. Mário PINTO – *Sobre os direitos fundamentais de educação*, 2009, p. 75.

⁵⁶⁷ *Idem*, p. 73.

cumprir a obrigação de satisfazer o direito social ao ensino (...aos) cidadãos que escolhem, ou gostariam de escolher, as escolas privadas”⁵⁶⁸.

Ao se constituir “a si próprio como titular privilegiado e favorecido do poder de criação e manutenção de escolas (...) contra os direitos fundamentais de iniciativa privada e das liberdades dos cidadãos”⁵⁶⁹ viola a proibição constitucional de o Estado programar a educação, que lhe é imposta pelo n.º 2 do artigo 43.º da CRP⁵⁷⁰.

Resulta na prática que, não obstante os avanços legislativos neste domínio que serão reflectidos no capítulo dedicado à *redefinição do papel do Estado na educação*, ainda assim aproximamo-nos do pensamento de Mário Pinto no que diz respeito à menor liberdade concedida às escolas privadas em comparação com as escolas promovidas pelo Estado. Esta distinção atravessa todos os graus de ensino e vai para além da discriminação financeira⁵⁷¹.

Ora, tomando como pressuposto as incumbências gerais do Estado vertidas no artigo 9.º e 81.º da CRP e os princípios pluralistas da ordem constitucional, parece-nos existir fundamento para que se reclame uma maior participação da sociedade no ensino. Posição semelhante era já defendida por Adam Smith ao afirmar

“ (...) que aqueles aspectos da educação para o ensino dos quais não há instituições públicas são geralmente mais bem ministrados. (...) As três partes essenciais da educação literária, ler, escrever e contar, continuam a ser mais vulgarmente adquiridas nas escolas privadas do que nas públicas; e só muito raramente acontece que alguém não chegue a adquiri-las no grau em que é necessário fazê-lo”⁵⁷².

À luz de uma maior liberdade na escola, importa sinalizar a actual tendência para uma maior abertura das escolas ao exterior e a sua integração nas comunidades

⁵⁶⁸ Cfr. Mário PINTO – *Sobre os direitos fundamentais de educação*, 2009, p. 73.

⁵⁶⁹ *Idem*, p. 75-76

⁵⁷⁰ *Idem*, p. 76.

⁵⁷¹ *Idem*, p. 36.

⁵⁷² Cfr. Adam SMITH – Da despesa das instituições para a educação de juventude in *Inquérito sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações*, título original *Na Inquiry Into the Nature and Causes of Nations* (1776), 1999, Livro V, Cap. I, Parte III, Artigo II, p. 396-397.

locais. A este propósito o Conselho Nacional de Educação na Recomendação nº 6/2012, de 23 de Novembro, solicita a revisão e o estabelecimento do enquadramento legal das competências das autarquias em matéria de educação de forma clara e sucinta; apela à identificação e clarificação, no campo da educação do programa do governo assegurado pela administração central, dos projectos municipais de educação e dos projectos das escolas. Voltaremos a esta problemática num momento mais avançado da tese.

5.6. A educação e o ensino como um direito

Vimos como à luz do princípio da universalidade «Todos têm direito à educação e à cultura» (artigo 73.º, nº 1 da CRP). Os benefícios sociais da efectivação desse direito ultrapassam os benefícios particulares ao dar um contributo para a igualdade de oportunidades e nomeadamente para que sejam ultrapassadas «as desigualdades económicas, sociais e culturais» (nº 2, 2ª parte).

O direito ao ensino por sua vez garante o direito à educação formal, ou seja aquela educação que é obtida através de uma instituição, constituída pelo sistema escolar, sem prejuízo da educação não formal, para qual é feito um apelo à responsabilidade dos pais, sendo que os mesmos são auxiliados pelo Estado (artigo 36.º, nº 5; 67.º, nº 2, *al c*) e 68.º, nº 1 CRP).

Fundamental é também o entendimento que sem educação não há liberdade. Logo, fica claro que a liberdade de educação está estritamente correlacionada com o direito à educação. Este é também o entendimento que se extrai do nº 1 do artigo 26.º da DUDH, o qual preceitua que “Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito”.

De igual modo, o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC), reconhece no artigo 13.º, nº1

“ (...) o direito de toda a pessoa à educação”, sendo esta “ (...) orientada até ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido da sua dignidade e deve fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais”. Os Estados signatários, concordam deste modo, “que a educação deve capacitar todas as pessoas para participar efectivamente numa sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos e religiosos e promover as actividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.”

Por último, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos no Protocolo 1, artigo 2.º epígrafado de “Direito à instrução” dispõe: “A ninguém pode ser negado o direito à instrução. O Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino, respeitará o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas”⁵⁷³.

Recentrando o estudo de novo da Constituição, podemos observar que o sistema educativo⁵⁷⁴, integra todas as escolas de todos os graus inscritos nos artigos 74.º; 75.º; 76.º e 77.º. Este conceito remete-nos para uma reflexão sobre o que se entende por sector público de ensino. Assim, quando nos referimos ao sistema de ensino ou sistema educativo, pretendemos incluir todas as ofertas de ensino que respondem de uma forma “global e integral às necessidades do ensino”⁵⁷⁵ onde se inclui também o ensino particular e cooperativo, reconhecido como está constitucionalmente a criação de escolas particulares e cooperativas (artigo 43.º, nº 4) não obstante a fiscalização das mesmas competir ao Estado nos termos do artigo 75.º, nº 2, tal como já o mencionamos em vários momentos da tese. Se assim não for entendido, dá-se o incumprimento do direito social ao ensino para todos os

⁵⁷³ Cfr. CONSELHO DA EUROPA – Protocolo Adicional à Convenção de Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, adoptado em Paris a 20 de Março de 1952 e modificado nos termos das disposições do protocolo 11.

⁵⁷⁴ O sistema de ensino hoje surge com a designação de sistema educativo tal como se pode observar na Lei 49/2005, de 30 de Agosto, segunda alteração à LBSE. Aí se lê que “O sistema educativo é o conjunto de meios pelo qual se concretiza o direito 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” (artigo 1.º, nº 2 da Lei nº 49/2005, de 30 de Agosto. Nele se inclui “a educação pré-escolar, a educação escolar e a educação extra-escolar” nos termos do artigo (4.º, nº 1)

⁵⁷⁵ Cfr. CANOTILHO; MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa* anotada, volume I, 2007, p. 905.

cidadãos/ãs, assim como a violação do princípio da gratuidade universal do ensino obrigatório (artigo 74.º).

O artigo 74.º, nº 1, 1ª *parte* dispõe que «Todos têm direito ao ensino», o que significa que o direito à educação é concedido a todos; todos têm um direito de acesso à escola, logo, a todos é conferida a liberdade de entrar nas escolas, liberdade que está em conexão com o direito à criação de um número suficiente de escolas de molde a não existirem obstáculos à sua educação. Voltaremos ao tema (v. *infra* cap. 10), para analisar a possibilidade de cooperação por parte da sociedade civil, na oferta educativa e para observar diferentes leituras em torno do princípio da universalidade.

A liberdade de entrar na escola, trata-se de um direito negativo, logo um direito de liberdade semelhante aos «Direitos, liberdades e garantias», o que implica abstenção. Ao invés, no segundo, o direito à criação de escolas em número suficiente, reveste a natureza de um direito positivo “(...) o que implica para o Estado um conjunto bastante compreensivo de obrigações, a implementar pelo legislador, designadamente criar uma rede escolar oficial que cubra as necessidades de toda a população (art. 75.º-1)”⁵⁷⁶.

O artigo 74.º, nº 1, 2ª *parte* anuncia um direito à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar, que é também analisado segundo dois aspectos: (a) a garantia das condições para se poder frequentar a escola (escolas próximas, transportes, gratuidade, subsídios, alojamento, cantinas, etc.); (b) garantia de iguais oportunidades de sucesso escolar. A sua concretização possibilita a democratização da educação (artigo 73.º, nº 2).

Na alínea a) do nº 2 do artigo 74.º, encontra-se assegurado «o ensino básico universal, obrigatório e gratuito». Sem prejuízo de voltarmos ao tema, por ora importa realçar o alargamento da escolaridade obrigatória até aos dezoito anos de idade, resultado de várias recomendações entre as quais salientamos o contributo do

⁵⁷⁶ Cfr. CANOTILHO; MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa* anotada, volume I, 2007, p. 896-897.

Conselho Nacional de Educação que na sua Recomendação 3/2012 observa que “O prolongamento da escolaridade obrigatória até ao 12.º ano ou até aos 18 anos constitui uma decisão política plenamente legítima, que corresponde a uma vontade social em irmos mais longe, como Nação, na nossa capacidade colectiva de escolarizarmos e qualificarmos adequadamente as novas gerações, num momento em que o conhecimento constitui cada vez mais um factor distintivo das pessoas, dos povos e das economias”.

5.7. A rede escolar

A constituição da rede de estabelecimentos públicos de ensino está prevista no artigo 75.º, n.º 1, 1ª parte da CRP e deve respeitar o direito e dever dos pais de educação dos filhos (artigo 35º, n.º 3); promover a liberdade de aprender e ensinar (artigo 43º, n.º 1); garantir a igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar (art. 74º, n.º 1); realizar o ensino básico universal, obrigatório e gratuito (artigo 74º, n.º 2, *al a*) e cobrir as necessidades de toda a população (artigo 75, n.º 1 *in fine*).

A revisão de 1982 veio permitir uma nova interpretação do n.º 1 do artigo 75.º CRP, dando-se a substituição da expressão «estabelecimentos oficiais» por «estabelecimentos públicos de ensino». À luz desta alteração, o actual n.º1 dispõe que «o Estado criará uma rede de estabelecimentos públicos de ensino», permitindo na nossa perspectiva, a integração de todos os sectores (público, privado e cooperativo) na rede de *serviço público*⁵⁷⁷.

A concretização em lei ordinária materializa-se no n.º 1 do artigo 58.º da Lei de Bases do Sistema Educativo, Lei nº 49/2005, de 31 de Agosto' onde está consagrada a integração dos estabelecimentos do ensino particular e cooperativo na

⁵⁷⁷ A “noção de serviço público não é unívoca, tem um duplo sentido, designando tanto o organismo de produção do serviço como a missão de interesse geral a este confiado. É com o objectivo de favorecer ou de permitir a realização de missões de interesse geral que a autoridade pública pode impor obrigações específicas de serviço público a um organismo de produção do serviço, Estas obrigações podem ser impostas à escala nacional ou regional”. Cfr. EUROPA – Glossário Europeu. É no sentido da missão que a palavra é utilizada no texto.

rede escolar contribuindo para as finalidades estruturas e objectivos do sistema educativo.

Mário Pinto depois de sugerir que se adopte a “*rede escolar* em sentido próprio, autónomo e descentralizado” ao invés do conceito ambíguo de *sistema escolar*”⁵⁷⁸, defende que a “rede escolar que preencha os requisitos estabelecidos na regulação geral constituirá o serviço público escolar de educação sem distinguir entre escolas estatais e não estatais”⁵⁷⁹. Este argumento encontra enquadramento constitucional e legal, pois “nem a Constituição, nem a lei, justificam ou legitimam um monopólio escolar do Estado”⁵⁸⁰.

Ainda a propósito da rede escolar, Gomes Canotilho defende que a rede escolar, descentralizada e autónoma onde se integram escolas públicas e privadas (particular e corporativo), só será compaginável com a interpretação constitucional, “se ela não implicar a neutralização do imperativo constitucional de criação da rede de estabelecimentos públicos estatais de ensino público pois é essa a matriz republicana de ensino constitucionalmente consagrado”⁵⁸¹. O autor considera porém que,

“Ao incorporar-se na rede o ensino particular e cooperativo procura-se, directa ou indirectamente, fomentar esquemas de concorrência entre os vários estabelecimentos de ensino (...) a concorrência seria, de resto, um factor decisivo para aumentar a eficiência e a rentabilidade do ensino público, pois ela permitiria que os utentes directos do serviço – as famílias – se convertessem em árbitros do mercado de ensino através do exercício do direito à escolha de escola”⁵⁸².

Vital Moreira adverte-nos para o facto da lei consentir a contratualização de serviço público de ensino, com escolas privadas através de “contratos de associação”, mas só nos casos de défice de oferta da rede escolar pública⁵⁸³. Acrescenta no entanto

⁵⁷⁸ Cfr. Mário PINTO – *Sobre os direitos fundamentais de educação*, 2009, p. 267.

⁵⁷⁹ *Idem, Ibidem.*

⁵⁸⁰ *Idem*, p. 268.

⁵⁸¹ Cfr. Gomes CANOTILHO – *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção*, 2008, p. 4.

⁵⁸² *Idem, Ibidem.*

⁵⁸³ Cfr. Vital MOREIRA – Resposta a Mário Pinto, **Público**, terça-feira, 9 de Agosto de 2005.

que é obrigação do Estado, garantir que esse ensino seja prestado em condições que emulem o mais aproximadamente possível o ensino público”⁵⁸⁴.

Assim, se o Estado não tem o poder de programar o ensino público sob o ponto de vista religioso (não confessionalidade do ensino público) não pode ter também o poder de contratualizar com escolas privadas a prestação de ensino confessionalmente identificado”. Por último refere que os adversários da escola pública defendem que o Estado não deve encarregar-se do ensino, nem de outros direitos sociais ou culturais, devendo limitar-se às "tarefas soberanas". É obviamente livre a opinião sobre as tarefas do Estado. Mas quem as define é a Constituição e o voto dos eleitores⁵⁸⁵. Referindo ao ensino, Vital Moreira, observa que

“o serviço público de ensino precede em muito as ideias do Estado social e sempre esteve associado à escola pública, como espaço aberto, plural e não confessional. A ideia básica é a de que cabe à escola pública assegurar a formação da cidadania e a coesão social em condições de igualdade, sem discriminações de nenhuma espécie, não devendo o Estado fomentar nem favorecer esquemas de segregação escolar de acordo com linhas de clivagem social, étnica ou religiosa, como sucede em países de tradição de ensino religioso”⁵⁸⁶.

Numa outra perspectiva, Adão da Fonseca reforça o argumento de que defender a expressão *serviço público* como sendo apenas aquele serviço que é obrigatoriamente promovido pelo Estado, traduz a ideia que “o melhor caminho para o bem comum é os cidadãos serem servos de um Estado paternalista e onnipresente e não uma sociedade forte e dinâmica, de cidadãos que respondem pela sua dignidade enquanto pessoas, isto é, capazes de exercerem a sua liberdade e a responsabilidade pessoal”⁵⁸⁷.

Em síntese, a democratização do serviço público que a lei fundamental pretende promover, abrange, como se deixou bem claro, escolas de quaisquer titularidades e escolas de todos os graus. Por esta razão encontramos-nos neste debate,

⁵⁸⁴ Cfr. Vital MOREIRA – Resposta a Mário Pinto, **Público**, terça-feira, 9 de Agosto de 2005.

⁵⁸⁵ *Idem, Ibidem.*

⁵⁸⁶ *Idem, Ibidem.*

⁵⁸⁷ Cfr. Adão da FONSECA – Comunicação proferida no 6º congresso da AEEP, Porto, 4 de Abril, 2008.

mais próximos da interpretação que é feita por Mário Pinto. Em nosso entender, a Constituição assenta na base de um regime jurídico constitucional e legal que permite e propõe a sua construção e o seu funcionamento à luz da liberdade de educação.

Tomando parte do debate, defendemos que a teoria do Estado social não impõe ao Estado a prestação de serviços públicos. Estes podem ser prestados por entidades privadas através de contratualização. Noutro momento da tese aprofundaremos esta problemática.

Esta visão é enriquecida com o contributo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, com a Declaração Universal e com o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais. No evoluir desta investigação, esta defesa será ainda mais clara quando for abordado o esforço de racionalização do serviço público (v. *infra* cap. 8). Finalmente no capítulo dedicado à *Constituição social* reforça-se o argumento na medida em que defendemos que quando hoje reivindicamos direitos económicos, sociais e culturais equivale a exigir a defesa dos direitos de participação das pessoas e dos grupos sectoriais dentro da sociedade civil.

Assiste-se a um interesse crescente em torno da governação em rede no âmbito da educação, tal como teremos oportunidade de observar (v. *infra*, cap. 8). A evolução de modelos de governação vai do modelo de Administração do Estado para um modelo em que participam, na prestação dos serviços públicos, vários actores, públicos e privados, são as chamadas “redes de governação”⁵⁸⁸, à qual voltaremos no capítulo dedicado à redefinição do papel do Estado na educação (v. *infra* cap. 8).

5.8. O direito ao acesso ao ensino superior

O direito de acesso ao ensino superior previsto no nº 1 do artigo 76.º da CRP, é uma concretização do direito ao ensino e por essa razão impõe-se ao Estado a obrigação de “garantir a todos, segundo as suas capacidades, o acesso aos graus mais elevados do ensino” [artigo 74.º, nº 2, al *d*)], independentemente da gratuidade desse

⁵⁸⁸ Cfr. R. RHODES – The New Governance, 1996, p. 658.

grau de ensino [artigo 74.º, nº 2 *al e*]]. A haver *numerus clausus*, estes parecem ser permitidos contudo devem ser justificados. A este propósito, importa ter presente a posição do Tribunal Constitucional vertida no acórdão 584/00 onde observa:

13. “O Tribunal Constitucional teve já oportunidade de se referir ao complexo normativo formado pelos artigos 73º, nº 1, 74º, nºs 1 e 3, 75º, nº 1 e 76º da Constituição como "complexo normativo, que não é meramente programático e contém antes uma vinculação para o legislador ordinário" (acórdão nº 148/94, *Diário da República*, I Série-A, nº 102, de 3 de Maio de 1994, p. 2200 ss). O direito ao ensino é, em certo sentido, um direito de liberdade semelhante aos "direitos, liberdades e garantias", pelo que lhe é aplicável o respectivo regime específico (Gomes Canotilho, Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1993, p. 365). A Constituição não proíbe todavia a existência de formas limitativas de acesso ao ensino universitário (*numerus clausus*), desde que sejam respeitadas os requisitos constitucionais (artigos 76º, nº 1, e 13º). De todo o modo, a norma questionada no presente recurso – garantindo a colocação do candidato na posição que lhe corresponderia se não tivesse existido o erro, não produzindo qualquer efeito em relação aos restantes candidatos e mantendo, consequentemente, a posição relativa dos diversos candidatos ao concurso – não estabelece qualquer restrição do direito ao ensino (artigo 74º), do direito de acesso ao ensino superior em condições de igualdade (artigos 76º, nº 1 e 13º), do direito de aprender (artigo 43º)”⁵⁸⁹

Caso os limites oficiais de acesso ao ensino superior não sejam justificados, estariam a ser violado o princípio da igualdade e não discriminação nos termos dos artigos 13º, 43º, 74º, 76º e 266º, nº 2, todos da CRP e do artigo 2º do Protocolo nº 1 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Em todo o caso a fixação dos *números clausus* deve ser articulada com a autonomia das universidades (artigo 76.º, nº 2 da CRP).

O ensino e as políticas nacionais do ensino superior, constitucionalmente enquadrados, integram a partir de 1999 o “espaço europeu de ensino superior”⁵⁹⁰, concebido através da Declaração de Bolonha. Embora não configure uma convenção de direitos internacional, a Declaração de Bolonha compagina “um compromisso

⁵⁸⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 584/00, de 20 de Dezembro. Processo nº 579/99, o qual não julgou inconstitucional a "norma do artigo 45º do «Regulamento do Concurso Nacional de acesso ao Ensino Superior para a matrícula e inscrição no ano lectivo 92-93.

⁵⁹⁰ Cfr. CANOTILHO; MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa anotada*, volume I, 2007, p. 918.

comum de universidades e governos”⁵⁹¹ em torno do processo de Bolonha. Esta matéria será tratada no capítulo seguinte, ficando para já bem claro, que por intermédio da declaração de Bolonha se procedeu a “uma delimitação da esfera da liberdade de organização pedagógica das universidades”⁵⁹².

5.9. Participação democrática no ensino

O artigo 77.º da CRP prevê o direito à participação de alunos e professores nas escolas e também a garantia da participação das associações de professores, de pais, de alunos na política de ensino⁵⁹³. Falamos em «direito de participar» no nº 1 do referido preceito e no nº 2 em «formas participação».

Por direito de participação dos professores e alunos, Jorge Miranda entende ser “um corolário da liberdade de aprender e de ensinar (artigo 43.º, nº 1) e um veículo de realização do direito à educação, pois a educação deve «contribuir para a participação democrática na vida colectiva» (artigo 73.º, nº 2)”⁵⁹⁴. Segundo o autor, ainda que “com larga margem de confrontação deixada ao legislador, o seu cerne parece ser de direito, liberdade e garantia, por ser, uma manifestação ou uma garantia da liberdade na escola e, enquanto tal, beneficia dos respectivo regime (artigo 17.º)”⁵⁹⁵.

Gomes Canotilho e Vital Moreira advertem-nos para a elevação do direito de participação de professores e alunos das escolas, à dignidade de direito constitucional cultural. Na perspectiva dos autores, “Este direito conexas-se com outros direitos ou princípios constitucionais afins: princípio da democratização do Estado e da sociedade através da realização da democracia cultural e aprofundamento da democracia participativa (artigos 2.º e 9.º); princípio da democratização da educação e da cultura

⁵⁹¹ Cfr. CANOTILHO; MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa* anotada, volume I, 2007, p. 918.

⁵⁹² *Idem, Ibidem.*

⁵⁹³ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p. 442.

⁵⁹⁴ *Idem*, p. 443.

⁵⁹⁵ *Idem, Ibidem.*

(artigo 73.º nº 2 e nº 3); direito de participação da vida pública (artigo 48.º, nº 1) e princípio de auto-administração de certas categorias de escolas (artigo 76.º, nº 2)”⁵⁹⁶.

Ainda no âmbito “de uma cultura e aprofundamento da democracia participativa”⁵⁹⁷, a Constituição consagra sob reserva de lei e de forma implícita “um direito de participação de certas entidades na definição de políticas de ensino (...), por parte dos competentes órgãos do poder político, designadamente o Governo” ⁵⁹⁸ (artigo 77.º nº 2 da CRP), ficando no entanto excluída a execução dessas mesmas políticas. Por sua vez, as formas de participação, que envolvem órgãos estaduais de consulta, cujo impacto tem sido sentido na actual definição da política educativa, “representam um grau menos intenso do que o direito de participação”⁵⁹⁹, ainda assim, assume-se como uma manifestação constitucional de um esforço conjunto do Estado e da Sociedade neste domínio. Voltaremos a esta temática no capítulo reservado à *Constituição social*.

Os objectivos previstos neste direito de participação colectiva, ganham novo alento à medida que se reforça a autonomia das instituições educativas, mas no essencial prendem-se com a inserção das escolas nas comunidades que servem a interligação do ensino com as actividades económicas, sociais e culturais (artigo 74.º, nº 2 *al f*)) e com o alargamento da participação a todos os agentes ligados à escola, de modo a integrá-los (artigo 73.º, nº 2), dando cumprimento a direitos colectivos.

5.10. A educação e a expansão da personalidade humana

Em 1976 consagrou-se um catálogo vasto e heterogéneo de direitos fundamentais já observados no capítulo 1, que foram alargados pelas revisões constitucionais. Essas adaptações justificam-se sempre que surjam violações à dignidade humana, por outro lado, essa razão a defesa da dignidade humana justifica o intervencionismo do Estado na sociedade.

⁵⁹⁶ Cfr. CANOTILHO; MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa* anotada, volume I, 2007, p. 919-920.

⁵⁹⁷ *Idem*, p. 922.

⁵⁹⁸ *Idem*, *Ibidem*.

⁵⁹⁹ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p.443.

A constitucionalização do direito de livre desenvolvimento da personalidade na revisão de 1997, veio “reforçar todos os direitos pessoais activos – liberdade de expressão, liberdade de consciência, de religião e de culto, a liberdade de criação cultural e artística, as liberdades manifestação, associação e reunião, o direito de aprender e de ensinar, a liberdade de escolha de profissão, a liberdade de iniciativa e a autonomia de orientação sexual – bem como limitar a intervenção do Estado e da sociedade na esfera individual”⁶⁰⁰.

O direito ao desenvolvimento da personalidade, enquanto vertente dinâmica da dignidade da pessoa humana, vem assim contribuir para aferir da fundamentalidade dos direitos, mesmo dos direitos sociais. Tal como já o afirmamos, não basta plasmar os direitos na Constituição mas torna-se necessário atribuir-lhes a condição de direitos fundamentais. Este entendimento é relevante quando para efeitos do sistema de direitos português se discute a ligação dos direitos de liberdade e dos direitos sociais à ideia de igual dignidade. Esta interpretação constitucional é influenciada pela DUDH por via do artigo 22.º, interpretação ancorada na ideia de *solidariedade*, e em que se consagre a ligação de direitos sociais à personalidade humana e ao reforço dos direitos de liberdade.

Neste contexto, o papel da educação torna-se cada vez mais relevante na medida em que ela própria visa a plena expansão da personalidade humana e o reforço dos direitos do homem e das liberdades fundamentais (artigo 26.º), levando Gomes Canotilho a observar que,

“A teleologia intrínseca da liberdade de aprender e de ensinar através da escola pública dá lugar a uma outra compreensão finalística. O direito à escola é o *direito à aprendizagem* das *leges artis* de uma profissão inserida no mercado de trabalho. Em termos mais analíticos, dir-se-ia que o direito à escola é o direito à obtenção de meios para estudar; direito à aprendizagem das leis da profissão; direito a resultados formativos em concorrência com as exigências da procura e da oferta do mercado de trabalho para jovens”⁶⁰¹.

⁶⁰⁰ Cfr. José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2007, p. 110-111.

⁶⁰¹ Cfr. Gomes CANOTILHO – *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção*, 2008, p. 4

Para dar cumprimento a estas novas exigências defendemos uma maior participação democrática e mesmo uma subsidiariedade social que venha complementar o papel do Estado na educação. Esta é a ideia que Gomes Canotilho nos deixa nas palavras subsequentes:

“ (...) o «desconstrucionismo pós-moderno» traduzido numa automovimentação de grupos sem articulação com os subsistemas dos direitos sociais, as «propostas da auto-ajuda» indiciam, em sectores obviamente limitados, um caminho fértil para a recuperação do «sentido de justiça» ínsito nos direitos sociais. A concordância prática da «subsidiariedade», realizada por grupos da sociedade civil, da reciprocidade visível entre pessoas e da cumplicidade social dos entes públicos permite vislumbrar alguma «imaginação» no discurso saturado dos direitos e políticas sociais”⁶⁰².

Caso não se proceda à mudança que o tempo e as circunstâncias impõem, estão criadas as condições para a não resolução da questão da articulação entre iniciativa estatal e iniciativa privada, em matéria de ensino. Para mais, a aceleração da globalização económica exige novas designações e formas de actuação do Estado, nomeadamente a transição de um modelo de controlo estatal para um modelo de supervisão estatal, perspectiva a desenvolver no capítulo dedicado à *redefinição do papel do Estado na educação*. O modelo que aí se refere, irá permitir que o paradigma da unicidade e uniformidade da oferta escolar, seja substituída por um sistema plural marcado pela flexibilidade do sistema educativo mais apto ao combate ao abandono, insatisfação escolar e à concretização do livre desenvolvimento dos jovens.

Conclusão

A liberdade de educação é um direito fundamental, uma liberdade pessoal integrante dos direitos humanos, que por sua vez se desdobra em liberdade de aprender, liberdade de ensinar, liberdade de criar escolas particulares e cooperativas e liberdade (direito/dever) de escolha da escola. Estas liberdades apresentam uma conexão solidária entre si. São direitos humanos inscritos nos instrumentos internacionais, mas simultaneamente fundamentais porque vertidos numa

⁶⁰² Cfr. Gomes CANOTILHO – Metodologia “fuzzy”, 2004a, p. 113-114.

Constituição, razão para que o Estado respeite e garanta estas liberdades, quer defendendo-as da ofensa de outros cidadãos, quer garantindo o seu exercício efectivo mediante a satisfação do direito social à educação.

O direito à educação e à cultura, apresentam-se como direitos sociais, e nesse sentido entendemos que devem ser compreendidos como autênticos direitos subjectivos inerentes ao cidadão, independentemente da sua concretização no imediato. São direitos com a mesma dignidade subjectiva dos direitos liberdades e garantias.

Neste percurso, verificou-se as liberdades e o direito à educação foram influenciadas pelas distintas concepções filosóficas-políticas que marcaram as constituições portuguesas. Mas, é na Constituição de 1976 que se alcança segundo Jorge Miranda “uma síntese operativa”⁶⁰³ entre direitos de liberdade e direitos sociais. No entendimento do autor, “a efectivação do direito à educação e à cultura destina-se a fazer com que todos passem a usufruir da liberdade de criação e fruição cultural e da liberdade de aprender e ensinar, em igualdade”⁶⁰⁴.

O estudo permite-nos defender que a educação pertence aos pais, são eles os responsáveis por dar forma à educação dos filhos. Devem como tal escolher o projecto educativo mais consentâneo com as suas convicções. A decisão em matéria de educação para além de um direito compagina também um dever dos pais.

Contudo, foi em torno da liberdade de educação e em concreto a liberdade de criação de escolas, que as considerações foram mais contundentes. Nessa medida podemos concluir que apesar de vigorar um regime jurídico-constitucional e legal que permite e propõe a liberdade de educação, na prática, o modelo instituído tem vindo a ser predominantemente um sistema de Estado-educador. O Estado deve providenciar pelo exercício da livre escolha entre a pluralidade de oferta de ensino e de

⁶⁰³ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p. 435.

⁶⁰⁴ *Idem, Ibidem.*

aprendizagem. Este argumento é secundado pelas organizações transnacionais, que criticam a excessiva centralidade do Estado na educação.

Não sendo exaustiva em matéria de educação, é na Constituição que se encontra o âmago e as suas linhas orientadoras, permitindo ao legislador ordinário, à Administração e à Assembleia da República uma difícil tarefa complementar.

Capítulo 6

O Direito à educação e o referencial europeu para as políticas educativas

“À medida que se sucediam os tratados no processo de integração europeia, foram aumentando as áreas de actuação da UE. Este facto fez com que o direito comunitário aumentasse as suas áreas de tensão com o direito constitucional”⁶⁰⁵.

Introdução

A União Europeia parte de uma raiz antropológica extraída do artigo 2.º TUE, onde aí se afirmam as suas fundações “nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias”. Estes valores são comuns aos Estados-membros e iluminam uma União de povos europeus, inscritos numa sociedade que se pretende humanista, plural e solidária.

Na base da construção da identidade da União Europeia encontra-se a defesa dos direitos fundamentais e um conjunto de princípios estruturantes e gerais extraídos das constituições, permitindo-nos defender que o direito nacional e o direito europeu se influenciam mutuamente. Deste modo, a densificação e concretização desses direitos, por nós já aludida em relação ao direito interno, será de igual modo aplicada ao direito da União, salvaguardadas as devidas adaptações.

O projecto da União, cuja concretização prática se manifesta diariamente na vida dos cidadãos dos Estados-membros, assume especial significado na educação. Essa influência ocorre, em todos os ciclos do sistema de ensino, pela aceitação de um referencial que traduz uma maior flexibilidade educativa e reforça a democratização da educação e da cultura.

Em Portugal, as implicações das políticas europeias na educação moldam em geral toda a política educativa, sendo os seus efeitos especialmente visíveis ao nível do currículo do ensino básico e secundário, nomeadamente com o reforço da segunda língua e a introdução das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC). Porém, o referencial europeu é especialmente seguido no ensino superior (1.º, 2.º e 3.º ciclo), e

⁶⁰⁵ Cfr. Jónatas MACHADO – *Direito da União Europeia*, 2010, p. 26.

resultou de um compromisso entre as instituições europeias de nível universitário e os seus governos, a partir da Declaração de Bolonha de 1999. Aí nasceu uma nova visão para o ensino superior que foi acolhida pelas entidades educativas nacionais e que se concretiza numa adopção de parâmetros comuns. O compromisso de Bolonha assenta desse modo numa harmonização de critérios, cuja concretização prática mais plausível consiste na adopção do princípio do mútuo reconhecimento de diplomas académicos e títulos de habilitação profissional⁶⁰⁶, para além de uma multiplicidade de orientações, directrizes e iniciativas europeias que vão sendo introduzidas ao nível institucional e normativo da União, passando posteriormente a vigorar na ordem interna.

O impacto dessas orientações, apresenta-se como inultrapassável ao nosso estudo, por um lado, porque a sua adopção compagina uma redução da liberdade de educação dos agentes e das instituições, sobretudo a partir da adopção do compromisso de Bolonha. Por outro lado, a nova perspectiva europeia sobre o direito à educação, construída a partir da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, remete para o Estado a tarefa pública de garantir essa universidade. Na execução de tal tarefa deve incluir o ensino privado à luz da defesa da liberdade de educação.

Na Carta Europeia, o direito à educação apresenta-se simultaneamente como “uma liberdade e um direito a prestações positivas por parte do Estado”⁶⁰⁷. Este é um contributo fundamental ao tema da tese *liberdade de educação e direito à educação: perspectivas constitucionais e políticas*, na medida em que nos permite ultrapassar a dicotomia existente entre direitos negativos e direitos positivos. Este percurso que compreende dois momentos, inicia-se com o enquadramento institucional da União e aborda os seus princípios e competências. O segundo momento vai recensear, em traços muito gerais, o modo como a educação tem sido considerada e definida desde a Comunidade Económica Europeia até à União.

⁶⁰⁶ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA – Comunicação da Comissão, Relatório da Comissão, execução do Livro Branco “Ensinar e aprender: rumo à sociedade cognitiva”, COM (1999) 750 final, faz referência ao reconhecimento mútuo académico e profissional que se desenvolve por intermédio de um sistema instituído para potenciar “a transferência de “unidades de valor” de ensino (ECTS - Sistema Europeu de Transferência de Créditos de Curso) e a aplicação de métodos equivalentes à formação profissional “, p. 38.

⁶⁰⁷ Cfr. Maria Lúcia AMARAL – Direito à Educação: Uma Perspectiva Europeia, 2011, p. 498.

6.1. Enquadramento institucional da União: o Tratado de Lisboa

O Tratado de Lisboa (TL) é visto como o início de uma nova etapa no processo de criação de uma União cada vez mais estreita entre os povos da Europa, mas é também relevante, porque configura um novo equilíbrio entre os poderes dos Estados e da União⁶⁰⁸, ao mesmo tempo que “mitiga substancialmente as pretensões constitucionais, assinalando um regresso ao método de integração gradualista tradicional”.⁶⁰⁹

Sobre o TL importa referir que se insere num contexto de afirmação dos direitos fundamentais introduzindo duas inovações face aos Tratados que o antecederam e que assumem centralidade na problemática à qual nos dedicamos neste capítulo:

- i) equipara o valor jurídico da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) ao dos Tratados por via do artigo 6.º, nº 1 do Tratado da União Europeia (TUE);
- ii) atribui competência à União Europeia para aderir à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)⁶¹⁰.

Sobre a integração, importa fazer uma apreciação breve sobre “dois modelos básicos de integração que se encontram subjacentes à construção europeia. É por referência a estes dois modelos que deve ser equacionada a relação entre a União Europeia e os Estados-membros. Ambos correspondem a visões bastante distintas desta entidade supranacional”⁶¹¹.

O primeiro modelo baseia-se na “compreensão do direito comunitário a partir de um sistema de funcionamento/cooperação intergovernamental”⁶¹² cuja primazia é dada aos “factores técnicos e económicos e à cooperação intergovernamental de tipo

⁶⁰⁸ O nº 1 do artigo 10.º, do TUE reforça a democracia representativa e por sua vez atribui um papel mais relevante ao Parlamento Europeu (nº2) e cria novos mecanismos de interação entre os cidadãos e as instituições (artigo 11.º do TUE).

⁶⁰⁹ Cfr. Jónatas MACHADO – *Direito da União Europeia*, 2010, p. 30.

⁶¹⁰ Cfr. Maria Guerra MARTINS – *Constitucionalismo Europeu e Direitos Fundamentais*, 2010, p. 3.

⁶¹¹ Cfr. Jónatas MACHADO – *Direito da União Europeia*, 2010, p. 83-84.

⁶¹² *Idem*, p. 84.

funcional/sectorial”⁶¹³. O segundo modelo sugere “uma integração da natureza supranacional com vocação federal”⁶¹⁴. Neste modelo atende-se à primazia do político sobre o económico, motivado pelo “exercício em comum de prerrogativas de soberania estatual e pelo reforço dos poderes das instituições supranacionais”⁶¹⁵. É sobretudo a este modelo que têm resistido os Estados Nação, “alegando-se a inexistência de um “povo europeu” que possa chamar a si a titularidade do poder constituinte”⁶¹⁶.

Esta dualidade de perspectivas encontra-se na base de uma tensão entre o constitucionalismo nacional e o constitucionalismo europeu. Por um lado, há uma posição que postula a primazia do direito da União Europeia originário e derivado⁶¹⁷ sobre o direito constitucional nacional, por outro lado, a perspectiva que defende a primazia do direito constitucional nacional. Conscientes desta tensão, defendemos o reconhecimento constitucional nacional, e por força da Constituição, a vigência interna de todo o Direito da União Europeia é feita nos termos definidos e constantes do artigo 8.º, n.º 4 da CRP, disposição que foi inscrita na CRP aquando da revisão de 2004, de onde se extrai:

«As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático».

Assim se define o modo como o Direito da União Europeia é aplicado internamente. Ou seja, o “primado do direito da UE, nos termos por ele formulado, é explicitamente aceite por decisão constitucional nacional”⁶¹⁸. Ao TJUE cabe uma

⁶¹³ Cfr. Jónatas MACHADO – *Direito da União Europeia*, 2010, p. 84.

⁶¹⁴ *Idem*, p. 85.

⁶¹⁵ *Idem, Ibidem*.

⁶¹⁶ *Idem*, p. 86.

⁶¹⁷ O direito primário ou originário integra o direito constitucional da União e os seus princípios gerais e serve de parâmetro relativamente a todo o direito secundário e terciário, para além de integrar os tratados instituidores das comunidades, os protocolos adicionais, os actos de complementação e de adesão. O direito secundário ou derivado constitui-se a partir das normas criadas pelos órgãos instituídos pelo direito comunitário primário, tendo como fonte principal o artigo 288.º TFUE onde se inscrevem os regulamentos, directivas, decisões, recomendações e pareceres.

⁶¹⁸ Cfr. Jónatas MACHADO – *Direito da União Europeia*, 2010, p. 74.

palavra decisiva em matéria de interpretação dos direitos fundamentais, princípios e competências da UE e das instituições.

Com o TL constitui-se um novo enquadramento institucional onde os objectivos da União Europeia, como a paz, o bem-estar dos povos, a liberdade, a segurança, a justiça, a coesão económica e a integração social (artigo 3.º TUE), são prosseguidos através dos meios e em função das competências que os Tratados lhe atribuem tal como dispõe o artigo 3.º, nº 6 TUE, no qual “o exercício das competências da União é regido pelos princípios da subsidiariedade⁶¹⁹ e da proporcionalidade (artigo 5.º, nº1, segunda parte). As demais competências pertencem aos Estados-membros (artigo 4.º TUE).

i) Os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade

Os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade são fundamentais para a compreensão da transferência das competências dos Estados-membros para a União (artigo 5.º, nº 1 TUE). Enquanto o princípio da proporcionalidade relaciona os meios utilizados pela União para alcançar determinado objectivo com o fim visado ou objectivo a alcançar, o princípio da subsidiariedade prende-se com “a preservação das prerrogativas de soberania dos Estados, bem como com o combate ao centralismo e a preservação das identidades regionais e locais”⁶²⁰. Esta prerrogativa está plasmada no nº 3 do artigo 5º de onde se extrai o seguinte conteúdo:

“ (...) em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da acção considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União”.

Como conceito dinâmico que é, o princípio da subsidiariedade encontra as suas raízes na filosofia, na sociologia e na ciência política, tendo o seu conteúdo

⁶¹⁹ O princípio da subsidiariedade surge pela primeira vez expressamente em tratado internacional a 7 de Fevereiro de 1992 no Tratado da União Europeia (TUE) inscrito no artigo 3.º - B.

⁶²⁰ Cfr. Jónatas MACHADO – *Direito da União Europeia*, 2010, p. 89.

variado “em função das circunstâncias”⁶²¹. Neste caso em concreto quer significar uma limitação da actuação da União e das suas instituições.

A aplicação dos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade foi reforçada em 2001 com a publicação do *Livro Branco da Boa Governança*, onde constam os cinco princípios que estão na base da democracia e do Estado de direito: a abertura, participação, responsabilização, eficácia e coerência⁶²². Aí, referindo-se ao princípio da proporcionalidade dispõe que “desde a concepção até à aplicação das políticas, a escolha do nível em que é realizada a acção (desde o comunitário até ao local) e a selecção dos instrumentos utilizados deverão ser proporcionais aos objectivos prosseguidos. Assim, antes de lançar uma iniciativa, é fundamental verificar sistematicamente (a) se é realmente necessária uma acção pública, (b) se o nível europeu se afigura o mais adequado e (c) se as medidas escolhidas são proporcionais aos objectivos”⁶²³.

Quanto ao princípio da subsidiariedade, torna-se evidente que a doutrina e as instituições comunitárias, não obstante reconhecerem a inclusão do princípio da subsidiariedade “nos tratados originais essencialmente como directriz de bem governar”⁶²⁴, não convergem quanto “aos instrumentos da sua previsão”⁶²⁵. Com o AUE, procede-se a uma nova incorporação “em que o conceito, para além de se relacionar com o processo de integração, surge não como princípio horizontal que atravessa a ordem jurídica mas como critério específico de certos campos e competência”⁶²⁶. No Tratado de Maastricht, o princípio da subsidiariedade surge “enquanto conceito constitucional e juridicamente vinculante para as Instituições Europeias.”⁶²⁷. No Tratado de Amesterdão faz-se apelo a uma melhor aplicação do

⁶²¹ Cfr. Jónatas MACHADO – *Direito da União Europeia*, 2010, p. 89.

⁶²² Cfr. COMISSÃO EUROPEIA – *Governança Europeia: um Livro Branco*. COM (2001) 428 final, p. 11.

⁶²³ *Idem*, p. 12.

⁶²⁴ Cfr. Rute G. SARAIVA – *Sobre o Princípio da Subsidiariedade*, 2001, p. 40.

⁶²⁵ *Idem*, *Ibidem*.

⁶²⁶ *Idem*, p. 50.

⁶²⁷ *Idem*, p. 54.

conceito e “advoga-se a favor de uma maior harmonização dos critérios utilizados para determinar o nível mais indicado de exercício de competências”⁶²⁸.

Num sentido próximo, Margarida d’Oliveira Martins observa que “se bem que tal princípio não constasse dos outros dois restantes tratados comunitários (Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço – TCECA e do Tratado da Comunidade Europeia de Energia Atómica – TCEEA), entendia-se que o princípio da subsidiariedade não era apenas um princípio relativo à Comunidade Europeia, mas um princípio geral também respeitante à União Europeia”⁶²⁹.

Nessa conformidade, o princípio da subsidiariedade, deve ser interpretado através das suas duas facetas, uma positiva e outra negativa. A *positiva*, estimula a existência de competências da União Europeia e nessa conformidade dispõe que a União Europeia deve agir quando os objectivos pretendidos possam ser melhor alcançados ao nível comunitário. A negativa, isto é, a faceta limitativa do princípio da subsidiariedade, significa que a União Europeia não deve actuar quando a acção dos Estados-Membros é suficiente para alcançar os objectivos pretendidos.

Em suma, o princípio da subsidiariedade foi integrado no tratado com o intuito descentralizador, para compensar quer o alargamento das atribuições operado pelo Tratado da União Europeia (TUE), quer o aumento dos casos de votação por maioria qualificada e ainda o aumento dos poderes do Parlamento Europeu, que, por natureza, são centralizadores.

Na delimitação da transferência de competências dos Estados-membros para a União Europeia vigora também o *princípio da proporcionalidade* (artigo 5.º TUE). O mesmo é indissociável do princípio da subsidiariedade, vinculando todas as instituições da União Europeia. Este princípio assenta numa análise da relação entre fins e meios, exigindo a legitimidade dos fins e a adequação, necessidade e

⁶²⁸ Cfr. Rute G. SARAIVA – *Sobre o Princípio da Subsidiariedade*, 2001, p. 71.

⁶²⁹ Cfr. Margarida d’Oliveira MARTINS – *O Tratado de Lisboa e o novo regime do princípio da subsidiariedade e o papel reforçado dos parlamentares nacionais*, 2010, p.133-134.

proporcionalidade em sentido restrito dos meios relativamente aos fins, o que requer que “sejam evitadas as medidas comunitárias que possam ter mais custos do que benefícios”⁶³⁰.

Deste modo, sendo a transferência de poderes para a União Europeia um meio para atingir as finalidades substantivas dos tratados, o princípio da proporcionalidade impõe a limitação material e formal das medidas da União Europeia, ao estritamente necessário à prossecução de objectivos dos tratados (artigo 5.º, nº 4 TUE). Também aqui se aplica o *Protocolo Relativo à Aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e da proporcionalidade*⁶³¹.

Não sendo a educação uma matéria da competência exclusiva da União, em virtude do princípio da subsidiariedade a sua intervenção apenas se verifica se “os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da acção considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União” (artigo 5.º, nº 3 TUE). Uma vez adoptadas as orientações, directrizes e iniciativas europeias, os Estados devem segui-las de acordo com os princípios da cooperação leal e da boa fé.

Para determinar a conformidade de uma disposição do direito europeu com o princípio da proporcionalidade o Tribunal de Justiça exige que os actos levados a cabo pela União sejam necessários à conclusão do objectivo visado. Nesses termos,

“ (...) importa verificar se os meios que utiliza são adequados e necessários para alcançar o objectivo pretendido. A este respeito, quando uma regulamentação comunitária estabelece uma distinção entre uma obrigação principal, cujo cumprimento é necessário para alcançar o objectivo visado, e uma obrigação secundária, de carácter essencialmente

⁶³⁰ Cfr. Jónatas MACHADO – *Direito da União Europeia*, 2010, p. 90-91.

⁶³¹ Cfr. EUROPA – Protocolo relativo à aplicação dos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade, (JOUE nº C 310/207, 16.12.2004).

administrativo, ela não pode, sem violar o princípio da proporcionalidade, punir com a mesma severidade a violação da obrigação secundária e a da obrigação principal”⁶³².

O Tribunal subordina assim, a aplicação do princípio da proporcionalidade “a uma dupla condição: por um lado, não deve recusar-se à União a possibilidade de agir no quadro de amplo poder de apreciação da situação geral em que o acto irá incidir, é preciso, além disso, que sejam relevantes os interesses particulares efectivamente lesados.”⁶³³.

6.2. Princípios fundamentais da União

Em matéria de princípios, e sem pretensão de os esgotar nesta brevíssima alusão, serão referidos os princípios da igualdade de tratamento e da não-discriminação assim como do princípio da solidariedade e da coesão da união, princípios socialmente ordenadores.

O princípio da igualdade de tratamento (quer em relação aos Estados, quer em relação aos agentes económicos: pessoas físicas e colectivas) “implica que nenhum deles pode reivindicar uma situação de privilégio em face dos seus parceiros”⁶³⁴, a não ser as situações directamente assumidas pelos Tratados. Já o princípio da não-discriminação corrobora o estatuto de igualdade de todos, não sendo por isso consentido a não-discriminação nos termos dos artigos 3.º, 6.º e 9.º; 10.º, 18.º e 19.º entre outros ao longo do Tratado.

O princípio da solidariedade implica “um dever geral de cooperação leal – tanto entre os Estados e as Instituições da União Europeia como entre estas últimas”⁶³⁵ consignado nos artigos 4.º, nº 3 e 13.º, nº 2 do TUE⁶³⁶. Coloca-se por sua

⁶³² Cfr. Acórdão do Tribunal (5ª secção). Processo C-161/96, de 29 de Janeiro de 1998, que tem por objecto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177.º do Tratado CE, pelo Bundesfinanzhof, destinado a obter, no litígio pendente neste órgão jurisdicional entre (Südzucker Mannheim/Ochsenfurt AG e Hauptzollamt Mannheim)

⁶³³ Cfr. CAMPOS; CAMPOS – *Manual de Direito Europeu*, 2010, p. 350.

⁶³⁴ *Idem*, p. 351.

⁶³⁵ *Idem*, p. 353.

⁶³⁶ *Idem*, *Ibidem*.

vez, “ao serviço da *coesão comunitária*, inscrito nos artigos 3.º, nº 3, do TUIE e artigo 174.º e seguintes do TFUE”⁶³⁷. Daqui se deduz a natural solidariedade que se impõe aos países mais ricos e que se consubstancia numa contribuição para o orçamento da União, de molde a financiar as despesas comuns e operar uma transferência de recursos para os Estados menos desenvolvidos.

6.3. Direitos fundamentais na União

Reconhecidos pela União, os direitos fundamentais não só vêm responder a uma ausência que existia no passado por não constarem dos Tratados instituidores das comunidades, como alarga o catálogo dos direitos positivados na Constituição. Tal como o observamos (v. *supra* cap. 3), o artigo 16.º, nº 1 da CRP vem estatuir que «os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional». Nesse sentido, é possível expandir o catálogo dos direitos fundamentais por via do direito europeu, quer por intermédio dos tratados, quer das leis comunitárias.

Contudo este percurso não foi linear, tendo começado com o reconhecimento dos direitos fundamentais pelo poder judicial, protecção que se foi “afirmando, de forma progressiva, ao longo dos tempos, através da jurisprudência do Tribunal de Justiça, comungando, portanto, do carácter inacabado e de processo que caracteriza toda a integração europeia”⁶³⁸.

Mas pouco tempo depois, o reforço dos direitos fundamentais dá-se pela influência de instrumentos do direito internacional e pela incorporação da Carta⁶³⁹. Concretizando, os direitos económicos contidos no Tratado de Roma são interpretados por remissão para as tradições de direitos fundamentais dos diferentes Estados-membros. Assinalamos ainda um outro momento que antecede a Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, onde se torna relevante a Convenção Europeia

⁶³⁷ Cfr. CAMPOS; CAMPOS – *Manual de Direito Europeu*, 2010, p. 353.

⁶³⁸ Cfr. Ana Guerra MARTINS – *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, 2004, p. 127.

⁶³⁹ Cfr. EUROPA – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, 2000. (JOUE nº C 364/1, 18.12.2000).

dos Direitos do Homem (CEDH)⁶⁴⁰ e a sua interpretação e aplicação levada a cabo pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH). Sobre a Convenção, Jonátas Machado refere que a mesma está ligada ao direito europeu porque “releva no ordenamento jurídico dos Estados-membros da UE, todos signatários, na qualidade de instrumento clássico de direito internacional convencional. Além disso a CEDH tem validade supranacional, estando a sua força normativa, por incorporação, à própria União Europeia, aí integrando os princípios gerais do direito europeu”⁶⁴¹.

Gomes Canotilho, referindo à protecção dos direitos fundamentais no âmbito da União Europeia, reitera quatro fases e com “parcimónia da Comunidade Europeia”⁶⁴², atitude que o autor justifica dado o paradigma económico vigente e patente nos tratados. Assim, a primeira fase tem lugar enquanto se desenvolve a estruturação da integração económica (Tratado de Paris, Tratado de Roma). Nesta altura, os direitos fundamentais eram defendidos de forma tímida, concentrando-se a tutela na salvaguarda das liberdades económicas e no direito de acção perante o Tribunal de Justiça.

A segunda fase encontra no Acto Único Europeu (1986) e no Tratado da União Europeia (1992), a base normativa. Com o Acto Único Europeu (AUE), os Estados-membros ainda que de forma genérica, comprometeram-se a “promover conjuntamente a democracia, com bases nos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições e legislações dos Estados-membros, na Convenção da Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e na Carta Social Europeia, nomeadamente a liberdade, a igualdade e a justiça social” (preâmbulo).

O Tratado da União Europeia (TUE), veio reforçar o reconhecimento dos direitos fundamentais por parte da União Europeia, através da inclusão artigo 6.º (ex-artigo F) epigrafado de «Princípio democrático e competências implícitas» onde

⁶⁴⁰ A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais,), “enquadra-se no movimento de dotar a Europa de uma carta comum de direitos e liberdades que resume os valores políticos e culturais das democracias ocidentais”. Cfr. Ireneu BARRETO – *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2010, p. 27.

Cfr. Jónatas MACHADO – *Direito da União Europeia*, 2010, p. 259.

⁶⁴² Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 523.

refere no nº 2 que “A União respeitará os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário.”⁶⁴³. Por ora a defesa dos direitos fundamentais, acabaria por ficar apenas pelas liberdades comunitárias.

A terceira fase ocorre com o Tratado de Amesterdão no qual se consagra a cidadania a qualquer pessoa com nacionalidade de um Estado-membro como complemento da cidadania nacional (artigo 17.º (ex- artigo 8.º)⁶⁴⁴. Daqui se extrai o estatuto de cidadania da União Europeia, e com ela avança-se para uma cidadania política.

A quarta e última fase, fica marcada pela “ideia da *carta de direitos fundamentais da União Europeia*”⁶⁴⁵. No Conselho Europeu de Colónia decidiu-se pela elaboração de uma carta de direitos na qual seriam consignados os direitos de liberdade, igualdade e processuais fundamentais plasmados na CEDH ou constantes das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros. Porém, o projecto foi posteriormente submetido a apreciação no Tratado de Nice que decorreu entre 7 e 8 de Dezembro de 2000.

A Carta Europeia então assinada, dá um passo significativo quanto à tradicional dicotomia entre direitos de defesa e direitos sociais ou directos a prestações públicas, na medida em que a Carta ignora essa contraposição, e nessa medida. Porém, o reconhecimento da sua força vinculativa vem a ocorrer em 2004, numa conferência governamental e aí vai consignar os direitos civis e políticos constantes do PDCP de 1966, mas vai também incluir os típicos direitos sociais a exemplo do direito consignado no artigo 31.º relativamente às condições de trabalho saudáveis, seguras e dignas dos trabalhadores.

⁶⁴³ Cfr. J.J. Almeida LOPES – *Tratados Europeus Explicados*, 2002, p. 371.

⁶⁴⁴ *Idem*, p. 35.

⁶⁴⁵ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 523-524.

Após a exposição das várias fases de expansão dos direitos fundamentais, cumpre-nos sublinhar que o Tribunal de Justiça reconhece como parte integrante do direito europeu, os princípios que de acordo com as Constituições ou as tradições constitucionais dos Estados-membros considerados no seu conjunto, garantem os direitos individuais fundamentais. Assim o reconhece os Acórdãos do Tribunal de Justiça de 17 de Dezembro de 1970 e de 14 de Maio de 1974, tal como de imediato se analisa. Nessa conformidade, justifica-se uma breve referência aos princípios orientadores do Direito Europeu, designadamente, o princípio do respeito pelos direitos fundamentais; o princípio da confiança legítima e da segurança jurídica e o princípio da não-retroactividade dos actos da União, tal como abaixo se expõe.

6.3.1. Princípio do respeito pelos direitos fundamentais

O princípio do respeito pelos direitos fundamentais conheceu um marco jurisprudencial do TJUE, com o Acórdão de 17 de Dezembro de 1970, no qual se observa o seguinte:

“ (...) o respeito pelos direitos fundamentais faz parte integrante dos princípios gerais de direito cuja observância é assegurada pelo Tribunal de Justiça. A salvaguarda desses direitos, ainda que inspirada nas tradições constitucionais comuns aos Estados membros, deve ser assegurada no âmbito da estrutura e dos objectivos da Comunidade.”⁶⁴⁶.

No mesmo sentido, o Acórdão do TJUE de 14 de Maio de 1974 observa que,

“ os direitos fundamentais são parte integrante dos princípios gerais do direito, cuja observância lhe incumbe garantir. O Tribunal, ao garantir a protecção destes direitos, deve inspirar-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros e não pode, assim, admitir medidas incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos e garantido pelas constituições destes Estados. Os instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos

⁶⁴⁶ Cfr. Acórdão do TJUE. Processo 11/70, de 19 de Dezembro de 1970, que tem por objecto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177.º do Tratado da CEE, pelo Tribunal Administrativo de Frankfurt am Main submetendo duas questões relativas à validade do regime dos certificados de exportação e de caução com ele conexa p. 629.

do homem, em que os Estados-membros colaboraram ou a que aderiram, podem igualmente dar indicações que é conveniente tomar em consideração no âmbito do direito comunitário”⁶⁴⁷.

6.3.2. Princípio da confiança legítima

O princípio da confiança legítima, oferece “aos agentes económicos a estabilidade, continuidade ou permanência das situações jurídicas constituídas ao abrigo de determinada legislação”⁶⁴⁸ impondo, prazos e por vezes medidas transitórias, ao legislador da União, sempre que este opte por alterações à legislação. Assim, “O direito de invocar a protecção da confiança legítima é reconhecido a qualquer particular que se encontre numa situação da qual resulta que a administração comunitária, ao dar-lhe garantias precisas, lhe criou expectativas fundadas”⁶⁴⁹.

Resta-nos observar, que o princípio do respeito dos direitos adquiridos e o princípio da imutabilidade das situações jurídicas subjectivas são concretizações do princípio da confiança legítima.

6.3.3. Princípio da segurança jurídica

O princípio da segurança jurídica, assegura a protecção de interesses legítimos, desde que a União determine “uma modificação de compromissos assumidos ao abrigo do regime precedente”⁶⁵⁰, e que essa modificação implique uma desvantagem para o agente económico. Assim, o Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Primeira Secção), de 19 de Março de 1997 observa que,

“ (...) o Tribunal de Justiça declarou que o princípio da protecção da confiança legítima é o corolário do *princípio da segurança jurídica*, que exige que as normas jurídicas sejam claras e precisas e tem por finalidade garantir a previsibilidade das situações e das relações jurídicas

⁶⁴⁷ Cfr. Acórdão do TJUE. Processo 4/73, de 14 de Maio de 1974, Nold/Comissão, 1974, que tem por objecto um pedido de anulação da decisão da Comissão, de 21 de Dezembro de 1972, relativa à autorização de novas regras de venda da Ruhrkohle AG, p. 290.

⁶⁴⁸ Cfr. CAMPOS; CAMPOS – *Manual de Direito Europeu*, 2010, p.348.

⁶⁴⁹ Cfr. Sumário do Acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 16 de Outubro de 1996. Processo nº 7- 336/94.

⁶⁵⁰ Cfr. CAMPOS; CAMPOS – *Manual de Direito Europeu*, 2010, p. 349.

abrangidas pelo direito comunitário (acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Fevereiro de 1996, Duff e o., C-63/93, Colect., p. 1-569, n.º 20)⁶⁵¹.

6.3.4. Princípio da não retroactividade dos actos da União

O princípio da não retroactividade dos actos da União vai também no sentido da segurança jurídica e como tal visa garantir que “*a legislação da União deve ser certa e a sua aplicação previsível para os sujeitos do direito*”⁶⁵².

6.4. A Carta dos direitos fundamentais e o direito à educação

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) ou Carta Europeia é elevada, nos termos do artigo 6.º do TUE, a direito primário da União. As suas fontes inspiradoras são por um lado as tradições constitucionais comuns aos Estados-membros e por outro lado, no artigo 2.º do Protocolo 1 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

O direito à educação encontra-se no artigo. 14.º da CDFUE, preceito que se inspira quer nas tradições constitucionais dos Estados-Membros quer no artigo 2.º do Protocolo Adicional à CEDH. Aí se garante a instrução como um direito de todos e o Estado no plano exercício das suas funções na área da educação e do ensino devia respeitar a vontade dos pais a quem competia assegurar a educação dos filhos. No direito de acesso estava contemplada a formação profissional e contínua. Estas influências foram vertidas na CDFUE tal como se observa:

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.

⁶⁵¹ Cfr. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância. Processo T-73/95, de 19 de Março de 1997 (Estabelecimento Isidoro contra Comissão), tem por objecto um pedido de anulação parcial da Decisão C (94) D1410/9 da Comissão, de 12 de Julho de 1994, notificada à recorrente em 28 de Dezembro de 1994, relativa a uma contribuição financeira do Fundo Social Europeu, a título de uma acção de formação.

⁶⁵² Cfr. CAMPOS; CAMPOS – *Manual de Direito Europeu*, 2010, p. 349.

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.”

De suma importância é o facto da União dispor agora de um “texto proclamatório de direitos, de vocação geral”⁶⁵³. Com a consagração formal da CDFUE no Tratado de Lisboa, concretiza-se mais um passo na protecção dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais dos cidadãos europeus, na medida em que ela não alude à tradicional contraposição entre direitos negativos e direitos positivos, “distingue simplesmente entre (direitos de) *dignidade, liberdade, igualdade, solidariedade e cidadania*.”⁶⁵⁴. A dignidade, a liberdade e a igualdade e a solidariedade serão apresentados em primeiro lugar dado se tratarem de valores universais e indivisíveis colocados no mesmo plano, sendo seguido da cidadania e da justiça.

6.4.1. Os valores universais e indivisíveis:

dignidade, liberdade, igualdade e solidariedade

No Título I (artigos 1.º), refere-se ao princípio fundamental da dignidade do ser humano, enquanto valor indivisível e universal, pedra angular da construção da identidade da União. A inviolabilidade da dignidade humana “é indissociável da matriz judaico-cristã da civilização europeia e da formulação kantiana que lhe foi dada na consideração dos seres humanos como fins em si mesmos, dotados da integridade física, psíquica e moral, prescrevendo a sua instrumentalização ao serviço de finalidades europeias nacionais”⁶⁵⁵. Enumeraram-se entre os artigos 2.º e 5.º da Carta, os direitos que decorrem imediatamente da inviolabilidade da dignidade do ser humano, direito à vida, direito à integridade do ser humano, proibição da tortura e dos tratos ou penas desumanos ou degradantes, proibição da escravidão e do trabalho forçado.

⁶⁵³ Cfr. Maria Luísa DUARTE – A União Europeia e o Sistema Europeu de Protecção dos Direitos Fundamentais – a chancela do Tratado de Lisboa, *Cadernos O Direito*, 2010, p. 170.

⁶⁵⁴ Cfr. Maria Lúcia AMARAL – Direito à Educação: Uma Perspectiva Europeia, 2011, p. 494.

⁶⁵⁵ Cfr. Jónatas MACHADO – *Direito da União Europeia*, 2010, p. 263.

A inclusão dos referidos direitos foram alvo de um amplo consenso, na medida em que já se encontram recenseados em instrumentos internacionais, e nas tradições constitucionais dos diferentes Estados-membros⁶⁵⁶.

No Título II (artigos 6.º a 19.º), sob a epígrafe «liberdades», estão vertidos vários dos direitos reconhecidos pela Convenção Europeia. Aí se consagram direitos com grande impacto na liberdade individual como o direito à liberdade e à segurança; o direito ao respeito pela vida privada e familiar; o direito de contrair casamento e de constituir família; a liberdade de pensamento, consciência e religião; a liberdade de expressão e de informação, que inclui o respeito da liberdade e do pluralismo dos meios de comunicação social; a liberdade de reunião e de associação, com específica referência ao domínio político e o reconhecimento de que os partidos políticos ao nível da União contribuem para a expressão da vontade política dos cidadãos da União; o direito à educação; protecção de dados pessoais e a liberdade da empresa; direito de propriedade, direito de asilo e protecção em caso de afastamento, expulsão ou extradição.

Os direitos contidos no Título II permitem-nos observar que não só direitos de natureza pessoal estão ancorados na dignidade da pessoa humana, mas também os direitos económicos e ainda os direitos que relevam “para a esfera pública, assegurando a autonomia da formação da opinião pública e da vontade pública”⁶⁵⁷. Por último, os direitos e liberdades previstas neste título são aplicáveis às pessoas colectivas na medida em que sejam pela sua natureza compatíveis a exemplo do artigo 12.º, n.º 2 da CRP.

No Título III (artigos 20.º a 26.º), consagra-se especialmente a igualdade perante a lei e a proibição da discriminação, para afirmar depois o compromisso da União com o respeito da diversidade cultural, religiosa e linguística. Defende-se a igualdade entre homens e mulheres em todos os domínios, incluindo emprego, trabalho e remuneração, com explícita previsão da possibilidade de medidas positivas

⁶⁵⁶ Cfr. Maria Guerra MARTINS – *Constitucionalismo Europeu e Direitos Fundamentais*, 2010, p. 6.

⁶⁵⁷ Cfr. Jónatas MACHADO – *Direito da União Europeia*, 2010, p. 264.

a favor do sexo sub-representado. Por último, os direitos das crianças e das pessoas idosas e a integração das pessoas com deficiência. Pela primeira vez, a igualdade e a não discriminação foram “equacionadas num texto oficial com valor idêntico aos dos Tratados numa perspectiva global”⁶⁵⁸, não obstante já se encontrarem ao longo de anteriores Tratados.

No Título IV (artigos 27.º a 38.º), sob a epígrafe «solidariedade», reúne-se um conjunto de direitos de natureza social que na maior parte dos casos já se encontram consagradas quer na ordem jurídica comunitária quer nas ordens jurídicas dos Estados-Membros. Pretende-se reforçar “a interdependência entre dimensões positivas e negativas dos direitos fundamentais”⁶⁵⁹. Com esse objectivo, consagraram-se os direitos como à informação e à consulta dos trabalhadores na empresa, direito de negociação e de acção colectiva, direito de acesso aos serviços de emprego, protecção em caso de despedimento sem justa causa, condições de trabalho justas e equitativas, proibição do trabalho infantil e protecção dos jovens no trabalho, vida familiar e vida profissional, segurança social e assistência social, protecção da saúde, acesso a serviços de interesse económico geral, protecção do ambiente, defesa dos consumidores.

6.4.2. Cidadania e justiça

Em matéria de cidadania, o Título V (artigos 39.º a 46.º), segue de perto a actual parte II do Tratado da Comunidade Europeia, ao consagrar o direito de eleger e ser eleito nas eleições para o Parlamento Europeu e eleições municipais, direito a uma boa administração, direito de acesso aos documentos. Foi consagrado o Provedor de Justiça Europeu, o direito de petição, a liberdade de circulação e de permanência e a protecção diplomática e consular.

O catálogo dos direitos fundamentais reconhecidos pela Carta fica concluído com o Título VI (artigos 47.º a 50.º), dedicado à justiça, assumidamente um direito

⁶⁵⁸ Cfr. Maria Guerra MARTINS – *Constitucionalismo Europeu e Direitos Fundamentais*, 2010, p. 6.

⁶⁵⁹ Cfr. Jónatas MACHADO – *Direito da União Europeia*, 2010, p. 266.

instrumental à concretização de outros direitos. A esta luz, é consagrado o direito à acção e a um tribunal imparcial, à presunção de inocência e aos direitos da defesa. E ainda, os princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas e o direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito.

6.4.3. Força jurídica, interpretação e aplicação da Carta Europeia

A Carta inclui no Título VII (artigos 51.º a 54.º), um conjunto de disposições gerais que visam o alcance e os efeitos dos preceitos anteriores⁶⁶⁰. No que respeita à aplicação e garantia dos direitos fundamentais, o Tratado de Lisboa não introduz mecanismos radicalmente novos. Em matéria de tutela temos a previsão de futura adesão da União Europeia à convenção Europeia dos Direitos do Homem. Mas como a Convenção tem uma posição infraconstitucional, depende da sua conformidade com os preceitos da Constituição.

Quanto aos destinatários, dispõe o artigo 51.º, n.º 1 que “As disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições e órgãos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União. Assim sendo, devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respectivas competências” e “Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades” (artigo 52.º, n.º 1).

Em suma, a relevância jurídica plena da carta, alcançada através do artigo 6.º, n.º 1 (TUE), apresenta inegáveis vantagens relativamente ao modelo anterior ao Tratado de Lisboa, sob forma das seguintes características⁶⁶¹:

⁶⁶⁰ No que diz respeito ao reconhecimento de direitos, a função garantidora do Tratado de Lisboa vai além da Carta. Nesse sentido, importa ter presente as seguintes disposições avulsas do TUE e do TFUE onde se consagram direitos e liberdades: artigos 10.º; 11.º TUE e 16.º; 17.º; 19.º; 20.º; 21.º; 22.º; 23.º; 24.º; 75.º; 78.º; 79.º; 82.º; 151.º; 153.º; 157.º; 169.º; 215.º e 275.º TFUE.

⁶⁶¹ Cfr. Maria Luísa DUARTE – A União Europeia e o sistema europeu de protecção dos direitos fundamentais – a chancela do Tratado de Lisboa, 2010, p. 172.

- a) *Visibilidade e certeza* – a positivação dos direitos, antes dispersos por várias fontes (v.g. princípios gerais de direito, tradições constitucionais, normas avulsas dos Tratados), coloca o “bloco da fundamentalidade” da União Europeia acessível ao conhecimento directo dos destinatários.
- b) *Centralidade* – a carta concretiza a autonomização dos direitos em relação ao vínculo económico.
- c) *Coerência sistemática e axiomática* – coma carta, a aplicação futura das normas garantidoras fica subordinada por um conjunto de valores comuns em especial, o respeito pela dignidade da pessoa humana, os direitos inalienáveis da pessoa humana, a liberdade, a democracia, a igualdade, o pluralismo, a não discriminação, a justiça, a solidariedade, valores enquadrados pelo modelo do Estado de Direito.

De suma importância são as limitações à equiparação da força vinculativa da Carta aos Tratados, que em síntese apresentam três ordens distintas: de atribuição, interpretação e de aplicação a alguns Estados-Membros⁶⁶². As atribuições entre a União e os Estados-Membros ocorrem por via dos Tratados e não da Carta à luz do artigo 6.º, nº 1 do TUE. Quanto à interpretação, por via do nº 3 do artigo 6.º do TUE, “devem ser interpretados de acordo com as disposições gerais constante do Título VII (...) e tendo em devida conta as anotações a que a Carta faz referência, que indicam as fontes dessas disposições”. São elas as fontes endógenas dos artigos 51.º a 54.º da Carta, e exógenas constantes das anotações do *Praesidium*⁶⁶³.

Torna-se então relevante para a análise do direito à educação, fazer uma breve alusão aos obstáculos colocados por alguns Estados-Membros quanto à inclusão dos direitos sociais na Carta. De um lado a Europa do Sul, os franceses e os alemães aprovavam a sua inclusão. Do outro, os países nórdicos, Reino Unido, Holanda que “consideravam a afirmação constitucional os direitos sociais como uma causa de rigidez e acreditavam mais na flexibilidade e na negociação entre parceiros sociais do

⁶⁶² Países como a Polónia e o Reino Unido gozam de um estatuto especial constante do protocolo nº 30, relativo à Aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia à Polónia e ao Reino Unidos, extensivo à República Checa, cfr. SILVEIRA; FROUFE – *Tratado de Lisboa*, 2010, p. 349.

⁶⁶³ Cfr. Maria Guerra MARTINS – *Constitucionalismo Europeu e Direitos Fundamentais*, 2010, p. 10-12.

que na legislação centralizada”⁶⁶⁴. Ultrapassadas as dificuldades, foram inscritos como direitos fundamentais sem distinção.

Recentrando a questão no âmbito do direito à educação, importa rever o argumento de Mara Lúcia Amaral, que depois de ter feito uma comparação dos textos fundamentais da Alemanha, Itália, Espanha e Portugal, vem observar que o “direito fundamental à educação não se torna compreensível, em toda a sua extensão e alcance, se for visto à luz da dicotomia que distinguindo de forma cerce entre direitos negativos e direitos positivos⁶⁶⁵”. Esta foi a conclusão a que chegou ao recolher as deliberações dos Tribunais Constitucionais dos referidos países. Segundo a autora, os direitos sociais continuam a fazer sentido, o que pode acontecer é “que no mesmo direito podem ser incluídas posições jurídicas subjectivas de natureza muito diversas (...) pode ser, ao mesmo tempo, tanto uma liberdade quanto um direito a prestações do Estado. E é precisamente isso que ocorre com o direito à educação”⁶⁶⁶.

6.5. Competências da União

Ao mesmo tempo que os Tratados “ (...) identificam os valores e princípios que servem de base à União Europeia, definem as respectivas atribuições e competências, juntamente com o quadro institucional e processual adequado à sua prossecução.”⁶⁶⁷ A esta luz, as competências que não sejam expressamente atribuídas à UE pelos Tratados, permanecem na titularidade dos Estados-membros (artigos 4.º e 5.º, nº 2 TUE). Isto significa que a União Europeia não pode extravasar os limites das suas atribuições.

No TL as competências atribuídas à UE são delimitadas com maior precisão, nas suas diferentes modalidades, assim como se clarifica as competências que são reservadas aos órgãos estaduais. Deste modo, a partir do Título I do TFUE, relativo às categorias e domínios de competências da União, destacam-se “as matérias de

⁶⁶⁴ Cfr. Maria Guerra MARTINS – *Constitucionalismo Europeu e Direitos Fundamentais*, 2010, p. 13.

⁶⁶⁵ Cfr. Maria Lúcia AMARAL – *Direito à Educação: Uma Perspectiva Europeia*, 2011, p. 495.

⁶⁶⁶ *Idem*, p. 497.

⁶⁶⁷ Cfr. Jónatas MACHADO – *Direito da União Europeia*, 2010, p. 87.

competência exclusiva da UE, de competência partilhada, de competência paralela e de competência exclusiva dos Estados”⁶⁶⁸. Verifica-se assim, que para além de uma maior eficácia no processo de decisão, assiste à União Europeia “preocupações de natureza constitucional, relacionadas com o exercício conjunto da soberania estadual, a expressão da vontade política democrática europeia e da solidariedade entre povos e Estados europeus”⁶⁶⁹.

Em síntese, verificamos que à medida que se celebravam novos tratados, foi sendo aumentada a área de influência e de actuação da União Europeia, o que veio originar um aumento de tensão entre o direito comunitário e o direito constitucional. Mas foi com a terceira revisão constitucional que a cláusula europeia da CRP seria reforçada, em grande medida por via da ratificação do TUE em 1993.

As revisões constitucionais de 1997 e 2004 vieram consagrar o “primado do Direito da União Europeia sobre o Direito Português”⁶⁷⁰. O que significa para Jorge Bacelar Gouveia, que não obstante os países, e neste caso Portugal, manterem a soberania, esta “sofre importantes limitações, na medida em que a UE hoje é uma entidade supra-estadual dotada de relevantes parcelas de poder público, subordinando em vários aspectos o poder público dos Estados que dela fazem parte”⁶⁷¹.

A educação não é uma matéria da competência exclusiva da União, logo, a intervenção da União Europeia na educação só se verifica se “os objectivos da acção considerada não puderem ser alcançados pelos Estados-Membros (artigo 5.º, nº 3 do TUE). Consta-se assim, que a União Europeia não dispõe de uma competência geral para protecção e promoção dos direitos fundamentais. Contudo, a Carta de Direitos Fundamentais, “embora não constando formalmente do Tratado de Lisboa, é expressamente elevada à mesma dignidade normativa do TUE e TFUE”⁶⁷² e com

⁶⁶⁸ Cfr. Jónatas MACHADO – *Direito da União Europeia*, 2010, p. 103-104.

⁶⁶⁹ *Idem*, p. 83.

⁶⁷⁰ Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 981.

⁶⁷¹ *Idem*, *Ibidem*.

⁶⁷² Cfr. Jónatas MACHADO – *Direito da União Europeia*, 2010, p. 30.

força juridicamente vinculativa determina a igualdade de posições jurídicas fundamentais dos cidadãos em todos os Estados-Membros⁶⁷³.

A União coopera e complementa a acção dos Estados-membros. Nesse sentido, os tratados especificam os domínios em que, subsidiariamente, a União pode apoiar e completar a acção dos Estados-membros no sentido de promover a qualidade e de criar uma mais-valia europeia. No domínio da educação, ficou bem claro que em matéria de competência, a União não possui exclusividade. Na prática, as orientações, directrizes e iniciativas europeias⁶⁷⁴ marcam a agenda educativa. Cabe então aos Estados-membros⁶⁷⁵ levar mais longe a cooperação política nas áreas da educação e da formação.⁶⁷⁶

Para além da adopção da Carta, o artigo 3.º, nº 3 do TUE define como um dos objectivos da União, “a criação de um espaço sem fronteiras internas, que possibilite a prosperidade económica, a coesão económica e social e o estabelecimento de um mercado interno e de uma união económica monetária⁶⁷⁷”. Nos termos do artigo 26.º, nº 2 do TFUE, o mercado interno compreende um espaço de fronteiras internas, no qual a livre circulação de mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada. Essas “liberdades fundamentais são direitos materialmente fundamentais dos cidadãos europeus (...que) juntamente com a cidadania europeia constituem um

⁶⁷³ O Tratado de Lisboa veio atribuir primazia à CDFUE na protecção dos direitos fundamentais no âmbito da União Europeia, o que significa que na prática, os “particulares podem invocar judicialmente a violação dos direitos fundamentais consagrados na Carta por parte dos Estados-Membros, relativamente às medidas nacionais que apliquem o direito da União”. Cfr. SILVEIRA; FROUFE – *Tratado de Lisboa*, 2010, p. 14-15.

⁶⁷⁴ São exemplo das iniciativas europeias: a mobilidade de estudantes e professores, a cooperação entre instituições ou agentes educativos ou a aprendizagem das línguas, apresentam-se como concretização do mercado interno. A adopção do princípio do mútuo reconhecimento de diplomas académicos e títulos de habilitação profissional assente na harmonização de critérios para a respectiva atribuição, constituem a face mais visível do impacto do projecto europeu na educação.

⁶⁷⁵ A organização da formação ministrada pelos estabelecimentos de ensino superior adopta o sistema europeu de créditos que corresponde a uma unidade do trabalho do estudante (artigo 13.º, nº 2 da Lei nº 49/2005, de 30 de Agosto).

⁶⁷⁶ “A mobilidade dos estudantes entre os estabelecimentos de ensino superior nacionais, do mesmo ou de diferentes subsistemas, bem como entre estabelecimentos e nacionais, é assegurada através do sistema de créditos, com base no princípio do reconhecimento mútuo do valor da formação e das competências adquiridas” (artigo 13.º, nº 4 da Lei 49/2005, de 30 de Agosto, segunda alteração à LBSE).

⁶⁷⁷ Cfr. Jónatas MACHADO – *Direito da União Europeia*, 2010, p. 269-270.

acervo de direitos integrados na esfera jurídica dos cidadãos europeus e residentes na UE”⁶⁷⁸.

Por último, e perante as críticas em torno do cariz neoliberal do mercado, Jónatas Machado defende que “o mercado interno deve ser enquadrado numa economia social de mercado. Isto é, ele não é um fim em si mesmo. Naturalmente que ele tem por base liberdades económicas como o direito à iniciativa económica privada, o direito de propriedade e a liberdade contratual, ancoradas nos princípios da autonomia individual e do livre desenvolvimento da personalidade”⁶⁷⁹. Corroboramos o argumento do autor e voltaremos ao conceito de economia social de mercado no capítulo destinado à *Redefinição do papel do Estado na educação*.

6. 6 A educação na base da construção europeia

As grandes alterações que se verificaram ao longo do processo de integração da União Europeia, justificam recensear o modo como a educação tem vindo a ser considerada e definida, num caminho que nós condensamos em três momentos mais significativos. Num primeiro momento, damos conta da emergência da intervenção política comunitária no campo da educação desde o Tratado de Roma. No segundo momento, referimos o maior enfoque à construção de um referencial europeu para as políticas educativas nacionais. E um terceiro momento marcado pelo processo de Bolonha.

Para além da inovação de ter introduzido os valores no texto do Tratado, temos vindo a verificar que a União Europeia apresenta “uma nova espécie de governação multinível que não se compadece com a reprodução dos mecanismos já testados a nível nacional – e exorta-nos a engendrar as soluções pertinentes”⁶⁸⁰. Segundo os autores,

⁶⁷⁸ Cfr. Jónatas MACHADO – *Direito da União Europeia*, 2010, p. 273.

⁶⁷⁹ *Idem*, p. 375.

⁶⁸⁰ Cfr. SILVEIRA; FROUFE – *Tratado de Lisboa*, 2010, p. 15-16.

“O projecto da integração europeia sugere uma nova forma de se conceber a identidade colectiva: já não mais a partir de um dado substrato histórico-cultural (ou seja, já não mais a partir de uma história ou cultura comuns), mas através da partilha de entendimento possível – como sugere Jürgen Habermas: O que une uma comunidade de cidadãos é a partilha de entendimento possível – que pode gerar o sentimento de pertença a uma comunidade”⁶⁸¹.

Numa altura em que as políticas educativas, se desenrolam sob a ameaça de uma maior exigência de qualidade nos processos de ensino e aprendizagem, o contributo da União Europeia para o desenvolvimento dessa educação de qualidade é positivo e encontra expressão legal no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (artigo 165.º, nº 1 TUE), segundo o qual, “A União reafirma e incentiva a cooperação entre Estados-membros e, se necessário, apoia e completa a sua acção, respeitando integralmente a responsabilidade dos Estados-Membros pelo conteúdo do ensino e pela organização do sistema educativo, bem como a sua diversidade cultural e linguística”.

Podemos então concluir que a União desenvolve uma política de cooperação e partilha de responsabilidade no campo da educação em parceria com os Estados-membros. No artigo 165.º, nº 3 do TUE, dá-se o reforço dessa cooperação ao serem convocadas as organizações internacionais competentes em matéria de educação, especialmente o Conselho da Europa, para juntamente com a União e os Estados-membros reforçarem essa cooperação.

6.6.1. A primeira etapa da política europeia para a educação

O papel da União Europeia (UE) no domínio da educação, foi mínimo até meados dos anos oitenta, a julgar pelo Tratado de Roma (1957), que referia simplesmente que os Estados-Membros deveriam contribuir para um ensino e uma formação de qualidade. A partir de 1987, o Acto Único Europeu (AUE), veio intensificar essa intervenção e desde então, foram-se desenvolvendo rapidamente as políticas comunitárias.

⁶⁸¹ Cfr. SILVEIRA; FROUFE – *Tratado de Lisboa*, 2010, p. 11-12.

Em 1993, o Tratado da União Europeia (TUE) veio marcar decisivamente este percurso, ao consagrar a legitimidade das competências específicas da União Europeia no domínio educativo, vertida no artigo 126.º TUE (artigo 165.º TFUE). Esta consagração marca o fim de uma primeira etapa da intervenção política comunitária no campo da educação.

Tal como o interpretamos, o Tratado de Roma atribuiu à educação uma posição secundária. Porém, a partir de 1987 a cooperação política no domínio da Educação, tem vindo a ganhar maior importância no contexto comunitário, alcançando um estatuto próprio com a sua inclusão no articulado do Tratado de Maastricht. Numa fase anterior ao Tratado de Maastricht, o papel decisivo na área da política educativa coube ao Tribunal de Justiça Europeu (TJCE), ao fazer jurisprudência que permitiu à Comissão tratar o ensino superior como formação profissional. Foi assim que foi criada a base legal para a aprovação da *primeira geração de programas comunitários*: ERASMUS, COMETT, LINGUA, PETRA e JUVENTUDE PARA A EUROPA, em meados dos anos oitenta.

Nos anos noventa, a *segunda geração de programas comunitários* na área da educação, formação e juventude fazia o seu aparecimento na comunidade europeia, enquadrados já pelo Tratado de Maastricht (1992) que através do artigo 126.º (artigo 149.º, actual 165.º TFUE), vem consagrar a educação como área de intervenção comunitária. No nº 1 do artigo 149.º do Tratado de Amesterdão (art 165.º TFUE), podemos ler que, “A Comunidade contribuirá para o desenvolvimento de uma educação de qualidade, incentivando a cooperação entre Estados-membros e, se necessário, apoiando e completando a sua acção, respeitando integralmente a responsabilidade dos Estados-membros pelo conteúdo do ensino e pela organização do sistema educativo, bem como a sua diversidade cultural e linguística”.

Essa intervenção resulta de uma melhor articulação da União Europeia e os Estados-membros à luz do princípio da subsidiariedade, o que implica que a acção comunitária passe a revestir-se de características específicas, numa acção complementar relativamente às responsabilidades dos Estados-membros.

Como bem nos recorda o Livro Branco da Comissão Europeia, sobre educação e formação *Ensinar e Aprender - Rumo à Sociedade Cognitiva*, o mundo atravessava um período de profundas transformações no contexto da actividade económica e das relações sociais. Em simultâneo vivia-se uma fase de rápida transição para uma nova era de mundialização das relações e de globalização da informação, de que o acelerado progresso científico e técnico foi o principal suporte. Face a esse novo enquadramento, a Comissão identificou cinco objectivos gerais⁶⁸²:

- ✓ fomentar a aquisição de novos conhecimentos
- ✓ aproximar a escola e a empresa
- ✓ lutar contra a exclusão
- ✓ dominar três línguas comunitárias
- ✓ tratar em pé de igualdade o investimento físico e o investimento em formação.

Desta forma a Comunidade Europeia assumia uma orientação política na área da educação e formação. De tal modo que para cada objectivo, a Comissão propõe orientações, sugere caminhos e indica acções de apoio que a Comissão pode conduzir numa relação de complementaridade com Estados-membros. A complementaridade da União Europeia neste domínio ganha mais relevo à medida que cresce o entendimento que “ a intervenção nas áreas da educação e formação são transversais a várias políticas comunitárias, com destaque para as política sociais e de investigação e desenvolvimento tecnológico”⁶⁸³.

Em 1997, a Comissão adoptou uma comunicação em forma de balanço, onde era feita uma avaliação da acção subsequente ao Livro Branco *Ensinar e Aprender: rumo à sociedade cognitiva*. Aí apresentou a síntese das principais mensagens políticas extraídas dos debates subsequentes à sua publicação e no essencial, sublinhou que dos contributos recolhidos releva o facto dos cidadãos estarem “conscientes da necessidade de uma evolução dos seus conhecimentos e qualificações

⁶⁸² Cfr. COMISSÃO EUROPEIA – Comunicação da Comissão, Relatório da Comissão, execução do Livro Branco “Ensinar e aprender: rumo à sociedade cognitiva”. COM (1999) 750 final, p.35.

⁶⁸³ Cfr. John Field (1998). *Apud* Fátima ANTUNES – Globalização e Europeização das Políticas Educativas, 2005, p. 127-128.

profissionais ao longo da vida”⁶⁸⁴. Sinalizou também o significado político do Livro Branco em virtude deste interpretar “a educação e formação como um núcleo de projecto de sociedade”⁶⁸⁵.

Em 1994, a União Europeia assume o projecto de educação/aprendizagem ao longo da vida. Porém, como vamos observar foi já na primeira década do século XXI que esse projecto assume maior relevância e passa a constituir uma dimensão estruturante da UE para a economia do conhecimento, mobilidade, inclusão e emprego. Actualmente encontra-se a ser repensada à luz da Estratégia 2020.

Em síntese, a intervenção política comunitária no campo da educação tem lugar desde a década de 1980 através dos *programas de acção*, mas é ao longo dos anos noventa que a política comunitária nesse domínio, adquire contornos progressivamente mais nítidos.

Deixamos de estar na posição em que as intervenções das instituições comunitárias, envolviam a participação voluntária de instituições e actores do campo educativo. Entramos numa fase de maturidade das políticas comunitárias para a educação e formação, que passam a ser geridas a partir de numa instância supranacional, a quem compete a elaboração dessas políticas. Esta evolução justifica a ideia que o processo de europeização das políticas educativas traduz uma significativa perda da liberdade de educação junto dos governos e das instituições educativas dos Estados-membros.

6.6.2. A segunda etapa da política europeia para a educação

Muito embora a articulação de políticas do espaço europeu de educação tenha sido reforçada após o Tratado de Amesterdão, o processo de europeização e de constituição de um referencial europeu para as políticas educativas nacionais vem sendo concebido, embora de forma tímida, a algumas décadas mercê de uma teia de

⁶⁸⁴ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA – Comunicação da Comissão, Avaliação da ação subsequente ao Livro Branco “Ensinar e aprender: rumo à sociedade cognitiva”. COM (1997) 256 final, p.2.

⁶⁸⁵ *Idem, Ibidem.*

interesses em torno das questões educativas e que ultrapassa a própria União Europeia. Ao longo desses anos, regionalmente foi-se moldando um referencial baseado num processo de *europeização* das políticas educativas (1986-1992).

Os primeiros passos de uma nova fase do processo, de *europeização* das políticas educativas e de formação só têm lugar na segunda metade dos anos noventa, à luz de uma cooperação reforçada, definida como a “faculdade concebida aos Estados-membros de, procederem a um aprofundamento da cooperação dentro do quadro normativos e institucional dos Tratados. Esta figura permite a evolução gradual da estrutura institucional e funcional da UE, com especial relevo em domínios considerados mais sensíveis dentro dos limites e segundo as regras previstas no artigo 20. TUE e 326.º a 334.º TFUE”⁶⁸⁶.

O método aberto de coordenação (MAC) pretende ser um meio de promover a cooperação entre Estados membros e o intercâmbio de boas práticas, objectivos e orientações comuns. Inclui também um controlo regular dos progressos alcançados para cumprir esses objectivos, o que permite que os Estados-Membros comparem os seus esforços e aproveitem a experiência mútua. Este método foi debatido no Conselho Europeu de 2000, sob a Presidência Portuguesa e implica,

“ (...) que sejam definidas para a União, orientações combinadas com calendários específicos para a consecução dos objectivos nelas fixados a curto, médio e longo prazo; que sejam estabelecidos, sempre que necessário, indicadores quantitativos e qualitativos e *benchmarks* de entre os melhores do mundo, adequados às necessidades dos diferentes Estados-Membros e sectores como o método de comparação das melhores práticas; que essas orientações europeias sejam traduzidas em políticas nacionais e regionais, por via da definição de metas específicas e da adopção de medidas, tendo em conta as diferenças nacionais e regionais; que se proceda periodicamente à monitorização, à avaliação e à análise pelos homólogos, organizadas como um processo de aprendizagem recíproca”⁶⁸⁷.

⁶⁸⁶ Cfr. Jónatas MACHADO – *Direito da União Europeia*, 2010, p. 375,

⁶⁸⁷ Cfr. CONSELHO EUROPEU DE LISBOA – Conclusões do Conselho, 23 e 24.03.2000, ponto 37, *Aplicação de um novo método aberto de coordenação*, p. 14.

No mesmo Conselho, reconheceu-se que a União Europeia se defrontava com uma mudança significativa resultante da globalização e dos desafios de uma nova economia baseada no conhecimento. Nas suas conclusões pode ler-se: “Estas mudanças, que estão a afectar todos os aspectos da vida das pessoas, requerem uma transformação radical da economia europeia. A União terá de as moldar de uma forma consentânea com os seus valores e modelos de sociedade e igualmente com vista ao próximo alargamento”⁶⁸⁸.

Assim, as novas exigências provocadas pela globalização e com ela a competitividade económica, ditaram a necessidade de delinear uma nova política educativa. Neste sentido, a partir *do Tratado de Maastricht*, “aquilo que inicialmente se limitava a políticas de apoio e contribuição para o desenvolvimento da acção dos Estados-membros, transformou-se em políticas de orientação deliberada e crescentemente prosseguida na área da educação e formação, definidas e delineadas na arena supranacional⁶⁸⁹, o que provocou uma imensa reforma dos sistemas do ensino superior, reforma que envolve problemáticas complementares de estrutura de oferta de formações e novos conteúdos e métodos de ensino/aprendizagem.

Nessa *Cimeira de Lisboa*, discutiram-se os objectivos da Sociedade do Conhecimento e da Informação. A Agenda 2000, assumida como um projecto político fundamental, classificou a *inovação, a investigação, a educação e a formação* como um dos eixos das políticas internas da União Europeia.

Esses objectivos constam da comunicação da Comissão intitulada *Construir o nosso futuro em comum - Desafios políticos e recursos orçamentais da União alargada, 2007-2013*, onde aí se observa que (...) aumentar a prosperidade dos

⁶⁸⁸ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA – “*O Memorando sobre Aprendizagem ao Longo da Vida*”, salienta o facto do Conselho Europeu de Lisboa, realizado em Março de 2000, ter constituído um momento decisivo na orientação das políticas e acções a adoptar na União Europeia. Aí a aprendizagem ao longo da vida (ALV) “tornar-se o princípio orientador da oferta e da participação num contínuo de aprendizagem, independentemente do contexto. A década que se avizinha deverá assistir à execução prática desta visão. Todos os europeus deverão, sem excepção, beneficiar de oportunidades idênticas para se adaptarem às exigências das mutações sociais e económicas e participarem activamente na construção do futuro da Europa”. SEC (2000) 1832, p.1.

⁶⁸⁹ Cfr. ESTRELA; TEODORO – *As Políticas Curriculares em Portugal (1995-2007)*, 2007, p. 20, numa referência a Fátima Antunes (2005).

cidadãos europeus em conformidade com valores europeus requer a transformação da União Europeia numa economia dinâmica baseada no conhecimento, com um crescimento económico sustentável e uma maior coesão social. Estas orientações foram completadas no Conselho Europeu de Gotemburgo, em 2001”⁶⁹⁰. Na mesma comunicação, a Comissão voltou a incentivar “acções para melhorar a investigação, impulsionar as empresas e a inovação, estabelecer redes a nível europeu e reforçar o papel da educação sustentável, com mais e melhores empregos e com maior coesão social”⁶⁹¹.

Em suma, a educação e formação, a empregabilidade e a coesão social eram os desafios evidentes no final dos anos noventa e início da década do século XXI. Foi neste cenário que a *Estratégia de Lisboa* lançou as bases e as orientações estratégicas para o progresso e desenvolvimento sustentável da União Europeia a desenvolver ao longo da primeira década do século XXI.

Foi então estabelecido o objectivo ambicioso de “*tornar-se na economia baseada no conhecimento mais dinâmica e competitiva do mundo, capaz de garantir um crescimento económico sustentável, com mais e melhores empregos, e com maior coesão social*”⁶⁹². E foi peremptório ao afirmar que as alterações traçadas exigiam “*uma transformação radical da economia europeia*”, como também “*um programa estimulante para [...] modernizar os sistemas de protecção social e de ensino*”⁶⁹³. O conselho Europeu de Lisboa reconheceu assim de forma tão objectiva, como nunca o tinha feito até então, o papel “desempenhado pelos sistemas de educação e de formação na estratégia económica e social e no futuro da União”⁶⁹⁴.

Outro marco significativo é o relançamento do Programa de Aprendizagem ao Longo da Vida (2007-2013), abreviadamente PALV, ao reunir diferentes iniciativas

⁶⁹⁰ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA – Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu “Construir o nosso futuro em comum - Desafios políticos e recursos orçamentais da União alargada, 2007-2013”. (COM (2004) 101final, p. 6- 7.

⁶⁹¹ *Idem*, p. 7

⁶⁹² Cfr. COMISSÃO EUROPEIA – Comunicação da Comissão “Educação & Formação para 2010”. A urgência das reformas necessárias para o sucesso da estratégia de Lisboa. COM (2003) 685 final, p. 3.

⁶⁹³ *Idem*, *Ibidem*.

⁶⁹⁴ *Idem*, *Ibidem*.

educativas e formativas. Constitui outro exemplo importante da política europeia de cooperação nos domínios da educação e da formação. Na sua comunicação *Tornar o espaço europeu de aprendizagem ao longo da vida uma realidade*, a Comissão define-a como sendo “toda a actividade de aprendizagem em qualquer momento da vida, com o objectivo de melhorar os conhecimentos, as aptidões e competências, no quadro de uma perspectiva pessoal, cívica, social e/ou relacionada com o emprego”⁶⁹⁵.

O PALV permite que cidadãos europeus de todas as idades construam parte dos seus percursos formativos noutro país da União, assim estimulando e reforçando o apoio à mobilidade de jovens e adultos, de estudantes, de professores e de outros profissionais. Maior mobilidade é sinónimo, neste contexto, de maior experiência, qualidade e diversidade das aprendizagens integradas no percurso formativo e ao longo da vida. Nesse sentido, é um instrumento que responde aos objectivos da política europeia de cooperação.

E tendo em vista a concretização dos objectivos do Programa de Aprendizagem ao Longo da Vida⁶⁹⁶ (2007-2013), decisão tomada pela Comissão em conjunta com o Parlamento Europeu e o Conselho⁶⁹⁷, foram postos em prática quatro programas sectoriais: i) O programa Comenius⁶⁹⁸; ii) programa Erasmus⁶⁹⁹; iii) O

⁶⁹⁵ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA – “Tornar o espaço europeu de aprendizagem ao longo da vida uma realidade”. COM (2001) 678 Final, p. 10.

⁶⁹⁶ Cfr. EUROPA – O conceito de Aprendizagem ao longo da vida é definido como “qualquer forma de ensino geral, de educação e formação profissionais, de educação não formal e de aprendizagem informal seguida ao longo da vida, que permita melhorar os conhecimentos, aptidões e competências numa perspectiva pessoal, cívica, social e/ou profissional. Inclui a prestação de serviços de orientação e aconselhamento”. (JOUE L 327/45 de 15 de Novembro de 2006, p. 50).

⁶⁹⁷ Cfr. EUROPA – Decisão 1720/2006/CE de 15 de Novembro.

⁶⁹⁸ Cfr. EUROPA – o *programa Comenius* foi concebido para atender “às necessidades de ensino e de aprendizagem de todos os participantes na educação pré-escolar e no ensino escolar até ao final do secundário, bem como dos estabelecimentos e organismos que oferecem essa educação e esse ensino”. (JOUE L 327/45 de 15 de Novembro de 2006, p. 50).

⁶⁹⁹ Cfr. EUROPA – Foi criado o *programa Erasmus* com o objectivo de atender “às necessidades de ensino e aprendizagem de todos os participantes no ensino superior formal e na educação e formação profissionais de nível superior, independentemente da duração do curso ou da qualificação e incluindo os estudos de doutoramento, bem como às necessidades dos estabelecimentos e organizações que oferecem ou promovem essa educação e formação”. (JOUE L 327/45 de 15 de Novembro de 2006, p. 50).

programa Leonardo da Vinci⁷⁰⁰ e iv) e o programa Grundtvig⁷⁰¹; um programa transversal e o programa Jean Monnet⁷⁰².

Estes programas de acção nos domínios da educação e da formação, definem metas e regras comuns para o conjunto dos Estados-membros, articulando-se entre si e com outras componentes da política europeia nestes domínios, como é o caso do Processo de Bolonha.

Mas há também a preocupação de articular os referidos programas com os objectivos no *domínio do emprego*, procurando-se assegurar que os conhecimentos e as competências sejam, num futuro cada vez mais marcado pelo desenvolvimento tecnológico, adequados aos requisitos do mercado de trabalho.

Em forma de balanço, diríamos que como reacção à mundialização e por razões de eficácia, a construção das políticas educativas à escala europeia é uma necessidade. Esta é a ideia central a reter do *Livro Branco sobre a Educação e a Formação: Ensinar e Aprender: Rumo à Sociedade Cognitiva*⁷⁰³. Nesse sentido, “No quadro do programa integrado de aprendizagem ao longo da vida aumentar-se-ão consideravelmente as acções de mobilidade descentralizadas destinadas a cidadãos e as parcerias entre instituições”⁷⁰⁴.

⁷⁰⁰ Cfr. EUROPA – o programa Leonardo da Vinci, “atende às necessidades de ensino e de aprendizagem de todos os participantes na educação e formação profissional, que não de nível superior, bem como às necessidades dos estabelecimentos e organizações que oferecem ou promovem essa educação e formação”. (JO L 327/45 de 15 de Novembro de 2006, p.50).

⁷⁰¹ Cfr. EUROPA – o programa Grundtvig, pretende responder “às necessidades de ensino e aprendizagem dos intervenientes em todas as formas de educação para adultos, bem como às necessidades dos estabelecimentos e organizações que oferecem ou promovem essa educação”. (JO L 327/45 de 15 de Novembro de 2006, p.50).

⁷⁰² Cfr. COMISSÃO EUROPEIA – Proposta de decisão do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece um programa de acção integrado no domínio da aprendizagem ao longo da vida. COM (2004) 474 final, p. 6-8.

⁷⁰³ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA – Livro Branco sobre a “Educação e a Formação: Ensinar e Aprender: Rumo à Sociedade Cognitiva”, Luxemburgo, Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1995. COM (95) 590.

⁷⁰⁴ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA – Comunicação da Comissão, “A nova geração de programas comunitários no domínio da educação e da formação após 2006”. COM (2004) 156 final, p. 3.

Não tendo esta tese por objecto o estudo dos programas comunitários, impõe-se porém uma alusão ao subprograma Comenius, em virtude deste promover parcerias transnacionais de escolas⁷⁰⁵ e integrar simultaneamente parceiros associados tais como as autoridades locais ou regionais, as associações de pais e de alunos e instituições de formação de professores. Nestas parcerias entre Escolas Comenius, participam todas as instituições que ministrem ensino público ou privado, com a supervisão de um ministério especificamente vocacionado para o efeito. As Parcerias⁷⁰⁶ entre Escolas Comenius visam promover a dimensão Europeia da Educação, apoiando o desenvolvimento de actividades conjuntas de cooperação entre escolas, oferecendo aos alunos e professores dos diferentes países europeus uma oportunidade para trabalharem em conjunto um ou mais temas de interesse mútuo. O esforço das parcerias volta a ser recomendado pela Comissão em 2012.

Neste Programa de Aprendizagem ao Longo da Vida, lançado sob a presidência alemã, foram apresentadas as condições essenciais à mobilidade dos professores e aos projectos de cooperação entre instituições de formação. Foi também definida uma nova matriz de intervenção na educação e formação em 2000, através do lançamento de dois documentos essenciais: o *Memorando sobre a educação e a formação ao longo da vida* e o *Relatório europeu sobre a qualidade da educação escolar* que, em conjunto irão permitir à União Europeia agir como uma instância de avaliação e de regulação das políticas nacionais⁷⁰⁷.

Em 2001, o Conselho Europeu de Estocolmo apelou ao aperfeiçoamento das competências básicas, nomeadamente as competências em tecnologias de investigação e digitais, na medida em que assumem uma prioridade absoluta para tornar a União na economia baseada no conhecimento mais competitiva e dinâmica do mundo. Deste

⁷⁰⁵ Cfr. EUROPA — a definição de «Escola» é apresentada “como qualquer tipo de estabelecimento de ensino geral (pré-escolar, primário ou secundário), de educação profissional ou técnica, e, excepcionalmente, no caso de medidas de promoção da aprendizagem de línguas, estabelecimentos não escolares que prestem formação em regime de aprendizagem”. (JOUE L 327/45 de 15 de Novembro de 2006, p. 49).

⁷⁰⁶ Cfr. EUROPA — define «Parceria» é entendida como “um acordo bilateral ou multilateral entre um grupo de estabelecimentos ou de organismos de Estados-Membros diferentes, que vise a realização de acções europeias conjuntas no domínio da aprendizagem ao longo da vida”. (JOUE L 327/45 de 15 de Novembro de 2006, p. 50).

⁷⁰⁷ Cfr. Madalena FONTOURA — Política e acção pública, 2008, p. 11.

modo e já como consequência das directrizes definidas no Programa «Educação e Formação 2010», pelo grupo de peritos então criado, foi apresentado um relatório dos *Objectivos Concretos para o Futuro dos Sistemas de Educação e Formação*, no qual são apontados como objectivos estratégicos: a qualidade, o acesso e abertura dos sistemas educativos e o acesso e dos sistemas de formação⁷⁰⁸.

Em suma, o Conselho Europeu de Março de 2001 consignou “três metas estratégicas a atingir até 2010 que passava pela necessidade de aliar qualidade aos sistemas de educação e de formação; acesso generalizado e abertura ao mundo exterior”⁷⁰⁹. Porém, apenas em 2002, no Conselho Europeu de Barcelona, foi apresentado um documento clarificador onde se identificou as competências primordiais, a saber: Literacia e numeracia (competências de base); Competências de matemática, ciências e tecnologia; TIC e o uso de tecnologias; Aprender a aprender; Competências sociais; Empreendedorismo e Cultura geral⁷¹⁰. Em Copenhaga (2004) deu-se um avanço nas prioridades futuras da cooperação europeia reforçada em matéria de ensino e formação profissionais (EFP) que viriam a culminar na elaboração de um quadro europeu de qualificações (QEQ)⁷¹¹.

Veremos ao longo da terceira fase europeia para a educação, como o Processo de Bolonha veio desafiar os modelos de governação educativa, para além de constituir uma redução da liberdade de educação das entidades que oferecem os serviços de educação.

6.6.3. A terceira etapa da política europeia para a educação:

O processo de Bolonha

A autoridade de política educativa foi profundamente alterada, apresentando-se hoje mais ampla e complexa, muito por força da globalização. Essa

⁷⁰⁸ Cfr. ESTRELA; TEODORO – As Políticas Curriculares em Portugal (1995-2007), 2007, p. 20-21.

⁷⁰⁹ *Idem, Ibidem.*

⁷¹⁰ *Idem, Ibidem.*

⁷¹¹ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA – Aplicar o programa comunitário de Lisboa. Proposta de Recomendação do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à instituição do quadro europeu de qualificações para a aprendizagem ao longo da vida. COM (2006) 479 final, p.2.

influência é particularmente visível em duas das mais importantes dinâmicas em curso de âmbito supranacional designadamente: o Processo de Bolonha e o Programa Educação & Formação 2010. Em especial o Espaço Europeu de Ensino Superior (EEES) que se pretende construir é uma entidade de contornos ainda indefinidos. Nas palavras de Fátima Antunes:

“a aparente clareza e relativa neutralidade dos objectivos intermédios, em contraste com a nebulosa meta final, que parece favorecer a adesão de múltiplos protagonistas envolvidos, já que aquela fórmula pode condensar e compatibilizar os diversos significados relevantes que cada um pretenda nela inscrever; apenas o desenvolvimento do processo permitirá esclarecer quais os efeitos possíveis e efectivados da conjugação da realização das linhas de acção previstas”⁷¹².

Em síntese, nesta terceira etapa assiste-se a uma imensa reforma dos sistemas do ensino superior, reforma que envolve problemáticas complementares de estrutura de oferta de formações e novos conteúdos e métodos de ensino/aprendizagem ao longo da vida e na “promoção dos partenariados escola-empresa ou das organizações aprendentes que constituem expressão do processo de um novo reposicionamento”⁷¹³. Neste contexto, o cerne da autoridade na educação permanece em grande parte sob o controlo do Estado, mas visualizam-se novas formas de reconfiguração. Isso mesmo se depreende das palavras de Sebastião Feyo de Azevedo:

“Levantam-se à Europa um sem mundo de desafios, na Economia Global e na Sociedade Global de hoje, aos quais a Europa respondeu com um modelo de desenvolvimento do qual o Processo de Bolonha representa uma das suas maiores dimensões. Em resumo, e a percepção deste enquadramento é fundamental, o Processo de Bolonha é parte de um Processo Global, de um modelo de desenvolvimento que os Europeus perseguem desde os anos 80 do século passado, como forma de colocar a Europa em posição de competir com os blocos americano e asiático, num Mundo que é hoje efectivamente global”⁷¹⁴.

⁷¹² Cfr. Fátima ANTUNES – Globalização e Europeização das Políticas Educativas, 2005, p. 136.

⁷¹³ Cfr. Fátima ANTUNES – *A Nova Ordem Educacional*, 2008, p. 77.

⁷¹⁴ Cfr. Sebastião F. AZEVEDO – Quadros de Qualificações, 2009.

O Processo de Bolonha que se iniciou em 1999, com uma reunião de 29 ministros com a tutela da Educação Superior dos países Europeus, na cidade de Bolonha, tinha uma grande ambição como se pode ler da declaração conjunta:

“A Europe of knowledge is now widely recognised as an irreplaceable factor of social and human growth and as an indispensable component to consolidate and enrich the European citizenship”⁷¹⁵.

O encontro teve como propósito apresentar as bases para uma área de Ensino Superior Europeu até 2010 e firmar a intenção de adopção de um sistema de dois ciclos (pré-graduado e graduado) que conduzisse a graus comparáveis e legíveis e em que o primeiro ciclo fosse relevante para o mercado de trabalho europeu.

Por último, foi manifestada a intenção de estabelecer um sistema de transferência e acumulação de créditos (ECTS) e definir a dimensão Europeia de Educação Superior, removendo obstáculos à mobilidade e ao reconhecimento e certificação de habilitações.

Já na Estratégia 2020, “concebida para suceder à actual Estratégia de Lisboa que consubstanciou a estratégia de reforma da UE durante a última década e a ajudou a enfrentar a recente crise”⁷¹⁶, foi prevista a necessidade de assegurar percursos educativos flexíveis e de aumentar as oportunidades de mobilidade de estudantes e formandos, através de uma melhor definição e de uma maior transparência das qualificações⁷¹⁷, bem como do seu reconhecimento efectivo e da validação da aprendizagem não formal e informal.⁷¹⁸

⁷¹⁵ Cfr. CONFERÊNCIA MINISTERIAL DO ENSINO SUPERIOR – The Bolonha declaration of 19 June 1999.

⁷¹⁶ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA – Documento de Trabalho da Comissão, consulta sobre a Futura Estratégia «UE 2020» (Texto relevante para efeitos do EEE). COM (2009) 647 final, p. 2

⁷¹⁷ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA – Aplicar o programa comunitário de Lisboa, apresenta a definição de «Qualificação» como o “resultado formal de um processo de avaliação e validação, obtido quando um órgão competente decide que uma pessoa alcançou um resultado de aprendizagem conforme a determinadas exigências”. COM (2006) 479 final, 17.

⁷¹⁸ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA – Comunicação ao Conselho Europeu da Primavera, de 2 de Fevereiro de 2005, intitulada «Trabalhando juntos para o crescimento e o emprego – Um novo começo para a Estratégia de Lisboa. COM (2005) 24 final.

Em Praga em Maio de 2001, foi aumentado o número de objectivos e reafirmaram o seu compromisso em implementar a Área Europeia de Ensino Superior (EHEA)⁷¹⁹. Dois anos mais tarde, os Ministros de trinta e três países europeus responsáveis pelo ensino superior reuniram-se em Berlim, a fim de avaliar o progresso alcançado, definir prioridades e fixar para os próximos anos novos objectivos com a finalidade de acelerar a concretização da EHEA. Nesse encontro foi reiterado o entendimento segundo o qual o ensino superior é um bem público e uma responsabilidade pública⁷²⁰.

Na Conferência Ministerial de Bergen em Maio de 2005, foram apresentadas três grandes áreas de desenvolvimento de políticas em educação: *sistemas de graus; garantia de qualidade; e reconhecimento de graus académicos e de períodos de estudo*⁷²¹. Estas três finalidades tornaram-se as pedras basilares do processo e reflectem um reforço da consistência dos objectivos e prioridades anteriormente estabelecidos.

Deste modo, todos os esforços da União vão no sentido de articular os programas no domínio da educação e da formação com os objectivos no domínio do emprego, procurando assegurar que os conhecimentos e as competências sejam, num futuro cada vez mais marcado pelo desenvolvimento tecnológico, adequados aos requisitos do mercado de trabalho. É nesta dinâmica que se enquadra o Programa de Aprendizagem ao Longo da Vida (2007-2013)⁷²² lançado pela Presidência Portuguesa (2007), em colaboração com a Comissão Europeia⁷²³.

⁷¹⁹ Cfr. CONFERÊNCIA MINISTERIAL DO ENSINO SUPERIOR – *European Higher Education Area. Achieving Goals*, p. 6.

⁷²⁰ Cfr. MINISTÉRIO da CIÊNCIA E DO ENSINO SUPERIOR – Conferência de Ministros Responsáveis pelo Ensino Superior. Comunicado de Berlim, Setembro de 2003.

⁷²¹ Cfr. CONFERÊNCIA MINISTERIAL DO ENSINO SUPERIOR – *The European Higher Education Area. Achieving the Goals*, p. 6.

⁷²² Cfr. EUROPA – Aprendizagem ao longo da vida ética como a aprendizagem que decorre de “qualquer forma de ensino geral, de educação e formação profissionais, de educação não formal e de aprendizagem informal seguida ao longo da vida, que permita melhorar os conhecimentos, aptidões e competências numa perspectiva pessoal, cívica, social e/ou profissional. Inclui a prestação de serviços de orientação e aconselhamento” (JOUE L 327/45 de 15 de Novembro de 2006, p.50).

⁷²³ Cfr. CONSELHO EUROPEU DE LISBOA – Conclusões, 23 e 24.03.2000, ponto 25, *Educação e formação para a vida e o trabalho na sociedade do conhecimento*, p. 10.

Na exposição de motivos da proposta intitulada *Aplicar o programa comunitário de Lisboa*, a Comissão volta a salientar que a aprendizagem ao longo da vida é uma necessidade sobretudo numa Europa que se caracteriza por uma rápida evolução tecnológica e pelos envelhecimento da população. Faz por isso um apelo à renovação dos conhecimentos, competências e aptidões de forma continuada. Enfatiza no entanto a importância de **”criar na sociedade um ambiente mais favorável ao empreendedorismo, com base numa política integrada que tenha como objectivo não só mudar as mentalidades, mas também melhorar as competências dos europeus e eliminar os obstáculos que dificultam a criação, a transmissão e o crescimento das empresas”**⁷²⁴.

Em Lovaina (2009), reuniram-se os ministros que tutelam o ensino superior de 46 países europeus, para analisar a evolução intelectual, científica e cultural da Europa ao longo de uma década, definir uma nova agenda e acordar sobre as prioridades do espaço europeu do ensino superior até 2020. Do comunicado que saiu dessa conferência podemos observar: “The contribution from European institutions and organisations to the reform process has also been a significant one”⁷²⁵.

Desta forma fica demonstrado o apreço pelas organizações europeias na medida em que fizeram avançar o processo de Bolonha. Outro foco a realçar nesta conferência foi a incessante busca pela excelência do ensino, como forma de fazer face às alterações globais.

Perante as mudanças verificadas, Feyo de Azevedo afirma estarmos em face de “um novo paradigma de desenvolvimento para a Europa, a que apelida de paradigma de “coopetição”, que resulta do amalgamar das concepções de cooperação e competição prevalecentes no Mundo Moderno”⁷²⁶.

⁷²⁴ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA – “Aplicar o Programa Comunitário de Lisboa: Promover o espírito empreendedor através do ensino e da aprendizagem”. COM (2006) 33 final, p. 3.

⁷²⁵ Cfr. CONFERÊNCIA MINISTERIAL DO ENSINO SUPERIOR – The European Higher Education Area in the new decade, Louvain-la-Neuve, 2009, p.2.

⁷²⁶ Cfr. Sebastião F. AZEVEDO – Quadros de Qualificações, 2009, p. 1

O autor refere ainda que as regras do jogo expressam-se em quatro palavras:

“Mobilidade, cooperação, confiança e creditação. Estas quatro palavras e as concepções a elas ligadas, relacionam-se de uma forma silogística: Mobilidade e cooperação são fundamentais para o necessário incremento da coesão Europeia e para a cooperação transnacional. Tal requer confiança. Para desenvolver confiança, precisamos de ter quadros de qualificações transparentes e comparáveis e precisamos de sistemas de garantia de qualidade aceites por todos os parceiros nacionais e europeus”⁷²⁷.

Igualmente relevante é a mensagem inscrita no preâmbulo do Tratado de Lisboa (2009), que consagra a promoção do “desenvolvimento do mais elevado nível possível de conhecimento dos seus povos, através de um amplo acesso à educação e da contínua actualização desses conhecimentos”, reforçando, assim, um objectivo-chave, consensual e insistentemente retomado, que visa o enriquecimento de uma cidadania plena - a educação ao longo da vida. Em 2011, a Comissão Europeia lançou uma nova estratégia: *Modernização e empregabilidade no cerne da nova estratégia de reforma do ensino superior* tendo em vista aumentar o número de licenciados, alcançar mais qualidade no ensino e maximizar o contributo do ensino superior para desenvolvimento da economia da UE.

Na recente comunicação (2012) intitulada “Repensar a educação – Investir nas competências para melhores resultados socioeconómicos”, a Comissão Europeia deixou bem claro que

“os sistemas de educação e formação europeus continuam a não conseguir proporcionar as competências mais adequadas à empregabilidade e não estão a trabalhar adequadamente com as empresas ou com os empregadores, no intuito de levar a experiência de aprendizagem mais próximo da realidade do ambiente do trabalho. Estas disparidades de competências constituem uma preocupação crescente para a competitividade da indústria europeia”⁷²⁸.

⁷²⁷ Cfr. Sebastião F. AZEVEDO – Quadros de Qualificações, 2009, p. 2.

⁷²⁸ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA – Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, “Repensar a educação – Investir nas competências para melhores resultados socioeconómicos”. COM (2012), p. 2.

Na referida comunicação, é feito um especial apelo às competências transversais, em particular as ciências empresariais, para além de reforçar o papel das parcerias público-privadas. Segundo a Comissão,

“As parcerias entre instituições públicas e privadas não só representam uma fonte de financiamento da educação, mas também uma estrutura de aprendizagem mútua e de elaboração e execução de políticas comuns. As parcerias oferecem uma oportunidade de determinar prioridades em matéria de competências de forma selectiva, inovadora e sustentável e de associar as partes directamente envolvidas na prestação, na aplicação e na actualização de competências específicas. Permitem estabelecer ligação entre vários domínios políticos, os subsectores da educação e da formação, os intervenientes públicos e privados e os diferentes níveis de governação”⁷²⁹.

A Comissão Europeia sugere que os objectivos das parcerias sejam claros e reforça a participação dos parceiros ao admitir que os mesmos devem ser envolvidos na elaboração das estratégias (incluindo os representantes das organizações dos professores, dos parceiros sociais e dos organismos de estudantes), em vez do “papel de mero «fornecedor»”⁷³⁰.

Por fim, o *Relatório de Implementação do Processo de Bolonha de 2012*, reconhece que este processo mudou a face do ensino superior⁷³¹. Nesse documento, o foco centra-se na qualidade e nas agências de acreditação do ensino, em linha com o trabalho já iniciado no encontro de Bergen realizado em Maio de 2005. Em 2012, “the main focus of quality assurance is on institutions or programmes, or both. A second is whether or not the QA agency or national body is invested with the power to grant permission for institutions or programmes to operate.”⁷³².

Globalmente, o que fica da sequência do referencial europeu para a educação, é a exigência continua na busca do conhecimento. E se a educação pensada numa

⁷²⁹ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA – Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, “Repensar a educação – Investir nas competências para melhores resultados socioeconómicos”. COM (2012), p. 2.

⁷³⁰ *Idem*, p. 17.

⁷³¹ Cfr. COMISSÃO EUROPEIA – The European Higher Education Area in 2012: Bologna Process Implementation Report, 2012, p. 7.

⁷³² *Idem*, p. 60.

dimensão europeia constitui uma limitação à liberdade de educação, por outro lado apresenta-se como uma condição necessária à afirmação do país no mundo.

Conclusão

Vimos que embora arredada do corpo dos Tratados e tendo sido simplesmente proclamada, a Carta integra o estatuto jurídico da União, com a garantia expressa de partilhar com os tratados a mesma força jurídica. Mas ao mesmo tempo que se identificam os valores e princípios que servem de base à União, os Tratados definem também as respectivas atribuições e competências num novo enquadramento institucional que resultou da assinatura do TL em 2009.

Ultrapassadas as dificuldades de inclusão dos direitos sociais na Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, ela permite-nos ultrapassar a dicotomia existente entre direitos negativos e direitos positivos relativamente ao direito à educação que se apresenta simultaneamente como uma liberdade e um direito a prestações positivas por parte do Estado. Daqui se conclui que não obstante o esvaziamento da autoridade do Estado na educação, o núcleo da governação educacional permanece sob o seu controlo. Concomitantemente visualiza-se um novo paradigma de desenvolvimento que se inscreve no modelo de *economia social de mercado*, o qual está ancorado na liberdade económica mas também em valores não económicos como a autonomia individual e o desenvolvimento da personalidade.

O domínio da educação, não constitui matéria da competência exclusiva da União, antes a sua intervenção só se verifica se “os objectivos da acção considerada não puderem ser alcançados pelos Estados-Membros (artigo 5.º, nº 3 do TUE). Consta-se assim, que a União Europeia não dispõe de uma competência geral para protecção e promoção dos direitos fundamentais.

Porém, se no passado os Tratados se limitavam a especificar os domínios em que, subsidiariamente, a União Europeia podia apoiar e completar a acção dos Estados-membros no sentido de promover a qualidade e de criar uma mais-valia europeia, hoje, a União apresenta um modelo de desenvolvimento do processo educativo que se concretiza através do referencial europeu. A sua influência

reflecte-se na definição de uma matriz de políticas a desenvolver pelos Estados nos domínios da educação e formação, no controlo do processo, no desenvolvimento das plataformas intergovernamentais onde se decide sobre medidas a implementar pelos Estados e por último, influi ainda no desenvolvimento de uma agenda e uma política comunitária para a educação e formação.

Mas a cedência de soberania nesta matéria surge como reacção à mundialização e justifica-se à luz da necessidade de uma dimensão europeia para a educação por razões de eficácia. Deste modo a União vai contribuindo para o esvaziamento das instâncias e espaços legítimos de decisão, dos processos e procedimentos ao nível nacional.

Em suma, parece ser possível concluir por um direito fundamental europeu à educação, concebido na base do princípio da universalidade, ao mesmo tempo que se assiste a uma genérica limitação do papel do Estado, não obstante lhe caber a tarefa pública de garantir essa universalidade, incluindo nesse seu papel à luz do valor da liberdade, o ensino particular. Voltaremos ao tema no capítulo dedicado à redefinição do Estado na educação.

Capítulo 7

A globalização e o sistema educativo mundial

(...) a ampla difusão da cultura, e da educação da humanidade para a justiça, para a liberdade e para a paz são indispensáveis para a dignidade do homem, constituindo um dever sagrado, que todas as nações devem observar, em espírito de assistência e preocupação mútuas”⁷³³.

Introdução

A compreensão da realidade da educação, dos sistemas, das políticas e dos processos educativos convoca-nos a um estudo para além das fronteiras do Estado-Nação e da própria União. À crise de soluções a que se assiste nesse domínio desde a alguns anos, não é indiferente o facto da educação não ser um tema neutro, mas decorrer “de decisões políticas fundamentais. Isto é, a educação é uma questão visceralmente política”⁷³⁴. A falta de uma estratégia no plano interno para a educação que se sobreponha a qualquer mudança política e governativa parece agravar a desconfiança em torno do sistema educativo.

Muitas outras causas podem ser coligidas quando se procura justificar as dificuldades no sistema de ensino, designadamente todos os desafios que se apresentam por via da intensificação do fenómeno da globalização, processo que veio transformar “as sociedades ocidentais pela subordinação da vida social, política e cultural aos axiomas da eficácia, da eficiência, da optimização, da flexibilidade e da adaptabilidade”⁷³⁵.

À luz de uma perspectiva política, assistimos ao emergir de poderosos organismos transnacionais (Conselho da Europa, FMI, OCDE, OMC e outros), que impondo os seus interesses, regulam e influenciam as políticas nacionais para a educação. A sua supranacionalidade é referida por Lucas Pires quer pela “apropriação de competências exclusivas; a constituição de órgãos próprios independentes; a capacidade para emitir decisões vinculativas, directamente aplicáveis aos

⁷³³ Cfr. NAÇÕES UNIDAS – Preâmbulo da DUDH, adoptada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de Dezembro de 1948.

⁷³⁴ Cfr. João B. HERKENHOFF – *Constituinte e Educação*, 1987, p. 8.

⁷³⁵ Cfr. Madalena MENDES – *Globalização e os processos de transnacionalização das políticas educativas*, 2007, p.110.

Estados-membros e respectivos cidadãos; a possibilidade de recurso a mecanismos sancionatórios capazes de compelir os Estados-membros a obedecer às respectivas determinações mesmo quando adoptadas contra a vontade de alguns deles”⁷³⁶.

Como consequência, a repartição dos papéis que eram tradicionalmente atribuídos ao Estado, e que foram enquadrados constitucionalmente nos capítulos anteriores, estão hoje postos em causa, assistindo-se a uma pressão do poder político sobre os direitos fundamentais, muito por via da conjuntura económica desfavorável que se vive particularmente na União e muito sentida em Portugal. Por essa via, assiste-se a uma passagem da autoridade associada ao Estado para uma nova configuração internacional da vida política, económica e social, onde o “albergue seguro do Estado soberano deixa de existir, sendo a partilha da soberania a melhor forma de a defender”⁷³⁷. A este propósito, recordamos Aléxis de Tocqueville, quando refere que

“O mundo que agora emerge está ainda meio submerso nos escombros do mundo que se afunda e, no meio da extrema confusão que apresentam os assuntos humanos, ninguém é capaz de prever que parte subsistirá das velhas instituições e dos antigos costumes e que parte acabará por desaparecer. (...) Como o passado já não pode iluminar o futuro, o espírito caminha nas trevas”⁷³⁸.

Neste capítulo, após as considerações sobre a natureza pluridimensional da globalização, veremos sob duas perspectivas teóricas, divergentes como a globalização pode influenciar os sistemas de educação e formação e, legitimar as políticas educativas. Por fim, salientamos as alterações mais significativas que as organizações transnacionais provocaram no plano interno. A sua concretização em leis, despachos normativos⁷³⁹ e portarias⁷⁴⁰, defendida por Nuno Crato, actual Ministro

⁷³⁶ Cfr. Francisco Lucas PIRES – *Introdução ao Direito Constitucional*, p. 12.

⁷³⁷ Cfr. SILVEIRA; FROUFE – *Tratado de Lisboa*, 2010, p. 16.

⁷³⁸ Cfr. ALÉXIS de TOCQUEVILLE – *Da Democracia da América*. Tradução Carlos de Oliveira, 2001, p. 848. Título original: *De la Démocratie en Amérique* (1835).

⁷³⁹ Cfr. Despacho normativo n.º 13-A/2012 que visa estabelecer o exercício da autonomia pedagógica e organizativa de cada escola de modo a conferir flexibilidade na organização escolar e eficiência na distribuição do serviço.

⁷⁴⁰ Cfr. Portaria n.º 265/2012, de 30 de Agosto define as regras e procedimentos a observar quanto à celebração, acompanhamento, e avaliação dos contratos de autonomia celebrados entre as escolas e o

da Educação e Ciência (MEC)⁷⁴¹, revelam, pelo esforço de simplificação, uma transformação do funcionamento do sistema educativo, conferindo-lhe uma maior autonomia pedagógica e organizativa de cada escola, maior flexibilidade e eficiência.

7.1. Uma perspectiva pluridimensional da globalização

A pressão política por um lado e a apresentação das vantagens económicas da integração das economias por outro, foram as justificações encontradas para internacionalizar o processo de globalização. Como exemplos de uma administração de globalização política, podemos apresentar a administração Ronald Reagan, Margaret Thatcher mas em particular a administração Clinton, na medida em que exerceram uma pressão no sentido da liberalização e unificação das economias, permitindo um desenvolvimento comercial acentuado por via da mobilidade de bens, serviços e capitais à luz do interesse defendido pelos mercados. Esta influência, desenrolava-se tanto através da pressão governamental directa, em particular por via da diplomacia económica, como por imposição do Fundo Monetário Internacional (FMI), Banco Mundial (BM) e Organização Mundial do Comércio (OMC).

Na visão de Manuel Castells só mediante a liberalização da economia, “o capitalismo poderia fluir”⁷⁴². E adianta que tal “Como no melhor dos mundos Smithianos, toda a gente acabaria por beneficiar destas regras, de forma a que o capitalismo global, potenciado pelas tecnologias da informação, se tornaria na fórmula mágica, unificando, finalmente, a prosperidade, a democracia e consequentemente, um grau aceitável de desigualdade e de redução da pobreza”⁷⁴³.

Ministério de Educação e Ciência. A portaria nº 266/2012, de 30 de Agosto que regulamenta a avaliação do desempenho docente de agrupamento de escolas ou escolas não agrupadas, dos directores de centros das escolas.

⁷⁴¹ De acordo com o preâmbulo do Decreto-Lei nº 125/2011, de 29 de Dezembro, o “Ministério da Educação e Ciência sucede, de acordo com o programa do XIX Governo Constitucional, nas atribuições anteriormente prosseguidas pelo Ministério da Educação e pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior, agregando-se num mesmo departamento governamental a definição e a promoção da execução das políticas relativas à educação pré-escolar, à educação escolar –, à educação extra-escolar e à ciência e tecnologia, bem como os respectivos modos de organização, financiamento e avaliação, por forma a potenciar as sinergias dos diferentes subsistemas, beneficiando da respectiva complementaridade.”

⁷⁴² Cfr. Manuel CASTELLS – *A Sociedade em Rede*, 2002, p. 171.

⁷⁴³ *Idem, Ibidem.*

Neste processo crescente de integração dos mercados, “ o grau de integração potencial de competitividade e a percentagem dos benefícios do crescimento económico”⁷⁴⁴ foram permitindo a criação de estratégias comerciais para aumentar a produtividade e para maximizar o lucro. Para tal impunha-se a procura de novos mercados, a internacionalização da produção e a flexibilização dos locais de produção. Ao mesmo tempo que cresciam as parcerias e alianças internacionais entre empresas, a criação de novos e sofisticados serviços financeiros no mundo conduziam a uma explosão de fluxos financeiros transfronteiriços e de investimentos à escala mundial.

A economia torna-se assim na face mais visível da globalização, construindo-se à sua volta “ novos “dogmas” como sejam a incessante competitividade mundial, o novo modelo de produção flexível, a inexorável concentração monetária e o incontornável poder dos mercados financeiros, ou ainda o optimismo emergente das novas tecnologias”⁷⁴⁵.

Este novo contexto é apto a produzir uma concentração de recursos, que por sua vez são canalizados para o investimento e criam riqueza em determinadas regiões. Como consequência mais imediata, dá-se uma “crescente segmentação da população mundial, seguindo a da economia global e conduzindo, em última análise, a tendências globais de crescente desigualdade e de exclusão social”⁷⁴⁶.

Porém, a globalização vai para além da dimensão económica e assume, uma expressão político, social, estratégica que é acompanhada por um conjunto de ideais que vai influenciar o pensar e o agir do cidadão comum. Assumidamente, “ (...) a globalização como fenómeno social reveste-se de um conjunto de características e de padrões de pensamento e de acção que, de facto, influenciaram do modo incisivo e alargado os modos de pensar e de agir, mesmo que local e individualmente. Existe

⁷⁴⁴ Cfr. Manuel CASTELLS – *A Sociedade em Rede*, 2002, p.163.

⁷⁴⁵ Cfr. Joaquim AZEVEDO – *Sistema Educativo Mundial*, 2007, p.16.

⁷⁴⁶ Cfr. Manuel CASTELLS – *A Sociedade em Rede*, 2002, p. 163.

mesmo um certo fascínio e uma atracção cultural em torno do que é mundial e global”⁷⁴⁷

Manuel Castells, abordando também a dimensão social da globalização admite na sua obra *A Sociedade em Rede*, que “cada sociedade tende a criar os seus próprios mecanismos organizacionais”⁷⁴⁸ porém, Joaquim Azevedo é peremptório em afirmar que esses mecanismos intensificam-se à escala mundial por via das forças das redes sociais “de tal maneira que as ocorrências locais são moldadas por acontecimentos que se dão a muitos quilómetros de distância e vice-versa”⁷⁴⁹.

Em síntese, vimos que a globalização económica e financeira representa o motor do processo de globalização. Contudo sublinhamos o facto dessa globalização constituir uma extensão pluridimensional: cultural, política, social e estratégica que em muito influencia as políticas educativas, “entendidas como processos de construção e reconstrução das relações de poder filiados nas dinâmicas histórico-sociais-económicas”⁷⁵⁰.

7.2. A globalização e a legitimação das políticas educativas

Após as considerações sobre a natureza pluridimensional da globalização, veremos agora de que modo a mesma pode influenciar os sistemas de educação e formação e, legitimar as políticas educativas. Para tal, vamos centrar a nossa reflexão em duas perspectivas teóricas, divergentes: a perspectiva defensora de uma Agenda Globalmente Estruturada para a Educação (AGEE), de Roger Dale e, a perspectiva institucionalista do sistema mundial⁷⁵¹, que defende a criação de uma cultura educacional mundial comum (CEMC), de John Meyer.

⁷⁴⁷ Cfr. Joaquim AZEVEDO – *Sistema Educativo Mundial*, 2007, p.19.

⁷⁴⁸ Cfr. Manuel CASTELLS – *A Sociedade em Rede*, 2002, p. 231.

⁷⁴⁹ Cfr. Giddens (1996). *Apud* Joaquim AZEVEDO – *Sistema Educativo Mundial*, 2007, p.18.

⁷⁵⁰ Cfr. Madalena MENDES – *Globalização e os processos de transnacionalização das políticas educativas*, 2007, p.108.

⁷⁵¹ Na perspectiva destes institucionalistas: Ramirez (1992); Ramirez e Ventresca (1992); Meyer, Ramirez e Soysal (1992), a influência da comunidade internacional é mais determinante no desenvolvimento dos respectivos sistemas educativos. *Apud* Almerindo AFONSO – *A Redefinição do Papel do Estado e as Políticas Educativas*, 2001, p. 40.

7.2.1. A agenda globalmente estruturada para a educação (AGEE)

A AGEE identifica o global como um conjunto de forças económicas que minam o mundo e determinam a forma a as prioridades a seguir pelos Estados. “Esta perspectiva (...) enfatiza a centralidade da economia capitalista no processo de globalização porque entende o global como um conjunto de forças económicas que operam ao nível supranacional e transnacional e discute os processos que levam à imposição de prioridades por parte de alguns estados sobre outros”⁷⁵².

No âmbito da educação, essas prioridades apresentam-se sob a forma de uma agenda globalmente estruturada concebida “a partir da interface entre a natureza mutável da economia capitalista como força motriz e as releituras, os enquadramentos interpretativos e as mediações dos sistemas educativos nacionais”⁷⁵³.

A adopção desta agenda globalmente estruturada para a educação é assumida pelos Estados, como forma dos mesmos fazerem face a um “conjunto sistemático de questões”⁷⁵⁴ em parte devido à forte interdependência política, económica e social das sociedades, quer pela posição de cada Estado de maior ou menor atraso educativo. Ou seja, não é verdadeiramente o contexto sócio-económico do país ou do bloco regional onde se insere, que determina a necessidade de aceitar, de integrar e defender a AGEE, mas é antes o seu grau educacional. A este propósito Fátima Antunes refere que “as orientações adoptadas e os processos sociais implementados serão o resultado da interacção complexa entre a percepção e formulação daqueles problemas pelas instituições do Estado, da sociedade civil e da economia e o leque de respostas e soluções disponibilizáveis através das instituições existentes ou possíveis a partir dos recursos políticos, económicos e culturais mobilizáveis no contexto nacional”⁷⁵⁵.

⁷⁵² Cfr. Almerindo AFONSO – A Redefinição do Papel do Estado e as Políticas Educativas, 2001, p. 40.

⁷⁵³ Cfr. Madalena MENDES – Globalização e os processos de transnacionalização das políticas educativas, 2007, p.109.

⁷⁵⁴ Cfr. Roger Dale (2001). *Apud* Fátima ANTUNES – Os Locais das Escolas Profissionais, 2001, p. 164.

⁷⁵⁵ *Idem*, p. 165.

Daqui se concluir que esta agenda é estabelecida ao sabor das instituições internacionais, que pela sua influência esbatem as fronteiras nacionais, por via da reconstrução das relações entre países. Na interpretação de Elsa Estrela e António Teodoro “Estas forças supranacionais não pretendem *a priori* substituir o Estado, antes poderão afectar as políticas e as práticas educativas nacionais de diferentes formas e intensidades”⁷⁵⁶.

Assim se compreende que o Estado não é dispensado das políticas educacionais, antes pretende-se uma nova forma de actuação do Estado, que neste espaço mais competitivo e por isso mais exigente, pode tendencialmente passar pela promoção de formas de coordenação de mercado para os serviços educativos. Esta questão é plenamente actual em Portugal, numa altura em que todos os esforços convergem para um repensar das funções sociais do Estado.

7.2.2. Uma cultura educacional mundial comum (CEMC)

Os mentores e seguidores desta abordagem são os institucionalistas mundiais (World institutionalists)⁷⁵⁷, para quem a evolução do sistema educativo à escala mundial só é possível a partir de uma “cultura educacional mundial comum”⁷⁵⁸ que resulta da integração do conhecimento, dos estudos de educação comparada e das publicações e redes de peritos neste domínio, exemplos de recursos imateriais que são facultados e partilhados pela comunidade internacional, da qual fazem parte todos os Estados.

O que diverge da perspectiva anterior é o facto dos diferentes Estados manterem aparentemente sua autonomia educativa, não obstante, adoptarem “modelos estandardizados e a seguir orientações idênticas, isto é, a reproduzir um certo “isomorfismo educacional”⁷⁵⁹, sendo “os seus valores e ideologias tão determinantes

⁷⁵⁶ Cfr. ESTRELA; TEODORO – As Políticas Curriculares em Portugal (1995-2007), 2007, p. 1.

⁷⁵⁷ Cfr. Almerindo AFONSO – A Redefinição do Papel do Estado e as Políticas Educativas, 2001, p. 39.

⁷⁵⁸ *Idem, Ibidem.*

⁷⁵⁹ *Idem*, p. 39-40.

que se sobrepõem aos factores nacionais”⁷⁶⁰ “ (...) as instituições do Estado-Nação e o próprio Estado são modelados por normas, ideologias e culturas universais comuns”⁷⁶¹.

Partidário da perspectiva institucionalista, Joaquim Azevedo convida-nos a uma reflexão sobre “ (...) se a voragem das reestruturações da economia capitalista, nomeadamente através das suas manifestações neoliberais mais inigualitárias, despersonalizadas e cruéis para a humanidade de cada ser humano, não estará, de facto, a ocupar a quase totalidade dos referentes e mandatos sociais em que se equaciona o presente e o futuro dos sistemas educativos e da educação escolar, em cada escola, comunidade local e Estado nacional”⁷⁶².

Segundo esta teoria, a expansão do sistema de educação nacionais ou a uniformização das categorias curriculares em todo o mundo é uma demonstração da influência da cultura educacional mundial comum no campo educativo. E tal como bem mencionamos no capítulo anterior à escala regional, também nesta dimensão, “longe de serem autonomamente construídas a um nível nacional, as políticas nacionais são em essência pouco mais do que interpretações de versões ou guiões que são informados por, se receberem a sua legitimação de ideologias, valores e culturas de nível mundial”⁷⁶³

O argumento central dos institucionalistas é que as instituições nacionais, incluindo o próprio Estado, não se desenvolvem por si, antes são modeladas no contexto supranacional pelo efeito de uma ideologia mundial (ocidental) dominante. Desta forma, a influência da referida comunidade internacional, que é veiculada pelas organizações internacionais, é determinante para a evolução dos respectivos sistemas educativos. As sugestões que apresentam no âmbito da política educativa, passam por

⁷⁶⁰ Cfr. Almerindo AFONSO – A Redefinição do Papel do Estado e as Políticas Educativas, 2001, p. 40.

⁷⁶¹ Cfr. Madalena MENDES – Globalização e os processos de transnacionalização das políticas educativas, 2007, p. 108.

⁷⁶² Cfr. Joaquim AZEVEDO – *Sistema Educativo Mundial*, 2007, p. 111.

⁷⁶³ Cfr. Madalena MENDES – Globalização e os processos de transnacionalização das políticas educativas, 2007, p.109.

orientações, categorias organizacionais e curriculares do sistema educativo dos diferentes Estados-nação.

Podemos então afirmar que a globalização nas políticas educativas influi a dois níveis: por um lado, nas *metas* a alcançar pela educação e por outro lado, nos *meios* utilizados pelas autoridades na tomada de decisão de política educacional. Vimos que em relação às metas a atingir elas constam de uma AGE, quanto aos meios de tomada de decisão assistimos a uma mudança ao nível do conceito de governo. Hoje praticamente ultrapassado por um conceito mais amplo, também designado de governação, constituindo as políticas educativas “um processo de *bricolage*”⁷⁶⁴ na medida em que devem ser entendidas como o produto de múltiplas influências e interdependências, temática à qual voltaremos no capítulo seguinte.

Tornou-se bem clara a divergência entre os teóricos defensores de uma agenda comum para a educação e os institucionalistas. Mas, “apesar de defenderem pressupostos muito diferentes, partilham a ênfase no papel que os factores supranacionais desempenham na configuração das políticas de educação ao nível nacional”⁷⁶⁵. Porém, os defensores da agenda globalmente estruturada para a educação, defendem a manutenção e reprodução do sistema económico capitalista e a posição hegemónica que nele detêm os Estados mais poderosos. A perspectiva institucionalista, defendem que os valores e a ideologia que enformam a cultura educacional mundial comum são tão influentes que acabam por se sobrepor aos factores nacionais, assim desvalorizando as especificidades destes e o seu contributo.

Importa agora aferir as variáveis que concorrem para a construção do sistema educativo mundial, modelo defendido por Joaquim Azevedo na sua obra *Sistema Educativo Mundial*, onde se dá o encontro destas duas concepções teóricas.

⁷⁶⁴ Cfr. ESTRELA; TEODORO – As Políticas Curriculares em Portugal (1995-2007), 2007, p. 9, numa citação de Ball (1994).

⁷⁶⁵ Cfr. Almerindo AFONSO – A Redefinição do Papel do Estado e as Políticas Educativas, 2001, p. 40.

7.3. O sistema educativo mundial

O sistema educativo mundial pode ser definido por “um conjunto de dimensões ou variáveis que são dotadas de autonomia e que simultaneamente interagem, interligando-se por um conjunto de relações”⁷⁶⁶. A sua existência é resultado “de um processo histórico, em que necessariamente predominam os fluxos e os efeitos de longa duração”⁷⁶⁷. Para um cabal esclarecimento, Joaquim Azevedo, apresenta-nos sete dimensões⁷⁶⁸ que concorrem para a afirmação do sistema educativo mundial e para a homogeneidade crescente nos sistemas educativos nacionais, formando “(...) uma construção imparável, conflituosa, contínua, silenciosa e, paradoxalmente, quase imperceptível para os cidadãos”⁷⁶⁹.

Neste sistema mundial cruzam-se organizações⁷⁷⁰ internacionais, peritos e cientistas da educação, revistas, livros e *sites*, “em comunicações e encontros que decorrem pelo mundo fora e em permanentes e prolongadas contemplações transnacionais entre os países, olhares estes predominantemente dirigidos da periferia para o centro do sistema mundial”⁷⁷¹.

Essa construção tensa e conflituosa da educação é também denunciada por Elsa Estela e António Teodoro, na medida em que é intersectada por opções políticas que obedecem a lógicas de poder muito diferentes e que são a expressão de conflitos. Na visão dos autores, “ (...) as contradições, omissões contidas nestas políticas, assim como os diferentes significados que por sua vez são aptos a produzir efeitos distintos, tendo em conta que desde o momento da sua concepção ao momento da sua

⁷⁶⁶ Cfr. Joaquim AZEVEDO – *Sistema Educativo Mundial*, 2007, p. 47.

⁷⁶⁷ *Idem*, p. 104.

⁷⁶⁸ O autor refere-se à expansão da escolarização de massas no Estado-nação; à expansão da ideologia da modernização e do progresso; à externalização dos sistemas educativos nacionais; à globalização económica cultural e política; ao sistema de comunicação científica; à acção das organizações internacionais e a educação comparada e internacional

⁷⁶⁹ Cfr. Joaquim AZEVEDO – *Sistema Educativo Mundial*, 2007, p. 106.

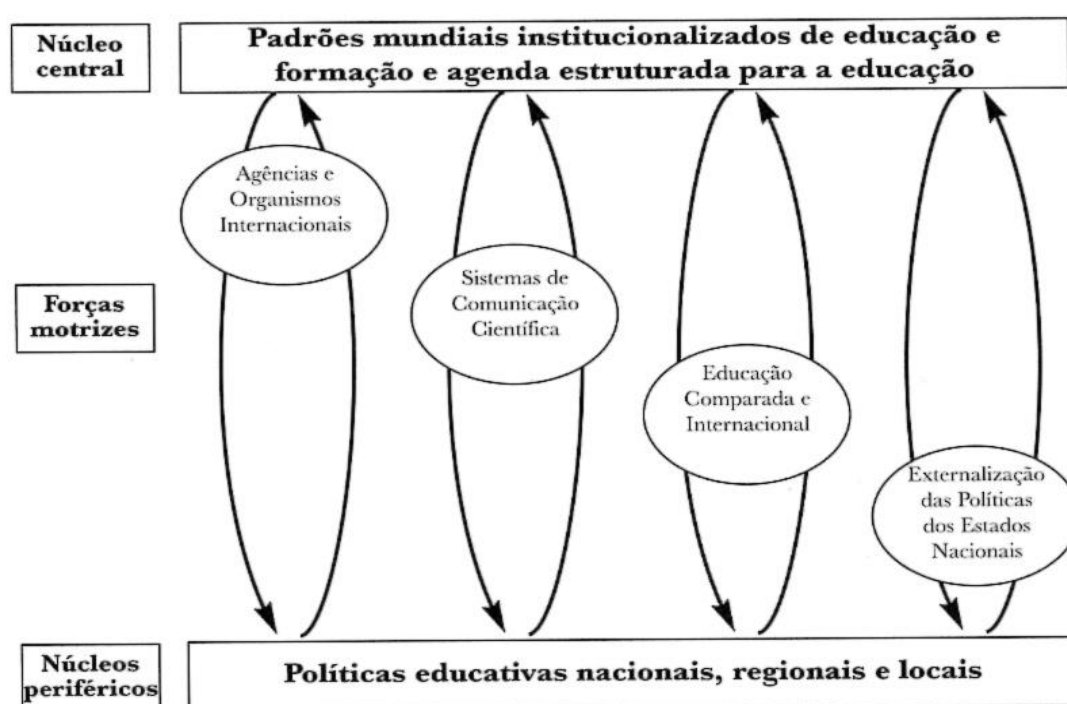
⁷⁷⁰ O sentido de organização aqui empregue traduz a ideia de “agência globalizadora com um papel determinante na corrente de pensamento sobre educação e também um agente com influência crescente nas políticas educativas dos Estados-Nação, tendo-se constituído como mediadora internacional do conhecimento” (Henry *e al*, 2001). Cfr. ESTRELA; TEODORO – *As Políticas Curriculares em Portugal (1995-2007)*, 2007, p. 3.

⁷⁷¹ Cfr. Joaquim AZEVEDO – *Sistema Educativo Mundial*, 2007, p. 106.

implementação se verificam inúmeros filtros que determinam o percurso das intenções e acrescentam diversas leituras, uma vez que a produção de significados está dependente dos contextos em que se inserem”⁷⁷².

Para uma melhor percepção desta teia de relações ancoramo-nos na figura 1, que representa um sistema educativo mundial aberto.

Fig. 1 Elementos para a compreensão do modo de funcionamento do sistema educativo mundial



Fonte: Joaquim Azevedo – *Sistema Educativo Mundial*, 2007, p. 105.

Joaquim Azevedo apresenta-nos uma síntese dos dois modelos anteriormente expostos. Por um lado representa a *cultura educacional mundial comum* e por outro a construção do sistema mundial educativo a partir de *uma agenda globalmente estruturada para a educação*, concebida por mecanismos institucionais e supranacionais que se propõe ultrapassar as fronteiras e reconstruir as relações entre Estados e desta forma promover as reformas educativas.

⁷⁷² Cfr. ESTRELA; TEODORO – As Políticas Curriculares em Portugal (1995-2007), 2007, p. 10.

A interpretação que é feita por nós do funcionamento do sistema educativo mundial vertido na figura 1, correndo sempre o risco de errar, permite-nos pensar a educação como um diamante que vai sendo lapidado por força da influência das instituições transnacionais (FMI, BM, OMC, UNESCO), enquanto as políticas educativas vão sendo moldadas ao sabor da harmonização desejada pelos mesmos organismos e à luz dos seus interesses.

Assim se compreende que a matriz unificadora para a educação e o ensino ao nível global, seja architectada pelas Agências e organismos internacionais que por sua vez se servem de “sistemas de comunicação científica (...) educação comparada e internacional (...) externalização das políticas dos estados nacionais”⁷⁷³ para conceber e disseminar as suas directrizes, orientações e metas. Para uma melhor compreensão desta temática, vamos acompanhar de perto a obra de Joaquim Azevedo intitulada: *Sistema educativo mundial: Ensaio sobre a regulação transnacional da educação*.

7.3.1. Agências e organismos internacionais

Sem esquecer as associações de cariz filantrópico a exemplo da Bernard Van Leer (fundação holandesa que intervém ao nível do desenvolvimento infantil), os organismos mais influentes na elaboração de recomendações, orientações e clarificação de metas, são: o Conselho da Europa, a UNESCO⁷⁷⁴ a OCDE⁷⁷⁵⁷⁷⁶ e o Grupo do Banco Mundial. Todos estes intervenientes cooperam na elaboração de um

⁷⁷³ Cfr. Joaquim AZEVEDO – *Sistema Educativo Mundial*, 2007, p. 105.

⁷⁷⁴ A OCDE, por intermédio da Conferência Internacional da Educação, a OCDE “tem fomentado a cooperação internacional do domínio da educação. Além disso, a UNESCO mantém fluxos internacionais regulares de seminários e de publicações sobre educação – exemplo: a revista *Perspectives*”, cfr. Joaquim AZEVEDO – *Sistema Educativo Mundial*, 2007, p.77 e 78.

⁷⁷⁵ A OCDE foi fundada em 1961, e desde então a sua influência como instituição intergovernamental tem sido crescente junto dos seus países membros. É precisamente por via deste influência, que a educação tem vindo a ganhar espaço no debate político. “Dadas as diferenças entre o carácter legal e político da OCDE e da União Europeia, por exemplo, a primeira não assume um mandato prescritivo para os seus países membros, trabalhando através da construção de consensos” cfr ESTRELA; TEODORO – *As Políticas Curriculares em Portugal* (1995-2007), 2007, p. 3.

⁷⁷⁶ A OCDE publica estudos sobre a educação desde 1961, através do Centre for Educational Research and Innovation, do Programem for International Student Assessment (PISA). Como agência global, exerce uma influência na corrente de pensamento sobre educação e é determinante no âmbito das políticas educativas dos Estados. Temas como a autonomia, escolha e responsabilidade constituem uma estratégia actual da OCDE, com grande impacto quer na formulação das políticas educativas no plano nacional, quer na internacionalização dos problemas que assolam a educação.

referencial mais abrangente do que o referencial europeu, estudado por nós no capítulo anterior,

Neste processo, as iniciativas levadas a cabo pelas organizações com o intuito de fortalecer as redes da educação comparada são significativas e hoje têm um longo caminho percorrido. Para assegurar uma melhor comunicação e cooperação, Joaquim Azevedo enumera seis tipos de facilitadores⁷⁷⁷, que actuam internacionalmente em prol da construção desse referencial: (1) associações internacionais e redes de peritos;⁷⁷⁸ (2) seminários e conferências internacionais;⁷⁷⁹ (3) deslocação anual de estudantes de graduação e pós-graduação; (4) edição de publicações de difusão internacional;⁷⁸⁰ (5) programa de cooperação internacional;⁷⁸¹ (6) e redes electrónicas de comunicação e bases de dados *on-line* e *off-line* ⁷⁸². Veremos as principais iniciativas levadas a cabo pelos diferentes organismos internacionais.

7.3.1.1. Conselho da Europa

A educação encontra-se inscrita na missão do Conselho da Europa e desempenha um papel central na disseminação dos valores da democracia, dos direitos humanos e na primazia do direito. À luz deste grande desiderato, a Instituição tem contribuído para uma grande melhoria dos níveis educacionais. Assim em 1995, o Conselho da Europa lançou um projecto centrado no tema *Cultura, Criatividade e os Jovens* e em 1998 apresentou *Um Ensino Secundário para a Europa*, projecto relevante por ter defendido a formação aos professores, o reforço da educação multicultural e a valorização do papel da comunidade local. Estes foram alguns marcos na participação do Conselho da Europa na educação, ao longo da última década do século XX.

⁷⁷⁷ Cfr. Joaquim AZEVEDO – *Sistema Educativo Mundial*, 2007, p. 71.

⁷⁷⁸ Conselho Mundial das Sociedades de Educação Comparada; IEA; NORRAG.

⁷⁷⁹ A Conferência Internacional da Educação; Conferência Mundial sobre Educação para Todos; International Launch of PISA 2009 Report : Trends in performance since 2000, 10 de Fevereiro de 2011 em Varsóvia – Polónia, são exemplos da participação portuguesa em seminários e conferências internacionais:

⁷⁸⁰ A exemplo da Education at a glance [Olhares sobre Educação/OCDE].

⁷⁸¹ Leonardo, Sócrates, Grundvig, Erasmus.

⁷⁸² *Sites* institucionais (Eurydos, Educnet), *sites* de pequenos grupos, revistas electrónicas e páginas Web pessoais de investigadores.

Já no século XXI, o Conselho da Europa publicou o Livro Branco sobre o Diálogo Intercultural “ Viver Juntos em Igual Dignidade”⁷⁸³ com o objectivo de contribuir para uma melhor gestão da diversidade cultural e incentivar a uma maior “participação activa do indivíduo nos assuntos públicos. A exclusão de qualquer um da vida da comunidade é injustificável e constituiria um grave obstáculo ao diálogo intercultural”⁷⁸⁴. Reforça essencialmente a educação multicultural, o papel da comunidade local e a participação democrática.

Mas é principalmente a Carta do Conselho da Europa sobre a *Educação para a Cidadania Democrática e a Educação para os Direitos Humanos (ECD/DH)*⁷⁸⁵, adoptada⁷⁸⁶ no Conselho de Ministros do Conselho da Europa de 11 de Maio de 2010 que mais releva pela conexão que estabelece com o tema da tese.

A carta visou essencialmente um conjunto de práticas educativas, formais⁷⁸⁷, não-formais⁷⁸⁸ ou informais⁷⁸⁹, que têm por fim preparar os jovens e os adultos para a convivência numa sociedade democrática, onde os valores da democracia, dos direitos humanos e do Estado de Direito sejam reconhecidos como referências fundamentais no âmbito do sistema. Estas recomendações vêm solidificar as orientações já mencionadas no século passado. Mas a recomendação que melhor espelha o

⁷⁸³ CONSELHO DA EUROPA – o Livro Branco sobre o Diálogo Intercultural “ Viver Juntos em Igual Dignidade”.

⁷⁸⁴ *Idem*, p. 50.

⁷⁸⁵ CONSELHO DA EUROPA – Carta do Conselho da Europa sobre a Educação para a Cidadania Democrática e a Educação para os Direitos Humanos.

⁷⁸⁶ A Carta do Conselho da Europa para a Educação para a Cidadania Democrática e a Educação para os Direitos Humanos foi adoptada no quadro da Recommandation CM/Rec (2010)12 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les juges : indépendance, efficacité et responsabilités

⁷⁸⁷ A Carta do Conselho da Europa define educação formal, como um “sistema estruturado de educação e formação que se inicia na educação pré-escolar e no ensino básico e se prolonga nos ensinos secundário e superior. É desenvolvida, em princípio, em instituições de ensino geral ou profissional e conduz a uma certificação” (Cap. I, 2 c)).

⁷⁸⁸ A Carta do Conselho da Europa define educação não-formal, como qualquer programa educativo planificado que vise o desenvolvimento de um conjunto de aptidões e competências, que se realize fora do âmbito da educação formal” (Cap. I, 2 d)).

⁷⁸⁹ A Carta do Conselho da Europa define educação informal como um processo de aprendizagem através do qual cada indivíduo adquire, ao longo da sua vida, atitudes, valores, competências e conhecimentos em resultado de influências, recursos educativos do seu ambiente e experiências quotidianas (família, pares, vizinhos, encontros, bibliotecas, meios de comunicação, trabalho, lazer, etc.)” (Cap. I, 2 e).

pensamento defendido nesta investigação decorre do apelo que é feito às parcerias nos seguintes termos:

“A fim de se tirar o máximo partido do contributo de cada um, convém encorajar parcerias e a colaboração de toda a diversidade de agentes envolvidos na educação para a cidadania democrática e para os direitos humanos, a nível local, regional e do Estado e, nomeadamente, entre os responsáveis pela elaboração de políticas, os profissionais de educação, os aprendentes, os pais, as instituições de ensino, as organizações não-governamentais, as organizações juvenis, os média e o público em geral”⁷⁹⁰.

7.3.1.2. UNESCO

No preâmbulo da Constituição da UNESCO de 1945, pode ler-se: “a larga difusão da cultura e a educação da humanidade para a justiça, a liberdade e a paz são indispensáveis para a dignidade do homem e constituem um sagrado dever que todas as Nações devem respeitar num espírito de compreensão e de mútuo apoio”. Daqui se depreende que o objectivo principal da organização é promover a paz, os direitos do Homem e a compreensão internacional, ancorando na educação e nos valores éticos, a criação de uma nova ordem internacional⁷⁹¹. Esta perspectiva está plasmada num relatório de grande relevo intitulado *Educação um Tesouro a Descobrir*⁷⁹².

Nesse relatório, sinalizamos um dado relevante que se prende com a sugestão de “desenvolver a conversão da dívida em proveito da educação”⁷⁹³ ou seja, a orientação vai no sentido de afectar à educação, uma proporção significativa da ajuda pública ao desenvolvimento, tendo em conta a contribuição que a educação dá para o desenvolvimento e coesão social. Nesse sentido, a Comissão coordenada por Jacques Delors, sugere que esta ajuda seja fixada com a colaboração das instituições financeiras internacionais.

⁷⁹⁰ CONSELHO DA EUROPA – Carta do Conselho da Europa sobre a Educação para a Cidadania Democrática e a Educação para os Direitos Humanos (cap. II, ponto 5i).

⁷⁹¹ Portugal aderiu à UNESCO em 12 de Março de 1965, tendo, depois de uma suspensão entre 1971 e 1974, retomado a adesão em 11 de Setembro de 1974. Criou, em 1979, a Comissão Nacional da UNESCO, no âmbito do Ministério dos Negócios Estrangeiros com o objectivo de coordenar, as actividades a realizar no âmbito desta organização.

⁷⁹² Cfr. Jacques DELORS – *Educação um Tesouro a Descobrir*, Relatório para a UNESCO. 1996.

⁷⁹³ *Idem*, p. 199.

A motivação apresentada prende-se com o facto da educação compagnar um investimento económico, social e humano de longo prazo, muitas vezes dificultado pela recessão económica e pela redução dos planos de ajustamento, quando “a expansão da escolarização exigiria um aumento dos orçamentos nacionais nesta área”⁷⁹⁴. Segundo o relatório, importa “compensar os efeitos negativos que as políticas de ajustamento e de redução de défices internos e externos têm sobre as despesas com a educação”⁷⁹⁵. Nesse sentido, o modelo proposto sugere que a dívida externa de um país quer, adquirida junto dos bancos comerciais quer, junto de outros credores a exemplo da Agência para o Desenvolvimento do Banco Mundial, seja parcialmente resgatada pelo banco central⁷⁹⁶. Este resgate destina-se em exclusivo ao “financiamento de programas educativos específicos”⁷⁹⁷.

Aplicando este modelo à realidade portuguesa, defendemos que as regras de condicionalidade dos actuais programas de apoio devem contemplar o sistema educativo. Essa discriminação positiva por parte dos organismos financeiros internacionais seria motivada pela debilidade simultânea que Portugal apresenta quer, através do seu endividamento quer, pelo seu atraso educativo. Defendemos como tal um investimento suplementar na educação que é recuperável por via da competitividade que o investimento no sistema educativo promove. João Herkenhoff, no seu livro *Constituinte e Educação* converge nesse sentido ao assumir que “o sistema educacional reproduz, perpetua, legítima e fortalece as relações económicas e outra, vigentes numa determinada sociedade”⁷⁹⁸.

A UNESCO voltar a dar um contributo para esta reflexão através do Relatório da 2012 intitulado: *Os jovens e as competências: pôr a educação a trabalhar* onde é dado especial enfoque à necessidade de dotar os jovens de competências, sendo para

⁷⁹⁴ Cfr. Jacques DELORS – *Educação um Tesouro a Descobrir*, Relatório para a UNESCO. 1996, p. 199.

⁷⁹⁵ *Idem, Ibidem.*

⁷⁹⁶ Aplicando esta estratégia a Portugal, cuja moeda é o euro, determinaria que fosse chamado o Banco Central Europeu a intervir nesta operação.

⁷⁹⁷ Cfr. Jacques DELORS – *Educação um Tesouro a Descobrir*, Relatório para a UNESCO. 1996, p. 199.

⁷⁹⁸ Cfr. João B. HERKENHOFF – *Constituinte e Educação*, 1987, p. 21.

tal urgente adequar as aprendizagens às exigências do mundo laboral. Ou seja, a UNESCO pretende que a educação seja colocada ao serviço do trabalho. Esta visão vem sendo defendida pela OCDE e encontra-se implícita na obra *Human Capital* de Gary Becker.

O que atrás ficou exposto, será no entanto complementado com a valorização do papel da família como garante da ligação entre o afecto e o cognitivo, os valores e as normas sociais. Apela-se a um maior empenhamento de todos os agentes educativos em torno da importância da educação, no sentido de minimizar as relações antagónicas que se desenvolvem entre a própria família e o sistema educativo.

Uma postura antagónica perante a educação não permite a complementaridade entre a educação escolar e a educação familiar, complemento essencial ao desenvolvimento harmonioso da criança. A razão está no facto da instituição de ensino se apresentar à família como uma entidade estranha, em parte porque a escola se distancia da cultura e dos valores da família. Sensível a este problema, o Relatório da UNESCO, recomenda o diálogo entre os professores e os pais⁷⁹⁹.

7.3.1.3. OCDE

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), destaca a importância da construção de bases de dados comparativos na medida em que os mesmos concorrem para a produção internacional de *benchmarks*, num esforço que visa o alargamento do espaço de cooperação das políticas europeias. Este trabalho de elaboração de produção de indicadores, veio por sua vez exigir mais e melhor produção das estatísticas nacionais.

Joaquim Azevedo referindo-se ao impulso que foi dado pela rede Eurydice⁸⁰⁰, reforça também o argumento que a harmonização internacional no âmbito dos sistemas educativos nacionais foi alcançada por via da utilização dos instrumentos

⁷⁹⁹ Cfr. Jacques DELORS – *Educação um Tesouro a Descobrir*, Relatório para a UNESCO. 1996, p. 199.

⁸⁰⁰ Cfr. Joaquim AZEVEDO – *Sistema Educativo Mundial*, 2007, p. 100.

estatísticos, tornando-se claro e desejável a intenção de se adaptarem, alterando se necessário for a sua realidade, com a finalidade de se identificarem com os restantes sistemas educativos nacionais”⁸⁰¹. É disso exemplo a recomendação que consta do *Economic Survey of Portugal 2010*, onde sobre Portugal se lê:

“Productivity growth needs to be boosted by an improved business environment. The government should also play a proactive role in upgrading transport infrastructure, but investment decisions should be selective and based on transparent cost-benefit analysis. In the long run, the key issue is to close the educational gap, by enhancing educational outcomes and by promoting equity in educational opportunities”⁸⁰²

De destacar o projecto do Program for International Student Assessment (PISA), lançado pela OCDE em 1997, cujos resultados permitem-nos monitorizar de três em três anos os sistemas educativos em termos de desempenho dos alunos, no contexto de um enquadramento conceptual aceite internacionalmente. No seu relatório *International Launch of PISA 2009 Report Trends in Performance since 2000*, os resultados dos alunos portugueses revelaram uma melhoria nas três áreas avaliadas (leitura: 489, posição 25; matemática 487, posição 30 e ciências 493, posição 29 contra posição 2; 4; 2 da Finlândia respectivamente). A este propósito podemos reter um significativo avanço tal como se observa da leitura de parte do relatório

“In PISA 2009, the main focus was on reading literacy. The performance of Portuguese 15-year-olds in reading was close to the OECD average – only 13 OECD countries scored significantly higher than Portugal. This is the result of a significant improvement since the first PISA study in 2000 (OECD, 2010c) – Portugal is among the seven OECD countries for which performance between 2000 and 2009 increased significantly. The mean score for Portuguese students in PISA 2000 was 470 points, compared to 489 for PISA 2009.”⁸⁰³

Esta melhoria é particularmente sentida na matemática estando muito distante dos primeiros resultados obtidos em Novembro de 1966 aquando da publicação do

⁸⁰¹ Cfr. Joaquim AZEVEDO – *Sistema Educativo Mundial*, 2007, p. 101.

⁸⁰² Cfr. OCDE – *Economic Survey of Portugal 2010*.

⁸⁰³ Cfr. Paulo SANTIAGO *et al* – *OCDE Reviews of Evaluation and Assessment in Education: Portugal 2012*, p. 18.

Third International Mathematics and Science Study (TIMSS), tal como se observa no seguinte texto:

“The results of Portuguese 15-year-olds in mathematics are below the OECD average – 18 OECD countries significantly outperformed Portugal. However, the PISA 2009 results indicated a rise in test scores in comparison to the PISA in-depth assessment of mathematics in 2003 (OECD, 2010c). In PISA 2009, the average mathematics score was 487 points, 21 points higher than it was in 2003 – representing a statistically significant increase in mathematical literacy. Science results of Portuguese 15-year-olds were also below the OECD average in 2009 – 16 OECD countries scored significantly higher than Portugal and in this assessment area there was also significant improvement in the average scores between 2006 and 2009”⁸⁰⁴.

A matemática voltou a ser alvo de atenção do PISA, constituindo o domínio principal do mais recente relatório intitulado *PISA 2012 mathematics framework*, publicado a 12 de Abril de 2012. Nesse relatório, quando comparamos o desempenho na matemática, ciência e leitura/escrita dos nossos jovens com a média dos países da OCDE, ficamos aquém dessa média, esboçando no entanto algumas melhorias. O interesse da análise do PISA, vai muito para além destes resultados, na medida em que promove a reflexão em torno das metodologias de avaliação e comparação.

7.3.1.4. Grupo do Banco Mundial

O Grupo do Banco Mundial (BM), desempenha também um importante papel no desenvolvimento da educação a nível internacional desde 1963, designadamente nos países em desenvolvimento. Esta colaboração desenvolve-se à luz da teoria do capital humano e concretiza-se em empréstimos financeiros.

A teoria do capital humano⁸⁰⁵, foi desenvolvida por Gary Becker (1964), que considerando a educação um investimento cuja avaliação económica poderia ser

⁸⁰⁴ Cfr. Paulo SANTIAGO *et al* – *OCDE Reviews of Evaluation and Assessment in Education: Portugal 2012*, p. 19.

⁸⁰⁵ A teoria do capital humano (Gary Becker, 1964) era a teoria dominante sobre as relações entre educação e emprego. Segundo essa teoria, os factores puramente económicos não são suficientes para explicar o crescimento observado. Há um facto residual que deve corresponder ao factor humano e em particular à educação.

quantificada numa relação custo-benefício, em que os custos eram apresentados como benefícios tanto individuais como colectivos ou, na perspectiva de uma reserva de talentos, como reserva real e reserva potencial. Nas palavras do autor,

“Some activities primarily affect future well-being: the main impact of others is in the present. Some effect money income and others psychic income, that is, consumption. Sailing primarily affects consumption, on-the-job training primarily affects money income, and a college education could affect both.”⁸⁰⁶ (...) “An emphasis on human capital not only helps explain differences in earnings over time and among areas but also among persons or families within an areas”⁸⁰⁷.

A nova realidade impõe um esforço de modernização que, por sua vez, vai exigir à escola o papel de produzir mão-de-obra em qualidade e em quantidade capaz de responder às necessidades crescentes das economias de mercados em crescimento. Esta dinâmica manifesta-se em particular no recrutamento de indivíduos mais qualificados. Essa é a grande motivação do Banco Mundial para aplicar dinheiros públicos, em primeiro lugar pelo retorno social desse investimento e em segundo pela dificuldade que alguma famílias teriam em fazê-lo. Isso mesmo se observa no *World Bank Education Strategy 2020*,

Education makes a legitimate claim on public money for at least two reasons. First, the Commission believes the social return probably exceeds the private return. [...] In other words, educated people contribute more to society than they get back in higher pay, although the social return is notoriously difficult to measure. [...] Second, some families are credit-constrained and cannot borrow as much as they would like to spend on schooling, even if the higher wages a diploma or degree would fetch could more than repay the loan. Thus public spending on education is justified on the grounds of efficiency and equality of opportunity. It corrects the failure of the market to allocate enough resources to education, and it also widens access to education beyond those who can pay for it upfront⁸⁰⁸.

⁸⁰⁶ Cfr. Gary BECKER – *Human Capital*, 1964, p. 1.

⁸⁰⁷ *Idem, Ibidem.*

⁸⁰⁸ Cfr. GRUPO DO BANCO MUNDIAL – *Learning for all: Investing in people’s knowledge and skills to promote development*, World Bank Education Strategy 2020, Box 1. The Growth Commission Speaks on Education.

Já anteriormente, no relatório apresentado pelo Banco Mundial, *The Growth Report Strategies for Sustained Growth and Inclusive Development 2008*, foi enfatizado o investimento na educação, tal como se expõe abaixo:

“No country has sustained rapid growth without also keeping up impressive rates of public investment—in infrastructure, education, and health. Far from crowding out private investment, this spending crowds it *in*. It paves the way for new industries to emerge and raises the return to any private venture that benefits from healthy, educated workers, passable roads, and reliable electricity. Unfortunately, we discovered, infrastructure spending is widely neglected. Often it is not even measured. We also found that the quantity of education (years of schooling, rates of enrollment) in many countries was more impressive than the results: literacy, numeracy, and other cognitive skills”⁸⁰⁹

O papel da educação no desenvolvimento é reforçado no documento: *Education Year in View, 2010* tal como se extrai da seguinte referência:

Skill formation is critical to a country’s recovery from the global economic crisis and to its long-term development. Skills are at the core of improving an individual’s job prospects and increasing a country’s productivity and growth. An education system in which students attend school but do not learn is a lost opportunity, especially when one additional year of schooling raises earnings by 10 to 20 percent⁸¹⁰.

No *World Bank Education Strategy 2020*, enfatiza-se a competência e a criatividade de tal modo que,

“A country’s prospects for development depend on the quality of its people—the skill and creativity of its work force, the capability of its leaders to govern and to manage its resources, and the ability of its adult generation to raise healthy and educated children”⁸¹¹ (p. 1).

Em suma, as considerações expostas permitem-nos observar uma aproximação entre o que dispõe o relatório da UNESCO e o Banco Mundial e, confirmar a

⁸⁰⁹ Cfr. GRUPO DO BANCO MUNDIAL – *The Growth Report Strategies for Sustained Growth and Inclusive Development*, Commission on Growth and Development, 2008, p. 5-6.

⁸¹⁰ Cfr. GRUPO DO BANCO MUNDIAL – *Education Year in View*, 2010.

⁸¹¹ Cfr. WORLD BANK EDUCATION STRATEGY 2020 - *Learning for all: Investing in people’s knowledge and skills to promote development*, 2010, p.1.

legitimação destas instituições para internalizarem as políticas educativas, junto dos países, sobretudo junto daqueles cujos níveis educacionais são mais débeis e que dependem da assistência técnica das organizações e das agências internacionais. As instituições estudadas, defendem a extensão universal da educação por se tratar de um direito humano e por haver um reconhecimento generalizado do seu valor social.

Vimos, através da influência do PISA, como as organizações internacionais adquiriram grande importância na promoção de investigações comparadas sobre educação. Em Portugal são evidentes os seus efeitos quer, numa melhoria da posição no ranking mundial nos domínios da matemática, da leitura e das ciências quer, na política de extensão da educação e, na adopção das *Metas Curriculares do Ensino Básico*⁸¹², apresentadas pelo MEC⁸¹³. Estas metas têm um carácter indicativo, no entanto constituem uma forte recomendação do Ministério da Educação e Ciência para o ano lectivo 2013/2014.

7.3.2. Sistemas de comunicação científica

Por intermédio dos sistemas de comunicação científica, introduz-se o “modelo de escola moderna”⁸¹⁴ que no entendimento de Joaquim Azevedo, “não teria sido possível sem o recurso a uma infra-estrutura social e institucional assegurada por um sistema internacional de comunicação e publicação no domínio das ciências sociais e da educação”⁸¹⁵. No mesmo sentido, António Teodoro argumenta que:

“ (...) o esforço para restabelecer uma racionalidade científica que permitisse formular leis gerais capazes de guiar, em cada país, a acção reformadora no campo da educação esteve no centro das inúmeras iniciativas – seminários congressos, workshops, estudos, exames – realizadas por todas essas organizações internacionais, permitindo criar vastas redes de contactos, de financiamento e de permuta de informação e conhecimento entre autoridades

⁸¹² Estas metas apresentam-se em primeiro lugar como princípios orientadores, mas são também uma referência e um auxiliar das escolas e dos professores na organização das aulas e avaliações.

⁸¹³ No âmbito da revisão da Estrutura Curricular, o Ministério da Educação e Ciência (MEC) apresentou no dia 3 de Agosto de 2012, um conjunto de metas que servirão de referencial de aprendizagem a realizar pelos alunos em cada disciplina, por ano de escolaridade em 28.06.2012 e submeteu a consulta pública até 23 de Julho. Recebeu contributos das sociedades científicas, associações de professores e outras entidades.

⁸¹⁴ Cfr. Joaquim AZEVEDO – *Sistema Educativo Mundial*, 2007, p. 65.

⁸¹⁵ *Idem, Ibidem.*

político-administrativas de âmbito nacional, actores sociais, experts e investigadores universitários”⁸¹⁶.

Podemos finalmente observar que estes projectos desenvolvidos pelas organizações internacionais desempenham um papel fundamental nos progressos das políticas educativas nacionais, normalizando-as por via de uma agenda, na qual são fixadas as prioridades assim como o espaço temporal para o seu cumprimento, concretizando a definição de um mandato. Este pode ser definido como um conjunto de considerações, de directrizes, de metas que de forma mais ou menos clara projectam o caminho desejável para os sistemas educativos nacionais. Deste modo, as soluções apresentadas actuam sobre várias dimensões, a saber: a coesão social, emprego, formação, qualificação e competências, cujos reflexos se fazem sentir no sistema educativo.

7.3.3. Educação comparada e internacional

As alusões que foram anteriormente feitas às iniciativas das organizações internacionais, permitem-nos compreender como são criadas amplas redes em torno da educação, para as quais concorrem os Congressos Mundiais de Educação Comparada, organizados em fóruns, ao mesmo tempo que se realizam pesquisas nacionais, internacionais ou regionais e publicam-se numerosas obras, revistas, anuários, bibliografias e monografias sobre educação e ensino. Esta realidade interdependente pertence à história recente da educação, mas é já defensável que se a análise da educação fica confinada ao “contexto nacional, falhamos a compreensão da posição do país no sistema internacional, o que equivale a esquecer um importante elemento que condiciona os efeitos dos factores económicos políticos e socioculturais *intra-nacionais* na educação”⁸¹⁷

Assim se justifica que os investimentos continuados no trabalho comparativo contribuam para a institucionalização mundial da educação e “o labor analítico da

⁸¹⁶ Cfr. António TEODORO – *Globalização e Educação: Políticas Educacionais e Novos Modos de Governança*, 2003, p. 31.

⁸¹⁷ Cfr. Arnove (1980). *Apud* Joaquim AZEVEDO – *Sistema Educativo Mundial*, 2007, p. 94-95.

educação comparada vai, em termos de longo prazo, desenhando a escola-modelo como uma instituição educativa da sociedade mundial”⁸¹⁸. Assim, a educação comparada apresenta-se como um elemento crucial na compreensão das influências do processo de globalização nas políticas educativas, permitindo que “estas grandes associações internacionais inspirassem a criação de associações regionais e nacionais”⁸¹⁹.

7.3.4. Externalização das políticas dos Estados nacionais

As reformas que vão sendo defendidas pelos diferentes governos são validadas internacionalmente, quer pela legitimidade das organizações internacionais quer “pela comparação e pela sua adopção, como princípios orientadores, pelos países económica e culturalmente dominantes”⁸²⁰, fortalecendo-se deste modo o sistema educativo mundial, tal como se deduz das palavras de Joaquim Azevedo:

“ (...) a externalização apresenta-se como um modo particular de afirmação do sistema educativo mundial e de construção de homogeneidade nos sistemas educativos nacionais, ou seja, desenvolvem-se comparações com modelos estrangeiros e com situações mundiais. Mobilizam-se os indicadores internacionais e visitam-se outros países, no intuito de captar ideias e estímulos para o desenvolvimento da política externa”⁸²¹.

Do exposto, podemos inferir que a visibilidade dos problemas educacionais foi alcançada graças ao vasto sistema de organizações internacionais de natureza intergovernamental⁸²² na medida em que foram apresentando soluções para os problemas sistémicos na educação. Estas organizações defendem a construção de um sistema educativo mundial e todos os esforços vão no sentido “de um futuro cada vez mais comum”⁸²³.

⁸¹⁸ Cfr. C. Adick (1993). *Apud* Joaquim AZEVEDO – *Sistema Educativo Mundial*, 2007, p. 95.

⁸¹⁹ *Idem*, p.67.

⁸²⁰ Cfr. Joaquim AZEVEDO – *Sistema Educativo Mundial*, 2007, p. 96.

⁸²¹ *Idem*, p. 98.

⁸²² Exemplos: Bureau International d'Éducation (BIE); Comparative and International Education Society (CIES; Comparative Education Review; A Comparative Educatio; International Association for the Evaluation of Educational Achievement (IEA).

⁸²³ Cfr. Joaquim AZEVEDO – *Sistema Educativo Mundial*, 2007, p. 93.

7.4. Reconfiguração da autoridade educativa

Vimos que as organizações internacionais têm vindo a propor a sua visão para as políticas a seguir pelos diferentes Estados, o que acontece desde os finais do século XX. Desde então, é visível a influência dos países do centro da Europa sobre os restantes, sendo igualmente nítida o condicionamento da agenda educativa pelas organizações internacionais junto dos países financeiramente dependentes⁸²⁴. Esta posição parece divergir de uma outra anteriormente apresentada que não condicionava a ajuda ao ambiente socioeconómico, mas antes ao grau de desenvolvimento da educação do país.

Independentemente da posição a defender, o que parece estar a acontecer é uma contaminação de todos os sistemas educativos por efeito da tensão que vai sendo exercida pelas agências e organizações internacionais. Esta realidade é visível no quadro do sistema político de ensino onde o Estado não é a única, nem a mais forte influência em termos de decisão educativa. Tal como observamos nos capítulos anteriores, a União e a globalização moldam e regulam os sistemas educativos nacionais. Os processos de europeização das políticas educativas e de edificação da regulação supranacional da educação marcam as nossas experiências como alunos, professores, investigadores e cidadãos.

Repensada a dimensão transnacional é tempo de questionar qual o papel que cabe ao Estado na educação. Sendo forte por parte das organizações internacionais, o apoio das parcerias, o papel da comunidade e a complementaridade entre a educação familiar e educação escolar.

Neste novo contexto, o impacto mais visível desta influência prende-se com o papel de regulador institucional⁸²⁵ da educação, que pode ser traduzido por acompanhamento, avaliação e correcção das assimetrias, coordenação, controlo. Porém, não obstante a emergência de novos actores, algumas iniciativas no âmbito da

⁸²⁴ Cfr. Ramirez (2006). *Apud* Joaquim AZEVEDO – *Sistema Educativo Mundial*, 2007, p. 79.

⁸²⁵ Cfr. João BARROSO aplica o conceito de “regulação nacional” com o sentido de “regulação institucional” in *O Estado e a Educação*, 2006, p. 50.

autonomia pedagógica e organizativa das escolas, o Estado apresenta-se como autoridade central, detentor de legitimidade para a definição das políticas no domínio da educação exercendo-o em regime de monopólio, ao mesmo tempo que exerce a regulação e interpreta os mandatos⁸²⁶.

Ao recentrar a reflexão no papel do Estado na educação depois de estudar a influências das organizacionais transnacionais nesse domínio, coloca-se a necessidade de saber se por via da integração europeia e pelo processo de globalização económica foram feitas alterações profundas no Estado Social face à Constituição. E a este propósito Gomes Canotilho afirma que as “tarefas sociais e económicas do estado não se identificam com monopólio estatal e há muito deixaram de ser recortadas com base no esquema dicotómico da separação entre Estado e sociedade (...) o moderno Estado Social assume hoje a forma de Estado Regulador de *serviços públicos essenciais* (...) não assenta apenas em premissas ideológicas (,,) mas na verificação de que a prossecução de muitas tarefas outrora inseridas no núcleo duro de tarefas do Estado (...) faz apelo a recursos financeiros, saberes, competências, técnicas e profissionais que se encontram fora do Estado”⁸²⁷.

Ao nível infraconstitucional, a Lei Orgânica do Ministério da Educação e Ciência (MEC) em vigor, extinguiu a anterior estrutura da administração directa do Estado, pondo fim a um “espaço de regulação intermédia”⁸²⁸. que era reservado aos serviços periféricos e que estava a cargo das cinco Direcções Regionais de Educação (DRE)⁸²⁹. Estas tinham por missão assegurar a orientação, a coordenação e acompanhamento das escolas; apoiar e informar os utentes do sistema educativo;

⁸²⁶ Cfr. Joaquim AZEVEDO – *Sistema Educativo Mundial*, 2007, p. 112.

⁸²⁷ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 351-352.

⁸²⁸ Cfr. Natércio AFONSO – *A Direcção Regional de Educação*, 2006, p.73. Segundo o autor, as DRE’s concretizavam “as interações que veiculam os dois modelos de regulação providentes de outras instâncias de regulação do nível “macro”, da política educativa e da administração central da educação e do nível “micro” que corresponde à gestão escolar, da administração local e da micropolítica organizacional.”

⁸²⁹ O artigo 29.º do Decreto-Lei nº 125/2011, de 29 de Dezembro dispõe que “As Direcções Regionais de Educação de Lisboa e Vale do Tejo (DREALVT), do Norte (DREN), do Centro (DREC), do Alentejo (DREALE) e do Algarve (DREALG), cujas atribuições são integradas na Direcção-Geral da Administração Escolar, mantêm-se, transitoriamente, até 31 de Dezembro de 2012, com a natureza de direcções-gerais.”

promover a articulação com as autarquias locais no exercício das atribuições destas na área do sistema educativo e assegurar o serviço jurídico-contencioso.

Em face do novo enquadramento jurídico, a ideia a extrair do preâmbulo do Decreto-Lei nº 125/2011, de 29 de Dezembro, é que as atribuições das DRE extintas são integradas na Direcção-Geral da Administração Escolar, o que “permitirá aprofundar a autonomia das escolas, implementando modelos descentralizados de gestão e apoiando a execução dos seus projectos educativos e organização pedagógica.”

À luz da nova estrutura da administração directa do Estado, o artigo 4.º do Decreto-Lei nº 125/2011, de 29 de Dezembro integra a Secretaria Geral, a Inspeção Geral de Educação e Ciência, cinco Direcções Gerais (Educação, Ensino Superior, Administração Escolar, Estatística de Educação e Ciência, Planeamento e Gestão Financeira) e o Gabinete de Avaliação Educacional.

Em síntese, importa reafirmar que a nova Lei Orgânica do MEC extinguiu um espaço de regulação intermédio que era defendido pelas Direcções Regionais de Educação. Assumimos desde já como positivo a redução destes organismos, se a mesma significar mais autonomia das escolas e descentralização da gestão, caso contrário estaremos em presença de uma política educativa mais concentrada com impacto negativo na liberdade de educação e no direito à educação.

7.5. O Estado no cerne da governação educacional

Vimos que as organizações veiculam, antes de mais interesses e perspectivas dos países mais evoluídos, sendo que muitas situações constituem verdadeiras imposições e “ajustamentos coercivos”⁸³⁰. Mas também é verdade que os estudos prospectivos a que os grandes organismos de cooperação internacional se dedicam, apresentam consideradas melhorias nos níveis educacionais dos países da periferia e deste modo, estes países vão-se integrando no sistema educativo mundial. Sem

⁸³⁰ Cfr. Joaquim AZEVEDO – *Sistema Educativo Mundial*, 2007, p. 80.

esquecer que o sistema educativo é condicionado pela estrutura social e económica do país.

Perante este cenário, embora concordemos com a perspectiva de declínio em geral do poder regulatório do Estado, no caso concreto da educação, o Estado continua a ser o cerne da governação educacional, tal como se extrai da *OCDE Reviews of Evaluation and Assessment in Education: Portugal 2012*:

“School governance in Portugal is fairly centralised. The main lines of action about the curriculum, the educational programmes, national examinations, teacher recruitment and deployment, and the budget distribution are defined centrally by the Ministry of Education and Science”⁸³¹.

Embora sejam visíveis compromissos e por essa via uma reconfiguração do sistema de ensino, continuamos a defender tal como Joaquim Azevedo defendia ainda na anterior lei orgânica, uma regulação sociocomunitária local, entendida “como processo de articulação e coordenação da acção dos diferentes actores sociais em cada comunidade local”⁸³². Este argumento vem dar cabal cumprimento à orientação já reflectida na tese sob o título *Educação, um tesouro a descobrir*.

À luz da regulação sociocomunitária, a regulação seria promovida pelos diferentes tipos de escolas que integram o sistema educativo e instituições sociais de uma comunidade, contudo, ficaria reservada para os órgãos de soberania a produção dos referenciais educativos nacionais e para o MEC o papel de avaliação das políticas nacionais dirigidas aos sistemas educativo e científico e tecnológico dando cumprimento ao “Compromisso Eficiência” previsto no Decreto-Lei nº 125/2011, de 29 de Dezembro. Só assim seríamos capazes de fomentar a confiança e concretizar o direito à educação simultaneamente como uma liberdade.

Neste novo contexto, em que de acordo com a Portaria nº 265/2012, de 30 de Agosto o reforço da autonomia das escolas apresenta-se como uma linha estruturante

⁸³¹ Cfr. Paulo SANTIAGO *et al* – *OCDE Reviews of Evaluation and Assessment in Education: Portugal 2012*, p. 13.

⁸³² Cfr. Joaquim AZEVEDO – *Sistema Educativo Mundial*, 2007, p. 113.

de desenvolvimento do sistema educativo, a regulação sóciocomunitária local é ainda mais importante. Defendemos que deve ser reforçada a relação da escola com o território local “invertendo a lógica que se universalizou e uniformizou as escolas através da nacionalização do ensino e que, em nome da igualdade, contribuiu para acentuar os desequilíbrios”⁸³³.

A análise desenvolvida pela OCDE vem em defesa da regulação sociocomunitaria, tal como se extrai do documento intitulado *Reviews of Evaluation and Assessment in Education: Portugal 2012*,

“There has been some devolution of responsibilities to municipalities in areas such as curricular enrichment activities, management of the schooling infrastructure, and non-teaching staff resources; as well as some autonomy granted to individual schools in areas such as the hiring of part of the staff (on fixed-term contracts, trainers for vocational courses) and the selection of textbooks. Public schooling is dominant and public schools receive the majority of their funds directly from the State budget”⁸³⁴.

Em face dos contributos veiculados pelos vários autores e patentes neste capítulo, podemos argumentar que emergem por um lado situações externas que “são geradoras de internacionalização da soberania”⁸³⁵, ao mesmo tempo que se assiste à “repartição de poderes decisórios entre o Estado e os entes”⁸³⁶ infra-estaduais”⁸³⁷ dando origem, no interior de cada Estado, a um movimento que visa a “o aparecimento de formas emergentes de territorialização das políticas educativas e a redefinição do papel do Estado”⁸³⁸. Convergem no sentido de que existe uma crise do “Estado educador”, que “sob a pressão do global e do local, conduziu a escola para o núcleo das políticas educativas uma vez que esta se tornou no lugar onde se encontram todas as influências (transnacionais, nacionais, regionais e locais),

⁸³³ Cfr. FORMOSINHO; MACHADO – A administração da escola de interesse público em Portugal – políticas recentes 2005, p. 118.

⁸³⁴ Cfr. Paulo SANTIAGO *et al* – OCDE *Reviews of Evaluation and Assessment in Education: Portugal 2012*, p. 13.

⁸³⁵ Cfr. Paulo OTERO – *Direito Constitucional Português*, volume I, 2010, p. 149.

⁸³⁶ São entes infra-estaduais as regiões autónomas, as autarquias locais, as universidades públicas e as associações públicas, entes que gozam de uma Administração independente ou autónoma face ao Governo.

⁸³⁷ Cfr. Paulo OTERO – *Direito Constitucional Português*, volume I, 2010, p. 149.

⁸³⁸ Cfr. ESTRELA; TEODORO – *As Políticas Curriculares em Portugal (1995-2007)*, 2007, p. 7.

transmitidas através de múltiplos sistemas de decisão, complexos e interdependentes”⁸³⁹.

A globalização continua a impor importantes transformações na sociedade portuguesa, exigindo mais qualificações. Porém, tal como ocorre nos demais países europeus, constata-se em Portugal uma diminuição da procura de mão-de-obra que afecta sobretudo os menos qualificados. Junta-se a deslocalização das indústrias e “os mecanismos individuais da mobilidade social (...) onde os mais competentes são os que obtêm os melhores empregos e, no limite, os competentes são os que obtêm emprego, o que não só radicaliza o fosso entre os diplomados pelos mais altos títulos escolares e os que abandonam o sistema escolar (...) como acentua o nível de competitividade dentro do sistema escolar”⁸⁴⁰

Para responder a estes desafios, vamos cumprindo os mandatos, na esperança que este esforço continuado habilite os indivíduos com as competências necessárias às novas exigências de um mundo global. Esta parece ser a forma encontrada para conceber uma sociedade mais harmónica e coesa, em que a justiça, a solidariedade e os valores e direitos humanos se sobreponham a valores economicistas e mercantilistas. Nesse sentido, podemos assumir que a narrativa actual faz recair na globalização a causa de uma nova economia global alicerçada na sociedade do conhecimento, para a qual a educação muito contribui. Na sua base está o desenvolvimento, sustentável, que traz novamente para primeiro plano a teoria do capital humano.

Conclusão

A globalização na sua vertente económica e financeira representa a face mais visível de um processo, cuja extensão pluridimensional: cultural, política, social e estratégica, muito influencia as políticas educativas.

⁸³⁹ Cfr. ESTRELA; TEODORO – As Políticas Curriculares em Portugal (1995-2007), 2007, p. 7.

⁸⁴⁰ Cfr. Joaquim AZEVEDO – *Sistema Educativo Mundial*, 2007, p. 23

Nesse sentido procedemos à apresentação de duas perspectivas teóricas distintas: a Agenda Global Estruturada para a Educação que identifica o global como um conjunto de forças económicas que minam o mundo e determinam a forma e as prioridades a seguir pelos Estados. Esta perspectiva está ancorada na economia capitalista e no processo de globalização e é estabelecida ao sabor das instituições internacionais que pela sua influência esbatem as fronteiras nacionais.

A Cultura Educacional Mundial Comum, mantêm aparentemente a autonomia educativa não obstante, adoptarem “modelos standardizados e a seguir orientações idênticas, isto é, a reproduzir um certo “isomorfismo educacional”⁸⁴¹.

Quando se perspectiva o poder de decisão, ou a autoridade em educação, estamos aptos a concluir que Portugal depende da legitimação e da assistência técnica das organizações e das agências internacionais. E enquanto tal, sofre os efeitos da globalização educativa através da fixação da agenda global, que se apresenta como um mandato mais ou menos explícito na definição das políticas a seguir.

No ensino superior, o forte impacto da “transnacionalização do ensino com cooperações reforçadas internacionais entre universidades e estabelecimentos de ensino superior”⁸⁴², pode contribuir para a abertura de uma maior concorrência, favorável à liberdade de educação e ao direito à educação.

A educação encontra-se no topo das prioridades das diferentes organizações transnacionais, as quais convergem na defesa do papel mais activo da família nesse domínio, no papel das autoridades locais e na importância da manutenção do financiamento público da educação, quer por ser considerado um investimento de longo prazo que não deve ser interrompido pelas más conjunturas económicas, quer por se traduzir num benefício individual e social.

⁸⁴¹ Cfr. Almerindo AFONSO – A Redefinição do Papel do Estado e as Políticas Educativas, 2001, p. 39-40.

⁸⁴² Cfr. CANOTILHO; MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa* anotada, volume I, 2007, p. 909.

Relevamos a este propósito o especial contributo que nos foi dado pelo relatório coordenado por Jacques Delors, no qual é sugerida a conversão *da dívida em proveito da educação*, através da ajuda pública ao desenvolvimento, ajuda que deve ser fixada com a colaboração das instituições financeiras internacionais.

O caminho percorrido, parece sugerir o declínio do poder regulatório do Estado, porém, enquanto sujeito histórico e político, continua a existir e o cerne da governação educacional permanece em grande parte sob o seu controlo, o que significa, segundo a posição institucionalista com a qual nos identificamos, que o Ministério da Educação e Ciência (MEC) está legitimado para proceder a uma reconfiguração do sistema de ensino no qual a Portaria nº 265/2012, de 30 de Agosto se inscreve. A mesma, veio reforçar a autonomia das escolas, apresentando-a como linha estruturante do desenvolvimento do sistema educativo, o que aparentemente nos parece favorável à liberdade de educação. Em face desta reconfiguração da autoridade educativa, defendemos a necessidade de uma clarificação da regulação do sistema educativo e social das comunidades locais. Ao MEC compete produzir os referenciais educativos nacionais e proceder à avaliação do sistema educativo, científico e tecnológico.

Assiste-se a uma nova reestruturação do capitalismo que se apresenta como “socialmente inevitável”⁸⁴³ e provoca uma profunda alteração na transformação do poder do Estado, permitindo uma substituição do conceito de governo para o de governação, como iremos particularizar no capítulo seguinte. Este intrincado de poderes sugere a necessidade de “renovar as bases da política e da teoria democráticas”⁸⁴⁴, o que será por nós desenvolvido no capítulo reservado às *concepções teóricas sobre o modo de conceber a vida social*.

⁸⁴³ Cfr. Joaquim AZEVEDO – *Sistema Educativo Mundial*, 2007, p.15.

⁸⁴⁴ *Idem, Ibidem*.

Capítulo 8

A redefinição do papel do Estado na educação

“ (...) O Estado pode vir mesmo a conhecer diferentes trajos constitucionais sem que isso perturbe a sua existência e continuidade”⁸⁴⁵.

Introdução

As divergências em torno do intervencionismo estatal na educação em Portugal, inscrevem-se tal como em outros países da União Europeia, numa crise global de confiança no modelo político-administrativo, modelo que se apresenta como referência ao desenvolvimento do sistema público de educação. À crítica ao intervencionismo estatal junta-se, tal como deixamos claro nos capítulos anteriores, uma proliferação de fontes e modos de regulação comunitária e internacional, cuja influência na transformação do sistema educativo ultrapassa as orientações políticas.

Os desenvolvimentos em torno da redefinição do papel do Estado na educação centram-se agora, já não tanto em torno da descentralização, assistindo-se inclusive a uma redução da transferência de poderes com o fim das direcções regionais de educação (DRE), mas antes numa perspectiva mais centrada no conceito de gestão do valor público (*Public Value Management*) aplicado à educação, a que corresponde uma visão comunitarista e de cooperação, concebida a partir de um compromisso entre o Estado e a Sociedade, na tentativa de encontrar novos contextos de acção no interior da própria sociedade civil.

Este modelo construído a partir da responsabilização da sociedade pela sua educação, é concebido à luz de um novo contexto de desenvolvimento de uma esfera pública, onde o Estado, tal como afirmamos no capítulo anterior, não se retira da educação mas assume o papel de regulador e avaliador. Este novo paradigma assenta nos pressupostos da governance ou boa governação e está ligado a uma maior transparência, ética, honestidade, sustentabilidade e responsabilidade. Nesse mesmo sentido, Francis Fukuyama refere na sua obra *As Origens da Ordem Política*, que “é o equilíbrio entre um Estado forte e uma sociedade forte que faz funcionar a

⁸⁴⁵ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 87.

democracia.”⁸⁴⁶. “ (...) uma democracia liberal de sucesso exige tanto um Estado (...) forte, unificado e capaz de aplicar as leis no seu próprio território”⁸⁴⁷ como uma “sociedade”⁸⁴⁸ (...) forte, coesa e capaz de impor ao Estado a responsabilização ou a prestação de contas”⁸⁴⁹.

Partindo deste entendimento, e aportando para este capítulo vários contributos de natureza multidisciplinar, veremos como o conceito e o ambiente económico evoluíram de tal forma que serviço público e propriedade pública já não se identificam, desde que o princípio de universalidade desses serviços seja respeitado. “Na óptica da educação, não deve por isso confundir-se escola pública e serviço público de educação”⁸⁵⁰, sendo aceitável que o serviço público de educação tanto possa ser prestado por instituições públicas como por instituições privadas e cooperativas.

8.1. O centralismo burocrático como forma de governo na educação

A centralização pode ser definida como um sistema de administração no qual, “a responsabilidade e o poder de decidir se concentram no Estado ou no topo da Administração Pública cabendo às restantes estruturas administrativas, onde se incluem naturalmente as escolas, apenas a função de executar as directivas e ordens emanadas desse poder central”⁸⁵¹. O conceito de centralização identifica-se com “organização administrativa hierárquica de órgãos e serviços”⁸⁵². Estas hierarquias, que consubstanciam mecanismos estruturados do controlo da vida política, económica e social, foi a forma encontrada para centralizar o poder pela maior parte dos governos. Os seus reflexos incidem no campo da educação e muito particularmente na

⁸⁴⁶ Cfr. Francis FUKUYAMA – *Origens da Ordem Política*, 2012, p. 702.

⁸⁴⁷ *Idem*, p. 701-702.

⁸⁴⁸ Na base da sociedade Francis FUKUYAMA apresenta como actores principais os sindicatos, os grupos económicos, estudantes, organizações não governamentais e grupos sociais não organizados, in *Origens da Ordem Política*, 2012, figura 12, p. 703.

⁸⁴⁹ Cfr. Francis FUKUYAMA – *Origens da Ordem Política*, 2012, p. 701.

⁸⁵⁰ Cfr. Pedro GONÇALVES – *A Concessão de Serviços Públicos*, 1999, p. 13.

⁸⁵¹ Cfr. A. Sousa FERNANDES – *Descentralização, desconcentração e autonomia dos sistemas*, 2005, p. 54.

⁸⁵² *Idem*, p. 55

liberdade de criação de escolas particulares e cooperativas e na liberdade de escolha da escola.

Em Portugal, “a história da escola foi marcada (...) por uma tensão permanente entre uma “racionalidade administrativa” e uma “racionalidade pedagógica” que configuraram dois modos distintos de regulação: estatal de tipo burocrático e administrativo, em que a escola é vista como “um serviço do Estado” (...e) corporativa de tipo profissional e pedagógico, em que a escola é vista como “uma organização profissional”⁸⁵³. Deste conflito resultou uma “escola invisível”⁸⁵⁴ na expressão de Hameline e “distinta da que era desenhada no discurso e normativos oficiais”⁸⁵⁵. Citando Hanson, João Barroso reconhece que “a persistente conflitualidade acabou por dar lugar a uma política de compromisso que, na gestão da escola, se traduziu na coexistência e interface entre a “zona de influência dos administradores” e a “zona de influência dos professores”⁸⁵⁶, na qual os sindicatos e associações de professores passaram a dominar a decisão política”⁸⁵⁷.

Parcialmente convergente é a posição de Mário Pinto quando observa que a explicação para o conservadorismo do modelo escolar está na forte influência de “interesses corporativos”⁸⁵⁸ que exercem “sobre as sucessivas políticas governativas e administrativas (...) por parte da própria Administração Escolar (...) dos sindicatos dos professores (...) da corrente universitária de tendência *construtivista* iluminada (...) e a persistência de concepções políticas e ideológicas”⁸⁵⁹, contrárias à liberdade de escolha da educação e da escola. Logo, essas influências não permitiram que fossem realizadas “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 não abandonaram de facto a velha concepção do Estado-educador”⁸⁶⁰.

⁸⁵³ Cfr. João BARROSO – *Políticas Educativas e Organização Escolar*, 2005, p. 74.

⁸⁵⁴ *Idem, Ibidem.*

⁸⁵⁵ *Idem, Ibidem.*

⁸⁵⁶ *Idem*, p. 74 -75.

⁸⁵⁷ *Idem*, p. 75.

⁸⁵⁸ Cfr. Mário PINTO– *Sobre os direitos fundamentais de educação*, 2009, p. 33.

⁸⁵⁹ *Idem, Ibidem.*

⁸⁶⁰ *Idem*, p. 32.

Não obstante as origens do Estado-educador remontarem em Portugal ao século XVIII, no governo do Marquês de Pombal, altura em que o Estado retira à Igreja o controlo da educação, António Barreto faz coincidir com a década de sessenta do século XX, “o início dos tempos ditos do «marcelismo», que o «Estado-providência» dá passos significativos na educação secundária e superior”⁸⁶¹. Mas a influência do Estado foi crescendo, passando a despesa pública com a educação de 1,9% da percentagem do produto em 1960 para 5,4% em 1994⁸⁶².

No presente, o debate ideológico sobre o intervencionismo estatal na educação coloca de novo a tónica na despesa do Estado na educação. Em reacção, Mário Pinto prefere fazer alusão ao predomínio da escola estatal concretizado segundo o autor numa “situação de monopólio de facto, com base sobretudo no privilégio do financiamento público”⁸⁶³. Nas suas palavras esse monopólio de facto, que se traduz nos obstáculos colocados à iniciativa privada, “não só dificulta a competição das escolas 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 exercer 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”⁸⁶⁴.

Se num primeiro momento o centralismo parecia ser a única forma de estabelecer uma autoridade com legitimidade para cobrir todo o sistema, hoje estamos convictos que esse modelo burocratizado traduz um prejuízo para a sociedade em virtude da homogeneidade e ineficiência que oferece. Esta unificação do ensino por via da homogenização de métodos, regras e projectos educativos não constitui, quanto a nós a resposta aos desafios que se colocam à educação e o ensino.

⁸⁶¹ Cfr. António BARRETO *et al.* – *A Situação Social em Portugal 1960-1995*, volume I, 1995, p. 37.

⁸⁶² *Idem*, p. 48.

⁸⁶³ Cfr. Mário PINTO – *Sobre os direitos fundamentais de educação*, 2009, p. 36-37.

⁸⁶⁴ *Idem*, p. 45.

No mesmo sentido, Roberto Carneiro observa que é “frequente os professores sonharem com turmas iguais, provenientes da mesma classe social, com a mesma origem, idêntica cultura de base, para poderem todos avançar ao mesmo ritmo – um resquício do modelo fabril e autoritário da escola que gostaria de receber matéria-prima sem alterações, sem impurezas, para não prejudicar a cadeia de montagem. Este modelo não é compatível com a diversidade, nem com uma sociedade cada vez mais diversa”⁸⁶⁵. Também Jorge Cotovia sublinha que não é desejável a uniformidade em virtude de a mesma não combinar com a liberdade⁸⁶⁶.

Tomando posição face aos pontos de vista sinalizados, defendemos que a centralização e a burocracia da organização escolar, é responsável pela barreira à mobilidade social e aumenta o insucesso educativo sobretudo junto da população mais vulnerável.

Um último argumento para reforçar a ideia de que “na realização da função de bem-estar, o Estado não tem, não pode ter, um monopólio, nem natural⁸⁶⁷ nem constitucional⁸⁶⁸; antes deve submeter-se ao princípio fundamental da subsidiariedade⁸⁶⁹. Logo, é sobre o princípio da subsidiariedade do Estado que a reflexão vai incidir, mais concretamente sobre as funções do Estado, a natureza dos interesses em causa; a titularidade e os fins, assim como “a legitimidade dos sujeitos que os podem e devem prosseguir e os meios necessários mais razoáveis e eficientes”⁸⁷⁰.

8.2. Princípio fundamental da subsidiariedade

O princípio da subsidiariedade ergueu-se “para evitar o absolutismo do

⁸⁶⁵ Cfr. Roberto CARNEIRO – *Fundamentos da Educação e da Aprendizagem*, 2001, p. 148.

⁸⁶⁶ Cfr. Jorge COTOVIO – *O Ensino Privado*, 2004, p. 250.

⁸⁶⁷ O monopólio natural “beneficia de um exclusivo conferido pela escassez natural de determinados elementos, geralmente matérias-primas”, cfr. Mário PINTO – *Sobre os direitos fundamentais de educação*, 2009, p. 47.

⁸⁶⁸ Os monopólios constitucionais ofendem o exercício de direitos fundamentais de liberdade, constitucionalmente reconhecidos e garantidos, cfr. Mário PINTO – *Sobre os direitos fundamentais de educação*, 2009, p. 50.

⁸⁶⁹ Cfr. Mário PINTO – *Sobre os direitos fundamentais de educação*, 2009, p. 71.

⁸⁷⁰ *Idem*, p. 66.

Estado”⁸⁷¹, embora traduza “uma ideia de intervenção pró-activa do Estado, e das instâncias ou grupos maiores, em favor do bem comum”⁸⁷² e foi elevado a princípio constitucional por intermédio da revisão de 1997 (artigo 6.º, n.º 1 da CRP).

O princípio da subsidiariedade apresenta-se “como critério de repartição de poderes decisórios entre o Estado e os entes infra-estaduais, especialmente aqueles que prosseguindo fins próprios e distintos do Estado, gozam de uma Administração independente ou autónoma face ao Governo”⁸⁷³. Ao Estado compete “o papel de resolução das tarefas que não devem ou não podem ser confiadas a esses entes menores, cabendo-lhe ainda o controlo, a coordenação e o suprir de eventuais omissões ou deficiências destes entes na realização de tarefas que lhes competem normalmente a título primário”⁸⁷⁴.

8.3. Redefinição da política de serviço público de ensino

Na segunda metade do século passado, a “*administração de autoridade*”⁸⁷⁵, (que autoriza e fiscaliza),⁸⁷⁶ foi substituída pela “*administração de prestações, constitutiva ou conformadora*”⁸⁷⁷ prestadora de serviços sociais, direccionada para vários sectores de entre os quais a habitação, a saúde, a educação entre outras. Ou seja falamos de “*responsabilidade administrativa máxima*”⁸⁷⁸

Na sequência desta maior intervenção da Administração, o país assistiu a um crescimento significativo da Administração Pública⁸⁷⁹ e das despesas do estado,

⁸⁷¹ Cfr. Francisco Lucas PIRES – Teoria da Constituição de 1976: a transição dualista, 1988, p. 317.

⁸⁷² *Idem*, p. 71.

⁸⁷³ Segundo Paulo OTERO, a palavra “Governo” integra as regiões autónomas, autarquias locais, universidades públicas e associações públicas, in *Direito Constitucional Português*, volume I, Coimbra, 2010, p. 149.

⁸⁷⁴ Cfr. Paulo OTERO – *Direito Constitucional Português*, volume I, Coimbra, 2010, p. 150.

⁸⁷⁵ Cfr. Pedro GONÇALVES – *A Concessão de Serviços Públicos*, 1999, p. 8.

⁸⁷⁶ *Idem*, *Ibidem*.

⁸⁷⁷ *Idem*, *Ibidem*.

⁸⁷⁸ *Idem*, *Ibidem*.

⁸⁷⁹ A Administração Pública é aqui considerada em sentido material ou funcional traduzida pelo “conjunto de acções e operações desenvolvidas pelos órgãos, serviços e agentes do Estado e demais organizações públicas, ocupados em assegurar, em nome da colectividade, a satisfação disciplinada, regular e contínua das necessidades colectivas de segurança, cultura e bem-estar” cfr. João CAUPERS – *Introdução ao Direito Administrativo*, 2005, p. 38.

ineficiência da Administração central e local, sendo previsível que a breve trecho os serviços básicos como a saúde e a educação levariam à falência do Estado Social. O resultado foi “a externalização dos fins do Estado e a privatização (material e organizatória das tarefas públicas)”⁸⁸⁰, como forma de restringir as responsabilidades do Estado.

A situação descrita faz com que “responsabilidade de execução”⁸⁸¹ seja substituída por uma “responsabilidade de garantia da prestação”⁸⁸² ou em situações mais recentes, para uma mera “responsabilidade de controlo ou de fiscalização”⁸⁸³, deixando de se concentrar no Estado responsabilidade administrativa máxima (execução). Até onde pode ir a responsabilidade do Estado na satisfação das necessidades básicas universais do cidadão é a questão que pretendemos problematizar. No entendimento de Pedro Gonçalves, as necessidades básicas universais, não obstante a possibilidade da sua privatização, estarão sempre “sujeitas a uma “programação” ou “disciplina” pública incompatível com a mera responsabilidade administrativa de controlo”⁸⁸⁴. Acolheremos outras perspectivas, por ora importa definir serviço público “como uma tarefa pública de natureza económica (fornecimento de bens e prestações de serviços) própria da administração de prestações”⁸⁸⁵.

Não obstante os argumentos acima citados, o paradigma constitucional da separação entre ensino público e ensino privado e cooperativo largamente discutido por nós (v. *supra* cap. 5), está a ser confrontado com as tentativas de redefinição da política educativa, na qual o serviço público de ensino se inscreve. A esse propósito, o argumento baseado na percepção que o custo médio por aluno por ano nas escolas privadas seria superior, foi posto em causa por intermédio do Relatório do Tribunal de Contas nº 31/2012, Processo nº 39/2011 sobre o apuramento do custo médio por aluno referente a 2009/2010.

⁸⁸⁰ Cfr. Pedro GONÇALVES – *A Concessão de Serviços Públicos*, 1999, p. 8.

⁸⁸¹ *Idem*, p. 9.

⁸⁸² *Idem*, *Ibidem*.

⁸⁸³ *Idem*, *Ibidem*.

⁸⁸⁴ *Idem*, p. 13.

⁸⁸⁵ *Idem*, *Ibidem*.

O relatório foi realizado na sequência da solicitação dirigida ao Tribunal pela Assembleia da República, onde se demonstra o benefício, em termos económicos, obtido pelo Estado através dos contratos de associação. E embora alguns contratos de associação se encontrem a concorrer com os estabelecimentos públicos, não se justificando a manutenção dessa concorrência, outros serão opções válidas de acordo com os números constante do relatório.

O mesmo argumento foi sublinhado pelo Fundo Monetário Internacional no seu Relatório sobre Portugal, onde se lê:

“74. There is evidence that per-student costs are lower in charter schools compared to public schools. Charter schools receive a fixed amount from the state of €85,000 per class (for grades 5 to 12) to administer the same classes and curriculum as public schools. They hire their own teachers and do not charge fees, except for extra-curricular classes and activities. Where they coexist with public schools, they are often the first choice for parents. The Tribunal de Contas study found that charter school costs were lower by about €400 per student than for regular public schools, while the subsequent MEC working group study estimated the difference at only €50 per student after adjusting for expenditure cuts that have been made since 2009/10. While the charter school program is under revision until the end of the current school year, 62 the government maintains its intention to promote charter schools as well as freedom of choice between public schools and charter schools. C. Reform Options. 75. A main challenge for Portugal’s education system is to enhance outcomes while reducing costs, i.e., to do more with less. To this end, the government will have to make difficult choices based on cost-efficiency and effectiveness considerations”⁸⁸⁶.

Estes argumentos corroboram a defesa que vem sendo feita em prol da liberdade de educação mas não numa perspectiva de “mercado educacional”⁸⁸⁷, pois “a ideia central de transformação de todo o sistema de ensino num mercado educacional implica uma substancial subversão de toda a teleologia constitucional do ensino e uma inaceitável desqualificação da missão constitucional do ensino público

⁸⁸⁶ Cfr. FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL – Portugal, *Rethinking the State: Selected Expenditure Reform Options*, 2013, p. 61 ss.

⁸⁸⁷ Cfr. CANOTILHO; MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa anotada, volume I*, 2007, p. 909.

(vocação universal, não confessionalidade, pluralismo interno, etc.) em especial no que respeita ao ensino básico obrigatório”⁸⁸⁸.

O paradigma que hoje colhe mais apoiantes parece ser o “modelo de economia social”, defendido por Paulo Otero, Manuel Afonso Vaz e Gomes Canotilho, no qual poderão ser integrados a educação e o ensino, sendo suportados directa ou indirectamente por recursos do Estado (princípio da subsidiariedade) e pela sociedade. Vários instrumentos poderão vir a ser adoptados, ganhando especial destaque o “cheque-educação”, “cheque-ensino”⁸⁸⁹. Independentemente da sua adopção, o “modelo de economia social”, deveria ser aplicado a todos os graus de ensino, sobretudo na fase em que nos encontramos de forte internacionalização do ensino. A concorrência que se iria obter, resultaria numa “crescente abertura e concorrência das instituições de ensino superior”⁸⁹⁰. Em defesa dessa concorrência, Gomes Canotilho e Vital Moreira observam que a mesma iria gerar

“ (...) seria um facto decisivo para aumentar a eficácia e rentabilidade do próprio ensino público, pois a concorrência permitiria que os utentes directos do serviço de ensino, ou seja as famílias e os estudantes se convertessem em árbitro do mercado de ensino através do exercício do *direito à escolha da escola*. O pluralismo concorrencial conduziria ainda a pôr termo a uma alegada concepção «jacobina» de ensino, traduzida na unicidade e uniformidade da oferta escolar, além de permitir, através da *flexibilidade do sistema educativo* uma melhor concretização do livre *desenvolvimento dos jovens*, e se combatesse os fenómenos de abandono e insatisfação escolar”⁸⁹¹.

Os autores apelam por essa razão, ao pluralismo como forma de “relegitimação do sistema de ensino”⁸⁹², perfilando-se aqui a possibilidade de “abrir

⁸⁸⁸ Cfr. CANOTILHO; MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa* anotada, volume I, 2007, p. 909.

⁸⁸⁹ Jorge COTOVIO defende que através do cheque-ensino, “o Estado, em vez de financiar os estabelecimentos de ensino, financia directamente os alunos ou as famílias que ficarão, assim com a possibilidade de escolher a escola da sua preferência”, in *O Ensino Privado*, 2004, p. 270-271.

⁸⁹⁰ Cfr. CANOTILHO; MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa* anotada, volume I, 2007, p. 909.

⁸⁹¹ *Idem*, p. 908-909.

⁸⁹² *Idem*, p. 909.

as vias aos mecanismos de avaliação e controlo externos (...) de forma a promover e assegurar qualidade e eficácia a toda a rede de estabelecimentos de ensino”⁸⁹³.

A defesa do pluralismo compagina uma perspectiva constitucional que suporta o tema em estudo nesta tese, na medida em que acaba por ancorar não só a liberdade de educação mas igualmente o direito à educação, na medida em que fortalece o direito à escola e à escolha do projecto educativo, assim como os recursos necessários à salvaguarda do direito à educação. Estes argumentos estão alicerçados na base de “autonomia, eficiência avaliação, liberdade de escolha e de concorrência dentro do sector público”⁸⁹⁴, perspectivas que não estão à luz de Gomes Canotilho e Vital Moreira, “necessariamente em desconformidade com a Constituição”⁸⁹⁵.

Veremos a partir daqui como o conceito e o ambiente económico evoluíram de tal forma que não há mais lugar à identificação de serviço público com propriedade pública, desde que sejam respeitados os princípios de universalidade desses serviços. Na óptica da educação, não deve por isso confundir-se escola pública e serviço público de educação, pois tal como já o afirmamos (v. *supra* cap. 5) o serviço público de educação tanto pode ser prestado por instituições públicas como por instituições privadas, o que exige identidade de estatutos e grau de autonomia das escolas.

O impacto da “transnacionalização do ensino”⁸⁹⁶ interfere como vimos na autoridade do Estado na educação, o que justifica a questão que alimenta esta tese, ou seja, saber em democracia, quem tem autoridade para dar forma à educação, ou quem tem autoridade para tomar decisões em termos de educação e ensino. Nesse sentido importa relembrar o esforço reformista que se iniciou no último quarto do século XX e que foi marcado por uma crise do Estado Social. A alteração centra-se nos processos de decisão e gestão da coisa pública e a essa luz vimos surgir em primeiro lugar a nova gestão pública ou *new public management (NPM)* com implicações na educação e ensino.

⁸⁹³ Cfr. CANOTILHO; MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa* anotada, volume I, 2007, p. 909.

⁸⁹⁴ *Idem, Ibidem.*

⁸⁹⁵ *Idem, Ibidem.*

⁸⁹⁶ *Idem, Ibidem.*

8.4. A nova gestão pública

A nova gestão pública (*new public management - NPM*), surgiu na literatura, pela primeira vez no início dos anos 90 do século XX, para designar as transformações introduzidas por alguns países anglo-saxónicos nos seus sistemas de administração pública, já em curso desde a década de oitenta. Eram reformas que tinham em vista a substituição do modelo de serviço público, por uma abordagem centrada nos mecanismos de mercado, cujo traço mais relevante, é “o facto de consistir num mecanismo que garante a ordem e a coordenação das actividades de um sistema (normalmente económico) sem que exista um centro coordenador que o dirija conscientemente”⁸⁹⁷. A tomada de decisões, é descentralizada e as relações que se desenrolam num ambiente de grande competitividade entre os diferentes actores assentam no contrato.

Esta orientação entronca numa perspectiva liberal que é defendida por Friedrich Hayek, na qual o mercado e as sociedades são ordens espontâneas. O mercado é transversal a toda a sociedade. A melhor ordem social é aquela que assenta em dois princípios fundamentais: a economia de mercado *e a liberdade individual*⁸⁹⁸. Estes princípios permitem que a sociedade proporcione “a maximização da possibilidade de cumprimento do maior número de fins individuais”⁸⁹⁹. Segundo o autor, este deverá ser o objectivo de cada sociedade.

Foi neste contexto ideológico que nasceu a nova gestão pública, apresentada em primeira mão pela OCDE como um novo paradigma global para assegurar o controlo e a organização dos serviços públicos dos Estados. Na sua tese de doutoramento, Maria João Estorninho, sugere que o “movimento de «privatização» da Administração Pública tem vindo a ser agravado devido á própria «crise do Estado», a qual veio (...) acentuar a referida tendência para o recurso às formas jurídico-privadas de organização e de actuação administrativas”⁹⁰⁰.

⁸⁹⁷ Cfr. Jorge LIMA – Redes na educação, 2007, p. 157, numa citação de Thompson (2003).

⁸⁹⁸ Cfr. ESPADA; ROSAS – *Pensamento Político Contemporâneo*, 2004, p. 37.

⁸⁹⁹ *Idem, Ibidem.*

⁹⁰⁰ Cfr. Maria João ESTORNINHO – Fuga para o Direito Privado, 1996, p. 47.

Ou seja, a crítica ao alargamento desmesurado do Estado era então já na década de noventa do século XX altamente discutido na academia. E tal como Pedro Gonçalves, a autora sublinha o “crescimento desmesurado da Administração Pública do Estado Social (...) ineficiência e de aumento da burocracia. (...) agravamento das contribuições exigidas aos cidadãos para suportar as despesas crescentes da máquina estadual e a falta de imparcialidade do Estado, suscitam desconfiança e incomodidade do cidadão em face do poder público”⁹⁰¹.

Estas mudanças foram ocorrendo a partir dos anos oitenta, anos em que a globalização se intensificou e com ela as fortes pressões financeiras, levando “a maioria dos países ocidentais para um emagrecimento do sector público na tentativa de o tornar mais competitivo”⁹⁰². Altura em que se assiste à promoção de mecanismos de mercado no interior do Estado, liberalizando, privatizando os serviços, adoptando instrumentos e princípios de gestão baseadas na racionalidade instrumental e subordinando os direitos sociais às lógicas da eficácia e da eficiência.

Mário Pinto integra estas alterações na “teoria do direito administrativo”⁹⁰³. Nela o autor inclui as “múltiplas formas de participação dos privados na esfera das actividades de carácter administrativo, e de uma certa *privatização* da própria administração pública”⁹⁰⁴. Segundo o autor trata-se de regressar a uma ideia clássica de limitação das manifestações de poder excessivo do Estado, e de garantia da intervenção dos cidadãos”⁹⁰⁵, exigências que incorporam “a *democracia participativa*”⁹⁰⁶. Mas Maria João Estorninho afirma que as alterações são tão profundas que levam a uma “subversão dos «esquemas mentais» e dos quadros teóricos tradicionais da Ciência jurídico-administrativa”⁹⁰⁷. Rosário Ferrara, citado pela autora, sugere uma «nova forma de direito comum»⁹⁰⁸.

⁹⁰¹ Cfr. Maria João ESTORNINHO – Fuga para o Direito Privado, 1996, p. 47.

⁹⁰² Cfr. José M. MOREIRA – Ciências da administração, 2008, p. 104.

⁹⁰³ Cfr. Mário PINTO– *Sobre os direitos fundamentais de educação*, 2009, p. 64.

⁹⁰⁴ *Idem*, p. 65.

⁹⁰⁵ *Idem, Ibidem*.

⁹⁰⁶ *Idem, Ibidem*.

⁹⁰⁷ Cfr. Maria João ESTORNINHO – Fuga para o Direito Privado, 1996, p.45.

⁹⁰⁸ *Idem*, nota 107.

Maria João Estorninho cita Erichsen, para sublinhar que “em muitos casos, as formas de organização de direito privado foram escolhidas para «abrir maior espaço de liberdade» à Administração Pública (...) “o Estado também é Estado, quando se serve das formas de organização do Direito Privado», devendo também aí a vinculação aos direitos fundamentais”⁹⁰⁹. Ou seja, a eficácia e o valor dos direitos fundamentais deve manter-se mesmo que as entidades públicas, por exemplo as escolas, utilizam meios de direitos privado, seja na aplicação de uma nova gestão para o exercício das tarefas escolares, seja no exercício das tarefas meramente privadas.

No entanto a autora está consciente que este percurso não é isento de riscos, e citando Munch, observa que “o risco de serem lesados os direitos fundamentais por parte da Administração Pública, é especialmente grande e maior do que por parte do Parlamento ou da Jurisprudência. E a razão não estará no facto da Administração ser «menos fiel» à Constituição, mas no maior número de decisões a tomar e em menor espaço de tempo”⁹¹⁰, e por conseguinte ser menos a ponderação. A doutrina dominante defende pelo contrário que se a exigência for muito da vinculação aos direitos fundamentais for expressiva, vai contrariar os «princípios estruturais da economia livre» e que seria um contra-senso permitir que o poder público participasse na economia concorrencial e, simultaneamente, retirar-lhe a possibilidade de se reger pelas regras desse comércio”⁹¹¹.

Na prática, as privatizações passaram a submeter a Administração Pública à competição, minimizando as práticas restritivas e o controlo de monopólio dos serviços públicos, ao mesmo tempo que reduz as responsabilidades directas do Estado transferindo e aumentando o recurso ao mercado. Porém Maria João Estorninho, convergindo com Gomes Canotilho e Vieira de Andrade, reafirma que a Administração Pública nunca se poderá transformar em pessoa privada, seja em que circunstâncias for, mesmo quando utiliza as formas jurídico-privadas⁹¹².

⁹⁰⁹ Cfr. Maria João ESTORNIINHO – Fuga para o Direito Privado, 1996, p. 229.

⁹¹⁰ *Idem*, p. 224.

⁹¹¹ *Idem*, *Ibidem*.

⁹¹² *Idem*, p. 2394.

Em forma de balanço, Maria João Estorninho afirma que na sua actividade, a Administração Pública quer na forma jurídico-públicas, quer na forma jurídico-privadas, encontra-se sempre vinculada a dois princípios: o princípio da prossecução do interesse público⁹¹³ e ao princípio da legalidade⁹¹⁴.

8.4.1. Impacto da nova gestão pública na educação

À luz deste paradigma, fica claro que “o carácter mais activo e mais interventor da administração pública é indissociável do seu recurso a novos métodos de actuação”⁹¹⁵, podendo “recorrer a novos modelos de organização e de actuação mais flexíveis e dinâmicos”⁹¹⁶. Como resultado desta alteração, a Administração pública tende a substituir “a decisão unilateral e autoritária pela decisão negociada com os cidadãos afectados”⁹¹⁷. Num sentido próximo, Maria João Estorninho observa que o alargamento da Administração Pública, mais concretamente através da sua prestação social, leva-a hoje “a utilizar o meio de actuação mais típico do Direito Privado, o contrato”⁹¹⁸.

Recentrando a discussão no campo da educação, podemos afirmar que o impacto mais imediato da nova gestão pública fez-se sentir nos avanços verificados, mas ainda insuficientes na autonomia da escola. A partir daí procedeu-se a uma maior actividade de direito privado na educação, nomeadamente no ensino superior. Entendido aqui “actividade de direito privado (...) todas as manifestações de actividade de Administração Pública realizadas através da utilização de institutos de direito privado”⁹¹⁹.

⁹¹³ O interesse público aqui no sentido do “interesse de uma comunidade ligado à satisfação das necessidades colectivas desta (o «bem comum»)". Cfr. João CAUPERS – *Introdução ao Direito Administrativo*, 2005, p. 65.

⁹¹⁴ Cfr. Maria João ESTORNIINHO – *Fuga para o Direito Privado*, 1996, p. 363.

⁹¹⁵ *Idem*, p. 39.

⁹¹⁶ *Idem*, *Ibidem*.

⁹¹⁷ Cfr. João CAUPERS – *Introdução ao Direito Administrativo*, 2005, p. 78.

⁹¹⁸ Cfr. Maria João ESTORNIINHO – *Fuga para o Direito Privado*, 1996, p. 42.

⁹¹⁹ *Idem*, p. 40.

A autonomia é entendida como o poder reconhecido pela administração educativa à escola⁹²⁰ para tomar decisões no domínio estratégico, pedagógico, administrativo, financeiro e organizacional, no quadro do seu projecto educativo e em função das competências e dos meios que lhe estão consignados no Decreto -Lei n.º 115-A/98, de 4 de Maio. Posteriormente o percurso da autonomia foi consolidado por intermédio do Decreto-Lei n.º 75/2008, de 22 de Abril⁹²¹.

8.5. O percurso da autonomia educativa

No desenvolvimento dos princípios da administração educacional estabelecidos na Lei de Bases do Sistema Educativo, aprovada pela Lei n.º 46/86, de 14 de Outubro, o primeiro passo da autonomia educativa ocorre por intermédio do Decreto-Lei n.º 43/89⁹²², de 3 de Fevereiro, primeiro regulamento Jurídico da Autonomia. À luz deste diploma, “foi dada a cada escola (2.º e 3.º ciclos do ensino básico e secundário) a possibilidade de usufruir de margens de autonomia, tendo sido tomadas para o efeito, algumas medidas que articulavam a autonomia, a descentralização e a territorialização (...) Em teoria, cada escola passou a ter a possibilidade de alargar o seu espaço de decisão e ensaiar formas distintas de gerir o tempo e o currículo”⁹²³ entre outras, tal como era exigida pela reforma educativa.

Porém, como havia que reorganizar a administração educacional, de molde a inverter a tradição de uma gestão demasiado centralizada, transferindo poderes de decisão para os planos regional e local, na prática, “as margens de liberdade não foram suficientes para o aparecimento e consolidação de projectos organizacionais distintos e originais”⁹²⁴.

⁹²⁰ Portaria n.º 265/2012, 30 de Agosto define as regras e procedimentos a observar quanto à celebração, acompanhamento, e avaliação dos contratos de autonomia a celebrar entre os agrupamentos de escolas ou escolas não agrupadas, doravante designados de escolas.

⁹²¹ *Diário da República*, 1.ª série — N.º 79 — 22 de Abril de 2008.

⁹²² Nos termos do n.º 1 do artigo 2.º Decreto-Lei n.º 43/89 de 3 de Fevereiro, “Entende-se por autonomia da escola a capacidade de elaboração e realização de um projecto educativo em benefício dos alunos e com a participação de todos os intervenientes no processo educativo”.

⁹²³ Cfr. Maria M. FONTOURA – Política e acção pública, 2008, p. 17.

⁹²⁴ *Idem, Ibidem.*

O segundo momento deste percurso da autonomia foi concebido com o Decreto-Lei n.º 115-A/98. A partir daqui, “a partir da ideia de partilha e na complementaridade de responsabilidades entre o Estado e a Sociedade, passa-se a reconhecer-se à escola autonomia em diferentes domínios, bem com a possibilidade de aprofundar e obter um contrato de autonomia celebrado entre a escola, o ministério da educação, a administração municipal e outros parceiros, eventualmente interessados”⁹²⁵.

No entanto o Decreto-Lei n.º 115-A/98 vem a ser alterado pela Lei n.º 24/99, de 22 de Abril, designadamente no seu capítulo VII, em prol do reforço do contrato de autonomia⁹²⁶. Mas cedo a governação democrática das escolas e o benefício de usufruir de uma autonomia acrescida e legitimada se revelaram ilusórios. Porém será justo dizer que se tem verificado “alguma evolução quanto ao nível de entendimento e conceptualização dos tipos de actividade de Administração Pública”⁹²⁷. E aos poucos “gera-se na sociedade uma exigência crescente de bem-estar e desaparece a tradicional separação entre o Estado e a Sociedade, que deixam de ser antagónicos entre si. Isto significa que se torna difícil, não só distinguir a actuação do Estado e a actuação da Sociedade, como também definir a sua relação recíproca, que passa a ser uma relação de proximidade e influência recíproca”⁹²⁸.

O regime de autonomia, administração e gestão dos estabelecimentos públicos da educação pré-escolar e dos ensinos básico e secundário foi porém mais uma vez reforçado com o Decreto-Lei n.º 75/2008. Este diploma prevê consolidar a autonomia e a capacidade de intervenção dos órgãos de direcção das escolas para reforçar a eficácia da execução das medidas de política educativa e da prestação do serviço público de educação. Prevê ainda o reforço da participação das famílias e comunidades na direcção estratégica dos estabelecimentos de ensino.

⁹²⁵ Cfr. Maria M. FONTOURA – Política e acção pública, 2008, p. 18.

⁹²⁶ Cfr. *Diário da República* — 1ª série-A N.º 94 — 22-4-1999, p. 2124.

⁹²⁷ Cfr. Maria João ESTORNINHO – Fuga para o Direito Privado, 2009, p. 51.

⁹²⁸ *Idem, Ibidem.*

O Decreto-Lei nº 224/2009, DR 177 Série I de 11.09.2009, procede à primeira alteração do Decreto-Lei nº 75/2008, de 22 de Abril, que aprovou o regime de autonomia, administração e gestão dos estabelecimentos públicos da educação pré-escolar e dos ensinos básicos e secundário, e prevê a existência de postos de trabalho com a categoria de encarregado operacional nos mapas de pessoal dos agrupamentos de escolas e escolas não agrupadas.

No âmbito da eleição do tema da autonomia como abordagem central do Estado da Educação 2012, assim como o acompanhamento das medidas intentadas pelo Ministério da Educação e Ciência (MEC) de molde a reforçar as autonomias das escolas, o Conselho Nacional de Educação (CNE) na sequência das suas várias iniciativas veio através da Recomendação nº 7/2012⁹²⁹ apelar a uma maior intervenção e responsabilização por parte das escolas/agrupamentos de escolas. No seu texto, a propósito dos diferentes níveis de responsabilidade, refere que “A autonomia pressupõe, pois, um processo social, uma responsabilização progressiva, uma conquista social local, uma crescente adequação entre processos e resultados, um exercício de participação e de inscrição da educação no espaço público. Por tudo isto, a autonomia é um processo político, mais do que uma questão técnica”⁹³⁰.

Não obstante a valorização da família e da comunidade educativa local, o Decreto-Lei n.º 75/2008 tem sido alvo de críticas em torno da imposição do director como órgão de gestão unipessoal e autocrático; a desvalorização do Conselho Pedagógico; a limitação da autonomia das estruturas de coordenação educativa e supervisão pedagógica. Razão porque tem sido crescente a manifestação em prol da reprivatização do articulado do Decreto-Lei n.º 115-A/98 de 4 de Maio, nas matérias respeitantes ao Conselho pedagógico, à Direcção executiva, à Coordenação de estabelecimento e ao processo eleitoral.

⁹²⁹ Cfr. *Diário da República*, 2.ª série — N.º 227 — 23 de Novembro de 2012.

⁹³⁰ *Idem*, p. 37905.

Em suma, podemos afirmar uma tendência para uma maior abertura das escolas ao exterior e a sua integração nas comunidades locais. A este propósito o Conselho Nacional de Educação na Recomendação nº 6/2012, de 23 de Novembro⁹³¹, solicita o enquadramento legal das competências das autarquias em matéria de educação. Apela à clarificação do programa do governo assegurado pela administração central nesta área, de forma a tornar mais clara quer, a actuação municipal quer, os projectos das escolas. Refere ainda a necessidade de contemplar no processo de descentralização todos os municípios. Por último, defende os Conselhos Municipais de Educação como órgãos importantes de carácter consultivo e reforça a importância de um enquadramento financeiro das autarquias, com carácter de estabilidade, tendo em vista a importância do investimento público na educação.

Mas é necessário um maior envolvimento de toda uma comunidade em torno da educação. Para tal, torna-se necessário assegurar não apenas os direitos de participação dos agentes do processo educativo, designadamente do pessoal docente, dos pais, mas também a efectiva capacidade de intervenção de todos os que mantêm um interesse legítimo na actividade e na vida de cada escola. Nesse sentido, a prossecução do interesse público deixa de ser monopólio da Administração Pública ficando aberto aos particulares. Nesse mesmo, “deve respeitar **na medida do possível**, os direitos e interesses dos particulares (cfr. artigo 266.º, n.º 1, da CRP)”⁹³².

Hoje, a discussão voltou a ser pertinente e actual. E tal como no século passado, também hoje é bem visível o descontentamento dos cidadãos/utentes com a ineficiência da administração pública, sendo evidente que a falta de recursos do Estado impõe uma redução de custos. No presente, às críticas internas juntam-se uma tensão vinda do exterior, por força da “crescente interacção com entidades supra-nacionais no âmbito da globalização económica e política, particularmente no caso da UE”⁹³³. O resultado desemboca numa “aplicação, ao sector público, de métodos de gestão até aí próprios do sector privado”⁹³⁴. E o método proposto parece,

⁹³¹ Cfr. *Diário da República*, 2.ª série — N.º 227 — 23 de Novembro de 2012.

⁹³² Cfr. João CAUPERS – *Introdução ao Direito Administrativo*, 2005, p. 79.

⁹³³ Cfr. Jorge VASCONCELOS – *Governo e Regulação*, 2008, p. 186-187.

⁹³⁴ *Idem*, p. 187.

embora envolto em grande complexidade, prece ser a desintervenção do Estado em favor da contratação de serviços com o sector privado.

As abordagens baseadas nos mecanismos de mercado normalmente são justificadas pelo facto deste não permitir que a oferta dos serviços de educação não sejam objecto de posições dominantes, salvaguardando os interesses dos cidadãos/consumidores. Outro fundamento reside na maior eficiência dos serviços de educação que a concorrência do mercado promove. Mas existem segundo João Barroso outras alternativas na educação pública, entre o “centralismo estatal” e a “livre concorrência do mercado”, entre “a fatal burocracia do sector público e “o mito da gestão empresarial”, entre “o súbdito” e o “cliente” e argumenta que “não é possível reduzir o debate sobre os modelos de governação da educação a uma opção entre, por um lado, uma administração centralizada, planificada e hierarquizada e por outro, um mercado, descentralizado, concorrencial e autónomo”⁹³⁵.

A este propósito, João Barroso citando Witty (2002, p. 20) argumenta:

“ (...) nem o estado, nem a sociedade civil constituem um contexto adequado para o exercício de uma cidadania activa e democrática, através da qual seja alcançada a justiça social. A reafirmação dos direitos dos cidadãos em educação parece exigir o desenvolvimento de uma nova esfera pública, algures entre o estado e a sociedade civil mercantilizada, em que novas formas de associação colectiva possam ser desenvolvidas. O desafio reside em saber como sair de um processo de decisão atomizado, para o assumir de uma responsabilidade colectiva em educação, mas sem recriar um sistema de planificação supercentralizada (...)”⁹³⁶

Para João Barroso, “não é possível combater as “falhas” do Estado com o reforço do mercado, nem as “falhas” do mercado com o reforço do Estado, mas de um outro Estado. (...) é necessário criar novos contextos de acção colectiva no interior da própria sociedade civil”⁹³⁷. E nesse sentido:

⁹³⁵ Cfr, João BARROSO – O Estado e a Educação, 2006, p. 60.

⁹³⁶ Cfr. Witty (2002, p. 20). *Apud* João BARROSO – O Estado e a Educação, 2006, p. 61.

⁹³⁷ *Idem*, 2006, p. 60-61.

“O Estado não se retira da educação. Ele adopta um novo papel, o de Estado regulador e avaliador que define as grandes orientações e os alvos a atingir, ao mesmo tempo que monta um sistema de monitorização e de avaliação para saber se os resultados desejados foram, ou não, alcançados”⁹³⁸.

Com a extinção das direcções regionais de educação (DRE) em 31 de Dezembro de 2012, afigura-se para alguns críticos, o risco de uma nova centralização, da administração da educação, o que é incompatível com uma tendência de contratualização da autonomia anunciada no Decreto-Lei nº 137/2012, de 7 de Julho, e a Portaria nº 265/2012, de 30 de Agosto.

Como podemos observar, ao Estado foi-se colocando vários desafios, sendo-lhe agora exigido que seja dinamizador de uma estratégia concertada para a educação e que nela, assuma o papel de “regulador das regulações, exigências que os legitimaram na sua intervenção crescente na vida económica, política e social. No âmbito da regulação das políticas públicas, vamos conhecer o modo “como são definidas e controladas as orientações, normas e acções que asseguram o funcionamento do sistema educativo”⁹³⁹ e, em particular, o papel que o Estado e outras instâncias ou agentes sociais têm nesse processo”⁹⁴⁰.

Em síntese, vimos como a crise do Estado burocrático impulsionou as reformas políticas, administrativas, gestionárias e económicas que decorreram ao longo do século XX. Por sua vez, a nova gestão pública originou a alteração da estrutura e da natureza do aparelho do Estado, tornando-o mais fragmentado.

Na visão de Jorge Lima, “o recuo do Estado na provisão directa de serviços públicos não significa necessariamente o enfraquecimento do seu controlo sobre esta provisão, pois ele socorre-se de novos mecanismos de regulação que lhe permitem

⁹³⁸ Cfr. João BARROSO – O Estado, a Educação e a Regulação das Políticas Públicas, 2005a, p. 732

⁹³⁹ A regulação do sistema educativo “é um processo compósito que resulta mais da regulação das regulações, do que do controlo directo da aplicação de uma regra sobre acção dos regulados” cfr. João BARROSO – *O Estado e a Educação*, 2006, p. 64.

⁹⁴⁰ *Idem*, p. 44.

manter e até aprofundar o seu controlo sobre o funcionamento global do sistema e as relações que se estabelecem entre os diferentes actores nele envolvidos”⁹⁴¹.

Não obstante a privatização de alguns serviços (nomeadamente na saúde e na educação), o surgimento das parcerias público-privadas (PPP)⁹⁴² previstas no Decreto-Lei nº 141/2006 de 27 de Julho e a tentativa de descentralização administrativa na área da educação⁹⁴³, a reforma educativa em Portugal continua tímida. Parece-nos no entanto haver um capital de confiança, embora ainda não tenha ocorrido qualquer mudança de paradigma.

8.6. As críticas à nova gestão pública

As críticas à nova gestão pública surgem por parte de quatro grupos distintos segundo Jorge Lima. “Os *fatalistas*”, defendem que a nova gestão pública perpetuou os tradicionais problemas básicos omnipresentes e insolúveis de que sofre o sector público; “os *individualistas*” argumentam que o modelo é insatisfatório, pois só a “privatização total” é capaz de alterar a estrutura tradicional da administração pública; “os *hierarquistas* afirmam que a nova gestão pública pode implicar a perda de controlo do processo de mudança prejudicando a viabilidade da gestão dos serviços públicos (...) os *igualitários* (...) consideram que a introdução em larga escala de

⁹⁴¹ Cfr. Jorge LIMA – Redes na educação, 2007, p. 160.

⁹⁴² A sua constituição fundamenta-se pela similitude entre a actividade prosseguida por entidades privadas e as instituições públicas.

⁹⁴³ Os conceitos de centralização, desconcentração ou descentralização, traduzem-se na forma “como são repartidos entre as partes de um sistema organizacional, as responsabilidades de garantir a execução de diversas missões e o poder de tomar decisões com referência a essas missões” citando Gounay, cfr. A Sousa FERNANDES – Descentralização, desconcentração e autonomia dos sistemas educativos, 2005, p. 54. “Enquanto a centralização significa que “a responsabilidade e o poder de decidir se concentram no Estado ou no topo da Administração Pública” (p. 54), “A descentralização distingue-se das anteriores e nesta fórmula, segundo Gounay “o exercício de certas missões administrativas é confiado a agentes que dependem não do governo, mas de colégios que tiram a sua autoridade do facto de representarem uma parte da população” (p. 57). “A autonomia distingue-se de descentralização na medida em que envolve não apenas uma distribuição de atribuições e competências dentro de um sistema político ou administrativo mas mais directamente a capacidade de acção por parte dos titulares dessa distribuição” (Fernandes, 2005: 59). “Porém enquanto a descentralização ou desconcentração operam uma transferência ou devolução de poderes do centro para a periferia, a autonomia “pressupõe a existência, fora do centro político e administrativo, de capacidades para movimentar acções políticas, desenvolver processos administrativos e aplicar competências científicas e técnicas” cfr. J A COSTA – O Projecto Educativo da Escola e as Políticas Educativas Locais, 2003, p. 59.

mecanismos de mercado no sector público aumenta o risco da corrupção nesses serviços”⁹⁴⁴.

Na visão de Rhodes, o modelo de governação da nova gestão pública apresenta,

“uma abordagem limitada para lidar com relações interorganizacionais, em virtude de não existir uma clara hierarquia de controlo entre os diferentes actores colectivos implicados (...) a obsessão com a fixação e o cumprimento de objectivos faz emergir a gestão por objectivos dos anos 80s e 90s (...) a focagem nos resultados não se adaptam aos contextos marcados por interacções interorganizacionais (...) existe um baixo nível de confiança entre os actores intervenientes, o que dificulta a coordenação global dos processos e o estabelecimento de um ponto de equilíbrio negociado entre as várias partes envolvidas”⁹⁴⁵.

Por último, o paradigma da nova gestão pública (NEW) “menospreza a necessidade de cooperação e de relações de confiança entre os actores”⁹⁴⁶.

Veremos agora como emergiu uma nova corrente mais integradora relativamente à forma de prestação dos serviços públicos a partir da evolução do New Public Management, dos direitos de cidadania, da globalização e da tecnologia. Falamos de um novo paradigma de Administração, assente nos pressupostos da *governance*, em que a sociedade civil tem novas responsabilidades na Administração. Este novo contexto implica a *boa governação* “(...) associado a temas como: envolvimento dos stakeholders; transparência; agenda de objectivos igualitaristas; comportamento ético e honesto; responsabilidade; sustentabilidade”⁹⁴⁷.

8.7. A governação pública

O abandono da concepção central do governo enquanto função assegurada exclusivamente pelo Estado entronca num novo conceito de governação ou

⁹⁴⁴ Cfr. Jorge LIMA – Redes na educação, 2007, p. 161-162.

⁹⁴⁵ Cfr. R. RHODES – The New Governance, 1996, p. 663.

⁹⁴⁶ Cfr. Jorge LIMA – Redes na educação, 2007, p. 164.

⁹⁴⁷ Cfr. Bovaid e Loffler (2003). *Apud* MOREIRA; ALVES – Gestão Pública, 2009, p. 22.

governance. Entende-se por governação, “uma actividade de coordenação da vida social garantida por múltiplas entidades, de forma descentralizada”⁹⁴⁸.

R. Rhodes num artigo editado na revista *Political Studies*, apresenta-nos a definição de *governance* defendida pelo Banco Mundial:

“governance is the exercise of political power to manage a nation’s affairs and good governance involve: en efficient public service, an independent judicial system and legal framework to enforce contracts; the accountable administration of public funds; an independent public auditor, responsible to a representative legislature; respect for the law and human rights at all levels of government; a pluralistic institutional structure, and a free press”⁹⁴⁹.

O termo *governacão* distingue-se de governo e apresenta uma vantagem, na medida em que a governacão pode ser entendida como um conceito mais lato do que o de governo e nesse sentido “abrange a provisão de serviços através de permutações de intervenção entre o Estado e entidades dos sectores privado e/ou cooperativo”⁹⁵⁰ organizações governamentais e não governamentais”.

O conceito de *Governo* traduz um conjunto de órgãos do Estado incumbidos de dirigir politicamente o país. “O Governo é constituído como *órgão constitucional* de soberania (art. 182.º) ao qual é confiada, a título principal, a «função de governar» (conduzir a política geral do país e superintender na administração pública)”⁹⁵¹. Daqui se extrai, que o Governo está acima da sociedade dirigindo-a a partir dessa posição principal. Ao invés o termo governacão assume-se “como uma nova forma de governo da coisa pública e de coordenação da acção social que tenta superar a dicotomia existente entre Estado e mercado”⁹⁵².

R. Rhodes sublinha no entanto, que o modelo da *governance* vai para além da governacão, implicando uma alteração na forma de governar. Desta forma traduz “um

⁹⁴⁸ Cfr. Jorge LIMA – Redes na educação, 2007, p. 166.

⁹⁴⁹ Cfr. R.RHODES – The New Governance, 1996, p. 656.

⁹⁵⁰ *Idem*, p. 167.

⁹⁵¹ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 640.

⁹⁵² Cfr. Jessop. *Apud* João BARROSO – O Estado e a Educação, 2006, p. 61.

novo método através da qual a sociedade é governada”⁹⁵³. Essa abrangência reflecte-se no conceito de governação apresentado por João Barroso ao defini-la como uma auto-organização reflexiva de actores independentes envolvidos em complexas relações de interdependência recíproca. Esta auto-organização é baseada num contínuo diálogo e partilha de recursos com o fim de desenvolver benefícios mútuos na realização de projectos conjuntos e gerir as contradições e dilemas que ocorrem inevitavelmente neste tipo de situações”⁹⁵⁴.

Veremos como se assiste a um crescente interesse em torno da governação em rede aplicado à educação. Segundo Pedro Gonçalves, “a liberalização integral dos serviços irá ter como consequência a institucionalização do direito ao livre acesso de terceiros às redes públicas”⁹⁵⁵. Veremos qual o impacto na educação e ensino.

8.7.1. Governação em rede aplicada à educação

No âmbito da educação, a constituição da «rede de estabelecimentos público de ensino», tal como já o observamos (v. *supra* cap. 5), está prevista no artigo 75.º, n.º, 1ª parte da CRP. Vimos introdutoriamente o impacto da revisão de 1982, que veio permitir uma nova interpretação do n.º 1 do artigo 75.º, dando-se a substituição da expressão «estabelecimentos oficiais» por «estabelecimentos públicos de ensino». À luz desta alteração, o actual n.º1 dispõe que «o Estado criará uma rede de estabelecimentos públicos de ensino», permitindo na nossa perspectiva, a integração de todos os sectores (público, privado e cooperativo).

E nesse sentido, ficou claro que a criação da “rede escolar pública não tem de impender necessariamente sobre o Estado central, podendo caber, nos termos da organização do poder político e do princípio da descentralização (artigo 6.º), tanto às regiões autónomas como às autarquias locais”⁹⁵⁶. Mas há divergência quanto à missão constitucional do ensino público, entre os que a defendem apenas como estabelecimento público de ensino (Gomes Canotilho e Vital Moreira) e os que

⁹⁵³ Cfr. R. RHODES – *The New Governance*, 1996, p. 652-653.

⁹⁵⁴ Cfr. João BARROSO – *O Estado e a Educação*, 2006, p. 62.

⁹⁵⁵ Cfr. Pedro GONÇALVES – *A Concessão de Serviços Públicos*, 1999, p. 15.

⁹⁵⁶ Cfr. CANOTILHO; MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa anotada, volume I*, 2007, p. 905.

pretendem convertê-la numa rede integrada de estabelecimentos de ensino em que se reconhece a todos os estabelecimentos uma dimensão pública (Mário Pinto)

Para os primeiros, uma vez constituída “o ensino seria, em todos os sectores, um serviço público. Ao lado dos estabelecimentos de ensino estaduais integrar-se-iam nessa rede «pública» de estabelecimentos de ensino os estabelecimentos privados e cooperativos que satisfizessem as condições requeridas por lei quanto a «uma declaração de utilidade pública»⁹⁵⁷. Contudo, esta rede integrada não é conforme o texto constitucional, “na medida em que ela implica a neutralização do imperativo constitucional de criação de rede de estabelecimentos públicos de ensino para toda a gente, pois é essa a matriz republicana do sistema de ensino público constitucionalmente consagrado⁹⁵⁸”.

Sobre a posição de Mário Pinto, recordamos o que atrás ficou dito (v. *supra* cap. 5), que no essencial “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”⁹⁵⁹.

Estes argumentos parecem encontrar enquadramento no modelo das *Public utilities*, comum nos Estados Unidos da América. Esta posição está mais próxima de um modelo onde participam, na prestação dos serviços públicos, vários actores, públicos e privados, designado por “Redes de governação”.

Nas palavras de R. Rhodes:

“ (...) This use sees governance as a broader term than government with services provided by any permutation of government and the private and voluntary sectors, Interorganizational linkages are a defining characteristic of service delivery and I use the term network to describe the several interdependent actors involved in delivering services. These networks are made up of organizations which need to exchange resources (for example,

⁹⁵⁷ Cfr. CANOTILHO; MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa* anotada, volume I, 2007, p. 908.

⁹⁵⁸ *Idem*, p. 909.

⁹⁵⁹ Cfr. Mário PINTO – *Sobre os direitos fundamentais de educação*, 2009, p. 267.

money, expertise) to achieve their objectives, to maximize their influence over outcomes, and to avoid becoming dependent on other players in the game”⁹⁶⁰.

Em suma, num artigo intitulado *The New Governance: Governing without Government*, R. Rhodes defende que a governação da rede seja assegurada pela actividade de redes interorganizacionais, onde o Estado surge apenas como mais um actor, desaparecendo desse modo a autoridade soberana. A rede promove uma maior interacção entre os membros da rede, devido à necessidade de intercâmbio de recursos e de negociação de objectivos comuns.

Estas interacções estão assentes na confiança e são reguladas por regras de jogo negociadas, num contexto de um elevado grau de autonomia. A organização em rede, constitui “Uma forma de articular a mediação dos interesses dessa multiplicidade de actores implicados nas questões públicas, cada vez mais destacada na literatura da especialidade e no discurso político”. Esta rede vai substituir a tradicional centralização por parte do Estado na oferta de serviços públicos de educação, dando espaço aos sectores público, privado e cooperativo, mas distinguindo-se da regulação do mercado e da competitividade que a mesma oferece.

Importa porém lembrar que na Europa a governação em rede foram concebidas maioritariamente através de “*serviços públicos* assumindo o Estado (ou os municípios) o dever de as exercer – originando assim um conceito de serviço público subjectivo, como prestação do Estado aos cidadãos”⁹⁶¹. Foi este o modelo oferecido para a rede de ensino concedido pelo Estado à luz da Constituição.

8.8. A gestão do valor público: complementaridade em torno da educação

A tendência é para olhar de outra forma para a “coisa pública”, e a partir daí criar um novo paradigma da governação que “seja capaz de incentivar e facilitar a participação e vigilância cívicas por parte dos cidadãos”⁹⁶². Pretende-se um modelo

⁹⁶⁰ Cfr. R. RHODES – *The New Governance*, 1996, p. 658.

⁹⁶¹ Cfr. Pedro GONÇALVES – *A Concessão de Serviços Públicos*, 1999, p. 18.

⁹⁶² Cfr. MOREIRA; ALVES – *Gestão Pública*, 2009, p. 27.

que limite “os abusos do poder político na medida em que permite mais transparência na forma de atingir os resultados e mais *accountability* na avaliação dos eleitos ou das políticas públicas (...) um novo paradigma mais integrador e humano e por isso mais capaz de solucionar conflitos”⁹⁶³. É esse o objectivo da gestão do valor público (*Public Value Management*), a aplicar designadamente na educação numa concretização da liberdade de educação.

José Moreira e André Alves questionam-se no entanto sobre a razão do crescente interesse em torno do papel do Estado. Segundo os autores, “depois de muitos anos de especulação sobre a possibilidade do mercado assumir muito do seu papel, o governo forte e democrático é agora em geral visto como um elemento essencial para a sociedade”⁹⁶⁴. É altura para relembrar a frase com que partimos ou seja “ (...) O Estado pode vir mesmo a conhecer diferentes trajos constitucionais sem que isso perturbe a sua existência e continuidade”⁹⁶⁵. E nesse sentido, assiste-se a um novo paradigma, que pretende fazer apelo a “uma maior ambição para a administração pública à luz dos desafios da nova *governança* com o propósito de criar resultados públicos que sejam valorizados”⁹⁶⁶. O novo paradigma, ao contrário da Nova Gestão Pública, coloca uma ênfase “forte nas virtudes da colaboração entre agências públicas e entre estas e os cidadãos”⁹⁶⁷.

A forma de olhar para a coisa pública alterou-se na primeira década do século XXI, e hoje, o Mercado o Estado e a Sociedade civil “podem ser vistos como interdependentes e mesmo complementares”⁹⁶⁸. Fazer com colaborem uns com os outros é o principal desafio que se coloca à Administração Pública. “Governação é, por isso, diferente de governo. Deveríamos pensar mais sobre como podemos governar melhor, usando várias entidades, em vez de pensarmos sobre como utilizamos o governo para fazê-lo”⁹⁶⁹.

⁹⁶³ Cfr. MOREIRA; ALVES – Gestão Pública, 2009, p. 27.

⁹⁶⁴ *Idem*, p.12

⁹⁶⁵ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 87.

⁹⁶⁶ Cfr. Gerry STOKER – *Gestão do Valor Público*, 2008, p. 26.

⁹⁶⁷ *Idem, Ibidem*.

⁹⁶⁸ Cfr. MOREIRA; ALVES – *Gestão Pública*, 2009, p.12

⁹⁶⁹ *Idem*, p. 105.

Na prossecução desta visão a Administração pública, tal como atrás foi defendido por João Caupers, será estruturada de modo a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva (artigo 267.º, nº 1 CRP), para esse efeito, estabelecendo a lei adequadas formas de descentralização e desconcentração, sem prejuízo da necessária e unidade de acção e dos poderes de direcção e superintendência do Governo (artigo 267.º, nº 2)⁹⁷⁰.

A este propósito, Gomes Canotilho reafirma que “A transferência de tarefas (...) para os sujeitos privados, não significa um abandono da *responsabilidade estatal* pela prossecução do interesse público inerente à realização do princípio da socialidade”⁹⁷¹. Também não significa “uma *desconstrução* do Estado Social a favor das forças autoregulativas do mercado livre. A garantia das dimensões prestacionais indispensáveis à realização e concretização de direitos económicos e culturais, não assenta já, exclusiva e predominantemente, numa *tarefa* de socialidade do Estado, antes tem como suporte as prestações fornecidas, com carácter de universalidade por infra-estruturas privadas”⁹⁷².

Seguindo o raciocínio de Gomes Canotilho, reafirmamos a necessidade de desenvolver uma complementaridade e interdependência do mercado, do Estado e da sociedade civil, em torno da educação. Assiste-se a uma reconstrução do Estado mas exige-se simultaneamente, ao nível da educação e do ensino, um relacionamento mais integrado com a sociedade civil e a Administração pública. Este novo enfoque permite-nos superar a habitual dicotomia ensino público/ensino privado e promove uma maior responsabilização por parte da sociedade civil. Desenvolveremos esta temática no capítulo dedicado à Constituição Social onde aí será reconhecido o valor de um compromisso social em torno da educação e do ensino.

Em suma, defendemos que o Estado não deve assumir a exclusividade do desenvolvimento de actividades que conduzam à efectivação de direitos e em concreto do direito social à educação. Nesse domínio, é o próprio texto constitucional que

⁹⁷⁰ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2008, p.431-432.

⁹⁷¹ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 354.

⁹⁷² *Idem*, p. 354.

permite essa colaboração entre entidades da sociedade civil, entidades privadas, a exemplo da cooperação exigida aos pais na educação dos filhos (artigo 67.º, nº 2 *al c*)), o envolvimento das comunidades em torno da escola (artigo 74.º, nº 2, conexo com o artigo 43.º, nº 4), assim como a colaboração das escolas e das associações e colectividades desportivas na promoção da cultura física e do desporto (artigo 79.º, nº 2).

Conclusão

Esta viagem permitiu-nos verificar as mudanças na partilha da educação entre o Estado, a sociedade e o mercado, saindo reforçada a ideia que o Estado não pode ter, um monopólio, nem natural nem constitucional, pelo contrário, submete-se ao princípio fundamental da subsidiariedade.

A crise do Estado burocrático impulsionou as reformas políticas, administrativas, gestionárias e económicas que decorreram ao longo do século XX e início do século XXI. À luz da nova gestão pública, assistiu-se à alteração da estrutura e da natureza do aparelho do Estado, tornando-o mais fragmentado e centrado no relacionamento entre os diferentes actores, o que levará o Estado a alterar o modo de desenvolver a sua actividade. É-lhe reservado o papel de facilitador e mediador entre os diferentes actores entretanto surgidos.

A Constituição permite-nos esta interpretação ao dispor que «a Administração Pública será estruturada de modo a evitar a burocratização, a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva» (artigo 267.º, nº 1), «sem prejuízo da necessária unidade de acção e dos poderes de direcção e superintendência do Governo» (artigo 267.º, nº 2). Contudo, a transferência de tarefas para os sujeitos privados não é sinónimo de alienamento total do Estado, e sobretudo da socialidade do Estado a favor do mercado educativo.

É também consensual que a criação da “rede escolar pública não tem de impender necessariamente sobre o Estado central, podendo caber nos termos da

organização do poder político e do princípio da descentralização (artigo 6.º da CRP), tanto às regiões autónomas como às autarquias locais”⁹⁷³. Mas há divergência entre os que a defendem apenas como estabelecimento público de ensino (Gomes Canotilho e Vital Moreira) e os que pretendem convertê-la numa rede integrada de estabelecimentos de ensino em que se reconhece a todos os estabelecimentos uma dimensão pública (Mário Pinto).

Enquanto os primeiros argumentam que esta rede integrada não é conforme o texto constitucional, “na medida em que ela implica a neutralização do imperativo constitucional de criação de rede de estabelecimentos públicos de ensino para toda a gente, pois é essa a matriz republicana do sistema de ensino público constitucionalmente consagrado”⁹⁷⁴, os partidários da rede integrada, justificam-na quer pelo nível de especialização que oferece, nível de educação e formação; pela capacidade de inovar na medida em que a rede oferecer um maior leque de alternativas de acção e rapidez e flexibilidade⁹⁷⁵.

Pelos argumentos atrás esgrimidos, defendemos que a garantia das dimensões prestacionais para a educação, não pode nem deve ser exclusivamente tarefa social do Estado. No capítulo dedicado à *globalização e o sistema educativo mundial*, ficou claro a importância do investimento público na educação com o apoio das instituições financeiras internacionais. Agora acrescentamos que as prestações sociais para a educação passem a ser também prestadas com carácter de universalidade por infra-estruturas privadas.

Este apelo à colaboração de entidades da sociedade civil no domínio da educação, extrai-se da interpretação do texto constitucional, designadamente da cooperação entre o Estado e os pais na educação dos filhos (artigo 67.º, nº 2 *al c*) da CRP); a inserção das escolas nas comunidades que servem (artigo 74.º, nº 2 da CRP, conexo com o artigo 43.º, nº 4 da CRP). A colaboração das escolas e das associações

⁹⁷³ Cfr. CANOTILHO; MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa* anotada, volume I, 2007, p. 905.

⁹⁷⁴ *Idem*, p. 909.

⁹⁷⁵ Cfr. R. RHODES – *The New Governance*, 1996, p. 665.

e colectividades desportivas na promoção da cultura física e do desporto (artigo 79.º, nº 2 da CRP). A tendência é para olhar de outra forma para a “coisa pública”, e incentivar um novo paradigma da governação que faça apelo à participação, auto-responsabilização e vigilância cívicas por parte dos cidadãos.

Capítulo 9

As concepções teóricas sobre o modo de conceber a vida social

“ (...) Um dos problemas mais complexos das sociedades contemporâneas é assim o de saber como conservar ou voltar a dar consistência aos poderes que se devem exercer hoje em dia, cada vez mais, de igual para igual, entre seres humanos proclamados como livres e iguais em direitos”⁹⁷⁶.

Introdução

Vimos anteriormente como a educação era uma área estratégica relativamente ao sistema de ensino e à escola, e tivemos a oportunidade de observar como a repartição dos papéis nesse domínio, tradicionalmente atribuídos ao Estado, estão hoje postos em causa. Esta reflexão entrou no discurso das elites políticas ao mesmo tempo que é também questionada pela sociedade civil. Enquanto isso, no plano externo vamos assistindo a uma passagem do conceito de poder legítimo ou autoridade associada ao Estado para uma nova configuração internacional, onde as organizações internacionais vão moldando a agenda educativa.

Mas a educação é também uma área de conflito, em parte por ser produto da sobreposição de diferentes opções educativas que são tomadas à luz de concepções políticas muito diferenciadas. Estas múltiplas opções vão afectar directamente os sistemas e as políticas educativas, a escola, os professores e o alunos, as famílias e a comunidade. Por via dessa constante reconfiguração da autoridade educativa, não se concebe uma estratégia nacional nesse domínio, onde se incluam todos os projectos e todos os agentes educativos, à luz da liberdade e do direito à educação.

Por último, não obstante a existência de uma maior consciência comunitária e de cooperação que se vem desenvolvendo entre o Estado e a sociedade, ainda assim, não foi possível firmar um compromisso social em torno da nobre missão da educação e do ensino que “é a de formar pessoas, indivíduos capazes de enfrentar os desafios do futuro numa perspectiva integral.”⁹⁷⁷. Esta seria quanto a nós a base da estratégia para a educação.

⁹⁷⁶ Cfr. Alain RENAUT – *O Fim da Autoridade*, 2004, p. 103.

⁹⁷⁷ Cfr. David JUSTINO – *Difícil é Educá-los*, 2010, p.99.

As críticas ao papel do Estado contribuíram para a necessidade de inquirir a fonte da autoridade na educação num regime democrático, propósito que nos aproximou em especial de Amy Gutmann e da sua obra *Democratic Education* que juntamente com Hannah Arendt e Alain Renaut nos orientaram nesta reflexão, desenvolvida à luz de dois eixos essenciais:

O primeiro e principal eixo parte da autoridade política do Estado, entendida como poder legítimo, e que juntamente com a tradição e a religião formam os pilares fundamentais sobre os quais repousaram a estabilidade necessária à construção da história do Ocidente⁹⁷⁸. Porém, a implantação dos regimes totalitários após a Primeira Guerra Mundial, levaram ao enfraquecimento quer da tradição, quer da religião e em especial da autoridade. No plano do pensamento político, Platão, Hobbes, Hegel e Nietzsche ajudam-nos a perceber a narrativa dos antecedentes ideológicos totalitários. Em comum, estes autores apresentam a desvalorização da pessoa humana e subalternização da sociedade civil ao poder do Estado.

O segundo eixo parte da constatação que o avanço progressivo dos valores da igualdade e da liberdade nos remetem para uma verdadeira reorganização das práticas de autoridade pedagógica, aqui no sentido de um poder que deve ser respeitado, e que é essencial à educação. Não sendo este o tema central, acaba marginalmente por ser abordado, em virtude de sufragarmos o entendimento que na base da crise da autoridade do Estado está uma crise de legitimidade, que fragiliza em particular os agentes educativos

Este contexto da autoridade democrática, convida-nos a uma exposição dos vários paradigmas sobre o modo de conceber a vida social. A escolha do melhor modelo de sociedade remete-nos para a história do pensamento político, centrado em torno do debate entre liberais e comunitaristas. Este percurso leva-nos à constatação da insuficiência da democracia liberal e representativa e da sua substituição pela democracia deliberativa como um ideal que oferece maior legitimidade política, na

⁹⁷⁸ Cfr. Hannah ARENDT – O que é a Autoridade? 2006, p. 107.

medida em que alberga uma maior participação dos cidadãos nos assuntos da *polis*, designadamente em matéria de política educativa.

9.1. A definição e a origem da autoridade

A autoridade numa definição actual, pode ser entendida como “um poder que é aceite, respeitado, reconhecido, legítimo”⁹⁷⁹. Contudo a necessidade de questionar a autoridade surgiu num primeiro momento “quando o direito em nome do qual o poder se exerce deriva do pretenso «direito do mais forte»”⁹⁸⁰. Hoje, como o direito do mais forte não é mais aceitável, a relação de autoridade só poderá ser justificada quando um poder instituído faz cumprir de forma eficaz a função que lhe foi atribuída, ou visa “obter a obediência daqueles sobre quem exerce”⁹⁸¹. Platão e Aristóteles partilham e aproximam-se desta noção. Encontramos nestes dois filósofos, o propósito de introduzir “uma espécie de autoridade na esfera dos assuntos públicos e da vida da polis”⁹⁸².

Platão foi quem mais aproximou o pensamento grego do conceito de autoridade, no qual se encontra sempre presente a coerção. Na sua obra, *República*, Platão “confronta a realidade da polis com um utópico governo da razão corporizado na pessoa do filósofo rei”⁹⁸³. A vida do filósofo era dedicada à contemplação e investigação das coisas eternas enquanto a vida do político era dedicada aos assuntos da *polis*. Platão estabelecia uma supremacia da razão sobre a esfera política, enquanto se abria também espaço para que a razão culminasse em coerção. Assim, havia uma vontade de converter o filósofo em governo da *polis*, sendo a coerção exercida por intermédio das ideias após materializadas em medidas concretas. De salientar também que tanto o filósofo como o político eram livres, não obstante, implicitamente Platão reconhecer uma hierarquia na medida em que a vida contemplativa se apresentava numa esfera superior, assumindo por essa razão a autoridade em questões de política.

⁹⁷⁹ Cfr Sartori (1994). *Apud* Miguel MORGADO – *Autoridade*, 2010, p.83.

⁹⁸⁰ Cfr. Alain RENAUT – *O Fim da Autoridade*, 2004, p.35.

⁹⁸¹ *Idem*, p. 34.

⁹⁸² Cfr. Hannah ARENDT – *O que é a Autoridade?* 2006, p. 131.

⁹⁸³ *Idem*, p. 120.

Em Aristóteles, encontramos uma segunda tentativa de conceber o conceito de autoridade “assente na disjunção entre governantes e governados”⁹⁸⁴. Na sua obra, *Política*, encontramos exemplos de transcendência a propósito de governar e ser governado na medida em que “Governar e ser governado são coisas não só necessárias mas convenientes, e é por nascimento que se estabelece a diferença entre os destinados a mandar e os destinados a obedecer”⁹⁸⁵. Ou seja, no pensamento de Aristóteles a autoridade deriva “da «natureza», na qual se fundamenta a diferença entre os mais novos e os mais velhos, destinados uns a obedecer e os outros a mandar”⁹⁸⁶.

O poder na cidade estabelece-se “pela distinção daqueles que comandam e daqueles que são comandados”⁹⁸⁷. A *polis*, que representa uma comunidade entre iguais, “«dá a cada indivíduo (...) para além da sua vida privada, uma espécie de segunda vida, a sua *bios politikos*»”⁹⁸⁸. Daqui se extrai duas ordens de existência: uma privada e outra pública. Na esfera privada, encontram-se as necessidades físicas relacionadas com a preservação da vida individual e a garantia da sobrevivência da espécie que ficava a cargo da vida familiar. Só após estas necessidades básicas asseguradas, era possível aceder à “liberdade da esfera política”⁹⁸⁹ onde aí era introduzida uma diferenciação entre governantes e governados, entre os que ordenam e os que obedecem.

Numa crítica de Hannah Arendt a Aristóteles, a autora sublinha que o filósofo teve de recorrer a uma espécie de solução de emergência para tornar credível a introdução da autoridade na esfera política. Segundo a autora, as “tentativas da filosofia grega para encontrar um conceito de autoridade que impedisse a deterioração da polis e preservasse a vida do filósofo fracassaram pelo facto de no âmbito da vida política grega não existir uma noção de autoridade baseada numa experiência política

⁹⁸⁴ Cfr. Hannah ARENDT – O que é a Autoridade? 2006, p. 129.

⁹⁸⁵ Cfr. ARISTÓTELES, *Política, Política*. Trad. António Campelo Amaral; Carlos Gomes. 1998,1254a, p.61.

⁹⁸⁶ Cfr. Hannah ARENDT – O que é a Autoridade? 2006, p. 130.

⁹⁸⁷ Cfr. Alain RENAUT – *O Fim da Autoridade*, 2004, p.35.

⁹⁸⁸ Cfr. Hannah ARENDT – O que é a Autoridade? 2006, p.130 -131.

⁹⁸⁹ *Idem*, p. 131.

imediate”⁹⁹⁰. Aristóteles retirara os seus modelos políticos “da esfera privada da família, do lar e das experiências escravagistas (...), facto que o levou a fazer afirmações claramente contraditórias, na medida em que sobrepôs aos actos e à vida da polis parâmetros que, (...) são válidos unicamente como comportamento e para a existência no interior da comunidade familiar”⁹⁹¹.

Estas contradições foram criticadas pela autora, pois em boa verdade não se tratava de uma comunidade entre iguais, na medida em que a distinção natural entre os mais novos e os mais velhos permitiram a Aristóteles, introduzir uma distinção entre governantes e governados. Contudo, esta noção de autoridade foi ainda assim útil segundo Hannah Arendt “na educação de crianças e jovens”⁹⁹² porque a autoridade na educação justifica-se nesse contexto, na medida em que os antepassados representam modelos a seguir pelos mais jovens. Esta grandeza tem de iluminar a autoridade porque se assim não for, e se esta autoridade for imposta pela esfera política, então segundo a visão de Hannah Arendt, “o seu objectivo consistiu antes de mais em obscurecer reais ou camufladas aspirações de poder, e fingiu educar quando na verdade pretendia apenas submeter”⁹⁹³.

9.1.1. Auctoritas, a noção de autoridade em Roma

É com os romanos que a palavra *auctoritas* e o conceito da autoridade emergem pela primeira vez. “A palavra *auctoritas* deriva do verbo *augere*, «aumentar»”⁹⁹⁴. Assim, enquanto os gregos se tinham limitado a falar do poder, a *auctoritas* é o termo que os romanos criaram, para designar o que no quadro de uma relação de poder (*potestas ou imperium*), pode produzir um «aumento» desse poder. São também os romanos que põem em prática a tentativa grega de justificar a autoridade ao defender que a autoridade pertence aos “mais velhos – o Senado ou os *patres* – que a tinham obtido por herança e transmissão (tradição) dos que haviam

⁹⁹⁰ Cfr. Hannah ARENDT – O que é a Autoridade? 2006, p.133.

⁹⁹¹ *Idem*, p.132.

⁹⁹² *Idem*, p. 132-133.

⁹⁹³ *Idem*, p.133.

⁹⁹⁴ *Idem*, p. 135.

lançado as fundações de tudo o que viria depois, os antepassados, a quem por isso os romanos chamavam *majores*”⁹⁹⁵.

9.1.1.1 Autoridade, tradição e religião

Esta autoridade com origem no poder que se extrai da “vontade de antepassados quase divinizados pela sua antiguidade, adquire, também aqui, um acréscimo de legitimidade que transforma em autoridade”⁹⁹⁶. É neste contexto essencialmente político que o passado, a tradição eram preservados, de tal modo que “tudo o que houvesse acontecido era transformado em exemplo e a *auctoritas maiorum* acabou por ser identificada com os padrões de comportamentos válidos para o presente, ou seja, com a norma moral e política”⁹⁹⁷. As gerações vindouras dependiam desta transcendência teológica e de um passado que servia de modelo. Entramos então num terreno onde a religião assume um papel político por excelência.

Porém perdida a tradição, perdem-se os ideais transcendentais que ao longo da história foram contribuindo para a compreensão do passado, e com eles, o hábito de obedecer à autoridade. De igual modo, a perda da religião trouxe consigo um desacreditar dos dogmas da igreja, tornando-se “característico da nossa época pôr em dúvida a verdade religiosa”⁹⁹⁸. Em concreto, “o apagamento da religião como princípio da estruturação do social também tem como significado a lenta reinscrição do princípio último de toda a ordem na própria realidade humana, concebida como a única e exclusiva fonte do sentido e da lei”⁹⁹⁹.

Em síntese, a autoridade que derivava dos fundadores, foi abalada pelos erros da modernidade. Quando em nome da liberdade, a modernidade começa a questionar o valor da tradição, envolve simultaneamente a religião, levando à fragmentação da autoridade¹⁰⁰⁰. Ou seja, sob o ponto de vista conservador, não há autoridade sem

⁹⁹⁵ Cfr. Hannah ARENDT – O que é a Autoridade? 2006, p.135.

⁹⁹⁶ Cfr. Alain RENAUT – *O Fim da Autoridade*, 2004, p.37.

⁹⁹⁷ Cfr. Hannah ARENDT – O que é a Autoridade? 2006, p.137.

⁹⁹⁸ *Idem*, p.108.

⁹⁹⁹ Cfr. Alain RENAUT – *O Fim da Autoridade*, 2004, p.52.

¹⁰⁰⁰ *Idem*, p.49.

religião e por sua vez não há religião sem tradição. Veremos outras percepções sobre a problemática da autoridade.

9.2. A moderna problemática da autoridade

Hannah Arendt identifica a crise da autoridade como a marca do século XX, mas a perda da autoridade não obstante constituir um desafio, não significa para a autora uma total incapacidade humana para a reconstruir. E num esforço para definir autoridade, a autora ensina-nos, que não obstante a forte relação entre autoridade, obediência, poder e violência, na realidade a autoridade exclui o uso dos meios exteriores de coacção, logo o uso da força é indicação do falhanço da autoridade. Por outro lado, ainda segundo a autora, “a autoridade é incompatível com a persuasão, já que esta pressupõe uma paridade e funciona através de um processo de argumentação. Quando se utilizam argumentos, a autoridade é deixada em suspenso.”¹⁰⁰¹.

Nas sociedades contemporâneas, a perda da autoridade revela-se equivalente à perda da segurança e da confiança no mundo político. Essa autoridade que já havia entrado em crise com as revoluções sociais e políticas europeias, desestrutura-se totalmente com a ascensão dos regimes totalitários. Esta visão de ruptura é defendida por Hannah Arendt, posição da qual se afasta Alain Renaut, que bem pelo contrário, assume ser a fragilidade do poder, um sintoma “dos exercícios democráticos”¹⁰⁰². E nas suas palavras, “quanto mais o poder se dessacraliza ou se «desencanta» separando-se da autoridade, melhor assumimos a lógica das escolhas de valores adequados aos Modernos”¹⁰⁰³.

Hannah Arendt foi uma das autoras mais influentes a associar o desaparecimento da autoridade na era moderna ao surgimento de regimes totalitários do pós-Primeira Guerra Mundial. Hoje, os regimes democráticos experimentam os dilemas da autoridade em todos os domínios e em especial na educação, justificando deste modo, para uma melhor compreensão do conceito de autoridade em democracia,

¹⁰⁰¹ Cfr. Hannah ARENDT – O que é a Autoridade? 2006, p. 106-107.

¹⁰⁰² Cfr. Alain RENAUT – *O Fim da Autoridade*, 2004, p. 62.

¹⁰⁰³ *Idem*, p.63.

que se inicie este percurso com uma narrativa dos antecedentes ideológicos totalitários, cujas raízes se encontram em Platão, Hobbes, Hegel e Nietzsche. Num primeiro olhar encontramos um denominador comum que se traduz na desvalorização da pessoa humana e na subalternização da sociedade civil ao poder do Estado.

9.2.1 A concepção totalitária e a diluição do indivíduo no Estado

O totalitarismo corporiza a desumanidade de um Estado, no qual não há lugar à defesa da dignidade humana e onde tudo se subordina aos seus interesses. Nesse regime, a pessoa é um instrumento ao serviço do Estado e deixa de ser um fim em si mesma. Quanto aos seus antecedentes ideológicos, podemos afirmar que é na *República* de Platão (427-347 a.C.), que constatamos uma das primeiras formulações da política ao exercício de um poder arbitrário e totalitário, o que numa linguagem moderna poderia ser designado de Estado totalitário.

Ao longo da obra são múltiplos os elementos que contribuem para a construção de um modelo unitário de Estado totalitário. Por exemplo, Platão, não teria consentido que as crianças escutassem as fábulas contrárias ao interesse vinculado pelo Estado¹⁰⁰⁴ ou seja, o desenvolvimento da sua personalidade não era o fim essencial da educação mas antes a integração do indivíduo no Estado. Por isso, a educação na sua concepção devia ser orientada em função do papel social, permitindo que o ensino e até a educação no seu todo, fossem moldados pelo Estado e não pela família, aniquilando deste modo os direitos do educando.

No pensamento de Thomas Hobbes (1588-1679) encontramos também uma “outra potencial fonte de Estado totalitário”¹⁰⁰⁵. Hobbes “parte duma visão pessimista sobre a natureza humana, encontrando no Estado, enquanto expressão de um contrato social que envolveu a alienação para um soberano do direito de cada homem se governar a si próprio”¹⁰⁰⁶. Na sua obra *Leviathan*, podemos ler: “A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defender as invasões dos estrangeiros e das

¹⁰⁰⁴ Cfr. PLATÃO – *A República*. Trad. Maria Helena Pereira (1996), 377b, p. 87.

¹⁰⁰⁵ Cfr. Paulo OTERO – *Instituições Políticas e Constitucionais*, volume I, 2007, p. 319.

¹⁰⁰⁶ *Idem*, p. 320.

injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente (...) é conferir toda a sua força e poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir as suas diversas vontades, por pluralidade de votos a uma só vontade”¹⁰⁰⁷. Deste modo, o poder de decisão é concentrado no Estado, legitimando a sua intervenção quer na oferta do ensino, quer “da instrução do povo no respeito pelas orientações do poder soberano”¹⁰⁰⁸.

O Estado constitui-se a partir do contrato social, pacto artificial celebrado entre indivíduos livres. Este contrato permite que os indivíduos superarem o estado de natureza, desde que aceitem renunciar a sua liberdade para consigná-la nas mãos do príncipe absolutista. No estado da natureza “não há leis e cada um segue a lei natural, segundo os critérios da razão; não havendo poder político que regule a liberdade e a propriedade individual, nem órgãos de controlo social como os tribunais, todos têm de fazer justiça pelas suas próprias mãos – é o princípio da justiça privada”¹⁰⁰⁹.

Em Locke (1632-1704), os indivíduos vivem no estado de natureza “num «estado de perfeita liberdade”¹⁰¹⁰. Por conseguinte, são “livres de ordenar as suas acções e dispor dos seus haveres e pessoas como consideram adequada, dentro dos limites da lei da natureza”¹⁰¹¹. A única razão para que cada indivíduo aceite limitar a sua liberdade e integre a sociedade civil, reside na necessidade “de obter segurança, paz e sossego entre eles”¹⁰¹². Esta é a justificação encontrada para que os indivíduos por contrato consignent a sua liberdade nas mãos do monarca parlamentarista.

Porém ao contrário de Hobbes, Locke defende “que todo o governo deve ser limitado nos seus poderes, e só existe pelo consentimento dos governados, pois todos os homens nascem para serem livres e iguais”¹⁰¹³. Uma outra forma de limitar o

¹⁰⁰⁷ Cfr. Thomas HOBBS – *Leviatã*. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria B. Nizza da Silva, 1999, p. 146. Título original: *Leviathan* (1651).

¹⁰⁰⁸ Cfr. Paulo OTERO – *Instituições Políticas e Constitucionais*, volume I, 2007, p. 321.

¹⁰⁰⁹ Cfr. Freitas do AMARAL – *História das Ideias Políticas*, volume II, 1998, p. 19.

¹⁰¹⁰ Cfr. Robert NOZICK – *Anarquia, Estado e Utopia*, 2009, p. 39.

¹⁰¹¹ *Idem, Ibidem*.

¹⁰¹² Cfr. John LOCKE – *Um Ensaio sobre a Verdadeira Origem e Fim do Governo Civil*, 1999, p. 89, Trad. Castro Henriques, Título. Original: *An Essay Concerning the True Original extent, and end of Civil Governement* (1689).

¹⁰¹³ Cfr. Freitas do AMARAL – *História das Ideias Políticas*, volume II, 1998, p. 17.

governo encontra-se na divisão dos poderes dentro do próprio Estado (executivo, legislativo e federativo¹⁰¹⁴) e, se o Governo nos seus poderes executivo e federativo é já “uma entidade limitada pela origem no consentimento gerado na sociedade”¹⁰¹⁵, é também “na sociedade que reside a origem do poder legislativo, inicialmente presente no indivíduo autónomo”¹⁰¹⁶.

A igualdade em Locke surge vertida na sua obra *An Essay Concerning the True Original Extent, and End of Civil Government*, onde nos fala de “Um estado de igualdade, onde toda a jurisdição e poder é recíproco não tendo um mais do que o outro; não havendo nada mais claro, do que ver que os entes da mesma espécie e ordem, nascidos todos para as mesmas vantagens da natureza, e para o uso das mesmas faculdades, deviam ser também iguais entre si, sem subordinação ou sujeição”¹⁰¹⁷.

Também Rousseau (1712-1778), refere que “o contrato social implica a alienação total de cada associado com todos os seus direitos a toda a comunidade”¹⁰¹⁸ E assim “cada um de nós põe em comum a sua pessoa e todo o seu poder, sob a superior direcção da vontade geral”¹⁰¹⁹ à luz da conformação com um modelo democrático de base republicana, ou seja “a vontade do corpo político ou por outras palavras a vontade do Estado”¹⁰²⁰. A vontade geral, associada “à ideia da maioria (...) tem sempre razão (...) por isso não é preciso limitá-la (...) a vontade geral traduz o interesse colectivo, exprime sempre o bem comum”¹⁰²¹. O modo de expressão da vontade geral é através da lei, e desta forma Rousseau introduz a democracia directa¹⁰²².

¹⁰¹⁴ Cfr. John LOCKE – *Um Ensaio sobre a Verdadeira Origem e Fim do Governo Civil*, 1999, p. 13, Trad. Castro Henriques, Título Original: *An Essay Concerning the True Original extent, and end of Civil Government* (1689).

¹⁰¹⁵ *Idem, Ibidem*.

¹⁰¹⁶ *Idem, Ibidem*.

¹⁰¹⁷ *Idem, Ibidem*.

¹⁰¹⁸ Cfr. Freitas do AMARAL – *História das Ideias Políticas*, volume II, 1998, p. 48.

¹⁰¹⁹ *Idem*, p. 49.

¹⁰²⁰ *Idem*, p. 51.

¹⁰²¹ *Idem*, p. 50.

¹⁰²² *Idem*, p. 51.

Dos contributos teóricos apresentados, verificamos que subjacente à ideia da teoria do contrato social está a ideia de consentimento geral na existência do Estado. Independentemente do modelo de sociedade preconizado, absolutista, liberal ou republicano-democrático, em comum apresentam o carácter voluntário do contrato social. Desta forma, na medida em que todos consentimos, está justificada como adquire o Estado a sua autoridade sobre cada um de nós.

Desde Hobbes a Rousseau em comum encontramos a ideia de “abandonar o estado natural para constituir a sociedade civil e o Estado modernos”¹⁰²³. Falamos de um contrato que “funda uma obrigação política moderna, uma obrigação complexa e contraditória porque foi estabelecida entre homens livres e, pelo menos, em Rousseau, para maximizar e não para minimizar essa liberdade”¹⁰²⁴. Mas dada a tensão existente entre a sua legitimação e a operacionalização, a ideia de contrato vai ser abandonada em benefício de uma teoria de justiça.

O pensamento Hegel (1770-1831) é um marco nos antecedentes ideológicos totalitários. Em Hegel, o Estado sustenta “os alicerces do modelo totalitário e a formulação de uma concepção transpersonalista dos fins do Estado que se opõe ao personalismo ou humanismo”¹⁰²⁵, subordinando o interesse da sociedade civil ao “interesse superior do Estado”¹⁰²⁶. No pensamento de Hegel, os interesses privados submetem-se ao interesse público e o indivíduo “realiza a sua liberdade como membro do Estado”¹⁰²⁷.

A partir de então, a tendência crescente foi a de reduzir a margem de autonomia da sociedade civil em favor da soberania concentrada no Estado que por sua vez tutelava a sociedade e o cidadão, resultando no domínio da educação, na defesa de uma generalização das escolas públicas. Em Hegel, o Estado é reconduzido “a valor supremo (...) a uma divinização do Estado”¹⁰²⁸.

¹⁰²³ Cfr. Boaventura Sousa SANTOS – *Reinventar a Democracia*, 2002, p. 6.

¹⁰²⁴ *Idem*, p. 5.

¹⁰²⁵ Cfr. Paulo OTERO – *Instituições Políticas e Constitucionais*, volume I, 2007, p. 317.

¹⁰²⁶ *Idem, Ibidem*.

¹⁰²⁷ *Idem, Ibidem*.

¹⁰²⁸ *Idem*, p. 318.

A matriz intervencionista do Estado, a redução da margem de autonomia individual e da sociedade minou a cultura política de muitos países, entre os quais, Portugal. Aqui reside as sementes do modelo ideológico que conduziu a uma ditadura em Portugal e que se reflectiu na educação desde os tempos autoritários do Marquês de Pombal. O seu impacto foi sentido na primazia dada à escola estatal em detrimento da não estatal e, na atribuição do exercício de autoridade na educação à tutela estatal. Esta passou a ser assumida como um prolongamento da autoridade da família, em especial a do *pater* família que aceita o Estado como um sucedâneo do seu próprio poder.

Mas a visão totalitária do Estado está também patente em Nietzsche (1844-1900). Sobre o filósofo, Paulo Otero observa que o mesmo se afasta do “princípio da igualdade das relações entre os homens e destes face ao poder”¹⁰²⁹, abrindo desse modo as portas a um modelo de sociedade cujo pilhar não assenta na dignidade humana, mas antes assenta “na supremacia de uns em relação aos outros (...) encontrando na predestinação e na raça de uns o fundamento último da legitimação dos governos”¹⁰³⁰

Num esforço de síntese, revisitamos por ordem cronológica os antecedentes ideológicos que justificaram a concentração da autoridade no Estado. De suma importância é a passagem do direito do mais forte para o direito da maioria em Rousseau. Razão para que voltemos ao ponto de partida pela mão de Hannah Arendt sobre o que é a autoridade e qual a sua origem e significado. Aí damos conta que será mais útil indagar, “o que foi e não o que é a autoridade”¹⁰³¹, pois na opinião da autora, “aquilo que nos permite e nos incita a formular esta pergunta é o facto da autoridade, no mundo moderno, ter desaparecido”¹⁰³². Divergente é a posição de Alain Renaut,

¹⁰²⁹ Cfr. Paulo OTERO – *Instituições Políticas e Constitucionais*, volume I, 2007, p. 316.

¹⁰³⁰ *Idem, Ibidem.*

¹⁰³¹ Cfr. Hannah ARENDT – O que é a Autoridade? 2006, p. 105.

¹⁰³² Cfr. Hannah ARENDT – O que é a Autoridade? 2006, p. 105.

segundo o qual a modernidade sugere uma “necessidade de consolidar o poder de outra forma que não através do aumento desmesurado da sua força”¹⁰³³.

Alain Renaut e Hannah Arendt convergem na medida em que assumem que o “desaparecimento da autoridade constitui um «acontecimento político de primeira ordem»”¹⁰³⁴. Porém, o autor vê nesse desaparecimento do poder e da autoridade, o emergir da democracia e com ela,

“ (...) conjunto de valores e de princípios que faz com que a nossa relação para com o outro se estruture doravante a partir de *a priori* (os da liberdade e da igualdade de todos os homens em direitos) aos quais nós não aceitaríamos renunciar, excepto no caso de sofrermos uma das catástrofes que a história reserva por vezes às sociedades humanas. Razão pela qual, mais do que denunciar o que teria hoje em dia de «dramático» o «desmoronamento de todas as autoridades tradicionais», seria muito mais levado, sempre tendo em conta o que esse desmoronamento tem de «sério» e mesmo de temível, a ver aí o preço a pagar pelas sociedades que atravessam uma dinâmica irresistível da igualdade a qual tenho dificuldades em ver como é possível não a identificar com um progresso”¹⁰³⁵.

Mas se é um facto que as sociedades não estão isentas de crises no seio dos seus poderes e instituições, também se observa que a crise de autoridade está subjacente à modernização de qualquer sociedade, o que nos obriga a reflectir sobre “que forma de poder, é ainda compatível com os valores do universo democrático”¹⁰³⁶.

9.3. A perda da autoridade na vida pública e privada

Hannah Arendt, defende que existe uma estreita relação “entre a perda de autoridade na vida pública e privada e o seu desaparecimento nos domínios pré-políticos da família e da escola”¹⁰³⁷. No seu ensaio sobre educação, a autora observa que,

¹⁰³³ Cfr. Alain RENAUT – *O Fim da Autoridade*, 2004, p. 40-41.

¹⁰³⁴ *Idem*, p. 61,

¹⁰³⁵ *Idem*, *Ibidem*.

¹⁰³⁶ *Idem*, p.15.

¹⁰³⁷ Cfr. Hannah ARENDT – *A Crise na Educação*, 2006, p. 200.

“O mais significativo sintoma da crise, indício da sua amplitude e gravidade, é ela ter-se espalhado para áreas pré-políticas como a educação, onde a autoridade no seu sentido mais lato sempre fora aceite como uma necessidade natural, exigida obviamente por razões naturais (a dependência das crianças) como por razões políticas (a continuidade de uma civilização estabelecida), que só pode ser garantida se os recém-chegados forem guiados através de um mundo pré-estabelecido, onde ao nascer são como estranhos. Pelo seu carácter simples e elementar desta forma de autoridade serviu de modelo, ao longo da história do pensamento político, a uma enorme variedade pré-política. Porém, se se verificar que as relações entre adultos e crianças e/ou entre professores e alunos, já deixou de ser segura, isso significa que todos os outrora venerados modelos e metáforas de relações autoritárias perderam a sua plausibilidade. Tanto em teoria como na prática, já não estamos já em posição de saber o que é realmente a autoridade”¹⁰³⁸.

A autora refere que ao perder-se a autoridade, significa que cabe a cada um a responsabilidade pelo curso dos acontecimentos, porém quando os adultos não a querem assumir, esse comportamento é lido pela autora como uma forma de recusa em “assumir a responsabilidade pelo mundo em que colocaram as crianças”¹⁰³⁹. Assim explica porque razão Hannah Arendt viu na crise da educação uma crise estrutural das sociedades democráticas, associada aos progressos da igualdade. Em total concordância, Alain Renaut sublinha a “relação estreita entre as dificuldades actualmente tão presentes no registo da educação e o processo de emancipação ou, na designação do autor, de «libertação» da infância que se exprimiu, durante a segunda metade do século XX, através da promoção do tema dos «direitos da criança»¹⁰⁴⁰. Assim também, Hannah Arendt traçou um vínculo estreito entre a dinâmica de igualização e a crise da autoridade¹⁰⁴¹.

Nas sociedades actuais coloca-se o problema de saber como deve ser conservada a autoridade ou como voltar a atribuir poderes a indivíduos que vivem hoje num contexto de igualdade formal. Esta perda de autoridade, põe em perigo o futuro das nossas representações que servem de referência a cada indivíduo e à sociedade. Daí a importância de reflectir sobre que modelo de sociedade se apresenta

¹⁰³⁸ Cfr. Hannah ARENDT – A Crise na Educação, 2006, p. 106.

¹⁰³⁹ *Idem, Ibidem.*

¹⁰⁴⁰ Cfr. Alain RENAUT – *O Fim da Autoridade*, 2004, p. 105

¹⁰⁴¹ *Idem*, p. 104.

mais apta a garantir os direitos fundamentais, designadamente liberdade de aprender e de ensinar e criar escolas, assim como o direito à valorização da educação.

A modernidade democrática produziu uma crise na educação que atingiu a relação educativa em profundidade: professores, alunos e pais, a exemplo da perturbação sofrida nomeadamente nas famílias. Estas dificuldades foram-se agravando a partir dos anos sessenta do século passado. Porém, a fonte dessa crise não se apresenta directamente na educação. Segundo Hanna Arendt,

“ (...) Deve antes ser procurada nos juízos e nos prejuízos sobre a natureza da vida privada e do mundo público, na sua mútua relação, característica da sociedade moderna desde o início dos tempos modernos e que os educadores aceitaram quando – relativamente tarde – decidiram modernizar a educação com base nessas evidências, sem se darem conta das consequências que elas teriam sobre a vida da criança”¹⁰⁴².

Ou seja, o desaparecimento do conceito tradicional de família e da escola e dos seus valores, assim como na falta de confiança quer nos governantes quer no sistema de ensino, estão na primeira linha da justificação da crise de autoridade educativa.

Feitas as considerações sobre a autoridade, iremos revisitar as concepções teóricas sobre o modo de conceber a vida social a partir do século XVIII. A escolha do melhor modelo de sociedade remete-nos para a história do pensamento político e mais concretamente para o debate entre liberais e comunitarista. Veremos se o avanço progressivo dos valores da igualdade e da liberdade nos exige uma verdadeira reorganização das práticas de autoridade.

9.4. O modo de conceber a vida social: um debate entre liberais e comunitaristas

Há uma verdadeira divergência em torno da escolha da melhor modo de conceber a vida em sociedade. A sua complexidade resulta do diferente entendimento sobre os seus valores. Enquanto os comunitaristas desenvolvem uma especial simpatia

¹⁰⁴² Cfr. Alain RENAUT – *O Fim da Autoridade*, 2004, p. 197.

pela ética das virtudes, alimentam o valor da comunidade e desenvolvem uma concepção política com muito espaço para o respeito pelas tradições e o valor da inclusão social. Os liberais partilham a ideia de liberdade pessoal, liberdade de consciência, respeito pelos direitos do indivíduo ao mesmo tempo que temem a ameaça de um Estado paternalista.

Este confronto materializou-se num debate alimentado por dois temas dicotómicos: o *indivíduo e a comunidade, o bem e a justiça*. Na opinião dos comunitaristas, o liberalismo “encara as pessoas como indivíduos isolados, que na sua própria esfera protegida, visam o seu próprio bem à sua maneira”¹⁰⁴³ e que nada têm a ver com os costumes, a cultura, as tradições e convenções das suas próprias sociedades¹⁰⁴⁴. Os comunitaristas cujos mentores foram MacIntyre, Sandel, Taylor e Walzer, mas que hoje são seguidos por um conjunto vasto de seguidores, defendem que a identidade e autoconhecimento dos indivíduos estão relacionados com as comunidades onde se situam, logo seriam pessoas completamente diferentes se se encontrassem num contexto local sócio e culturalmente distinto.¹⁰⁴⁵ No mesmo sentido, Daniel Bell sublinha que a perspectiva comunitária reconhece quer o direito individual da dignidade, quer a dimensão social da existência humana¹⁰⁴⁶.

De igual modo, Steven Kautz na sua obra *Liberalism Community* refere, “liberalism is both politically and morally deficient, unable either to accommodate our intuitions about justice and equality or to acknowledge the moral depth of our attachments to other human beings”¹⁰⁴⁷.

Não impossibilidade de um aprofundamento desta temática como desejaríamos, recorreremos a John Rawls e à sua obra *A Theory of Justice*, por constituir um porto seguro para esta reflexão. Toda a discussão entre o comunitarismo e o liberalismo se faz à sombra dessa obra. Na realidade as críticas a Rawls são críticas do comunitarismo ao liberalismo, tal como observa Daniel Bell na sua obra

¹⁰⁴³ Cfr. Jonathan WOLFF – *Introdução à Filosofia Política*, 2004, p. 189.

¹⁰⁴⁴ *Idem, Ibidem.*

¹⁰⁴⁵ *Idem, Ibidem.*

¹⁰⁴⁶ Cfr. Daniel BELL – *Communitarianism and its Critics*, 1996, p.1.

¹⁰⁴⁷ Cfr. Steven KAUTZ – *Liberalism Community*, 1997, p. 1.

Communitarianism and its Critics, onde faz duas objeções ao enquadramento teórico apresentado por John Rawls,

“The first objection was that utilitarianism, the dominant justification for liberal politics before the publication of *A Theory of Justice*, might require sacrificing some people’s rights for the greater benefit of others (...) Utilitarian philosophy, it would seem, is an inadequate foundation for even the most basic individual rights and liberties. Critics on the political left argued that liberal “bourgeois freedoms” need a material basis, the second major objection to pre-*A Theory of Justice* liberalism.”¹⁰⁴⁸

Na voz de John Stuart Mill, os liberais estabelecem o contraditório ao afirmarem que a liberdade permite afastar “o peso esmagador dos laços da tradição e da conformidade”¹⁰⁴⁹, argumento que não é aceite pelos comunitaristas na medida em que aceitá-la seria negar o valor da comunidade, levando “à alienação individual e, em última análise, à desagregação da sociedade”¹⁰⁵⁰.

Neste debate, a crítica dos comunitários aos liberais parece ganhar vantagem, ao demonstrar que o ponto de partida liberal assente no indivíduo não é apto à construção de uma ordem social, pois ao negar a importância da comunidade, enveredamos por um caminho que em última análise conduz à degradação dessa sociedade. Nas palavras de Steven Kautz “The growing popularity of the language of community in our political life reveals a growing dissatisfaction, on both Right and Left, with prevailing liberal individualism, which appears to emancipate mean-spirited greed and to encourage a selfish neglect of the duties of family and citizenship”¹⁰⁵¹.

À luz deste raciocínio, a proposta individualista apresenta-se inapta à construção de uma sociedade livre, já que esta exige a valorização compartilhada da comunidade. Veremos com mais atenção o pensamento de alguns liberais mais influentes.

¹⁰⁴⁸ Cfr. Daniel BELL – *Communitarianism and its Critics*, 1996, p.2.

¹⁰⁴⁹ Cfr. Jonathan WOLFF – *Introdução à Filosofia Política*, 2004, p. 189.

¹⁰⁵⁰ *Idem*, p. 189-190.

¹⁰⁵¹ Cfr. Steven KAUTZ – *Liberalism Community*, 1997, p. 3.

9.4.1. A concepção liberal sobre o modelo de sociedade

Para Hayek, defensor da linha liberal “a melhor sociedade é aquela que escolheríamos se não soubéssemos o lugar que nela viríamos a ocupar. Isto é, aquela sociedade que garanta as melhores perspectivas de vida para a grande maioria da população (...) a melhor sociedade seria aquela na qual preferiríamos colocar os nossos filhos se soubéssemos que a sua posição na mesma seria determinada por sorteio”¹⁰⁵². Esta sociedade, seria aquela que resultaria de um maior número de expectativas coincidentes a que o autor designou por ordem espontânea liberal.

Na sua obra *The Road to Serfdom*, Friedrich Hayek defende as sociedades livres. No entendimento do autor, a melhor ordem social é aquela que assenta em dois princípios fundamentais: a *economia de mercado e a liberdade individual*. Estes postulados permitem à sociedade proporcionar “a maximização da possibilidade de cumprimento do maior número de fins individuais. Este deverá ser o objectivo de cada sociedade segundo o autor”¹⁰⁵³. O autor veio em defesa das “chamadas «virtudes burguesas», que tinha estado na base da Inglaterra liberal: «a independência, a iniciativa individual, a responsabilidade, o respeito pelos costumes e as tradições, a saudável desconfiança em relação ao poder e à autoridade»”¹⁰⁵⁴.

Os liberais sustentam a ideia de que os comunitaristas propõem uma forma de sociedade fortemente repressiva, que deixa pouco espaço à liberdade individual. Mas em que consiste esta liberdade individual que “tanto importa maximizar”, e que é inclusivamente classificada por Hayek como «o mais elevado fim político»?¹⁰⁵⁵

Após a apresentação das várias aplicações da palavra liberdade como: liberdade individual, a liberdade política, a liberdade da vontade e a liberdade como

¹⁰⁵² Cfr. Manuel CAMPOS – *O Direito e a Moral no Pensamento de Friedrich Hayek*, 2000, p. 78.

¹⁰⁵³ Cfr. ESPADA; ROSAS – *Pensamento Político Contemporâneo*, 2004, p. 37.

¹⁰⁵⁴ Cfr. Friedrich HAYEK – *O Caminho para a Servidão*, 2009, p. 12-13.

¹⁰⁵⁵ Cfr. Manuel CAMPOS – *O Direito e a Moral no Pensamento de Friedrich Hayek*, 2000, p. 85.

poder¹⁰⁵⁶, Hayek define liberdade individual “como aquele estado em que os indivíduos podem usar os seus conhecimentos para prosseguir os seus próprios fins ou propósitos”¹⁰⁵⁷. O que implica que as pessoas para prosseguimento os seus fins, tenham de acumular conhecimento entre outras ferramentas, de molde a poderem usufruir individualmente de cada oportunidade.

Ao longo deste percurso, Hayek defende a bondade da liberdade na medida em que “a coação é um mal (...) porque elimina o indivíduo como uma pessoa que pensa e que valoriza, transformando-o num mero instrumento da prossecução de fins alheios (...) a coacção é má, porque impede a pessoa de usar plenamente os seus poderes mentais e, conseqüentemente, de contribuir no máximo das suas possibilidades para a comunidade”¹⁰⁵⁸. Daqui se extrai uma síntese, que traduz a coincidência da defesa da autonomia de cada pessoa com a defesa da comunidade.

Isaiah Berlin faz uma “defesa tenaz da liberdade”¹⁰⁵⁹. Ao questionar-se sobre a razão da obediência e coerção, o autor construiu duas formas conflituante de a “conceber a liberdade: uma define-se pela forma negativa; a outra pelo conteúdo positivo com que procura dar corpo à ideia de liberdade”¹⁰⁶⁰.

A concepção negativa da liberdade reflecte a doutrina liberal clássica e pode significar “ausência de constrangimentos”¹⁰⁶¹, logo responde à questão: “qual a esfera em que o sujeito pode escolher e “agir sem interferência de terceiros?”¹⁰⁶². O outro conceito, a liberdade positiva, pretende responder à questão sobre “quem tem

¹⁰⁵⁶ Para Hayek, a liberdade política oferece a possibilidade dos cidadãos participarem na escolha do governo, no controlo da administração e no processo legislativo. A liberdade da vontade significa a soberania da vontade experimentada por cada pessoa no sentido da escolha da sua conduta mais apropriada. Já a liberdade como poder é medida pelo número de alternativas abertas à escolha de cada pessoa, de molde a satisfazer os desejos de cada um, cfr. Manuel CAMPOS – *O Direito e a Moral no Pensamento de Friedrich Hayek*, 2000, p. 85-86

¹⁰⁵⁷ Cfr. Manuel CAMPOS – *O Direito e a Moral no Pensamento de Friedrich Hayek*, 2000, p. 87.

¹⁰⁵⁸ *Idem*, p. 88-89, numa referência a Hayek e a sua obra, *Law, Legislation and Liberty*, Volume 2: *The Mirage of Social Justice*, 1978.

¹⁰⁵⁹ Cfr. J. CASTELO BRANCO – *Isaia Berlin: Da liberdade negativa à sociedade decente*, 2004, p. 62.

¹⁰⁵⁹ Cfr. Manuel CAMPOS – *O Direito e a Moral no Pensamento de Friedrich Hayek*, 2000, p. 70.

¹⁰⁶⁰ Cfr. J. CASTELO BRANCO – *Isaia Berlin: Da liberdade negativa à sociedade decente*, 2004, p. 63.

¹⁰⁶¹ *Idem*, p. 64.

¹⁰⁶² *Idem*, p. 63.

legitimidade para controlar ou interferir sobre o sujeito”¹⁰⁶³. Segundo Isaia Berlin, o conceito positivo de liberdade “tende a perspectivar a liberdade como autoconhecimento, como autodomínio, como autocontrolo. Agir livremente é agir de acordo com a razão”¹⁰⁶⁴.

Em síntese, enquanto os liberais defendem a liberdade negativa, na medida em que o individuo sendo livre irá fazer as suas escolhas sobre a vida, os comunitários defendem a liberdade positiva dado ser fundamental colocar as pessoas em posição de fazerem as suas próprias escolhas. E nesse sentido, os comunitários são apologistas da socialização do individuo, vendo nela o pressuposto indispensável desenvolvimento da liberdade, que envolverá inevitavelmente a educação acerca dos “verdadeiros interesses dos indivíduos”¹⁰⁶⁵. Assim, importa retomar o conhecimento extraído dos princípios fundamentais (v. *supra* cap. 2) e sublinhar que enquanto “no Estado de direito concebe-se a liberdade como *liberdade negativa*, ou seja uma “liberdade de defesa” ou de “distanciação” perante o Estado, a “liberdade positiva”¹⁰⁶⁶ é antes defendida pelo Estado democrático.

Mas as divergências teóricas ocorrem dentro da própria tradição liberal. Assim, o libertarismo é um dos ramos do liberalismo clássico que “recusa as ingerências governamentais nos costumes e na economia”¹⁰⁶⁷, assim como não aceita “o controlo político dos estilos de vida dos indivíduos e às soluções públicas para as externalidades”¹⁰⁶⁸ do mercado”¹⁰⁶⁹. Esta concepção política é igualmente crítica do “paternalismo estatal”¹⁰⁷⁰ e defende “a privatização integral das actividades perseguidas pelo Estado-Providência (saúde, educação, habitação, segurança social e acção social)”¹⁰⁷¹.

¹⁰⁶³ Cfr. J. CASTELO BRANCO – Isaia Berlin: Da liberdade negativa à sociedade decente, 2004, p. 70.

¹⁰⁶⁴ *Idem, Ibidem.*

¹⁰⁶⁵ Cfr. Jonathan WOLFF – *Introdução à Filosofia Política*, 2004, p. 189.

¹⁰⁶⁶ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p.99.

¹⁰⁶⁷ Cfr. Rui FONSECA – *Libertarismo*, 2008, p. 67, numa referência a Narverson, 1988.

¹⁰⁶⁸ Externalidades (ou efeitos para o exterior) ocorrem quando as empresas ou os indivíduos impõem custos ou benefícios a outros que se situam fora do mercado. Cfr. SAMUELSON; NORDHAUS, *Economia*, 1993, p.49.

¹⁰⁶⁹ Cfr. Rui FONSECA – *Libertarismo*, 2008, p. 67.

¹⁰⁷⁰ *Idem, Ibidem.*

¹⁰⁷¹ *Idem, Ibidem.*

O paradigma utilitarista tornou-se central na filosofia moral e política durante o século XIX. A ideia fundamental do utilitarismo é que a acção moralmente correcta é aquela que em todas as situações tem como resultado a maior quantidade possível de utilidade (felicidade).

Em tom de crítica, Regina Queiroz observa que “a ideia de felicidade é um objectivo comum a todos os indivíduos¹⁰⁷², logo o utilitarismo ao “adoptar para a sociedade como um todo o princípio da escolha racional que se aplica a um sujeito isolado (...) deixa por decidir o problema da conciliação entre a maximização do bem-estar individual e a maximização do bem-estar colectivo”¹⁰⁷³. Outra perspectiva observa que a sociedade liberal seria mais feliz do que sociedades menos liberais, desde que os seres humanos fossem capazes de progredirem em termos morais¹⁰⁷⁴ enquanto os comunitaristas defendem uma moral tradicional.

John Stuart Mill, na sua obra, *Sobre a Liberdade*, ao questionar onde começa a autoridade da sociedade observa que toda a interferência em assuntos que só dizem respeito ao próprio indivíduo é ilegítima. Assim, em relação aos interesses que a cada um diz respeito, tem o indivíduo o direito de o exercer livremente ¹⁰⁷⁵. Logo, a interferência da sociedade para contrariar o individuo nos assuntos que dizem respeito apenas ao indivíduo, “tem de se basear em conjecturas gerais”¹⁰⁷⁶ e se existir “um dano claro, ou um risco claro de dano, quer para um indivíduo quer para o público, o caso é retirado do campo da liberdade e colocado no da moralidade ou da lei”¹⁰⁷⁷, pois o único fim em função do qual se pode legitimamente exercer poder sobre qualquer elemento de uma comunidade contra a sua vontade, é a prevenção de possíveis danos sobre terceiros. Ao Estado, resta-lhe criar e fazer cumprir um corpo de leis, desde que contribua mais do que um acordo alternativo, para a felicidade humana.

¹⁰⁷² Cfr. Regina QUEIROZ – *Justiça Social e Estabilidade*, 2009, p. 11.

¹⁰⁷³ *Idem, Ibidem*.

¹⁰⁷⁴ Cfr. Jonathan WOLFF – *Introdução à Filosofia Política*, 2004, p. 191.

¹⁰⁷⁵ Cfr. John S. MILL – *Sobre a Liberdade*, 2006, p. 136.

¹⁰⁷⁶ *Idem*, p. 135.

¹⁰⁷⁷ *Idem*, p. 143.

Vimos que a matriz individualista leva o pensamento liberal a compor uma ideia do Direito com o significado de abstenção enquanto negação do individualismo, por oposição ao pensamento comunitário que encadeia uma ideia do Direito que traduz atitude. Em causa está a construção de uma ordem social. Contudo seja qual for a reforma desejada por uma sociedade, defendemos que esta deve continuar a ser enquadrada pelos seus costumes e tradição. Logo a tese aqui proposta a assumir uma posição será muito próxima de um paradigma liberal igualitário, tendo John Rawls como mentor.

9.4.2. A concepção comunitarista sobre o modelo de sociedade

O paradigma liberal igualitário, cuja obra de referência é a *Teoria da Justiça* de Rawls, surge por oposição ao utilitarismo. Para Rawls, “a justiça é a virtude primeira das instituições sociais”¹⁰⁷⁸ e os direitos individuais não são negociáveis, pois cada pessoa beneficia “de uma inviolabilidade que decorre da justiça, a qual nem sequer em benefício do bem-estar da sociedade como um todo poderá ser eliminada.”¹⁰⁷⁹.

Rawls parte da ideia de sociedade como “um sistema de cooperação que visa o bem daqueles que nele participa”¹⁰⁸⁰ que são os cidadãos enquanto sujeitos morais. A cooperação entre os cidadãos torna possível uma vida que, para todos, é melhor do que aquela que cada um teria se tivesse de viver apenas pelos seus próprios esforços¹⁰⁸¹. Porém, a cooperação entre os cidadãos implica a distribuição equitativa dos benefícios e encargos que resultam da vida em sociedade, situação que pode desembocar em conflito em torno da partilha, “uma vez que os sujeitos não são indiferentes à forma como é feita a distribuição dos benefícios acrescidos que resultam da sua colaboração”¹⁰⁸². É por isso necessário, “um conjunto de princípios que permitam optar por entre as diversas formas de ordenação social que determinam

¹⁰⁷⁸ Cfr. John RAWLS – *Uma Teoria da Justiça*, 1993, p. 27.

¹⁰⁷⁹ *Idem*, *Ibidem*.

¹⁰⁸⁰ Cfr. João ROSAS – *Liberalismo igualitário*, 2008, p. 37.

¹⁰⁸¹ Cfr. John RAWLS – *Uma Teoria da Justiça*, 1993, p. 28.

¹⁰⁸² *Idem*, *Ibidem*.

esta divisão dos benefícios, bem como obter um acordo da repartição adequada dos mesmos”¹⁰⁸³. Na visão do autor,

“a sociedade é bem ordenada quando não só é concebida para aumentar o bem dos respectivos membros mas quando é efectivamente regida por uma concepção pública de justiça (...) é uma sociedade na qual todos aceitam os mesmos princípios de justiça, sabendo que os outros também os aceitam, e as instituições sociais básicas satisfazem esses princípios, sendo tal facto conhecido”¹⁰⁸⁴.

Esta é a ideia de sociedade que está na base da teoria da justiça de Rawls. Sublinhe-se que em virtude de uma sociedade bem ordenada se manter ao longo do tempo, “a sua concepção da justiça é presumivelmente estável: isto é, quando as instituições são justas (segundo o definido por esta concepção), aqueles que nelas tomam parte adquirem o correspondente sentido da justiça e desejam contribuir para a sua manutenção”¹⁰⁸⁵.

9.5. A justiça de um modelo de sociedade

A justiça de uma sociedade em Rawls, só é alcançada quando quer os direitos quer os deveres fundamentais forem bem atribuídos, bem como “as oportunidades económicas e condições sociais nos diferentes sectores da sociedade”¹⁰⁸⁶. Numa sociedade desta forma ordenada, a justiça apresenta-se como a primeira instituição social¹⁰⁸⁷ não permitindo que alguns indivíduos percam a liberdade em favor de outros que passam a “a partilhar um bem maior”¹⁰⁸⁸. Nesta sociedade justa, “a igualdade de liberdades e direitos entre os cidadãos, é considerada como

¹⁰⁸³ Cfr. John RAWLS – *Uma Teoria da Justiça*, 1993, p. 28.

¹⁰⁸⁴ *Idem*, p. 28 e 346.

¹⁰⁸⁵ *Idem*, p. 347.

¹⁰⁸⁶ *Idem*, p. 30.

¹⁰⁸⁷ As instituições que compõem a estrutura básica são para Rawls a constituição política, bem os tribunais, as formas reconhecidas de propriedade, a natureza da família, os principais arranjos económicos, o sistema de saúde, o sistema educativo, etc. Cada um de nós nasce já num enquadramento regulado por uma estrutura básica da qual depende em boa parte, o ponto de partida de cada indivíduo. “Deste modo, as instituições da sociedade favorecem certas posições iniciais relativamente a outras (...) É a estas desigualdades, provavelmente inevitáveis na estrutura básica de qualquer sociedade, que os princípios da justiça se devem aplicar em primeiro lugar”. Cfr. John RAWLS – *Uma Teoria da Justiça*, 1993, p. 30.

¹⁰⁸⁸ Cfr. John RAWLS – *Uma Teoria da Justiça*, 1993, p. 27.

definitiva”¹⁰⁸⁹. Por último, Rawls defende que “os direitos garantidos pela justiça não estão dependentes da negociação política ou de cálculos dos interesses sociais”¹⁰⁹⁰.

O importante a reter no pensamento de Rawls é que a justiça é construída por princípios e não consiste numa distribuição de bens por parte de alguma autoridade centralizada. Como ponto de partida para a sua concepção teórica, o autor idealizou um conjunto de indivíduos racionais sem qualquer interesse particular a defender. Todos os indivíduos se encontrariam numa “situação hipotética de escolha, a que Rawls chama «posição original»”¹⁰⁹¹. Nesta posição, os sujeitos escolheriam dois princípios aptos a constituir uma base equitativa, a partir da qual passaria a regular uma sociedade bem ordenada.

Quando a escolha é efectuada, cada individuo desconhece a sua posição social, de classe ou estatuto. Desconhece também a sua inteligência, força, capacidades e aptidões¹⁰⁹². Ou seja, visa-se com a escolha de uma concepção de justiça, especificar “os direitos e deveres básicos e determinar a forma apropriada da distribuição, o modo pelo qual uma dada concepção o faz afecta necessariamente os problemas de eficiência, coordenação e estabilidade”¹⁰⁹³. A esta luz, a forma de distribuição dos bens sociais que são considerados a estrutura básica dessa sociedade bem ordenada faz-se segundo dois princípios:

- i) O primeiro é o «princípio das liberdades»¹⁰⁹⁴ que determina que “cada pessoa deve ter um direito igual ao mais amplo sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos”¹⁰⁹⁵
- ii) O segundo, o «princípio da justiça», parte da consideração que “as desigualdades económicas e sociais devem ser distribuídas de modo a que, simultaneamente: a) redundem nos maiores benefícios possíveis para os menos beneficiados, de uma forma que seja compatível com o princípio da poupança justa”¹⁰⁹⁶ ou seja em

¹⁰⁸⁹ Cfr. John RAWLS – *Uma Teoria da Justiça*, 1993, p. 27.

¹⁰⁹⁰ *Idem, Ibidem.*

¹⁰⁹¹ Cfr. Robert NOZICK – *Anarquia, Estado e Utopia*, 2009, p. 235.

¹⁰⁹² *Idem, Ibidem.*

¹⁰⁹³ Cfr. John RAWLS – *Uma Teoria da Justiça*, 1993, p. 28-29.

¹⁰⁹⁴ Cfr. João C. ROSAS – *Liberalismo igualitário*, 2008, p. 42.

¹⁰⁹⁵ Cfr. John RAWLS – *Uma Teoria da Justiça*, 1993, p. 28-29.

¹⁰⁹⁶ *Idem, Ibidem.*

benefícios de todos; b) sejam a consequência do exercício de cargos e funções abertos a todos em circunstância de igualdade equitativa de oportunidades”¹⁰⁹⁷.

Na perspectiva de Rawls, a prioridade é a liberdade¹⁰⁹⁸, logo o primeiro princípio assume primazia sobre o segundo, o princípio da justiça. Este princípio é composto por duas partes. A primeira afirma a igualdade de oportunidades num sentido equitativo. A segunda é o chamado princípio da diferença, ou seja, a segunda regra da prioridade visa a primazia da “justiça sobre a eficiência e o bem-estar”¹⁰⁹⁹.

9.5.1. A teoria da Justiça como equidade

O conceito de justiça em Rawls é definido como “um equilíbrio adequado entre pretensões concorrentes e concepções da justiça, conjunto de princípios inter-relacionados que permitem a identificação dos aspectos relevantes para a determinação daquele equilíbrio (...) São estes princípios que regulamentam os acordos subsequentes; especificam as normas de cooperação social que podem ser introduzidas, bem como as formas de governo que podem ser estabelecidas”¹¹⁰⁰. É esta forma de encarar os princípios da justiça que Rawls designa por Teoria da justiça como equidade. A justiça pretende designar a escolha dos princípios a equidade¹¹⁰¹ já “a equidade caracteriza (...) o procedimento de deliberação que deverá conduzir à escolha dos princípios de justiça”¹¹⁰². Relevante é o facto do autor valorizar o contrato duradouro entre gerações por ser uma forma de conseguir a estabilidade¹¹⁰³.

Estes argumentos são mais tarde criticados pelos comunitaristas pelo facto de Rawls não fazer qualquer ligação à tradição e às ideias políticas dos cidadãos, o que levou em 1993, à publicação da sua obra *Liberalismo Político* onde o autor procurou concretizar a concepção política de justiça numa sociedade democrática pluralista. Na qual as decisões eram tomadas por deliberação.

¹⁰⁹⁷ Cfr. John RAWLS – *Uma Teoria da Justiça*, 1993, p. 28-29.

¹⁰⁹⁸ *Idem*, p. 239.

¹⁰⁹⁹ *Idem, Ibidem*.

¹¹⁰⁰ *Idem*, p. 32-33.

¹¹⁰¹ Cfr. Paul RICOEUR – *O Justo ou a Essência da Justiça*, 1995, p. 65.

¹¹⁰² *Idem, Ibidem*.

¹¹⁰³ *Idem*, p. 96.

Em síntese, na sua obra *Theory of Justice* Rawls defende a distribuição dos bens sociais mas dá primazia à liberdade, permitindo-se um rótulo de liberal. Ou seja, as liberdades básicas podem ser restringidas apenas em benefício da própria liberdade. A segunda concede prioridade à justiça sobre eficiência e o bem-estar. Neste caso, a justiça goza de primazia sobre os princípios da eficiência e da maximização da soma de benefícios.

Por último, o princípio da igualdade equitativa de oportunidades tem prioridade sobre o princípio da diferença.¹¹⁰⁴ No entanto, há que relevar o mérito do princípio da diferença em Rawls, na medida em que fornece “uma interpretação do princípio da fraternidade. Comparada com a liberdade e igualdade, a ideia de fraternidade tem tido um lugar mais importante na teoria democrática”¹¹⁰⁵. Segundo Rawls, a fraternidade traduz “uma certa igualdade na consideração social (...) e implica um sentido de amizade cívica e da solidariedade social”¹¹⁰⁶.

A principal crítica que é feita à teoria de Justiça de Rawls reside na impossibilidade de ser estabelecida um critério único de justiça para regular todas as classes da sociedade. Em defesa, o autor alega que apenas pretendeu desenvolver um conceito político de justiça. Nas palavras do autor “o objecto primário da justiça social é a estrutura básica da sociedade, ou seja, a articulação das principais instituições sociais num sistema único de cooperação”¹¹⁰⁷. Sendo do domínio político, o enquadramento geral das diferentes comunidades por serem unidas por uma mesma concepção de bem. Desta forma ao restringir-se ao domínio político a teoria da justiça de Rawls procura acentuar a possibilidade real de uma sociedade justa num contexto de grande diversidade¹¹⁰⁸.

Na obra *Political Liberalism*, o autor demonstra uma posição mais comunitarista ao defender que “os princípios da justiça são elaborados para conformar

¹¹⁰⁴ Cfr. John RAWLS – *Uma Teoria da Justiça*, 1993, p. 32-33.

¹¹⁰⁵ *Idem*, p. 98.

¹¹⁰⁶ *Idem*, *Ibidem*.

¹¹⁰⁷ Cfr. John RAWLS – *Liberalismo Político*, 1997, p. 63.

¹¹⁰⁸ Cfr. João ROSAS – *Liberalismo igualitário*, 2008, p.92.

o mundo social (...) Estes princípios têm de dar prioridade aquelas liberdades e oportunidades básicas nas instituições de fundo da sociedade civil, que nos permitem ser desde logo, cidadãos livres e iguais e compreender o nosso papel como pessoas detentoras desse estatuto”¹¹⁰⁹. Veremos agora como a democracia se apresenta como o melhor regime após a queda do comunismo, sendo a democracia deliberativa possui maior legitimidade para conceber um modelo social.

9.6. A democracia deliberativa

O que de novo aconteceu, de forma mais expressiva neste início de século, deve-se ao surgimento de movimentos que visam uma maior participação cívica por parte dos cidadãos, o que nos permite observar que a democracia liberal e representativa, edificada na base da eficiência do mercado, manifesta-se insuficiente. No entanto, o compromisso do regime democrático com a liberdade e a igualdade, fazem deste regime um modelo apelativo. Porém, para poder albergar essa exigência de uma maior participação dos cidadãos, terá de reinventar espaço onde se desenvolva a deliberação democrática. Surge então a democracia deliberativa como um ideal, associada à forma republicana de governo.

Segundo Amy Gutmann, o princípio orientador da democracia deliberativa é a reciprocidade entre indivíduos livres e iguais¹¹¹⁰. Na obra *Why Deliberative Democracy?* Gutmann e Thompson definem democracia deliberativa como uma forma de governo no qual cidadãos livres e iguais e os seus representantes, justificam as decisões¹¹¹¹ Este novo modelo, surge como oposição

“aos modelos tradicionais de democracia, baseados especialmente na agregação de preferências e na negociação entre diferentes interesses, que reduzem a democracia a um processo de decisões colectivas a partir dos interesses individuais (...) o modelo deliberativo de democracia projecta-se na busca colectiva da melhor proposta para todos; parte também desse contexto de pluralidade de formas de vida e da existência de diferentes preferências

¹¹⁰⁹ Cfr. John RAWLS – *Liberalismo Político*, 1997, p. 65.

¹¹¹⁰ Cfr. Amy GUTMANN – *Democratic Education*, 1999, prefácio, XII.

¹¹¹¹ Cfr. GUTMANN; THOMPSON – *Why Deliberative Democracy?*, 2004, p. 7.

políticas, mas o processo de decisões colectivas deve basear-se no intercâmbio de razões e argumentos até alcançar um acordo¹¹¹²”.

Referindo-se às origens da democracia deliberativa, Amy Gutmann observa que “Aristotle was the first major theorist to defend the value of a process in which citizens publicly discuss and justify their laws to one another”¹¹¹³. Porém mais do que nenhum outro teórico, a autora sublinha a influência de Jürgen Habermas, o qual é responsável por trazer à actualidade a ideia de deliberação. Hoje a deliberação política está firmemente associada à ideia de soberania popular e assenta na legitimidade do julgamento colectivo do povo¹¹¹⁴.

Neste sentido, Jürgen Habermas deu um grande contributo à construção de um novo modelo de democracia que através de uma política deliberativa tentava suprimir as deficiências que quer o pensamento liberal quer o pensamento republicano apresentavam.

Contrariamente à “vontade geral “ que pré-existe a qualquer deliberação, o modelo deliberativo traduz uma ordem política na qual os cidadãos assumem o compromisso de resolver os problemas colectivamente através da discussão pública. E nessa medida torna mais forte “a força do *vínculo* entre deliberação e legitimidade das decisões políticas”¹¹¹⁵. Para melhorar a participação e a representação política. Jürgen Habermas introduz “o agir comunicacional” como conceito político”¹¹¹⁶. A publicidade e a prestação de contas, assim como a regulação das condições da deliberação e ainda as liberdades e oportunidades básicas e igualdade de oportunidades constituem as componentes chaves do conteúdo do modelo deliberativo¹¹¹⁷.

Na perspectiva de Acílio Rocha, a grande virtude do modelo passa pela maior legitimidade política, o aumento da informação disponível; a proliferação de

¹¹¹² Cfr. Acílio ROCHA – Democracia deliberativa, 2008, p.131.

¹¹¹³ Cfr. GUTMANN;THOMPSON – *Why Deliberative Democracy?*, 2004, p. 8.

¹¹¹⁴ *Idem*, p. 9.

¹¹¹⁵ Cfr. Acílio ROCHA – Democracia deliberativa, 2008, p.131.

¹¹¹⁶ *Idem*, p.133.

¹¹¹⁷ Cfr. GUTMANN;THOMPSON – *Why Deliberative Democracy?*, 2004, p. 133.

alternativas mas dando espaço à análise das diferentes propostas, para além de orientar as deliberações para a prossecução do “interesse geral em detrimento dos interesses privados”¹¹¹⁸. Neste novo contexto onde “a proclamação da igualdade de todos os seres humanos perante as mesmas liberdades fundamentais se tornou o primeiro princípio de justiça das sociedades e das culturas democráticas”¹¹¹⁹, tornou-se central o reposicionamento da questão “da autoridade política, como fonte de poder constituído a favor da sua instituição pelo povo como única fonte de autoridade”¹¹²⁰.

9.7. Reorganização da autoridade na era democrática

A problemática da reorganização da prática de autoridade na educação encontra-se associada ao progresso dos valores da igualdade e da liberdade. O desaparecimento da autoridade ocorre com o desabrochar da democracia e o desejo crescente da igualdade. Deste modo, impõe-se outra forma de consolidar a autoridade que não através do aumento desmesurado de poder (*potestas*), embora possa potenciar um aumento de poder.

Também não se identifica com coerção, nem violência, nem força, pois se assim não for, colocaremos a ordem social em perigo. De igual modo, não se apresenta como um direito e não é identificada com legitimidade, não obstante ser possível concluir que à luz do moderno conceito de autoridade, em regimes democráticos essa legitimidade é um pressuposto. Vimos que o conceito de autoridade provém antes da palavra *auctoritas*, e conheceu o seu berço político e jurídico em Roma.

Desta forma, “independentemente do que acontece, é preciso que haja sempre algures uma autoridade no mundo intelectual e moral (...) a independência individual pode ser mais ou menos, mas nunca é ilimitada. Logo, a questão não consiste em

¹¹¹⁸ Cfr. Acilio ROCHA – Democracia deliberativa, 2008, p.132.

¹¹¹⁹ Cfr. Alain RENAUT – *O Fim da Autoridade*, 2004, p. 44.

¹¹²⁰ *Idem*, p. 72.

saber se existe uma autoridade intelectual nos séculos democráticos, mas apenas onde se encontra a sua fonte e qual será a sua extensão”¹¹²¹.

Um contributo valioso resulta da interpretação do artigo 16.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na medida em que “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. Daqui se extrai o valor da Constituição como fonte legitimadora da autoridade na era democrática, “(...) lei proeminente que conforma o Estado”¹¹²². A Constituição molda politicamente a sociedade¹¹²³. Nela, se concebe um Estado de direito democrático, estruturado “como uma ordem de domínio legitimado pelo povo. A articulação do “direito” e do “poder” no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos”¹¹²⁴ tendo como traves mestras o princípio da soberania popular.

Do exposto, concluímos que a democracia deliberativa encontra base constitucional e usufrui da crescente consciência de uma capacidade mobilizadora dos cidadãos. A sua concretização à luz das liberdades e do direito à educação pode ocorrer independente do grau de ensino, segundo três níveis:

- i) a coordenação da política relativa ao ensino cabe a um ministério especificamente vocacionado para o efeito, porém a fixação dessa política critérios de, a flexibilização organizacional e pedagógica das escolas deve ser resultado de deliberação dos professores, alunos, escola/ instituições/parceiros, pais e comunidade;
- ii) Ao ministério cumpre o controlo e fiscalização de todo o sistema de ensino, deixando à comunidade escolar e toda a comunidade local o controlo e gestão da política de ensino local, de modo a criar as condições para a melhoria do sistema público de educação;
- iii) Depois de aprovado o orçamento para a educação (plano estadual e o plano municipal), deve ser devolvido à comunidade local no estrito cumprimento do Decreto-Lei n.º 137/2012, de 2 de Julho, a autonomia para proceder a parcerias em domínios como a diferenciação da oferta educativa, a transferência de competências

¹¹²¹ Cfr. Alexis de TOCQUEVILLE – *Da Democracia da América*. Trad. Carlos de Oliveira, 2001, p. 496. Título original: *De la Démocratie en Amérique* (1835).

¹¹²² Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 88.

¹¹²³ *Idem*, p. 87.

¹¹²⁴ *Idem*, p. 98.

na organização do currículo, a constituição de turmas, e a gestão de recursos humanos.

Defendemos que a democracia deliberativa aplicada à educação e ao ensino, promove um relacionamento mais integrado com a sociedade civil e a Administração Pública. Este novo modelo permite-nos superar a habitual dicotomia ensino público/ensino privado e promove uma maior responsabilização por parte da sociedade civil.

Conclusão

Do exposto observamos que a autoridade juntamente com a tradição e a religião, constituíram os pilares fundamentais da estabilidade e solidez do Ocidente. Porém, o progresso dos valores da igualdade e da liberdade, tal como foram apresentados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem no final do século XVIII, levaram ao declínio da autoridade, motivando a reorganização das suas práticas. Num primeiro momento, a questão foi remetida para o terreno político, para o conflito entre poder e liberdade, apresentada como causa da crise da autoridade, crise igualmente sentida na educação.

O estudo permitiu-nos observar que saber o que cabe ao Estado ou em que medida estamos perante a necessidade da sua intervenção na educação, não tem uma só resposta. Para concretizarmos este propósito, discorremos sobre o modo de conceber a vida social, onde foram revisitados contributos que compõem o pensamento totalitário, liberal, comunitarista. E independentemente do modelo de sociedade preconizado, absolutista, liberal ou republicano-democrático, em comum apresentam o carácter voluntário do contrato social. Desta forma, na medida em que todos consentiam, estava justificada como adquire o Estado a sua autoridade sobre cada indivíduo. Desde Hobbes a Rousseau em comum está a ideia de “abandonar o estado natural para constituir a sociedade civil e o Estado modernos”¹¹²⁵.

¹¹²⁵ Cfr. Boaventura Sousa SANTOS – Reinventar a Democracia, 2002, p. 6.

Porém, dada a tensão existente em torno da sua legitimidade, a ideia de contrato vai ser abandonada em favor de uma teoria de justiça apresentada por Rawls que mais tarde é também criticada pelos comunitaristas por não atender às tradições políticas do cidadão comum. Estas críticas levaram o autor na sua *Political Liberalism*, a pensar os princípios da justiça num contexto social, onde a prioridade eram liberdades e oportunidades básicas defendidas pelas instituições da sociedade civil. Daqui se conclui que o comunitarismo se apresenta como um aperfeiçoamento do modelo liberal e o modelo deliberativo surge como aquele que reúne maior legitimidade democrática. Defende-se nele a coabitação de formas de vida e preferências políticas, sendo a decisão colectiva tomada após a discussão pública dos argumentos e concluído um acordo representativo dos interesses dos indivíduos. Por último, o modelo deliberativo orienta as decisões para o bem comum em detrimento das preferências privadas, para além de promover e disseminar informação e reforçar a cooperação.

Aplicando este raciocínio à educação, conclui-se que a democracia deliberativa é a concepção teórica de modelo de sociedade mais apta a desenvolver o debate público sobre como integrar as opções e projectos educativos distintos e complementares. Neste novo contexto da autoridade democrática, onde se proclama a igualdade de todos os seres humanos perante as mesmas liberdades, ficou claro neste capítulo que se torna absolutamente necessário um reposicionamento da questão da autoridade política na educação fundada na Constituição. «O Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática» (artigo 3.º, nº 2 da CRP), logo baseia-se na vontade popular (artigo 3.º, nº 1 da CRP).

Capítulo 10

A Constituição social

“A justiça de um modelo de sociedade depende essencialmente da forma como são atribuídos os direitos e deveres fundamentais, bem como das oportunidades económicas e condições sociais nos diferentes sectores da sociedade”¹¹²⁶.

Introdução

Ao longo deste estudo, na referência que foi sendo feita ao papel do Estado na educação, procurou-se demonstrar algumas alterações resultantes das várias revisões à Constituição. As referidas revisões vieram “redefinir o papel do Estado no âmbito das políticas públicas (...) sem contudo alterarem o paradigma de Estado socialmente prestacional”¹¹²⁷. Porém, a dúvida que hoje Gomes Canotilho coloca prende-se com a intenção de saber se o “Estado Social, tal como se encontra jurídico-politicamente plasmado na Constituição, não foi já objecto de *adaptações não convencionais* profundas originadas pelo aprofundamento da união e integração europeia e pelo processo de globalização da economia”¹¹²⁸. Em causa, estão as alterações ao nível supranacional com implicações internas as quais se repercutem também na educação.

Vimos que o Estado aceita transferir parte da sua soberania para ser exercida em comum ou desenvolve a cooperação com outros Estados ou organizações internacionais, de molde a dar solução a problemas globais. Assim o entende Paulo Otero ao referir que “ (...) a impotência de cada Estado na sua solução, traduz também uma limitação da tradicional onipotência da soberania decisória do Estado – aquilo que antes era objecto de simples lei interna, passa agora a exigir uma prévia convenção internacional”¹¹²⁹.

Partindo deste enquadramento, vamos atender às mudanças verificadas no domínio dos direitos fundamentais. Estes são limitáveis, têm que ceder e podem ser restringidos. O Estado não é em exclusivo o único prestador dos direitos e deveres sociais e a sociedade surge como alternativa ao Estado e ao mercado. Constataremos

¹¹²⁶ Cfr. Cfr. John RAWLS – *Uma Teoria da Justiça*, 1993, p. 30.

¹¹²⁷ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 351.

¹¹²⁸ *Idem, Ibidem*.

¹¹²⁹ Cfr. Paulo OTERO – *Direito Constitucional Português*, volume I, 2010, p. 128.

também que na primeira década do século XXI, a sociedade civil emergiu como uma sociedade estruturada e mais informada, preparada para intervir de forma organizada. Assim, ao Estado ordenador compete os fins tradicionais e a orientação da comunidade política. E, num momento em que aumentam as divergências na sociedade portuguesa quanto à determinação dos níveis essenciais das prestações, ficará demonstrado a necessidade de por em prática o princípio da auto-responsabilidade da sociedade civil.

Por último, as Constituições são organismos em mutação, não se lhes permitindo o alheamento da vida em sociedade. Razão porque os preceitos constitucionais que impõem as tarefas determinantes do Estado e em especial o direito à educação, ainda que estabeleçam um valor fundamentalmente reconhecido, não podem ser constitucionalmente determináveis, antes terá de existir uma margem aberta a orientações e opções políticas educativas adaptadas às novas exigências.

10.1. A Constituição política e social

No domínio interno, é precisamente em matéria de direitos fundamentais que as mudanças na sociedade portuguesa são mais evidentes, ora porque existe uma extensão desses direitos, ora porque se afirmam ou questionam os direitos e deveres existentes. Tomando como exemplo, o direito à educação, vimos que não é mais o Estado o único e exclusivo titular do dever constitucional de promover à sua satisfação¹¹³⁰.

Em apenas algumas décadas, a sociedade civil surge como alternativa ao Estado e ao mercado. Assim se compreende que em matéria de direitos sociais, e em concreto na educação, as prestações a efectuar pela sociedade civil, revistam grande importância e dêem lugar a acesos debates. Tal como já o havíamos afirmado, a “responsabilidade de execução”¹¹³¹ foi num primeiro momento substituída por uma

¹¹³⁰ Tal como se interpreta do seguinte articulado: artigo 65.º; artigo 67.º; artigo 68.º; artigo 69.º; artigo 70.º e artigo 73.º, todos da CRP

¹¹³¹ Cfr. Pedro GONÇALVES – *A Concessão de Serviços Públicos*, 1999, p. 9.

“responsabilidade de garantia da prestação”¹¹³², para no actual momento se tender para a mera “responsabilidade de controlo ou de fiscalização”¹¹³³, deixando de se concentrar no Estado a responsabilidade administrativa máxima ou seja a sua execução (v. *supra* cap. 8).

Até onde pode ir a responsabilidade do Estado na satisfação das necessidades básicas universais do cidadão é a reflexão que se impõe. No entendimento de Pedro Gonçalves, as necessidades básicas universais, não obstante a possibilidade da sua privatização, estarão sempre “sujeitas a uma “programação” ou “disciplina” pública incompatível com a mera responsabilidade administrativa de controlo”¹¹³⁴.

Então, torna-se evidente que o Estado não se retira da educação, e numa interpretação ligeiramente distinta, Gomes Canotilho defende um novo papel, o de “Estado Regulador de serviços públicos essenciais”¹¹³⁵ ou “Estado ordenador”, como lhe designou Carlos Banco Morais, agente a quem compete definir as grandes orientações e as metas a atingir¹¹³⁶.

Parece verificar-se um recuo do Estado, por via das propostas legislativas mais recentes em torno da autonomia (v. *supra*, cap. 8). Há uma intenção de reduzir a provisão directa na educação e no ensino. Assim, a eleição do tema da autonomia como abordagem central do Estado da Educação 2012, permite-nos pensar que nesse domínio, o Estado abandonará parcialmente a organização e a gestão quotidiana, ficando aparentemente a cargo das comunidades educativas locais e actores privados.

Na perspectiva constitucional apresentada por Gomes Canotilho, é possível defender a subsidiariedade do Estado através do pressuposto que “a estadualidade constitucional é ainda um limite e um ponto de partida”¹¹³⁷, mas também é possível extrair da interpretação do texto constitucional actual, um apelo à colaboração de

¹¹³² Cfr. Pedro GONÇALVES – *A Concessão de Serviços Públicos*, 1999, p. 9.

¹¹³³ *Idem, Ibidem*.

¹¹³⁴ *Idem*, p.13.

¹¹³⁵ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 352.

¹¹³⁶ Cfr. Carlos Blanco MORAIS – *Curso de Direito Constitucional*, 2012, p. 19; cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 89.

¹¹³⁷ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 235.

entidades da sociedade civil, de entidade privadas ou afins à luz do princípio da socialidade¹¹³⁸.

Em particular no domínio da educação essa participação traduz-se por exemplo no papel dos pais na educação dos filhos (artigo 67.º, nº 2 *al c*) da CRP), na inserção das escolas (agrupamento de escolas) nas comunidades onde se inscrevem (artigo 74.º, nº 2, e 43.º, nº 4 da CRP) e a colaboração das escolas e das associações e colectividades desportivas na promoção da cultura física e do desporto (artigo 79.º, nº 2 da CRP). Estes exemplos revelam que não obstante a forte presença do Estado neste domínio já é possível, à luz do enquadramento constitucional actual, integrar a sociedade na Constituição. Veremos no entanto, como este percurso não foi linear, uma vez que a sociedade começou por ser, no século XVIII, sinónimo de comunidade política, a partir do século XIX, constitui-se como Constituição do Estado-nação. Ou seja, a Constituição passou a designar a ordem do Estado e não da sociedade. Essa alteração deveu-se segundo Gomes Canotilho a três razões:

- i) Uma primeira razão situa-se na Constituição americana e francesa, dois textos conformadores de um corpo político. Em relação aos americanos passou a entender-se a constituição dos “Estados Unidos” e em relação aos franceses, a consagração do “Estado-Nação”¹¹³⁹;
- ii) Uma segunda razão de natureza político-sociológica assenta na separação do Estado e da Sociedade, estruturação perfilada pelo Estado Liberal¹¹⁴⁰.
- iii) Por último, uma justificação filosófica-política baseada no pensamento de Hegel (v. *supra* cap. 9) e na juspublicística germânica¹¹⁴¹. Hegel defendia uma forte presença do Estado ao ponto do “Universo se encontrar no Estado”¹¹⁴². O Estado era visto “como a manifestação do Divino sobre a terra”¹¹⁴³.

Jorge Miranda, na sua obra, *Teoria do Estado e da Constituição*, é sensível a esta evolução ao afirmar que a “Constituição é tanto Constituição política como social, não se cinge à ordenação da vida estatal”¹¹⁴⁴.

¹¹³⁸ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 351.

¹¹³⁹ *Idem*, p. 89.

¹¹⁴⁰ *Idem, Ibidem*.

¹¹⁴¹ *Idem*, p. 89.

¹¹⁴² Cfr. Hegel. *Apud* Karl POPPER – *A Sociedade Aberta e os seus Inimigos*. Volume II, 1993, p. 37.

¹¹⁴³ *Idem, Ibidem*.

¹¹⁴⁴ Cfr. Jorge MIRANDA – *Teoria do Estado e da Constituição*, 2002, p. 11.

No mesmo sentido, Cristina Queiroz defende que “a garantia e proteção dos direitos fundamentais não resulta unicamente assegurada pelo princípio da “separação de poderes”¹¹⁴⁵, a autora pretende significar que não se pretende com a Constituição, apenas “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”¹¹⁴⁶. Com vimos, esta alteração é ainda recente, mas o importante para o nosso estudo é perceber que “O fim da sociedade civil abrange universalmente todos os cidadãos, pois este fim está no bem comum, isto é, num bem do qual todos e cada um têm o direito de participar em medida proporcional”¹¹⁴⁷.

A Doutrina Social da Igreja dá um contributo no sentido do reforço da sociedade e em particular da família. A Encíclica *Gaudium et Spes* reforça o valor da sociedade ao fazer referência aos “laços sociais”. Assim,

“Entre os laços sociais, necessários para o desenvolvimento do homem, alguns, como a família e a sociedade política, correspondem mais imediatamente à sua natureza íntima; outros são antes fruto da sua livre vontade. No nosso tempo, devido a várias causas, as relações e interdependências mútuas multiplicam-se cada vez mais; o que dá origem a diversas associações e instituições, quer públicas quer privadas. Este facto, denominado socialização, embora não esteja isento de perigos, traz, todavia, consigo muitas vantagens, em ordem a confirmar e desenvolver as qualidades da pessoa humana e a proteger os seus direitos”¹¹⁴⁸.

A Encíclica *Rerum Novarum*, refere que “a família, isto é, a sociedade doméstica, sociedade muito pequena certamente, mas real e anterior a toda a sociedade civil, à qual, desde logo, será forçosamente necessário atribuir certos direitos e certos deveres absolutamente independentes do Estado”¹¹⁴⁹.

Hoje, estamos muito distantes da separação total e estanque defendida pelo Estado Liberal, da defesa do Estado face à sociedade atribuída a Hegel ou na versão da defesa da sociedade face ao Estado. Mas a sociedade civil não se confunde jurídica

¹¹⁴⁵ Cfr. Cristina QUEIROZ – *Direitos Fundamentais: Teoria Geral*, 2002, p. 40.

¹¹⁴⁶ *Idem, Ibidem*.

¹¹⁴⁷ Cfr. IGREJA CATÓLICA. Papa Leão XIII (1878-1903), Encíclica *Rerum Novarum*, 1891, n. 30.

¹¹⁴⁸ Cfr. IGREJA CATÓLICA. Papa Paulo VI (1963-1978), Encíclica *Gaudium et Spes*, 1965, n. 25.

¹¹⁴⁹ Cfr. IGREJA CATÓLICA. Papa Leão XIII (1878-1903), Encíclica *Rerum Novarum*, 1891, n. 6.

e institucionalmente com o Estado. Nesse sentido, a analogia introduzida por Jorge Miranda permite-nos compreender a visão do autor ao afirmar que o Direito Constitucional deve ser entendido como “o tronco da ordem jurídica estatal (mas só desta), o tronco donde arrancam os ramos da grande árvore que corresponde a essa ordem jurídica. Integrando e organizando a Comunidade e o poder, ele anuncia (...) as têtes de chapitre dos vários ramos do Direito, os princípios fundamentais que o enformam; anuncia-os, porque tais princípios revestem um significado político, identificam-se com as concepções dominantes acerca da vida colectiva, consubstanciam uma ideia de Direito”¹¹⁵⁰.

Também ficou claro no capítulo dedicado à *redefinição do papel do Estado na educação* (v. *supra* cap. 8), que a época em que o indivíduo era acantonado num espaço social e politicamente isolado enquanto a sociedade e o Estado se apresentavam como dois mundos autónomos chegou ao fim. No passado, a sociedade era regulada pelo direito privado enquanto o Estado obedecia ao direito público, razão para que nessa época os direitos fundamentais se apresentassem exclusivamente como um direito do indivíduo face ao Estado. Por outras palavras, terminou a época em que a sociedade e o Estado obedeciam a enquadramentos jurídicos distintos.

Estes argumentos são justificados pelo valor ético-moral atribuído à dignidade da pessoa humana. A igual dignidade, fundamenta a cláusula de bem-estar ou do Estado social. No entanto, esse fundamento ao mesmo tempo que justifica a intervenção do Estado no campo social, constitui também “um limite ao próprio bem-estar como tarefa do Estado, pois comporta uma limitação a um modelo de intervenção pública exorbitante sobre a esfera da sociedade civil: o respeito pela dignidade humana fundamenta uma regra de subsidiariedade ou supletividade na acção do Estado”¹¹⁵¹.

Daqui se depreende que uma maior intervenção dos privados na área da educação, não traduz uma desresponsabilização por parte do Estado na prossecução

¹¹⁵⁰ Cfr. Jorge MIRANDA – *Teoria do Estado e da Constituição*, 2002, p. 12.

¹¹⁵¹ Cfr. Paulo OTERO – *Direito Constitucional Português*, volume I, 2010, p. 102.

do serviço público de educação. Também não significa desmontar o Estado Social em benefício do mercado livre. Relembramos a este propósito as palavras de Gomes Canotilho e Vital Moreira ao afirmarem que a “transformação de todo o sistema de ensino num mercado educacional implica uma substancial subversão de toda a teleologia constitucional do ensino e uma inaceitável desqualificação da missão constitucional do ensino público (...), em especial no que respeita ao ensino básico obrigatório”¹¹⁵². A grande diferença é que face ao Estado regulador “a *tarefa* de socialidade do Estado, antes tem como suporte as prestações fornecidas, com carácter de universalidade por infra-estruturas privadas”¹¹⁵³.

Recentrando a reflexão na liberdade de educação e no direito à educação, defendemos a não exclusividade do Estado no desenvolvimento de actividades que conduzam à efectivação desses direitos. Quanto às liberdades fundamentais de aprender e de ensinar, estão no núcleo da dignidade humana, sendo a liberdade de educação, uma imposição que decorre de outros direitos. A liberdade da constituição de escolas decorre do conteúdo da liberdade de ensinar mas também como garantia da liberdade de aprender, à luz do artigo 43.º, nº 4 da CRP. Por sua vez, a liberdade de ensino, segundo Lucas Pires “aparece encaixada pela obrigação central de superar qualquer função conservadora de desigualdades económicas, sociais e culturais (artigo 74.º), democratizar a educação e a cultura (artigo 73.º) e realizar mesmo a gestão democrática das escolas”¹¹⁵⁴.

10.2. Os fins do Estado-ordenador

O maior desafio que se coloca ao Estado face ao sistema educativo é a necessidade de fazer mais no sentido de torná-lo mais produtivo e eficiente, com menor custo. O Relatório produzido em 2013 pelo FMI, recomenda um sistema mais flexível onde o papel do Estado é ainda mais limitado na prestação dos serviços educativos. Vimos também que a intervenção do Estado na educação não pode ser

¹¹⁵² Cfr. CANOTILHO; MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa*, volume I, 2007, p. 909.

¹¹⁵³ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 354.

¹¹⁵⁴ Cfr. Francisco Lucas PIRES – *Teoria da Constituição de 1976: a transição dualista*, 1988, p. 344-345.

considerada de forma isolada. Daí ser oportuno questionar até onde pode ir a responsabilidade do Estado na satisfação das necessidades básicas universais do cidadão.

Vimos que cada paradigma apresentado (liberal, utilitarista, liberal igualitário e democracia deliberativa), sugeria opções políticas diversas (v. *supra*, cap. 9), o que nos obriga a recentrar a nossa análise na Constituição por ser a (...) lei proeminente que conforma o Estado”¹¹⁵⁵ e por moldar “um dado esquema de organização política”¹¹⁵⁶. Na Constituição, o Estado só é concebido como Estado constitucional quando obedeça à lei (Estado de direito) e se inscreva num regime democrático, o que significa que reside no povo a legitimidade para a sua conformação.

É neste sentido, que Carlos Blanco Morais defende o Estado de Direito contemporâneo como um novo paradigma que se identifica “com o conceito de Estado-Ordenamento, o qual se define como uma colectividade territorial na qual está fixado um povo e se encontra instituído um poder político soberano cujo processo de decisão, tomado no âmbito de um ordenamento jurídico, visa a satisfação dos interesses gerais”¹¹⁵⁷. Por outras palavras, o interesse geral levado acabo pelo Estado, materializa-se nas tarefas ditas principais, constitucionalmente consagradas (artigo 9.º).

Num sentido próximo, Jorge Bacelar Gouveia, advoga que ao Estado compete interpretar “as grandes orientações da comunidade política seguidas pela governação, normalmente expressa nos textos constitucionais”¹¹⁵⁸. Logo não é possível abordar os fins do Estado sem que se faça uma apreciação histórica da evolução do Estado Constitucional¹¹⁵⁹.

¹¹⁵⁵ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 89.

¹¹⁵⁶ *Idem*, p. 87.

¹¹⁵⁷ Cfr. Carlos Blanco MORAIS – *Curso de Direito Constitucional*, 2012, p. 19.

¹¹⁵⁸ Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 952.

¹¹⁵⁹ *Idem*, *Ibidem*.

10.2.1. Estado mínimo

Não obstante a referência feita anteriormente, voltamos a recordar nesta sede o Estado Liberal, definindo-o como “um Estado em que avultou a dimensão estática da segurança e da justiça, dentro da concepção geral da separação entre Estado-Poder e o Estado-Comunidade, num contexto de liberdade individual”¹¹⁶⁰. O Estado seria tão mais liberal quanto mais reduzidos fossem esses poderes¹¹⁶¹ e, correlativamente, quanto mais ampla fosse a esfera da liberdade negativa¹¹⁶².

Esta perspectiva encontra concretização na doutrina do “Estado mínimo” de Friedrich Hayek que o expõe do seguinte modo:

“Far from advocating such a “minimal state, we find it unquestionable that in an advance society government ought to use its power of raising funds by taxation to provide a number of services which for various reasons cannot be provided, or cannot be provide adequately by the market”¹¹⁶³.

Ou seja, o Estado deve intervir nos casos em que a natureza do bem o justifique ou quando o mercado não o providencie adequadamente. Num pensamento próximo, Robert Nozick defende que “ o estado mínimo é o estado mais abrangente que se pode justificar. Qualquer estado mais abrangente viola os direitos das pessoas”¹¹⁶⁴.

De um modo geral, os liberais defendem que os direitos sociais não são verdadeiros direitos porque lhe falta a dignidade de serem direitos subjectivos e as

¹¹⁶⁰ Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 952.

¹¹⁶¹ O Estado liberal nasceu de uma diluição do poder absoluto do rei e, de rupturas revolucionárias. O pressuposto filosófico do Estado liberal encontra-se na doutrina dos direitos do homem elaborada pela escola do direito natural, que defendia certos direitos fundamentais que são inerentes à natureza humana, como o direito à vida, à liberdade, à segurança, à felicidade. Cabe ao Estado respeitar, e não invadir esses direitos.

¹¹⁶² A liberdade negativa aparentemente é sinónimo de não interferência ou existência de constrangimentos. A “coerção implica a interferência deliberada de outros seres humanos na área na qual eu poderia de outro modo agir (...) quanto maior for a minha área de não-interferência, maior será a minha liberdade” Cfr. Isaiah BERLIN – *Two Concepts of Liberty*. *Apud* J. CASTELO BRANCO – *Isaia Berlin: Da liberdade negativa à sociedade decente*, 2004, p. 64.

¹¹⁶³ Cfr. Friedrich HAYEK – *Law, Legislation and Liberty. The Political order of a free people*, volume III, 1979, p. 41.

¹¹⁶⁴ Cfr. Robert NOZICK – *Anarquia, Estado e Utopia*, 2009, p. 191.

normas que consagram estes direitos não são normas programáticas e não deveriam constar do texto constitucional, pois as suas concretizações dependem das políticas públicas dos órgãos políticos legitimados para as desenvolver. Logo, o direito à educação, bem protegido por essa norma, só deveriam ser confiados às entidades públicas, excepcionalmente, sendo por norma bens privados.

10.2.2. Estado social

Com maior expressão a partir da segunda parte do século passado, a comunidade passou a exigir, ao Estado o cumprimento das tarefas que lhe são conferidas pela Constituição, e que para tal, deverá mobilizar as funções do Estado, de molde a corrigir as desigualdades que se colocam à partida a cada cidadão/ã, nomeadamente através de esquemas prestacionais. Falamos então da Constituição Social. Esta dimensão social da Constituição é orientada por princípios de natureza social nos quais os direitos sociais podem ser definidos como “direitos a prestações, a cargo da sociedade civil ou do Estado, as quais constituem condições necessárias para que os titulares dos direitos de liberdade os possam exercer efectivamente”¹¹⁶⁵.

Os direitos sociais, passaram a ser compreendidos como autênticos direitos subjectivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade ou exequibilidade imediata. Esta posição, não sendo consensual, é sufragada por Mário Pinto para quem os direitos sociais são direitos com a mesma dignidade subjectiva dos direitos liberdades e garantias, a exemplo do direito à educação e cultura (art. 73.º da CRP)¹¹⁶⁶. Constatamos ao longo da investigação, ser dada a primazia aos direitos liberdades e garantias, sendo crescente a perspectiva de unidade do sistema a partir da dignidade da pessoa humana como valor ético-moral à qual se submete todo o ordenamento constitucional.

Porém, cabe-nos lembrar que o Estado Social que emergiu na Europa Ocidental, estava vinculado à cláusula de bem-estar e tentava responder a um

¹¹⁶⁵ Cfr. Mário PINTO— Sobre a liberdade de escolha da escola, 2009a, p. 62.

¹¹⁶⁶ *Idem*, p. 476. No mesmo sentido Maria Lúcia AMARAL – Direito à Educação: Uma Perspectiva Europeia, 2011, p. 495.

conjunto de necessidades cujo fim visava a obtenção da igualdade material. Nesse modelo de Estado Social, os direitos sociais foram elevados à dimensão estruturante da democracia, o que permitiu que o princípio da solidariedade se consolidasse de tal forma que se aproximou do princípio da liberdade.

Vimos como a discussão em torno desta contraposição foi sendo alimentada por factores históricos e pré-compreensões ideológicas¹¹⁶⁷, que em nada contribuiu para um correcto entendimento dos direitos sociais, mesmo por parte daqueles mais empenhados em valorizá-los.

Contudo, o apuramento das divergências políticas em torno da liberdade de educação e do direito à educação é um debate sempre presente na sociedade portuguesa que nos mereceu um tratamento cuidado. Como resultado da investigação, podemos observar que a delimitação dos fins do Estado vai muito para além da complexidade dogmática, transferindo-se para o domínio do pensamento político.

10.3. Da dogmática jurídica ao pensamento político

À luz das perspectivas expostas, a intervenção do Estado na educação, justifica-se quando esteja em causa a falta de recursos económicos para garantir a liberdade de escolha dessa educação. João Carlos Espada, admite que a garantia por parte do Estado se deva concretizar com meios mínimos de acesso à escolha e não o de, em nome dessa garantia, substituir ou impedir a escolha. Nessa conformidade, o autor sugere a avaliação “das consequências não intencionais de garantias oferecidas pelo Estado”¹¹⁶⁸.

Em teoria, os autores convergem no sentido da existência da subsidiariedade do Estado, como forma de garantir o exercício da liberdade de escolha dos cidadãos,

¹¹⁶⁷ Cfr. André Salgado de MATOS – O Direito ao Ensino, 1998, p. 3.

¹¹⁶⁸ Cfr. João Carlos ESPADA – Liberdade implica Responsabilidade, 2007, p. 31.

¹¹⁶⁸ A expressão *livre escolha* caracteriza um dever e um direito dos pais na escolha da escola para os seus filhos. Esta liberdade pode permitir eleger uma escola pública ou privada ou uma das escolas públicas do conjunto da oferta. Esta escolha poderá ser feita mediante um conhecimento prévio dos distintos projectos educativos.

não permitindo que a falta de recursos limite esse direito. Mas na prática, não obstante os avanços legislativos nesta matéria¹¹⁶⁹, a liberdade concedida às escolas privadas é menor do que as escolas do Estado, indo esta discriminação para além do financiamento, tal como observou o Tribunal de Contas¹¹⁷⁰ e o recente Relatório do Fundo Monetário Internacional¹¹⁷¹.

10.3. 1. As concepções teóricas sobre os direitos de liberdade e direitos sociais

Em forma de balanço, regressamos ao significado da distinção constitucional entre direitos de liberdade e direitos sociais para reafirmar que a mesma não se reconduz apenas enquanto susceptíveis de regimes jurídicos diferenciados. Vimos que esta reflexão ganhou actualidade com a recente posição defendida na Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, na qual o direito à educação se apresenta simultaneamente como uma liberdade e um direito a prestações positivas por parte do Estado. Este é um contributo fundamental na medida em que nos permite ultrapassar a dicotomia existente entre direitos negativos e direitos positivos.

Esta posição é defendida por André Salgado de Matos e secundada por Maria Lúcia Amaral, que depois de ter feito uma comparação entre os textos fundamentais da Alemanha, Itália, Espanha e Portugal, a autora observa que o “direito fundamental à educação não se torna compreensível, em toda a sua extensão e alcance, se for visto

¹¹⁶⁹ A Lei de Bases do Sistema Educativo, aprovada pela Lei n.º 46/86, de 14 de Outubro, alterada pelas Leis n.ºs 115/97, de 19 de Setembro, 49/2005, de 30 de Agosto, e 85/2009, de 27 de Agosto, consagra o direito à educação pela garantia de uma permanente acção formativa orientada para o desenvolvimento global da personalidade, o progresso social e a democratização da sociedade. A Lei n.º 49/2005, de 30 de Agosto, segunda alteração à Lei de Bases do Sistema Educativo e primeira alteração à Lei de Bases do Financiamento do Ensino Superior. A Lei n.º 85/2009, de 27 de Agosto, veio estabelecer o alargamento da idade de cumprimento da escolaridade obrigatória até aos 18 anos e consagrar a universalidade da educação pré-escolar para as crianças a partir dos cinco anos de idade. Lei de Bases e Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo: Lei n.º 9/79, de 19 de Março, relativa às bases do ensino particular e cooperativo; Decreto-Lei n.º 553/80, de 21 de Novembro. Aprova o Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo. Lei n.º 9/79 de 19 de Março Lei da Liberdade de Ensino; Lei de Bases do Sistema Particular e Cooperativo: Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo.

¹¹⁷⁰ Cfr. TRIBUNAL DE CONTAS – Apuramento do custo médio por aluno, 2ª Secção, Relatório n.º 31/2012. Processo n.º 39/2011, 2012.

¹¹⁷¹ Cfr. FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL – Portugal, Rethinking the State: Selected Expenditure Reform Options, 2013, p. 61 ss.

à luz da dicotomia que distinguindo de forma cerce entre direitos negativos e direitos positivos (..) ¹¹⁷²”.

Maria Lúcia Amaral, toma como referência a jurisprudência dos Tribunais Constitucionais e a partir daí chega “à formulação actual sobre o problema genérico da distinção entre direitos negativos e direitos positivos (...). Conclui que tal não quer dizer (...), que tenha deixado de fazer sentido a categoria dos “direitos sociais” (...) O que se quer dizer é, tão somente, que no mesmo direito podem ser incluídas posições jurídicas subjectivas de natureza muito diversas. O mesmo direito, pode ser ao mesmo tempo tanto uma liberdade quanto um direito a prestações do Estado. E é precisamente isso que ocorre com o direito à educação” ¹¹⁷³.

Daí que o conceito de dignidade se apresente como único valor absoluto de unidade que justifica um direito ao mínimo de vida condigna. Aplicando este argumento à educação, podemos defender um direito à educação derivado dessa dignidade. A esta luz, as normas que consagram o direito à educação ou o direito ao ensino devem ser entendidas como preceptíveis na medida em que a sociedade ao invocá-los defende que sem esses direitos não é possível alcançar um certo nível de bem-estar material, social e de aprendizagem e de educação, essencial à sua participação na sociedade como cidadãos e muito menos como cidadãos iguais.

Esta controvérsia alimenta-se de três distintas orientações teóricas sobre os direitos de liberdade e direitos sociais: uma perspectiva unitária, que se opõe à distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais; uma perspectiva de complementaridade: entre a liberdade e a igualdade assumida pela Constituição e uma perspectiva da contraposição entre direitos de liberdade e direitos sociais.

¹¹⁷² Cfr. Maria Lúcia AMARAL – Direito à Educação: Uma Perspectiva Europeia, 2011, p. 495.

¹¹⁷³ *Idem*, p. 497.

10.3.1.1 Perspectiva unitária: direitos de liberdade e direitos sociais

André Salgado de Matos está contra a divisão sistemática entre direitos de liberdade e direitos sociais, porque admite que a diferença de regimes não é tão grande assim na prática constitucional. Defende que estas categorias jurídicas não têm natureza distinta e adianta que “não é só a medida do desenvolvimento possível dos direitos sociais que está sob reserva do possível, mas também a medida da intervenção positiva tolerada no conteúdo dos direitos, liberdades e garantias”¹¹⁷⁴. Apesar da sua determinabilidade, sempre podemos argumentar que os mesmos recorrem a cláusula gerais, não dispensando as medidas concretas que desenvolvam a norma constitucional.

Em suma, ambas as categorias de direitos estão, de uma maneira ou de outra, sob uma reserva do possível, ficando a sua exequibilidade dependente da actuação legislativa. Por seu lado, os direitos fundamentais sociais, entendidos em sentido estrito, como direitos sociais, não constituem uma categoria de natureza radicalmente distinta dos direitos, liberdades e garantias.

Para André Salgado de Matos, a contraposição entre os direitos fundamentais de liberdade e os direitos sociais alimentada pelos liberais, acaba por atribuir “uma menoridade axiológica dos direitos sociais no quadro do sistema de direitos fundamentais”¹¹⁷⁵, mas a descoberta da existência de espaços de perceptividade em todos os direitos fundamentais permite uma visão unitária destes. Esta perspectiva concretiza-se “num regime geral único comum, tradicionalmente associado aos «direitos, liberdades e garantias»”¹¹⁷⁶ “.

10.3.1.2 Perspectiva de complementaridade entre a liberdade e a igualdade

A Constituição de 1976 adoptou uma via intermédia, sugerindo uma complementaridade dos valores da liberdade e da igualdade numa interdependência e

¹¹⁷⁴ Cfr. André Salgado de MATOS – O Direito ao Ensino, 1998, p. 9.

¹¹⁷⁵ *Idem*, p. 2.

¹¹⁷⁶ *Idem*, p.75.

conexão de preceitos fundamentais. Tomando como exemplo a liberdade de aprender e ensinar em conexão com a garantia do direito de criação de escolas particulares e cooperativas (artigo 43.º, nº 1 e 4 da CRP), permite-nos extrair da Constituição uma liberdade de ensino que se apresenta na base da liberdade académica e de outros direitos designadamente o direito dos pais à escolha da escola para os seus filhos. Contudo, a Constituição sugere que os direitos de liberdade têm prevalência sobre os direitos sociais, na medida em que só em regime de liberdade e de pluralismo e de organização política (artigo 2.º da CRP), se concretiza os direitos sociais. Estes por sua vez, apresentam-se como factores estruturais da construção da democracia.

10.3.1.3 Perspectiva da contraposição entre direitos de liberdade e direitos sociais

Esta perspectiva enfatiza as visíveis diferenças estruturais e funcionais que se apresentam a qualquer cidadão, extraídas do artigo 18.º, nº 1 da CRP, onde aí se dispõe que «Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas». Ao invés, no respeitante às normas que consagram os direitos sociais, nada diz a Constituição.

Segundo Mário Pinto, “não se trata de uma inadvertência ou falha” ¹¹⁷⁷. E segundo o mesmo autor, “a força jurídica dos preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais não é a mesma para as duas categorias de direitos, porque, estruturalmente, não pode ser” (...) “a força jurídica dos chamados direitos sociais sofre da própria natureza do conteúdo dos respectivos preceitos, que é determinado pela Constituição num mínimo, dependendo da vontade do legislador ordinário, salvos os casos excepcionais de constitucionalização”¹¹⁷⁸.

¹¹⁷⁷ Cfr. Mário PINTO – Liberdades de aprender e de Ensinar: escola privada e escola pública, 1993, p. 760.

¹¹⁷⁸ Cfr. Mário PINTO – Liberdades de aprender e de Ensinar: escola privada e escola pública, 1993, p. 760 e Vieira de ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2007, p. 360.

Em suma, verifica-se uma primazia das liberdades pessoais no confronto com os direitos sociais. Porém, a posição cimeira atribuída aos direitos de liberdade, não desvaloriza os direitos sociais, antes não permite que se faça “a inversão anti-liberal e anti-democrática de se afirmarem ou conformarem os direitos sociais contra, em substituição, ou em menorização das liberdades pessoais, civis e políticos – designadamente quando a imposição de serviços prestativos de monopólio estadual, definidos pelo Estado com ofensa da liberdade de escolha dos cidadãos, de facto concorrenciam ou até substituem as liberdades individuais pelas escolhas políticas e ideológicas do Estado”¹¹⁷⁹.

10.4. O valor da liberdade e da igualdade na Constituição

Contrariamente ao que acontece com o princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade, o princípio da liberdade “não obteve o favor de um claro enunciado constitucional. Trata-se portanto de uma estrutura constitucional essencialmente implícita, apesar de algumas tentativas para adscrever ao direito o desenvolvimento da personalidade e enunciação de um direito geral de liberdade”¹¹⁸⁰.

Na conformidade com a Constituição, a liberdade não é o único valor, podendo ser restringida. Contudo, a liberdade não pode ser negada. No âmbito da história do pensamento político, existem diferenças conceptuais.

Vimos s este propósito no capítulo anterior que enquanto os liberais defendem a liberdade negativa, a exemplo de Isaia Berlin¹¹⁸¹, no pressuposto que o individuo sendo livre irá fazer as suas escolhas sobre a vida, os comunitários defendem a liberdade positiva dado ser fundamental colocar as pessoas em posição de fazerem as suas próprias escolhas. Outro argumento defendido por Charles Taylor reside no facto da liberdade individual estar “dependente do seu próprio sistema de valores, e este

¹¹⁷⁹ Cfr. Mário PINTO– Sobre a liberdade de escolha da escola, 2009a, p. 72.

¹¹⁸⁰ Cfr. José ALEXANDRINO – *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*, Volume II, 2006, p. 584.

¹¹⁸¹ Cfr. J. CASTELO BRANCO – Isaia Berlin: Da liberdade negativa à sociedade decente, 2004, p. 67.

está em relação directa com o seu enquadramento social e cultura”¹¹⁸². Nesse sentido, os comunitários são apologistas da socialização do indivíduo, vendo nela o pressuposto indispensável ao desenvolvimento da liberdade, que envolverá inevitavelmente a educação.

Recentrando o debate na Constituição portuguesa, importa retomar o conhecimento extraído dos princípios fundamentais (v. *supra* cap. 2) e sublinhar que enquanto “no Estado de direito concebe-se a liberdade como *liberdade negativa*, ou seja uma “liberdade de defesa” ou de “distanciação” perante o Estado, ao Estado democrático estaria inerente a “liberdade positiva”¹¹⁸³.

Lucas Pires reitera que a Constituição mantém o cidadão “amputado”¹¹⁸⁴ e alimenta a sua incapacidade de criar por si próprio “as condições reais de liberdade”¹¹⁸⁵, assim como acentua “um pessimismo”¹¹⁸⁶ sobre as possibilidades do cidadão ser autónomo¹¹⁸⁷. Quanto ao papel do Estado, o autor defende que a sua intervenção podia se circunscrever a assegurar as condições de pleno desenvolvimento da personalidade, permitindo a sua sociabilidade mas sempre com um carácter provisório. Nas suas palavras de Lucas Pires,

“Na Constituição portuguesa de 1976, a igualdade não tem um limite máximo e a liberdade tem apenas uma base mínima. Há uma tendência maximizadora para a primeira e minimizadora para a segunda. Há uma visão globalizadora para a primeira e fragmentária para a segunda. Por isso a ruptura entre ambas é pelo menos um risco, tanto mais que a reconciliação dos valores em causa não é mais imposta e só pode ser construída democraticamente”¹¹⁸⁸.

A circunstância a que se chegou de esgotamento do Estado Social, era já passível de ser observada no pensamento de Lucas Pires ao salientar a eminência da

¹¹⁸² Cfr. J. CASTELO BRANCO – Isaia Berlin: Da liberdade negativa à sociedade decente, 2004, p. 69.

¹¹⁸³ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p.99.

¹¹⁸⁴ *Idem*, p. 354.

¹¹⁸⁵ *Idem, Ibidem*.

¹¹⁸⁶ *Idem, Ibidem*.

¹¹⁸⁷ *Idem, Ibidem*.

¹¹⁸⁸ Cfr. Francisco Lucas PIRES – *Teoria da Constituição de 1976: a transição dualista*, 1988, p. 369-370.

ruptura da liberdade e da igualdade. Verifica-se assim que este debate não é novo e que a tendência para a igualdade não é de agora, nem das sociedades contemporâneas. Concluimos porém, que esta temática saiu do plano constitucional e entrou na controvérsia política.

Alexis de Tocqueville, na sua obra *Da Democracia da América*, observa que a liberdade manifestou-se aos homens em diferentes épocas e de diferentes formas; contudo “ela não ficou exclusivamente ligada a um determinado estado social existe em regimes diferentes do democrático (...) o facto particular e dominante que singulariza esses séculos é a igualdade de condições, e a principal paixão que então agita os homens é o amor que lhe têm (...) Mas independentemente deste motivo, existem muitos outros que, em todas as épocas, levarão habitualmente os homens a preferirem a igualdade à liberdade”¹¹⁸⁹. Na perspectiva de Tocqueville, “o gosto e a ideia de liberdade só começam a nascer e a desenvolver-se na altura em que as condições se começaram a igualizar”¹¹⁹⁰.

João Carlos Espada defende que o acesso universal ao valor da liberdade será possível por intermédio da valorização e implementação dos “direitos de cidadania social”¹¹⁹¹. O autor atribui à igualdade de direitos sociais “um conjunto de regalias comuns a todos que constitui um chão comum. Porém acima desse chão comum, podem proliferar as desigualdades”¹¹⁹². Nesse sentido o autor revisita T. H. Marshall para sublinhar “que a igualdade de cidadania restringiu as áreas em que os mercados operam. Ao estabelecer um chão comum abaixo do qual ninguém deverá recluir cair (...) No entanto, este estatuto comum não pretende substituir os mercados por um padrão de distribuição comum (...) Visa tão só fornecer os bilhetes de ingresso no mercado (pretende evitar a exclusão do mercado)”¹¹⁹³.

¹¹⁸⁹ Cfr. Aléxis de TOCQUEVILLE – *Da Democracia da América*. Trad. Carlos de Oliveira, 2001, p. 588. Título original: *De la Démocratie en Amérique* (1835).

¹¹⁹⁰ *Idem*, p. 590.

¹¹⁹¹ Cfr. João Carlos ESPADA – *Direitos Sociais de Cidadania*, 1998, p. 263.

¹¹⁹² *Idem*, p. 264.

¹¹⁹³ *Idem*, *Ibidem*.

Lucas Pires vai mais longe ao reconhecer na liberdade um meio de igualdade. Mas, enquanto a igualdade desejada vai muito para além da igualdade jurídica, ultrapassando a própria igualdade de oportunidades, a liberdade pretende-se sobretudo, formal e jurídica. Defende ainda, que a existência das liberdades na Constituição estiveram sempre próximas de “uma visão bipolarizada e conflitual de classes sociais”¹¹⁹⁴. Mas ao invés desta visão conflitual em torno das liberdades, a “igualdade obedece a uma planificação global, embora aberta”¹¹⁹⁵. O autor utiliza a linguagem de Daniel Bell para se referir ao valor da igualdade, no sentido da mesma não se tratar nem de uma “igualdade de condições”¹¹⁹⁶, nem de “igualdade de meios”¹¹⁹⁷, mas da concretização de uma “igualdade de resultados”¹¹⁹⁸.

João Rosas, partilhando o mesmo entendimento, refere que o igualitarismo nunca deve ser promovido à custa da liberdade, e adianta que “o liberalismo igualitário, em primeiro lugar, é liberal e, depois, tendencialmente igualitário em termos sócio-económicos”¹¹⁹⁹.

Jorge Miranda reconhece também a existência de “uma tensão entre liberdade e igualdade”¹²⁰⁰, perspectiva por nós já referenciada num momento inicial da tese, onde aí ficou expresso que “um princípio radical de liberdade oblitera a igualdade da condição humana e, em contrapartida, um princípio de igualdade igualitária esmaga a autonomia pessoal”¹²⁰¹. Para o autor, a liberdade e a igualdade apresentam uma interdependência, levando a que as sociedades contemporâneas na sua pluralidade, heterogeneidade e multiculturalidade procurem tanto “o equilíbrio entre bem comum e interesse de grupo como entre a igualdade e aquilo que se vem chamando direito à diferença”¹²⁰².

¹¹⁹⁴ Cfr. Francisco Lucas PIRES – Teoria da Constituição de 1976: a transição dualista, 1988, p. 343.

¹¹⁹⁵ *Idem*, p. 346.

¹¹⁹⁶ *Idem, Ibidem*.

¹¹⁹⁷ *Idem, Ibidem*.

¹¹⁹⁸ *Idem, Ibidem*.

¹¹⁹⁹ Cfr. João ROSAS – Liberalismo igualitário, 2008, p. 36.

¹²⁰⁰ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p.224.

¹²⁰¹ *Idem, Ibidem*.

¹²⁰² Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p. 224.

Por último, Jorge Bacelar Gouveia, partilhando a posição dos autores anteriores, considera que sem negar a liberdade, “a emergência de um *princípio social ou da socialidade* que se concretiza em múltiplos instrumentos (...) representa (...) um núcleo de preocupações de que o Estado fica sendo portador, na realização dos objectivos que são assinalados ao Estado Social.

Em suma, os regimes constitucionais, revelam-se incapazes de “assegurar o justo valor da liberdade política”¹²⁰³. O mesmo não acontece com o conceito de igualdade, na medida em que “o sistema jurídico tolerou disparidades na distribuição da propriedade e da riqueza que excedem em muito aquilo que é compatível com a igualdade política”¹²⁰⁴. Neste impasse, “a dinâmica da Constituição persegue, sem dúvida, mais a “igualdade” do que a “liberdade” e os conflitos serão propensos, por isso a ser “consumadamente” vencidos a favor do conceito mais urgente¹²⁰⁵. No presente, dada a conjuntura do país, quer a igualdade quer a liberdade reclamam em vão o justo valor.

10.4.1. A discriminação positiva

A discriminação positiva ocorre quando os mecanismos do Estado são accionados para promover uma correcção social que se concretiza na atribuição de “vantagens a certos grupos de pessoas em situação de perda inicial, que de outra forma não poderiam beneficiar da lógica do princípio da igualdade”¹²⁰⁶. A materialização desta exigência, pode passar designadamente pela defesa do intervencionismo do Estado na economia através da “coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção”¹²⁰⁷, assim como a existência dos planos económicos no âmbito de uma economia mista¹²⁰⁸.

¹²⁰³ Cfr. John RAWLS – *Uma Teoria da Justiça*, 1993, p. 185.

¹²⁰⁴ *Idem, Ibidem*.

¹²⁰⁵ Cfr. Francisco Lucas PIRES – *Teoria da Constituição de 1976: a transição dualista*, 1988, p. 353.

¹²⁰⁶ Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 957.

¹²⁰⁷ Artigo 288.º, al f), da CRP

¹²⁰⁸ Artigo 288.º, al. g), da CRP.

Falamos de um modelo de sociedade baseado na justiça social, onde a solidariedade se apresenta como pedra angular de um vector social da igualdade. Constitui também “um valor ou critério teleológico de actuação dos poderes públicos nas suas relações com as pessoas e, paralelamente, como propósito público de promoção e incentivo entre os membros da sociedade civil (...) É no valor da solidariedade que se alicerça a cláusula constitucional de bem-estar (artigo 9.º, *al d*) e 81.º *al a*)), enquanto garantia de uma existência condigna inerente à própria dignidade humana”¹²⁰⁹. No mesmo sentido, Paulo Otero reconhece que a solidariedade revela-se, como “comando vinculativo da actuação dos Poderes públicos” (...) e, simultaneamente, um imperativo ético no relacionamento entre todos os membros da sociedade”¹²¹⁰.

10.5. A teoria dos direitos básicos

Na literalidade da lei fundamental, permanece a tendência gratuita de todas as prestações reclamadas pela necessidade de realização dos direitos básicos. E à luz desta interpretação, podemos continuar a defender que todos têm direito a prestações nomeadamente no domínio da educação e do ensino. Porém, agudiza-se uma divergência na sociedade quanto à determinação dos níveis essenciais de prestações sociais, divergência que se agrava à medida que se torna mais nítida a impossibilidade de responder às expectativas criadas.

Gomes Canotilho questiona como pode o Estado continuar a desempenhar as funções sociais, dadas as reais dificuldades materiais que se apresentam ao Estado Social. Como pode “o Estado Social continuar a desempenhar essa função de inclusão num contexto global de progressiva carência de meios financeiros?”¹²¹¹.

Relendo os clássicos recorde-se que já Hobbes nas causas do enfraquecimento ou de dissolução de um Estado apontava entre outras:

¹²⁰⁹ Cfr. Paulo OTERO – *Direito Constitucional Português*, volume I, 2010, p. 43-44.

¹²¹⁰ *Idem*, p. 44.

¹²¹¹ Cfr. Gomes CANOTILHO – *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção*, 2008a, p.6.

“ (...) a dificuldade de conseguir dinheiro para os gastos necessários do Estado”¹²¹² e “a existência no Estado de uma doença, que se assemelha à pleurisia, quando o tesouro do Estado, saindo do seu curso normal, se concentra com demasiada abundância em um ou vários indivíduos particulares, por meio de monopólios ou de contratos de rendas públicas, do mesmo modo que o sangue numa pleurisia, alcançando a membrana do tórax, causa aí uma inflamação, acompanhada de febre e de pontadas dolorosas”¹²¹³

Contudo, o que está em causa é a igual dignidade da pessoa como valor ético-moral e que justifica, em nosso entender, a institucionalização das garantias sociais. Numa interessante perspectiva de Raymond Plant “o conceito de direitos sociais deve ser aceite como parte integrante de um princípio geral de distribuição ou justiça social, a que o autor chama de «igualdade democrática» (...) “os direitos sociais garantem apenas que ninguém será *privado de acesso* àquele nível de bens básicos que for considerado indispensável para agir como agente moral: estes direitos, por conseguinte, geram o dever correspondente, por parte da sociedade, de fornecer bens básicos àqueles, e só àqueles, que não os têm”¹²¹⁴. A esta posição opõe-se Hayek, que sendo defensor de um Estado mínimo, não aceita a distribuição de um padrão comum de direitos sociais.

João carlos Espada aproxima-se desta visão ao excluir uma atribuição centralizada a todos os cidadãos de bens essenciais, nomeadamente o ensino. Porém, segundo o autor, estes bens deve “ser atribuídos intencionalmente àqueles que deles carecem, àqueles que não podem obter no mercado (...) pode significar apenas o acto da facultar aos indivíduos os meios que lhes permitam aceder ao mercado”¹²¹⁵. Em causa pode estar a estrutura básica da sociedade, razão para a defesa da “teoria das liberdades básicas”¹²¹⁶, teoria que resulta da combinação dessas liberdades que tem

¹²¹² Cfr. Thomas HOBBS – *Leviatã*. Trad. de João Paulo Monteiro e Maria B. Nizza da Silva, 1999, p. 261. Título original: *Leviathan* (1651).

¹²¹³ *Idem*, p. 262.

¹²¹⁴ Cfr. João Carlos ESPADA – *Direitos Sociais de Cidadania*, 1998, p. 266.

¹²¹⁵ *Idem*, p. 257.

¹²¹⁶ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p 1405.

por objectivo fornecer as bases de uma “concepção política da pessoa” (...) indispensável à justificação de um regime constitucional”¹²¹⁷.

Também Lucas Pires alerta para os significados, pesos e direcções que a noção de “conteúdo” ou “núcleo” essencial mínimo dos direitos fundamentais pode ter, dependendo do seu respectivo envolvimento e o lugar que estes ocupam na escala dos valores normativos. A esse propósito, observa que, “não interessa, sequer, apenas, saber qual é o número dos direitos fundamentais ou se falta algum de alguma das suas chamadas “três gerações” (...) onde valha como absoluto o princípio de “dignidade do homem” e a garantia seja suficiente, mesmo os direitos fundamentais fora do catálogo e mesmo para além de “outros constantes das leis e das regras aplicáveis do direito internacional (artigo 16.º, nº 1), hão-de ser eficazes”¹²¹⁸. Por fim, o autor cita John Rawls para afirmar que “as liberdades básicas terão de ser avaliadas como um todo, como um sistema único “pois o valor de cada uma destas depende da especificação das outras”¹²¹⁹.

10.6. Tensão entre Estado de Direito e direitos fundamentais

Não obstante o Estado se encontrar subordinado à lei fundamental na defesa dos direitos fundamentais, é porém relevante a existência de uma tensão entre Estado de Direito e direitos fundamentais. Dada esta constatação, é pertinente questionar se ainda releva a *metáfora dos trunfos* de Dworkin que no essencial defende que “ter um direito fundamental, em Estado de Direito”¹²²⁰, equivale a ter um trunfo num jogo de cartas. A carta de trunfo prevalece sobre as outras, mesmo sobre as de valor facial mais elevado; a força da qualidade de trunfo, que lhe é reconhecida segundo as regras do jogo, bate a força do número, da quantidade, das cartas dos outros naipes”¹²²¹. Jorge Novais aplicando a metáfora “ao sistema jurídico de Estado de Direito, e tendo em conta que o outro “jogador” é o Estado (...), ter um direito fundamental significará,

¹²¹⁷ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 1405.

¹²¹⁸ Cfr. Francisco Lucas PIRES – *Teoria da Constituição de 1976: a transição dualista*, 1988, p. 349.

¹²¹⁹ *Idem, Ibidem*.

¹²²⁰ Partindo do princípio que o Estado de Direito é o Estado limitado e vinculado juridicamente à garantia e promoção dos direitos fundamentais, cfr. Jorge Reis NOVAIS – *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, p. 18, nota 2.

¹²²¹ Cfr. Jorge Reis NOVAIS – *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*, 2006, p. 17.

então ter um trunfo contra o Estado, contra o Governo democraticamente legitimado (...) ter um trunfo contra a maioria”¹²²².

Esta metáfora leva-nos a uma tensão entre Estado de Direito e direitos fundamentais, constituindo um paradoxo, segundo o próprio autor. Nas suas palavras, “Com efeito, começando por atribuir aos direitos fundamentais a natureza de trunfos contra a maioria, acabámos a concluir que, na generalidade, os direitos fundamentais são limitáveis, têm que ceder, podem ser restringidos. E, de acordo com o princípio geral da reserva de lei própria do Estado de Direito, cabe ao legislador ordinário proceder primariamente a essa limitação, seja quando a Constituição expressamente o autoriza a limitar o direito fundamental, seja, no silêncio da Constituição, quando o legislador ordinário antecipa conflitos ou colisões entre os direitos fundamentais e outros bens”¹²²³.

Por último, os direitos fundamentais podem ser limitados pela maioria. Esta prevalência não opera indiscriminadamente, uma vez que os direitos podem “ser trunfados por outros princípios ou interesses jusfundamentais (por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana ou direitos fundamentais colidentes)”¹²²⁴, o que obriga a um juízo de ponderação. Mas mesmo quando limitado o direito fundamental, tal limitação pode ser inconstitucional “se violar as exigências de Estado de Direito (...) designadamente entre outros princípios, o princípio do excesso”¹²²⁵.

Recentrando a reflexão no direito à educação, já o afirmamos que algo mudou, e hoje o grande objectivo deixa de ser a universalidade gratuita da prestação do serviço educativo em regime de monopólio público. Volta-se assim à origem dos direitos sociais, associado à protecção das pessoas que não dispõem de meios suficientes para uma existência condigna. Na primeira década do século XXI assistiu-se a um emergir de novos direitos fundamentais “talvez um dos exemplos mais marcantes da abertura a “novos” direitos fundamentais venha hoje representado

¹²²² Cfr. Jorge Reis NOVAIS – *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*, 2006. p. 17.

¹²²³ *Idem*, p. 57.

¹²²⁴ *Idem*, p.58.

¹²²⁵ *Idem*, p. 65.

pelos chamados direitos de autonomia, personalidade e privacidade”¹²²⁶. Nesta segunda década do século XXI, falamos de direitos de quarta geração ao mesmo tempo que ocorre uma perda significativa dos direitos sociais na maior parte dos países ocidentais.

Hoje, a quarta geração dos direitos veio demonstrar que os direitos sociais não são de todos, “mas daqueles que precisam e na medida em que precisam (...) os direitos sociais tendem a configurar-se como direitos de discriminação positiva, cujo conteúdo essencial é um mínimo para uma existência condigna, ou digna”¹²²⁷. Estes argumentos encontram aceitação junto daqueles para quem prover as prestações sociais é promover a igualdade material. Contudo, na medida em que a igualdade perante a lei pode não ser capaz de promover efectiva a igualdade, Gomes Canotilho sugere que ela “deverá ser observada na lei (...) e exige que se deva tratar por igual o que é igual e desigualmente o que é desigual”¹²²⁸.

No mesmo sentido, Vieira de Andrade referindo-se aos direitos sociais, observa que “a igualdade material vai exigir a consideração da realidade em que as pessoas se movem e, conseqüentemente, a diversidade de tratamento e de estatuto daqueles que pelas suas qualidades específicas ou pela sua situação no processo social, precisam de uma protecção (diferente) necessária e adequada à sua (igual) dignidade de pessoas”¹²²⁹.

Os argumentos apresentados aparentemente parecem colidir com a noção que se extrai do artigo 2.º da CRP, onde aí se observa que o Estado de Direito democrático é também um Estado social, e por esse efeito, configura um modelo que reconhece a existência de “uma multiplicidade de necessidades colectivas cuja satisfação se torna vinculação constitucional do Estado e, quase sempre, se encontra titulada pela

¹²²⁶ Cfr. Cristina QUEIROZ – *Direitos Fundamentais: Teoria Geral*, 2002, p. 165.

¹²²⁷ Cfr. Manuel VAZ *et al* – *Direito Constitucional*, 2012, p. 228.

¹²²⁸ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 427-428.

¹²²⁹ Cfr. Vieira de ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais da Constituição Portuguesa*, 2012, p. 131.

existência de um direito fundamental dos particulares a obter do Estado uma determinada prestação ou bem”¹²³⁰.

O primeiro objectivo desta investigação visava extrair do texto constitucional de 1976 a fundação, legitimação e limites da intervenção do Estado na educação e no ensino. Não sendo mais o Estado o único e exclusivo titular dos deveres constitucionais correspondentes à satisfação dos direitos sociais, e em concreto no direito à educação, pretendíamos concretizar o que cabe ao Estado nesse domínio ou em que medida estamos perante uma necessidade de intervenção do Estado.

O que se nos oferece dizer é que o Estado Democrático de Direito altera a configuração do processo de legitimação na medida em que o funda na própria Constituição. Aí emerge um processo de renovação da sociedade, onde a dignidade da pessoa, valor absoluto e inalienável da sociedade democrática, é o fundamento do próprio Estado de Direito. Deste modo, a cláusula constitucional de bem-estar vincula o Estado sem excluir a participação da iniciativa privada para a satisfação das necessidades colectivas, permitindo a leitura que privilegia a adopção de uma postura de pura subsidiariedade da intervenção do Estado.

Salvaguardada a segurança, a justiça, tarefas fundamentais sob reserva da actuação do Estado, quando nos concentramos nos mecanismos de concretização da cláusula de bem-estar, designadamente o investimento na educação e no ensino, vários autores, com argumentos objectivos, convergem na ideia que Estado e iniciativa privada podem concorrer, apresentando-se o Estado “em condições de paridade de preferência ou de subsidiariedade (ou supletividade)”¹²³¹. Logo,

“ (...) se é certo que o princípio constitucional de bem-estar “implica uma profunda reformulação da estrutura das normas constitucionais e das próprias funções do Estado, tornando-o intervencionista, não põe em causa, por si, a existência de um modelo económico baseado no mercado e no princípio da liberdade dos seus agentes: a cláusula de bem-estar

¹²³⁰ Cfr. Paulo OTERO – *Direito Constitucional Português*, volume I, 2010, p. 101.

¹²³¹ *Idem, Ibidem.*

humaniza a economia de mercado, vinculando a livre iniciativa ao progresso social, permitindo falar em “economia social de mercado” ou em “economia mista de bem-estar”¹²³².

Também Carlos Blanco Morais observa que os fins do Estado concretizam-se “através de actividades públicas. Estas, conforme pressuponham, ou não, a prática de actos jurídicos podem decompor-se em actividades jurídicas e não jurídicas”¹²³³. Esta compreensão é fundamental para a defesa da participação de outras entidades na promoção de bens e em concreto da educação à luz da liberdade de educação, consagrada constitucionalmente.

Num pensamento próximo, Afonso de Oliveira Martins observa que a “participação na gestão da administração (...) significa que determinadas entidades formadas por grupos de cidadãos podem (ou devem, nalguns casos) ser chamados para o universo da Administração Pública, sendo incumbidos de realização estável e contínua de actividades de gestão pública e assumindo a responsabilidade directa de realização de determinadas ou específicas atribuições de interesse público”¹²³⁴.

Em síntese, todos os contributos recolhidos, defendem um novo equilíbrio assente na cooperação entre parceiros, com objectivo de melhor servir a sociedade.

10.7. Um compromisso social entre e o Estado e a sociedade civil para a educação

O segundo objectivo a que nos propomos, visa demonstrar que há espaço para opções de oferta educativa, desde que inscritas numa concepção pública de justiça. À luz deste entendimento, cumpre-nos demonstrar de que forma a sociedade civil poderá dar a sua contribuição para a liberdade de educação e para o direito à educação, uma vez que se apresenta como complementar ao Estado e ao mercado.

¹²³² Cfr. Paulo OTERO – *Direito Constitucional Português*, volume I, 2010, p. 101.

¹²³³ Cfr. Carlos Blanco MORAIS – *Curso de Direito Constitucional*, 2012, p. 23.

¹²³⁴ Cfr. Afonso de Oliveira MARTINS – *Evolução Constitucional e Perspectivas Futuras*, 2001, p. 499.

Para dar cumprimento a esse objectivo, estudamos a deslocação da clássica teoria da Constituição para as teorias da justiça¹²³⁵, de molde a “acompanhar as novas leituras político-constitucionais nos quadros do pluralismo político, económico e social”¹²³⁶. Seguindo a orientação de Gomes Canotilho, observamos a prática social e os compromissos que aí “se apresentam como alternativa ao «direito oficial»”¹²³⁷. Só assim, segundo o autor é possível o Direito Constitucional se manter actual.

O entendimento que fizemos da sugestão do autor, permitiu-nos concluir que a autoridade para dar forma à educação encontra-se no Estado, legitimidade que lhe advém da Constituição. E no cumprimento desse papel cumpre-lhe apresentar as grandes orientações estratégicas para a Educação e o ensino. A esse propósito, tal como bem o observamos, as recentes iniciativas em favor da autonomia vêm ao encontro deste objectivo. Porém, as decisões em matéria de educação e ensino, devem ser obtidas por deliberação democrática.

Daqui se depreende que, não obstante o papel importante a desenvolver pelo Estado no domínio do processo educativo, a realidade factiva faz apelo ao *princípio da auto-responsabilidade*¹²³⁸. Assim, se por um lado, o princípio da democracia económica, social e cultural (artigo 2.º da CRP), legitima a intervenção do Estado nos domínios, económico, cultural e social, por outro lado, nada impede que a sua concretização seja suportada por privados. A este propósito, Vieira de Andrade considera que a materialização dos direitos sociais não impõe que o Estado os faculte directamente “através de um aparelho organizado de serviços públicos”¹²³⁹.

Em complemento, Gomes Canotilho menciona a “«subsidiariedade»” não já por parte do Estado, mas antes promovida pela sociedade civil”¹²⁴⁰. Esse é o sentido que se extrai do texto constitucional de 1976. E a colaboração da sociedade civil no domínio da educação, tal como decorre do ensino privado, permite que o particular na

¹²³⁵ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 26-27.

¹²³⁶ *Idem*, p. 27.

¹²³⁷ *Idem*, *Ibidem*.

¹²³⁸ *Idem*, p. 342.

¹²³⁹ Cfr. Vieira de ANDRADE – *Repensar a relação entre o Estado e a sociedade*, 2007, p. 37.

¹²⁴⁰ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2008, p. 113.

sua generalidade, em caso de estar na posse de recursos, possa obter esse serviço. Ao fazê-lo, defendemos nós, que contribui indirectamente para que seja possível outro cidadão sem os mesmos recursos poder igualmente ver satisfeita a mesma necessidade.

Este argumento conhece os seus opositores, já referidos por nós (v. *supra* cap. 5), ainda assim introduzimos neste capítulo o pensamento de João Baptista Herkenhoff que tendo por base a realidade brasileira refere que “Todo o ensino público deve ser gratuito para todos (...e) a educação em todos os nível e graus, é um bem social, direito do povo, cujo provimento compete ao Estado”¹²⁴¹. Mas o autor vai mais longe ao afirmar que o pagamento da educação não extingue a injustiça social, antes o modelo existente na sociedade pode determinar o aumento da discriminação e tender para a restrição cada vez maior da gratuidade”¹²⁴².

Numa posição convergente com Gomes Canotilho, Jorge Miranda sublinha que em termos constitucionais “por coerência com os princípios fundamentais de liberdade, de pluralismo e de participação (artigos 2.º e 9.º *als* b) e c), entre tantos outros)”¹²⁴³, releva a aceitação das iniciativas providenciadas pela sociedade civil quer de forma complementar ou concorrente com as prestações do Estado. O autor julga otimizar desta forma “as condições de realização dos direitos e aprofundar a própria democracia”¹²⁴⁴.

Por último Vieira de Andrade salienta a coragem e a lucidez necessários actualmente, quando estão em causa direitos sociais, uma vez que há que atender a “um novo conceito de igualdade e de universalidade dos direitos sociais, não como direitos de todos, mas como direitos de todos aqueles que careçam de protecção, incluindo a possibilidade de graduação ou de diferenciação das condições de prestação, quando o serviço de prestação universal”¹²⁴⁵. Aplicando o raciocínio com o qual nos identificamos, à educação, podemos concluir que o Estado deve apoiar

¹²⁴¹ Cfr. João B. HERCKENHOFF – *Constituinte e Educação*, 1987, p. 63.

¹²⁴² *Idem*, p. 64-65.

¹²⁴³ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2008, p.431.

¹²⁴⁴ *Idem, Ibidem*.

¹²⁴⁵ Cfr. Vieira de ANDRADE – *Repensar a relação entre o Estado e a sociedade*, 2007, p. 38.

gradualmente o investimento que as famílias afectam aos serviços de educação. Contudo a prestação desse serviço não tem de ser providenciado pelo Estado, mas antes deve abrir caminho à participação dos particulares.

Podemos concluir que há a preocupação de olhar de uma outra forma a coisa pública, podendo mesmo exigir que a economia e a política deixem de ser tão centradas no Estado. Deduz-se do exposto, que o Estado Social deixaria de estar ancorado numa administração pública¹²⁴⁶, muito embora subsistam serviços estatais, por imposição constitucional, ao lado de interesse económico geral¹²⁴⁷. A esta luz, há que sublinhar:

“a urgência em retomar e harmonizar princípios e valores caros à ciência política – como a ética, participação, democracia, equidade e respeito pela norma – com outros mais conotados como princípios de gestão – como eficiência, eficácia e produtividade. É também neste sentido que vai a busca de um novo equilíbrio entre os valores da visão clássica da Administração Pública e o novo paradigma da governação pública, que se constitui como terreno propício para adoptar novos valores e para a busca de uma nova cultura do serviço público capaz de promover (em vez de entravar) as condições para o desenvolvimento humano¹²⁴⁸”.

Voltamos então a afirmar o que acima ficou claro sobre o Estado mínimo. Ou seja, o Estado deve intervir nos casos em que a natureza do bem o justifique ou quando o mercado não o providencie adequadamente. Esta posição que traduz um fim liberal, permanece válida no Estado Social, e em parte ainda hoje, num modelo já designado por Estado Pós-Social. E, no actual contexto de crise, exige-se que cada um assuma “um papel activo para assegurar a sua inclusão¹²⁴⁹”.

¹²⁴⁶ O princípio da prossecução do interesse público constitui o verdadeiro fio condutor da actividade administrativo fio condutor da actividade administrativa pública, manifestando-se de diversas formas. Cit. João CAUPERS– *Introdução ao Direito Administrativo*, 2005, p. 65.

¹²⁴⁷ A COMISSÃO EUROPEIA sugere que “Os serviços de interesse geral estão no cerne dos debates políticos. Com efeito, incidem na questão central do papel das autoridades públicas numa economia de mercado, garantindo, por um lado, o bom funcionamento do mercado e o cumprimento das regras por parte de todos os intervenientes e, por outro lado, salvaguardando o interesse geral, em especial a satisfação das necessidades fundamentais dos cidadãos e a preservação dos bens públicos sempre que o mercado não logra garanti-lo” in Livro Verde sobre Serviços de Interesse Geral. COM (2003), 270 final, ponto 4.

¹²⁴⁸ Cfr. MOREIRA; ALVES – *Gestão Pública*, 2009, p.26.

¹²⁴⁹ Cfr. Gomes CANOTILHO – *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção*, 2008a, p.5.

Numa observação de um liberal, Robert Nozick, quando analisa a igualdade de oportunidade, conclui que existem duas formas de a proporcionar, ou agravando a situação dos cidadãos que apresentem melhor posição socioeconómica ou usando recursos para beneficiar as classes menos favorecidas. Esta segunda solução faz o Estado incorrer em custos e a primeira não é praticável à luz do pensamento do autor em virtude de não ser aceitável, retirar direitos a alguns, em prol da igualdade de oportunidades de outros. Em face desta argumentação, a Robert Nozick não resta outra solução que não levar cada pessoa a decidir aplicar os seus recursos para alcançar essa igualdade¹²⁵⁰.

Porém, na opinião de Gomes Canotilho “a pessoa corre o risco de não ter possibilidade de inclusão nos esquemas prestacionais dos vários sistemas e desta forma o princípio de inclusão continua a colocar o “nó górdio” na socialidade uma vez que a inclusividade pressupõe *justiça* quanto às possibilidades iguais de acesso”¹²⁵¹.

Como fazer para promover o compromisso social é o principal desafio que se coloca à Administração Pública. “Deveríamos pensar mais sobre como podemos governar melhor, usando várias entidades, em vez de pensarmos sobre como utilizamos o governo para fazê-lo”¹²⁵². Com esta intenção, “imerge no debate sobre os limites do Estado de Bem-estar múltiplas alternativas para a construção de um Estado Relacional que possibilite a promoção de novas condições, cenários de diferentes relações e interpretações alternativas do papel e funções da Administração Local nas sociedades contemporâneas”¹²⁵³.

Vimos no capítulo dedicado à *Redefinição do Papel do Estado na Educação* que à luz da nova visão, a “Administração pública será estruturada de modo a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva (artigo 267.º, nº 1 CRP), para esse efeito, estabelecendo a lei

¹²⁵⁰ Cfr. Robert NOZICK – *Anarquia, Estado e Utopia*, 2009, p. 287.

¹²⁵¹ Cfr. Gomes CANOTILHO – *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção*, 2008a, p.5-6.

¹²⁵² Cfr. MOREIRA; ALVES – *Ciências da Administração, Gestão Pública e Governação em Portugal*, 2008, p. 105.

¹²⁵³ Cfr. CABALLO VILLAR – *A Cidade Educadora*, 2001, p. 15.

adequadas formas de descentralização e desconcentração, sem prejuízo da necessária e unidade de acção e dos poderes de direcção e superintendência do Governo (artigo 267.º, n.º 2)¹²⁵⁴.

Assiste-se a uma crescente substituição da decisão unilateral por um novo paradigma da governação que seja capaz de incentivar e facilitar a participação e vigilância cívicas por parte dos cidadãos ao longo do processo educativo. Este novo modelo que foi germinado pelos organismos internacionais, pretende fazer apelo a uma maior ambição para a administração pública à luz dos desafios da nova *governança* com o propósito de criar resultados públicos que sejam valorizados. A esta luz, pretende-se uma substituição dos mecanismos de competição pela colaboração entre agências públicas e entre estas e os cidadãos¹²⁵⁵. Por outras palavras, a forma de olhar e reflectir a coisa pública modificou-se com o início da década do século XXI, de tal forma que a tendência é para que o Mercado o Estado e a Sociedade civil se apresentem “como interdependentes e mesmo complementares”¹²⁵⁶.

Concluimos o nosso percurso, tomando por empréstimo as palavras de Jorge Miranda, vertidas na sua obra: *Constituição e Cidadania*, as quais, não obstante terem sido proferidas em 2003 a propósito da crise económica e da crise de valores de então, hoje continuam actuais e com grande impacto nas liberdades de educação e no direito à educação. No essencial, sublinham que a crise “só se resolve com mais confiança em nós próprios, com o fortalecimento da nossa identidade nacional, com a afirmação dos valores da vida, da solidariedade e da participação cívica, com trabalho, muito trabalho e mais trabalho, sério e organizado”¹²⁵⁷.

Conclusão

Verificou-se uma divergência dogmática entre os que defendem a primazia dos direitos liberdades e garantias e os que a atribuem aos direitos sociais. Vimos

¹²⁵⁴ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2008, p.431-432.

¹²⁵⁵ Cfr. Gerry STOKER – *Gestão do Valor Público*, 2008, p. 26.

¹²⁵⁶ Cfr. MOREIRA; ALVES – *Gestão Pública*, 2009, p.12

¹²⁵⁷ Cfr. Jorge MIRANDA – *Constituição e Cidadania*, 2003, p. 19.

porém, que o significado desta distinção constitucional entre direitos de liberdade e direitos sociais não se reconduz apenas enquanto susceptíveis de regimes jurídicos diferenciados. Ainda assim, este debate ganhou actualidade com a recente posição da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, na qual o direito à educação apresenta-se simultaneamente como uma liberdade e um direito a prestações positivas por parte do Estado.

A Constituição de 1976 adoptou uma via intermédia, sugerindo uma complementaridade e interdependência dos valores da liberdade, enquanto o debate se desloca lentamente do domínio constitucional para o pensamento político. Na prática, assistimos a uma tensão entre Estado de Direito e direitos fundamentais. E nem a consagração da integração dos direitos fundamentais e da democracia no conceito de Estado de Direito Democrático (artigo 2º, da CRP) nos permite convergir quanto ao modelo de Estado a conceber.

O princípio da dignidade da pessoa humana parece constituir a única justificação para a intervenção do Estado, por se apresentar como fundamento do Estado social. No entanto, ao mesmo tempo que motiva a intervenção do Estado no campo social, constitui também um limite a essa intervenção. É esse o entendimento de Paulo Otero, ao observar que o respeito pela dignidade humana fundamenta uma regra de supletividade na acção do Estado. Em síntese, podemos afirmar que a par do princípio da proporcionalidade, o princípio da subsidiariedade elevado a princípio constitucional por intermédio da revisão de 1997, foi erguido contra o absolutismo do Estado traduzindo uma conquista dos cidadãos.

A aplicação do princípio da subsidiariedade no domínio da educação, apresenta-se como critério de repartição de poderes de autoridade e co-responsabilização entre o Estado e os demais entes educativos. Por outras palavras a autoridade para dar forma à educação dos cidadãos apresenta-se repartida entre o Estado, o mercado e a sociedade civil, sem contudo negar a intervenção do Estado para o cumprimento das tarefas que lhe são conferidas pela Constituição. Ao Estado, é-lhe exigido que mobilize eficientemente as funções do Estado, de modo a corrigir as desigualdades.

Porém, à luz da Constituição social, se o princípio da universalidade e da igualdade nos permitem a afirmação que todos têm direito à educação e ao ensino, por outro lado, existe uma divergência na sociedade quanto à determinação dos níveis essenciais dessas prestações sociais. E se por um lado, a política do direito constitucional consagra a gratuidade de todas as prestações reclamadas pela necessidade de realização do direito à educação, por outro lado, a constatação das reais dificuldades sustentam a base das críticas mais persistentes contra o Estado Social, por se apresentado tendo por base expectativas impossíveis de cumprir. A consciência destas limitações produz concepções distintas em torno do conceito de serviço público, por nós entendido como a satisfação das necessidades colectivas de uma comunidade, ou seja do bem comum. Sobre o mesmo ficou bem claro que poderá ser assegurado por entes privado.

Os defensores do Estado liberal, de que Friedrich Hayek é representante, argumentam que ao Estado cabe apenas o papel de resolução das tarefas que não devem ou não podem ser confiadas aos demais agentes da sociedade. Ou seja, o Estado deve intervir nos casos em que a natureza do bem o justifique ou quando o mercado não o providencie adequadamente. Esta posição parece estar na base do modelo já designado por Estado Pós-Social.

Esta divergência que era inicialmente ideológica-político, deu lugar a um debate, dada a conjuntura difícil do país e das famílias, onde é sobrevalorizado o domínio económico. Concomitantemente, enquanto ao longo da primeira década do século XXI se assistia ao emergir de novos direitos fundamentais de autonomia, privacidade e de personalidade, no presente, falar de direitos é falar de direitos de discriminação positiva de conteúdo mínimo. Concretizando, hoje o grande objectivo deixa de ser a universalidade gratuita de prestação de serviços de educação em regime de monopólio público. Garante-se antes o mínimo vital aos cidadãos mais desfavorecidos. Volta-se assim à génese dos direitos sociais, associado à protecção das pessoas que não dispõem de meios suficientes para uma existência condigna.

Tomando posição neste debate, defendemos que a educação é um bem público com grande influência no desenvolvimento e na coesão social, justificando-se a manutenção do financiamento público nesse domínio, tendo em vista superar as falhas

de mercado. E, por constituir a educação um investimento de longo prazo não deve ser interrompido pelas más conjunturas económicas. Deste modo, no plano interno, encontra-se legitimada a intervenção do Estado, da sociedade civil e do mercado sob forma de complementaridade, com base na percepção que o retorno do investimento para a sociedade por via da competitividade, da criatividade e da competência da força de trabalho, será superior aos recursos despendidos pela sociedade na educação. Ou seja, o retorno do investimento social é superior ao retorno individual.

No plano externo, defende-se uma maior colaboração dos organismos financeiros internacionais. Nessa medida, à luz das regras da condicionalidade dos actuais programas de apoio a Portugal, devem contemplar o sistema educativo, dado estarem preenchidos dois pressupostos importantes: níveis educacionais frágeis e elevado endividamento do Estado, das famílias e das empresas. À luz deste entendimento, preconizamos uma maior ajuda pública ao desenvolvimento, cujo montante deve ser fixado com a colaboração das instituições financeiras de modo a assegurar as liberdades e o direito à educação. Justifica-se em particular o financiamento externo de programas educativos específicos na medida em que os ganhos de eficiência e eficácia fortalecem a dimensão europeia nesse domínio.

Por fim, pelas razões expostas defendemos que a expansão da escolarização exige um aumento de investimento, justificando-se a criação de um modelo que privilegie a conversão de uma percentagem da dívida portuguesa em benefício da educação.

Capítulo 11

Conclusões e reflexões finais

11.1 Conclusões da investigação

Como se afirmou no início desta tese, tínhamos dois objectivos principais. Extrair do texto constitucional de 1976 a fundação, legitimação e limites da intervenção do Estado na educação e no ensino. Com efeito, não sendo mais o Estado o único e exclusivo titular dos deveres constitucionais correspondentes à satisfação do direito à educação, pretendíamos clarificar o que cabe ao Estado nesse domínio, ou em que medida estamos perante uma necessidade de intervenção do Estado. Por outro lado, pretendíamos demonstrar que há espaço para diferentes opções de oferta educativa, desde que inscritas numa concepção pública de justiça e, ilustrar como a sociedade civil, poderá dar a sua contribuição para a liberdade de educação e para o direito à educação, uma vez que se apresenta como complementar ao Estado e ao mercado. Com vista à concretização destes objectivos, percorremos várias etapas, as quais revisitamos em sede de conclusão.

I. O longo caminho percorrido permite-nos sublinhar que a Constituição de 1976, ordem superior da Comunidade, oferece todas as condições para a edificação de um Estado de direitos humanos. Esta afirmação encontra sustentação nos princípios estruturantes fundamentais que, revestindo-se de um significado político e de um ideal de justiça iluminaram toda a tese. Os direitos fundamentais, ficam situados num contexto mais vasto e mais sólido que o da Constituição em sentido instrumental, sendo manifesta a influência dos valores da Declaração Universal dos Direitos do Homem, como parte essencial da ideia de Direito, à luz da qual todas as normas constitucionais e, por conseguinte, toda a ordem jurídica portuguesa, tem de ser reflectida e materializada.

II. Com este horizonte, a Constituição portuguesa, acompanhando os instrumentos internacionais, estabelece regimes jurídicos diferentes para os «direitos, liberdades e garantias», onde se incluem as liberdades e os direitos de defesa e de participação, e para os «direitos económicos, sociais e culturais», que integram a generalidade dos direitos a prestações sociais. Esta dualidade encontra-se vertida respectivamente nos Pactos de Direitos Pessoais, Civis e Políticos (PIDCP) e de Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ambos de 1966.

III. Do dualismo interno, resulta ainda, segundo a perspectiva liberal, uma posição mais frágil dos direitos sociais no quadro do sistema de direitos fundamentais. Essa posição axiológica, não tem sido acompanhada pela jurisprudência Constitucional de onde se observa, com algumas matizes, uma ausência de reconhecimento explícito do primado dos direitos liberdades e garantias sobre os direitos económicos sociais e culturais. No coração deste confronto está o direito à educação, positivado no título respeitante a direitos e deveres económicos, sociais e culturais enquanto a liberdade de educação, concretizada nas liberdades de aprender e ensinar e da criação de escolas particulares e cooperativas (artigo 43.º, nº 1 e 4 da CRP), é expressamente considerada como direito, liberdade e garantia pessoal.

IV. Porém, hoje começa a impor-se uma abordagem aos direitos sociais distinta dos preconceitos ideológicos do passado. Em substituição, está a nascer uma nova atitude que envolve grande parte da doutrina, e que permite a defesa de uma dogmática unitária dos direitos fundamentais. Para tal alteração, muito contribuiu a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), ao superar a tradicional dicotomia legislativa entre os direitos fundamentais, agrupando todos os direitos fundamentais num único documento, divididos por categorias: dignidade, liberdades, igualdade, solidariedade, direito dos cidadãos e justiça. Globalmente, os valores da igualdade e da não discriminação, se bem que já se encontravam em parte consagradas nos Tratados, encontram acolhimento na Carta, texto oficial com valor jurídico equiparado aos Tratados (artigo 6.º, nº 1, TUE). A partir do Tratado de Lisboa, a União passou a dispor de um catálogo de direitos fundamentais, invocável nos Tribunais da União Europeia e nos tribunais nacionais em conformidade com o artigo 51.º, nº 1, 1ª parte da CDFUE.

V. Ainda assim, na Constituição, a definição e amplitude dos direitos, liberdades e garantias, ocorre à luz de um regime especial na medida em que consagra regras e princípios que, na sua globalidade, orienta uma disciplina jurídico-constitucional específica para esta categoria de direitos fundamentais. Essa especificidade, concretiza-se na directa e imediata aplicabilidade infraconstitucional, vinculando quer as entidades públicas quer as privadas. Por último, distancia-se dos direitos sociais pela restrição infraconstitucional dos direitos, liberdades e garantias.

VI. A inclusão dos direitos sociais no catálogo dos direitos fundamentais da CDFUE foi alvo de divergência entre o sul da Europa, belgas e alemãs que defendiam a inclusão e, ingleses, irlandeses, holandeses e países nórdicos que preferiam que os direitos sociais não fossem incluídos dados os largos benefícios que a flexibilidade negocial oferece, vantagens que não são obtidas com a sua inclusão. A não inclusão era também defendida para defender algumas especificidades nacionais. Deste esforço conciliatório, resultou a inscrição do nº 5 no artigo 52.º da CDFUE, onde se distinguem direitos e liberdades por um lado e princípios por outro, mas não se estabelece qualquer distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais.

Vale ainda nesta sede uma referência aos limites de interpretação da CDFUE, “na medida em que a presente Carta reconheça direitos fundamentais decorrentes das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, tais direitos devem ser interpretados de harmonia com essas tradições” (artigo 52.º, nº 4). Ou seja, qualquer protecção mais ampla consagrada na Carta aos direitos fundamentais não é salvaguardada.

VII. Ficou claro no entanto, que à luz da Constituição cumpre ao Estado proceder às imposições constitucionais e deveres de prestação na medida dos seus recursos e disponibilidades financeiras. A doutrina e a jurisprudência salvaguardam o entendimento que o Estado só pode suspender a realização dos direitos sociais ou dos direitos derivados a prestações neles baseados quando se sustente numa comprovada incapacidade material, designadamente financeira ou em caso de absoluta necessidade de realização de outros valores de igual natureza constitucional.

VIII. O exposto transporta-nos para a diferença entre direitos de liberdade e direitos sociais. Parte da doutrina (Jorge Novais, José Alexandrino, Vieira de Andrade) considera que a mesma radica no facto de, ao nível do seu conteúdo, os primeiros serem constitucionalmente determinados, ou determináveis a partir da simples emissão de normas jurídicas que lhes confira exequibilidade. Contudo, verificamos que em face da nova abordagem dos direitos fundamentais, a separação entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais apresenta-se mais ténue. E a ideia segundo a qual os direitos sociais por via da sua indeterminação constitucional, não dariam direito a uma imediata exigibilidade de comportamentos hoje enfrenta

cada vez maiores obstáculos. Com efeito, todos os esforços caminham no sentido de uma visão unitária dos direitos fundamentais, baseada na sua igual dignidade humana. A esta luz, defendemos que quer, os direitos de liberdade quer, os direitos sociais deverão ser submetidos aos mesmos valores e princípios comuns dada a harmonização imposta pela unidade do sistema e pelo primado da dignidade da pessoa humana.

IX. No entanto, como bem observamos, a sistemática constitucional não se apresenta como única responsável pela concretização dos direitos, liberdade e garantias e direitos sociais e culturais. A protecção dos direitos sociais está associada a um conjunto de condições económicas, sociais e culturais, que segundo a doutrina, constituem os pressupostos dos direitos fundamentais. A este propósito, pudemos constatar que o século XXI trouxe a crise do Estado-providência e com ela uma nova interpretação do princípio da igualdade e universalidade.

X. Hoje, o grande objectivo, deixa de ser a universalidade gratuita de prestação de serviços em regime de monopólio público e passa a ser a garantia do mínimo vital. E já não subsistem dúvidas para parte da doutrina que defende o regresso às origens dos direitos sociais, consignada na protecção das pessoas que carecem da mesma, dos cidadãos que podem ver a sua humanidade em perigo por não disporem dos meios necessários à sua própria inclusão.

XI. O debate centra-se agora no modo de concretizar a igualdade material onde se inscrevem as compensações que atenuam as desigualdades de partida. Essa exigência leva-nos ao caso concreto e em razão das reais necessidades impõe-se pensar um tratamento positivamente discriminatório junto daqueles que pelas suas qualidades específicas ou pela sua situação no processo social, precisam de uma protecção particular adequada ao seu contexto. Este entendimento aplica-se à educação, justificando-se por razões morais e económicas.

XII. Vimos que a consagração dos direitos fundamentais na CRP não se reduz ao respectivo texto constitucional, mas antes acolhe outras fontes. Essa abertura permite-nos albergar o valioso contributo da DHDH, que convergindo com a maioria da doutrina, dispõe que “toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito (...) à realização, pelo esforço nacional (...) e recursos de cada Estado, dos direitos

económicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade”.

No entanto, a DUDH consagra também, no artigo 29.º, nº 2 e 3, indicações em matéria de limitação implícita aos direitos fundamentais. E a este propósito, vale sublinhar, que a doutrina diverge quanto ao facto da DUDH poder ser invocada para proceder, no campo interno, a uma limitação aos direitos fundamentais. Ainda assim segundo alguns autores, na ausência de uma cláusula geral de limitação dos direitos fundamentais inscrita no texto da CRP, será sempre possível, em face de uma lacuna de regulamentação, que tal preenchimento se possa realizar segundo os termos da DUDH. Mas, já não se admite que a invocação da Declaração Universal possa ser feita com o objectivo de limitar ou constranger o sistema de direitos fundamentais, a não ser que a função integradora ocorra num sentido mais favorável ao cidadão e contra o poder¹²⁵⁸.

XIII. Tratando-se de restrições de direitos, liberdades e garantias, a Constituição prevê no artigo 18.º nº 2, 2ª parte da CRP, que as mesmas devem ser limitadas «ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos». O que nos obriga a convocar o princípio da proporcionalidade reconhecido no artigo 266.º, nº 2, da princípio que materializa o Estado de Direito e corresponde a uma conquista dos cidadãos no sentido de uma maior eficácia na fiscalização e controlo da actuação das autoridades, mais concretamente quando se trate de restrições dos direitos fundamentais. Outrora, tido como uma norma dos direitos de liberdade hoje aplica-se também aos direitos sociais, em concreto na afectação de direitos derivados a prestações pelo legislador ordinário. Com efeito, atendendo a que o princípio da proporcionalidade corresponde a uma correlação variável de duas grandezas, constitui um critério aferidor das restrições que são impostas à educação. Concretizando, existe uma relação directa entre o elevado aumento das propinas do ensino superior e a frustração dos direitos e expectativas de

¹²⁵⁸ Cfr. Jorge Bacelar GOUVEIA – *Manual de Direito Constitucional*, volume II, 2010, p. 1103.

alunos, famílias e comunidade em geral, numa relação inversamente proporcional ao princípio da protecção da confiança.

XIV. A partir do exemplo concreto das propinas, revisitamos a *metáfora dos trunfos* de Dworkin. No essencial, defende que “ter um direito fundamental significará, então ter um trunfo contra o Estado, contra o Governo democraticamente legitimado (...) ter um trunfo contra a maioria”¹²⁵⁹. Contudo paradoxalmente concluímos que na generalidade, os direitos fundamentais são limitáveis, razão porque cedem e podem ser restringidos. Ou seja, os direitos fundamentais podem ser limitados pela maioria¹²⁶⁰. Vimos no entanto, que essa prevalência não opera indiscriminadamente, antes obriga a um juízo de ponderação, na medida em que os direitos podem ser defendidos por outros princípios ou interesses jusfundamentais. Tomando como exemplo o direito à educação, apresenta-se como uma tarefa fundamental atribuída ao Estado à luz do artigo 9.º *al d*) da CRP, conjugada com uma tarefa específica neste domínio que consiste em «assegurar o ensino básico universal, obrigatório e gratuito» à luz da alínea a) do n.º 2 do artigo 74.º, complementada pela participação de outras entidades, tal como se interpretam os artigos 63.º, n.º 2 e 64.º, n.º 3 da CRP.

XV. Hoje os cidadãos estão mais mobilizados em torno da liberdade de educação e do direito à educação, e nessa medida exigem uma reforma educativa, que por sua vez não se poderá realizar sem antes a reorganização da administração educacional, de molde a inverter a tradição de uma gestão demasiado centralizada das políticas de educação. O apelo ao aprofundamento da autonomia das escolas é cada vez mais forte, tendo constituído tema central do Estado da Educação 2012 e concomitantemente alvo da Recomendação n.º 7/2012 do Conselho Nacional de Educação, a qual vai no sentido de defender mais autonomia para a Comunidade educativa local, ao mesmo tempo que recomenda uma maior intervenção e responsabilização por parte das escolas. Simultaneamente, foi proferida a Recomendação n.º 6/2012, que solicita a revisão e o estabelecimento do

¹²⁵⁹ Cfr. Jorge Reis NOVAIS – *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*, 2006. p. 17.

¹²⁶⁰ *Idem*, p. 57.

enquadramento legal das competências das autarquias em matéria de educação de forma a obter uma maior clarificação. Nesse sentido, convida o governo a esclarecer qual o papel que lhe compete e que deverá ser assegurada pela administração central e qual a participação dos municípios e das escolas.

XVI. No campo legislativo verificam-se alguns desenvolvimentos no sentido de mais espaço à liberdade de educação, quer na modalidade de aprender, quer na modalidade de ensinar. Importa agora aguardar a aplicação no terreno das novas medidas¹²⁶¹. No essencial, a liberdade de educação será tanto mais forte quanto maior for 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, no quadro do sistema educativo nacional – LBSE”¹²⁶².

XVII. Em simultâneo, cresce uma perspectiva comunitarista ou cooperante que critica o Estado-educador e a Administração Pública. Esta é uma consequência da crise do Estado Social, do crescimento e ineficiência da Administração Pública, do aumento da burocracia, do agravamento das contribuições fiscais e da desconfiança do cidadão face ao Poder político. Esta nova forma de olhar a coisa pública, em crescendo desde a primeira década do século XXI, tem especial impacto no aparecimento do conceito de governação. Trata-se de um conceito amplo que integra o Mercado o Estado e a Sociedade civil “vistos como interdependentes e mesmo complementares”¹²⁶³. O desafio que se coloca à Administração Pública prende-se com a necessidade de fazê-los colaborar uns com os outros.

XVIII. Na prossecução desta missão, a Administração pública será estruturada de modo a aproximar os serviços das populações e a assegurar a participação dos interessados na sua gestão efectiva (artigo 267.º, nº 1 CRP), para esse efeito, estabelecendo a lei adequadas formas de descentralização e desconcentração,

¹²⁶¹ O Concelho de Cascais constitui a primeira aplicação prática das medidas recomendadas pelo Conselho Nacional de Educação e decorrerá no ano lectivo 2013/2014.

¹²⁶² Cfr. Mário PINTO – *Sobre os direitos fundamentais de educação*, 2009, p. 265.

¹²⁶³ Cfr. MOREIRA; ALVES – *Gestão Pública*, 2009, p.12

sem prejuízo da necessária e unidade de acção e dos poderes de direcção e superintendência do Governo (artigo 267.º, nº 2)¹²⁶⁴. Daqui resulta uma transferência de tarefas para os privados, o que não significa “abandono da *responsabilidade estatal* pela prossecução do interesse público inerente à realização do princípio da socialidade”¹²⁶⁵.

Também não significa “uma *desconstrução* do Estado Social a favor das forças autoregulativas do mercado livre. A garantia das dimensões prestacionais indispensáveis à realização e concretização de direitos económicos e culturais, não assenta já, exclusiva e predominantemente, numa *tarefa* de socialidade do Estado, antes tem como suporte as prestações fornecidas, com carácter de universalidade por infra-estruturas privadas”¹²⁶⁶. Seguindo o ensinamento de Gomes Canotilho, reafirmamos a necessidade de desenvolver uma complementaridade e interdependência do mercado, do Estado e da sociedade civil, em torno da educação.

XIX. Com efeito, assiste-se a uma reconstrução do Estado mas exige-se simultaneamente ao nível da educação e do ensino, um relacionamento mais integrado com a sociedade civil e a Administração Pública. Este novo enfoque permite-nos superar a habitual dicotomia ensino público/ensino privado e promove uma maior responsabilização por parte da sociedade civil. Segundo a nossa óptica sobre a educação, a escola pública e serviço público já não se apresentam como conceitos distintos, na medida em que o serviço público de educação tanto pode ser prestado por instituições públicas como por instituições privadas. O que se verifica é que enquanto num passado recente, o debate sobre o conceito de serviço público decorria todo ele no domínio ideológico-político, hoje, dada a conjuntura difícil do país e das famílias, sobrevaloriza-se o domínio económico.

XX. Vimos que para além de uma área estratégica, a educação é também uma área de conflito, em parte por ser produto da sobreposição de diferentes opções

¹²⁶⁴ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2008, p.431-432.

¹²⁶⁵ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 354.

¹²⁶⁶ *Idem, Ibidem.*

educativas que são tomadas à luz de concepções políticas para a educação muito diferenciadas. Estas múltiplas opções vão afectar directamente os sistemas e as políticas educativas, a escola, os professores e o alunos, as famílias e a comunidade. Por via dessas alterações constantes, não se concebe uma estratégia nacional, onde se incluam todos os projectos e todos os agentes educativos, à luz da liberdade e do direito à educação. E pela mesmas razões, não obstante a existência de uma maior consciência comunitária e de cooperação em torno da educação, ainda não foi possível firmar um compromisso social em torno da nobre missão da educação e do ensino que “é a de formar pessoas, indivíduos capazes de enfrentar os desafios do futuro numa perspectiva integral.”¹²⁶⁷. Esta seria quanto a nós a base da estratégia para a educação.

XXI. Este conflito em torno da educação, é alimentado por diferentes concepções sobre o modo como deve ser concebida a vida social e sobre quem tem autoridade para dar forma à educação (tomar decisões) num regime democrático. A partir daqui, observamos que a autoridade juntamente com a tradição e a religião, constituíram os pilares fundamentais da estabilidade e solidez do Ocidente. Porém, o progresso dos valores da igualdade e da liberdade, tal como foram apresentados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem no final do século XVIII, levaram ao declínio da autoridade, motivando a reorganização das suas práticas. Num primeiro momento, a questão foi remetida para o terreno político, para o conflito entre poder e liberdade, apresentada como causa da crise da autoridade, crise igualmente sentida na educação.

XXII. O estudo permitiu-nos observar que saber o que cabe ao Estado ou em que medida estamos perante a necessidade da sua intervenção na educação, não tem uma só resposta. Para concretizarmos este propósito, discorreremos sobre o modo de conceber a vida social, onde foram revisitados contributos que compõem o pensamento totalitário, liberal, comunitarista. E verificamos que independentemente do modelo de sociedade preconizado, absolutista, liberal ou republicano-democrático, em comum apresentam o carácter voluntário do contrato social. Desta forma, na

¹²⁶⁷ Cfr. David JUSTINO – *Difícil é Educá-los*, 2010, p.99.

medida em que todos consentiam a transferência de parte da sua soberania para o Estado estava justificada, desde Hobbes a Rousseau, como adquiria o Estado a sua autoridade sobre cada indivíduo. Tratava-se de deixar “o estado natural para constituir a sociedade civil e o Estado modernos”¹²⁶⁸.

XXIII. Porém, dada a tensão existente em torno da sua legitimidade, a ideia de contrato vai ser abandonada em favor de uma **teoria de justiça** apresentada por Rawls que mais tarde é também criticada pelos comunitaristas por não atender às tradições políticas do cidadão comum. Estas críticas levaram o autor na sua *Political Liberalism*, a pensar os princípios da justiça num contexto social, onde a prioridade eram as liberdades e oportunidades básicas defendidas pelas instituições da sociedade civil. O percurso de Rawls permite-nos afirmar que o comunitarismo é um aperfeiçoamento do modelo liberal e que o modelo deliberativo é aquele que reúne maior legitimidade democrática. Defende-se nele a coabitação de formas de vida e preferências políticas, sendo a decisão colectiva tomada após a discussão pública dos argumentos e concluído um acordo representativo dos interesses dos indivíduos. Por último, o modelo deliberativo surge como defensor do bem comum em detrimento das preferências privadas, como disseminador da informação e como reforço da cooperação.

XXIV. Aplicando este raciocínio à educação, conclui-se que o modelo deliberativo é a concepção teórica de modelo de sociedade mais apta a desenvolver o debate público sobre como integrar as opções e projectos educativos distintos e complementares. Neste novo contexto da autoridade democrática, onde se proclama a igualdade de todos os seres humanos perante as mesmas liberdades, torna-se absolutamente necessário fundar na Constituição o reposicionamento da questão da autoridade política na educação porque «o Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática» (artigo 3.º, nº 2 da CRP), logo baseia-se na vontade popular (artigo 3.º, nº 1 da CRP).

¹²⁶⁸ Cfr. Boaventura Sousa SANTOS – Reinventar a Democracia, 2002, p. 6.

XXV. Ao longo deste estudo, na referência que foi sendo feita ao papel do Estado na educação, procurou-se demonstrar algumas alterações resultantes das várias revisões à Constituição. As referidas revisões vieram “redefinir o papel do Estado no âmbito das políticas públicas (...) sem contudo alterarem o paradigma de Estado socialmente prestacional”¹²⁶⁹. Porém, a dúvida que hoje Gomes Canotilho coloca prende-se com a intenção de saber se o “Estado Social, tal como se encontra jurídico-politicamente plasmado na Constituição, não foi já objecto de *adaptações não convencionais* profundas originadas pelo aprofundamento da união e integração europeia e pelo processo de globalização da economia”¹²⁷⁰. Em causa, estão as alterações ao nível supranacional com implicações internas as quais se repercutem também na educação.

XVI. O estudo permitiu consolidar o entendimento que as Constituições são organismos em mutação, não se lhes permitindo o seu alheamento da vida em sociedade. Razão porque os preceitos constitucionais que impõem as tarefas determinantes do Estado e em especial o direito à educação, ainda que estabeleçam um valor fundamentalmente reconhecido, não podem ser constitucionalmente determináveis, antes terá de existir uma margem aberta a orientações e opções políticas educativas adaptadas às novas exigências.

Partindo deste entendimento, verifica-se que o princípio da universalidade e da igualdade permitem-nos afirmar que todos têm direito à educação e ao ensino, não obstante a divergência crescente na sociedade quanto à determinação dos níveis essenciais dessas prestações sociais. E se por um lado, a política do direito constitucional consagra a gratuitidade de todas as prestações reclamadas pela necessidade de realização do direito à educação por outro lado, a constatação das reais dificuldades sustentam a base das críticas mais persistentes contra o Estado Social, por não ser possível o cumprimento material das expectativas criadas. A consciência desta limitação produz concepções distintas em torno desse direito.

¹²⁶⁹ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 351.

¹²⁷⁰ *Idem, Ibidem.*

De um lado o Estado mínimo, defendido pelos liberais entre os quais Friedrich Hayek, cujo entendimento sobre as funções do Estado se resume ao papel de resolução das tarefas que não devem ou não podem ser confiadas aos demais agentes educativos. Ou seja, o Estado deve intervir nos casos em que a natureza do bem o justifique ou quando o mercado não o providencie de forma adequada. Esta posição parece estar na base do modelo já designado por Estado Pós-Social. Paradoxalmente, enquanto a primeira década do século XXI assistia a um emergir de novos direitos fundamentais de autonomia, privacidade e de personalidade, no presente, falar de direitos de quarta geração é falar de direitos de discriminação positiva de conteúdo mínimo. Como vimos, o grande objectivo deixa de ser a universalidade gratuita de prestação de serviços de educação em regime de monopólio público.

XXVII. Após o exposto, cumpre-nos observar que na prática, quando na sociedade portuguesa se questiona sobre quem tem autoridade para tomar decisões sobre a educação, manifesta-se uma tendência no sentido de condicionar o exercício dessa autoridade à tutela estatal. O Estado surge como um sucedâneo evolutivo do poder do *pater* família, não obstante a Constituição da educação, tal como ela se encontra jurídico-politicamente, ter sido objecto de adaptações. No plano interno, as alterações embora tímidas, resultam do reforço da autonomia e descentralização. No plano externo, verificam-se alterações não convencionais profundas, originadas quer pelo aprofundamento da União quer pelo processo de “transnacionalização educativa”, numa expressão cunhada por Gomes Canotilho.

XXVIII. Um dos objectivos principais desta investigação visava a compreensão dos *limites da intervenção do Estado na educação*. A este propósito, não há dúvidas que lhe cumpre apresentar as grandes orientações estratégicas para a Educação. As suas atribuições estão hoje pasmadas no artigo nº 2 do Decreto-Lei nº 125/2011, de 29 de Dezembro. Porém, da investigação resulta uma ideia clara sobre a necessidade das decisões em matéria de educação e ensino serem obtidas mediante deliberação democrática. Neste novo contexto da autoridade democrática no qual se proclama a igualdade de todos os seres humanos perante as mesmas liberdades, ficou claro que se torna absolutamente necessário um reposicionamento da questão da autoridade política na educação fundada na Constituição.

A harmonização imposta pela unidade do sistema e pelo primado da dignidade da pessoa humana, quer a liberdade de educação quer o direito à educação, deverão ser submetidos aos mesmos valores e princípios gerais da universalidade e da igualdade. À luz do princípio da universalidade são titulares dos direitos à educação todos os cidadãos com idade até aos 18 anos (artigo 12.º da CRP e artigo 1.º n.º 1 conjugado com o n.º 1 do artigo 2.º da Lei 85/2009 de 27 de Agosto) e nesse sentido a *escolaridade obrigatória gratuita legitima a intervenção do Estado*. Defendemos porém a manutenção do investimento público e privado na educação de modo a permitir o acesso ao mais elevado grau de ensino.

Da interpretação que é feita por nós do princípio da igualdade (artigo 13.º da CRP) todos os cidadãos têm os mesmos direitos à educação e deveres. A este propósito, a maioria da doutrina converge no sentido da lucidez que se impõe, uma vez que há que atender a “um novo conceito de igualdade e de universalidade dos direitos sociais, não como direitos de todos, mas como direitos de todos aqueles que careçam de protecção, incluindo a possibilidade de graduação ou de diferenciação das condições de prestação, quando o serviço de prestação universal”¹²⁷¹. Em face desta nova leitura da universalidade e igualdade, o Estado não é o único e exclusivo titular dos deveres constitucionais correspondentes à satisfação dos direitos sociais, e em concreto no direito à educação.

XXIX. Num esforço de clarificação sobre o *que cabe ao Estado nesse domínio, ou em que medida estamos perante uma necessidade de intervenção do Estado*, podemos aplicar o raciocínio de Vieira de Andrade à educação a partir do qual se infere que o Estado em concreto perante o serviço obrigatório gratuito, deve apoiar na totalidade todos os alunos que careçam dessa prestação, aplicando aos demais os diferentes graus de protecção consoante as necessidades de partida.

A razão desta nova leitura, que aparentemente pode demonstrar a atribuição de um menor valor ao direito à educação não decorre da sistemática constitucional, porque esta não se apresenta como única responsável pela distinção entre direitos de

¹²⁷¹ Cfr. Vieira de ANDRADE – Repensar a relação entre o Estado e a sociedade, 2007, p. 38.

liberdade e direitos sociais, mas antes porque a protecção dos direitos sociais está associada a um conjunto de condições económicas, sociais e culturais, que segundo a doutrina, constituem os pressupostos dos direitos fundamentais. O direito à educação, obriga-nos a uma tarefa de harmonização e de concordância prática, que significa fazer uma avaliação de cada aluno em concreto, do direito a efectivar e dos recursos disponíveis do Estado. Quer a doutrina, quer a jurisprudência tornaram esse raciocínio evidente, contudo, os órgãos políticos gozam de uma margem de liberdade embora esta não seja absoluta, na medida em que qualquer medida terá de ser ponderada à luz do princípio da proporcionalidade que por sua vez deverá ser aferida por padrões de socialidade e equidade.

XXX. O segundo objectivo visava demonstrar que *há espaço para opções políticas diversas na educação e no ensino, e, ilustrar como a sociedade civil, poderá dar a sua contribuição*. Em resposta, observamos que a educação é um bem público com grande influência no desenvolvimento social, justificando a intervenção do Estado, da sociedade civil e do mercado sob forma de complementaridade. A este propósito, Vieira de Andrade considera que *a materialização dos direitos sociais não impõe que o Estado os faculte directamente “através de um aparelho organizado de serviços públicos”*¹²⁷².

Nesse sentido, para além das incumbências atribuídas ao Estado, vimos que a Constituição abre espaço a outras entidades que são chamadas pela Constituição a cumprir esses deveres (artigos 63.º, nº 2 e 64.º, nº 3 da CRP). Porém, o apuramento do espaço atribuído a estas entidades convoca-nos a deslocar o estudo da Constituição para a teoria da justiça. Na prática, seguimos a orientação de Gomes Canotilho, ao considerar como valioso a possibilidade de promover um “compromissos (...em) alternativa ao «direito oficial»”¹²⁷³, pela menor rigidez e flexibilidade na negociação entre parceiros sociais em prol de um novo equilíbrio assente na cooperação entre parceiros, com o objectivo de melhor servir a sociedade do domínio da educação e ensino.

¹²⁷² Cfr. Vieira de ANDRADE – Repensar a relação entre o Estado e a sociedade, 2007, p. 37.

¹²⁷³ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 27.

Daqui se depreende que, não obstante o papel importante a desenvolver pelo Estado no domínio do processo educativo, a realidade fáctica faz apelo ao *princípio da auto-responsabilidade*¹²⁷⁴. Assim, se por um lado, o princípio da democracia económica, social e cultural (artigo 2.º da CRP), legitima a intervenção do Estado nos domínios, económico, cultural e social, por outro lado, nada impede que a sua concretização seja suportada por privados. Falamos agora de uma subsidiariedade promovida pela sociedade civil o que vai permitir que o particular na sua generalidade, em caso de estar na posse de recursos, possa obter a satisfação das necessidades na área da educação. Defende-se um novo paradigma da governação que seja capaz de incentivar e facilitar a participação e vigilância cívicas por parte dos cidadãos ao longo do processo educativo.

Clarificada a concretização dos objectivos principais, vejamos nas suas especificidades as posições a que chegamos sobre o tema em estudo: *a liberdade de educação e o direito à educação: perspectivas constitucionais e políticas*:

1. Em que medida o ordenamento constitucional está ao serviço da tutela da liberdade de educação e do direito à educação como direitos fundamentais?

A essência da educação encontra-se na Constituição e os contributos recolhidos, permitem-nos concluir pela consagração constitucional da liberdade de educação e do direito à educação, os quais beneficiam de um reforço geral da defesa dos direitos fundamentais, quer dos direitos, liberdades e garantias, quer dos direitos económicos, sociais e culturais, a partir do conceito aberto da dignidade da pessoa humana. Tratam-se de direitos plasmados na Constituição e como tal inscrevem-se na vertente do Direito Constitucional, ramo jurídico que tem por finalidade proteger a pessoa humana, ao mais alto nível, oferecendo-lhe todas as garantias. Podemos assim afirmar que quer a liberdade de educação quer o direito à educação, fazem parte do conjunto de disposições vinculativas de fins, tarefas, imposições e outros deveres de protecção e promoção do Estado e da sociedade.

¹²⁷⁴ Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 342.

A liberdade de educação vertida no n.º 1 do artigo 43.º, é um direito fundamental de liberdade pessoal integrante dos direitos humanos, que por sua vez se desdobra em liberdade de aprender, de ensinar e da escolha da escola. Estas liberdades são especialmente solidárias entre si. Constituem-se como direitos humanos fundamentais universais, razão para que o Estado respeite e garanta estas liberdades, quer defendendo-as de qualquer ofensa de terceiros, quer, garantindo o seu exercício efectivo mediante a satisfação dos direitos sociais.

O direito à educação e cultura previsto no artigo. 73.º CRP, são direitos sociais com a mesma dignidade subjectiva dos direitos liberdades e garantias e nessa condição é constitucionalmente imputado ao Estado a obrigação de organizar uma «rede de estabelecimentos públicos de ensino» (artigo 75.º n.º 1 da CRP).

É consensual que a criação da “rede escolar pública não tem de impender necessariamente sobre a administração directa (“órgãos e serviços da própria pessoa colectiva pública Estado”¹²⁷⁵), podendo caber à administração indirecta do Estado, nos termos da organização do poder político e do princípio da descentralização (artigo 6.º), tanto às regiões autónomas como às autarquias locais”¹²⁷⁶. Mas as divergências surgem com a entrada de entes privados. Parte da doutrina defendem que a rede deve integrar apenas estabelecimentos públicos de ensino (Gomes Canotilho e Vital Moreira) e os que pretendem convertê-la numa rede integrada de estabelecimentos de ensino em que se reconhece a todos os estabelecimentos uma dimensão pública (Mário Pinto, Adão da Fonseca e Joaquim Azevedo).

Enquanto os primeiros argumentos que esta rede integrada não é conforme o texto constitucional, “na medida em que ela implica a neutralização do imperativo constitucional de criação de rede de estabelecimentos públicos de ensino para toda a gente, pois é essa a matriz republicana do sistema de ensino público constitucionalmente consagrado¹²⁷⁷”, os partidários da rede integrada, justificam-na

¹²⁷⁵ CFR. João CAUPERS – *Introdução ao Direito Administrativo*, 2005, p. 94.

¹²⁷⁶ Cfr. CANOTILHO; MOREIRA – *Constituição da República Portuguesa anotada, volume I*, 2007, p. 905.

¹²⁷⁷ *Idem*, p. 909.

quer pelo nível de especialização que oferece, nível de educação e formação; pela capacidade de inovar na medida em que a rede oferecer um maior leque de alternativas de acção e rapidez e flexibilidade¹²⁷⁸.

Entre estas duas posições, defendemos simplesmente que a garantia das dimensões prestacionais para a educação, deixe de ser exclusivamente tarefa da socialidade do Estado e seja prestada também, com carácter de universalidade por infra-estruturas privadas. A efectivação dos direitos sociais não depende exclusivamente do Estado. São deveres que vinculam os cidadãos nas suas relações directas com o Estado e deveres que se referem a relações de uma pessoa com outras pessoas, em virtude da Constituição ser também uma Constituição da sociedade.

Na realização da política de ensino incumbe ao Estado a inserção das escolas nas suas comunidades à luz do 74.º, nº 2 da CRP mas da conexão com o artigo 43.º, nº 4 da CRP garante-se o direito de criação de escolas particulares e cooperativas. De igual modo, a colaboração das escolas e das associações e colectividades desportivas na promoção da cultura física e do desporto está consagrada no artigo 79.º, nº 2 da CRP. Da interpretação desses preceitos, defende-se um novo paradigma da governação abrangente, aberto à participação e vigilância cívicas por parte da comunidade de cidadãos.

A Constituição reconhece igualmente o ensino particular e cooperativo, atribuindo no entanto a sua fiscalização ao Estado (artigo 75.º nº 2 da CRP), para além da obrigação de concretizar o direito ao ensino aplicado à Universidade, ou seja, ao mais alto nível escolar (artigo 76.º da CRP). A este título, a autonomia universitária (artigo 76.º, nº 1) visa a salvaguarda das instituições na medida em que o legislador não pode nem descaracterizá-las, nem afectar o seu núcleo essencial e sempre que uma garantia institucional estiver relacionada com um direito fundamental, o seu regime deverá fundar-se na Constituição¹²⁷⁹. Em suma, a autonomia universitária não exclui a tutela do Estado.

¹²⁷⁸ Cfr. R. RHODES – *The New Governance*, 1996, p. 665.

¹²⁷⁹ Cfr. José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2007, p. 37.

Globalmente, o ordenamento constitucional de 1976 explicitamente a existência de determinados princípios observáveis como fundamentais e por essa razão devem ser compreendidos como factores modeladores da Constituição. A esta luz, vimos que o princípio do Estado de Direito democrático configura um projecto político que se baseia no respeito e na garantia da efectivação dos direitos fundamentais, cujas âncoras são o pluralismo, a juridicidade e o bem-estar. A interpretação deste princípio, permite-nos observar que as funções do Estado devem convergir para a concretização da liberdade, da justiça e da solidariedade, constituindo quanto a nós uma base sólida para a concretização da liberdade de educação e do direito à educação.

O direito à educação encontra concretização à luz do princípio do bem-estar ou Estado social. A este propósito, vimos que o bem comum, o bem-estar constitui um elemento estruturante do Estado Social, que em sede constitucional se apresenta como instrumento de realização da democracia económica, social e cultural nos termos dos artigos 1.º e 2.º da CRP. À luz desta perspectiva, a perfeição do modelo implica conferir execução a uma vinculação constitucional que obrigue todos os titulares do poder à concretização desse direito, “não obstante estar a sua concretização interligada quer com a constituição económica (dependendo da aplicação das normas constitucionais respeitantes à organização económica do país), quer com condicionalismos económicos e institucionais (por exemplo, o modo de organização e funcionamento da administração pública e a disponibilidade de recursos financeiros)”¹²⁸⁰.

Em suma, os direitos fundamentais dependem de concepções políticas, económicas e sociais de cada momento, do contexto de cada lugar: A sua garantia resulta não só deles próprios, como também do seu enraizamento na consciência histórico-cultural da humanidade e da sua tradução estrutural em cada sociedade concreta. É assim possível concluir que a materialização dos direitos fundamentais não depende exclusivamente do texto constitucional, logo as soluções no domínio da

¹²⁸⁰ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional, nº 590/2004. Processo nº 944/03.

educação têm de ser encontradas num contexto de cooperação entre o Estado ao nível da Administração central e local, da escola e de toda a comunidade.

2. Como pode a conjuntura do país determinar o retrocesso do direito à educação, limitando por essa via a liberdade de educação? Não estará aí em causa a dignidade da pessoa humana?

Tomando o conceito de dignidade como factor de unidade axiológica, defendemos que todos os direitos fundamentais são vinculados a esse princípio, ou seja a dignidade da pessoa. É a fonte ética comum quer aos direitos, liberdades e garantias, quer aos direitos sociais. Daí se extrai um direito ao mínimo de existência constituindo a liberdade de educação um meio de concretizar essa imposição constitucional.

O actual dualismo entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, embora mais esbatido pela CDFUE, traduz ainda assim, uma menoridade dos direitos sociais no quadro do sistema de direitos fundamentais à luz da perspectiva liberal. Aplicando este raciocínio à educação aparentemente a liberdade de aprender goza de uma tutela superior ao direito à educação. Porém, a jurisprudência Constitucional não reconhece explicitamente o primado dos direitos liberdades e garantias sobre os direitos económicos sociais e culturais.

Já a doutrina, Gomes Canotilho, Vieira de Andrade e Jorge Miranda, têm vindo a reconhecer que as normas que consagram os direitos sociais são sempre dotadas de preceptividade, nem que seja ao nível do conteúdo mínimo das faculdades nela acolhida. Importa ainda considerar que os direitos económicos, sociais e culturais, onde se inscreve o direito à educação, não dependem apenas da aplicação das normas constitucionais respeitante à organização económica. Dependem mais concretamente de factores económicos, condicionalismos institucionais, do modo de organização e funcionamento da Administração pública e dos recursos financeiros¹²⁸¹,

¹²⁸¹ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p. 392.

dependem ainda da definição de prioridades para o país e da consciência que o poder político tenha da defesa destes direitos de libertação.

Se relativamente aos direitos, liberdades e garantias, a CRP garante e protege um núcleo essencial desses direitos contra leis restritivas, é comumente aceite que os direitos sociais ou direitos de libertação na definição de Jorge Miranda, exigem a garantia de um núcleo essencial como condição do mínimo de existência. Essa exigência é defendida por Gomes Canotilho, que encontra nas várias normas de direitos sociais a possibilidade de deduzir “um núcleo básico de direitos fundamentais (*minimum core of economic and social rights*), na ausência do qual o estado português deve considerar-se infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas”¹²⁸². Em causa está o princípio da dignidade da pessoa humana, como bem o observamos desde o início, de onde se extrai um direito ao mínimo de existência onde o direito à educação é integrado, razão para que as normas que consagram o direito à educação ou o direito ao ensino devam ser entendidas como preceptivas.

Vimos também, que os direitos fundamentais adquiriram a categoria de trunfos, mas paradoxalmente também concluímos que, na generalidade, os direitos fundamentais são limitáveis e nesse sentido têm que ceder, ou seja, podem ser restringidos. De acordo com o princípio geral da reserva de lei própria do Estado de Direito, cabe ao legislador ordinário proceder essa limitação, seja porque a Constituição o autoriza, seja porque nada refere a esse propósito ou quando o legislador ordinário antecipa conflitos ou colisões de direitos. Por último, os direitos fundamentais podem ser limitados pela maioria¹²⁸³.

Logo, é consensual na doutrina que a proibição do retrocesso ocorra só em casos-limite, sendo passível de alterações por via das opções político-legislativas. Com base no exposto, não se defende a existência de um princípio constitucional de

¹²⁸² Gomes CANOTILHO considera o “rendimento mínimo garantido”, as “prestações de assistência social básica e subsídio de desemprego”, direitos sociais que constituem o standard mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito, in *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 518.

¹²⁸³ Cfr. Jorge Reis NOVAIS – *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*, 2006. p. 57.

proibição do retrocesso nas prestações entretanto reconhecidas no domínio dos direitos sociais. Porém, constituindo um bem público que corresponde a um investimento de longo prazo não deve ser interrompido pelas más conjunturas económicas.

Esta é a posição defendida pelo Grupo do Banco Mundial, no documento *Education Strategy 2020, Learning for all: Investing in people's knowledge and skills to promote development*, com a qual convergimos. Também no documento: *Education Year in View 2010*, o papel da educação no desenvolvimento tinha sido mencionado tal como abaixo se observa:

Skill formation is critical to a country's recovery from the global economic crisis and to its long-term development. Skills are at the core of improving an individual's job prospects and increasing a country's productivity and growth. An education system in which students attend school but do not learn is a lost opportunity, especially when one additional year of schooling raises earnings by 10 to 20 percent¹²⁸⁴.

Vai também nesse sentido o Relatório da UNESCO 2012 intitulado “os jovens e as competências: pôr a educação a trabalhar”. Já anteriormente, no relatório apresentado pelo Banco Mundial, *The Growth Report Strategies for Sustained Growth and Inclusive Development 2008*, foi enfatizado o investimento na educação onde se lê que nenhum país conhece um crescimento rápido e sustentável sem investimento público em infraestruturas, educação e saúde¹²⁸⁵.

No *plano interno* a intervenção do Estado, da sociedade civil e do mercado sob forma de complementaridade encontra-se legitimada na medida em que o retorno do investimento para a sociedade por via da competitividade, da criatividade e da competência da força de trabalho, será superior aos recursos despendidos pela sociedade na educação. Ou seja, embora de difícil mensuração, o retorno do investimento social é superior ao retorno individual.

¹²⁸⁴ Cfr GRUPO DO BANCO MUNDIAL – *Education Year in View*, 2010.

¹²⁸⁵ Cfr. GRUPO DO BANCO MUNDIAL – *The Growth Report Strategies for Sustained Growth and Inclusive Development*, Commission on Growth and Development, 2008, p. 5-6.

No *plano externo* preconiza-se uma maior colaboração dos organismos financeiros internacionais. Nessa medida, defendemos que as regras da condicionalidade dos actuais programas de apoio a Portugal, devem contemplar o sistema educativo dado estarem preenchidos dois pressupostos essenciais: níveis educacionais frágeis e elevado endividamento do Estado, das famílias e das empresas. Numa altura em que as políticas educativas se desenrolam sob a ameaça de uma maior exigência de qualidade nos processos de ensino e aprendizagem, o contributo da União Europeia para o desenvolvimento dessa educação de qualidade é positivo e encontra expressão legal no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (artigo 165.º, nº 1 TUE).

À luz deste entendimento, deve ser negociada uma maior Ajuda Pública ao Desenvolvimento, posição defendida pela UNESCO, no âmbito do documento *A Educação: um tesouro a descobrir*, cujo montante deve ser fixado com a colaboração das instituições financeiras de modo a assegurar as liberdades e o direito à educação. Justifica-se em particular o financiamento externo de programas educativos específicos na medida em que os ganhos de eficiência e eficácia fortalecem a dimensão europeia nesse domínio.

As considerações expostas permitem-nos observar uma aproximação entre o que dispõe o relatório da UNESCO e o Banco Mundial e, confirmar a legitimação destas instituições para internalizarem as políticas educativas, junto dos países, sobretudo junto daqueles cujos níveis educacionais são mais débeis e que dependem da assistência técnica das organizações e das agências internacionais. As instituições estudadas, defendem a extensão universal da educação por se tratar de um direito humano e por haver um reconhecimento generalizado do seu valor social.

Por fim, pelas razões expostas defendemos que a expansão da escolarização e a qualidade que Agenda Globalmente Estruturada para a Educação impõe, vai exigir um aumento de investimento na educação, justificando-se a aplicação do modelo apresentado pela UNESCO em 1996, aqui adaptado para privilegiar a conversão de uma percentagem da dívida portuguesa em benefício da educação.

3. Em que medida os direitos fundamentais conferem ao poder do Estado a função de, por meio de leis e da sua interpretação, assegurar a liberdade de educação e o direito à educação?

A dignidade da pessoa humana, tida como um valor ético-moral, fundamenta a cláusula de bem-estar ou do Estado social e por conseguinte fundamenta o poder do Estado intervir para garantir a liberdade de educação e o direito à educação. No entanto, esse fundamento ao mesmo tempo que justifica a intervenção do Estado no campo social, constitui também “um limite ao próprio bem-estar como tarefa do Estado, pois comporta uma limitação a um modelo de intervenção pública exorbitante sobre a esfera da sociedade civil: o respeito pela dignidade humana fundamenta uma regra de subsidiariedade ou supletividade na acção do Estado”¹²⁸⁶.

A aplicação do princípio da subsidiariedade no domínio da educação, apresenta-se como critério de repartição de poderes decisórios e das responsabilidades entre o Estado e os entes infra-estaduais. Por outras palavras, a autoridade para dar forma à educação dos cidadãos apresenta-se repartida entre o Estado, o mercado e a sociedade civil. Assim ao Estado, é-lhe exigido que cumpra as atribuições no sentido do cumprimento dos fins incumbidos pela Constituição, e que à luz das competências ou seja dos poderes jurídicos que dispõe para levar acabo essas atribuições no domínio da educação, mobilize as suas funções de molde a efectivar a correcção das desigualdades que poderá passar por esquemas prestacionais.

Em simultâneo, cumpre ao Estado consolidar a autonomia e a capacidade de intervenção dos órgãos de direcção das escolas (públicas e/ou privadas) para reforçar a eficácia da execução das medidas de política educativa e da prestação do serviço público de educação. Importa ainda criar as condições para o reforço da participação das famílias e comunidades na direcção estratégica dos estabelecimentos de ensino. Ou seja, se por um lado, o princípio da subsidiariedade confere poder ao Estado para que este exerça a função de, por meio de leis e da sua interpretação, assegurar a liberdade de educação e o direito à educação, por outro limita essa intervenção,

¹²⁸⁶ Cfr. Paulo OTERO – *Direito Constitucional Português*, volume I, 2010, p. 102.

porque se apresenta como um critério de repartição de poderes decisórios entre o Estado e a sociedade.

Desta reflexão resulta o reforço do entendimento da não exclusividade do Estado no desenvolvimento de actividades que conduzam à efectivação da liberdade de educação e do direito à educação. Cumpre-lhe definir a estratégia nacional para a educação, regular e avaliar, devendo no entanto recuar quer na provisão directa dos serviços públicos, quer na organização e gestão quotidiana das instituições de ensino. Estes serviços deverão ficar a cargo de comunidades educativas locais e actores privados.

4. Sem esquecer que a estadualidade constitucional é ainda um limite e um ponto de partida (Gomes Canotilho) que direitos e deveres fundamentais assistem à sociedade em matéria de educação?

À medida que se vai alterando a forma de olhar a coisa pública torna-se necessário criar novos contextos de acção colectiva no interior da própria sociedade civil. Hoje, o mercado, o Estado e a sociedade civil podem ser vistos como interdependentes e mesmo complementares. A reafirmação dos direitos em educação parece exigir o desenvolvimento de uma nova esfera pública, algures entre o Estado e a sociedade civil mercantilizada, em que novas formas de associação colectiva possam ser desenvolvidas. Por fim, as divergências em torno do intervencionismo estatal na educação, inscrevem-se numa crise global de confiança no modelo político-administrativo, modelo que se constituiu como referência ao desenvolvimento dos sistemas públicos de educação do pós-guerra em todos os países, e em particular em Portugal.

À crítica interna ao intervencionismo estatal junta-se uma proliferação de fontes e modos de regulação comunitária e internacional cuja influência na coordenação e transformação do sistema educativo é mais expressiva do que as normas, regras e orientações emanadas pelo poder político. Esta tensão ao mesmo tempo que limita o papel do Estado, vai também colocar uma maior exigência nesse domínio, por via dos interesses defendidos pelas agências internacionais.

Os desenvolvimentos em torno da redefinição do papel do Estado na educação centram-se agora, já não tanto em torno da descentralização, assistindo-se inclusive a uma redução da transferência de poderes com o anunciado fim das direcções regionais de educação (DRE), mas antes numa perspectiva mais centrada no conceito de gestão do valor público aplicado à educação, a que corresponde uma visão comunitarista e de cooperação, concebida a partir de um compromisso entre o Estado e a Sociedade, na tentativa de encontrar novos contextos de acção colectiva no interior da própria sociedade civil.

Francis Fukuyama na sua obra as *Origens da Ordem Política*, sugere que o “Estado seja forte, unificado e capaz de aplicar as leis no seu próprio território”¹²⁸⁷ do mesmo modo que “a sociedade¹²⁸⁸ deve ser forte, coesa e capaz de impor ao Estado a responsabilização ou a prestação de contas. É o equilíbrio entre um Estado forte e uma sociedade forte que faz funcionar a democracia.”¹²⁸⁹ Este modelo de responsabilização aplica-se à educação, num novo contexto de desenvolvimento de uma esfera pública onde o Estado não se retira da educação mas adopta um novo papel, de regulador e avaliador. Falamos de um novo paradigma assente nos pressupostos da *governance*, em que a sociedade civil tem novas responsabilidades na Administração.

Por sua vez, o princípio da democracia económica, social e cultural, plasmado no artigo 2.º da CRP, legitima a intervenção do Estado nos domínios, económico, cultural e social e altera a configuração do processo de legitimação na medida em que o funda na própria Constituição. Porém, a cláusula constitucional de bem-estar, vincula o Estado sem excluir a participação da iniciativa privada para a satisfação das necessidades colectivas, permitindo a leitura que privilegia a adopção de uma postura de pura subsidiariedade da intervenção do Estado.

¹²⁸⁷ Cfr. Francis FUKUYAMA – *Origens da Ordem Política*, 2012, p. 701.

¹²⁸⁸ Na base da sociedade FRANCIS FUKUYAMA apresenta como actores principais os sindicatos, os grupos económicos, estudantes, organização não governamentais e grupos sociais não organizados, in *Origens da Ordem Política*, 2012, figura 12, p. 703.

¹²⁸⁹ Cfr. Francis FUKUYAMA – *Origens da Ordem Política*, 2012, p. 702.

No plano interno, extraímos do texto constitucional a abertura necessária à colaboração de entidades da sociedade civil, de entidades privadas ou afins que no domínio da educação se traduz na cooperação com os pais na educação dos filhos (artigo 67.º, nº 2 *al c*)), inserção das escolas nas comunidades que servem (artigo 74.º, nº 2, conexo com o artigo 43.º, nº 4) e colaboração das escolas e das associações e colectividades desportivas na promoção da cultura física e do desporto (artigo 79.º, nº 2). Logo, solicitar novos direitos na educação é exigir mais espaço para expandir esses direitos de participação como membro de uma comunidade, sendo-lhe garantida a integração nas novas articulações das pessoas e dos grupos sectoriais dentro da sociedade civil.

Podemos então concluir que é precisamente em matéria de direitos fundamentais que as mudanças na sociedade portuguesa são mais visíveis, não sendo mais o Estado o único e exclusivo titular dos deveres constitucionais correspondentes à satisfação dos direitos sociais. Nesse sentido, em matéria de liberdades e direito à educação, as prestações a efectuar pela sociedade civil revestem grande importância constitucional. Em apenas algumas décadas, a sociedade civil surge como alternativa ao Estado e ao mercado. Assim se compreende que “o artigo 77.º da Constituição contemple duas sedes de participação: a das escolas e a da política de ensino. E a cada uma corresponde um nível diverso de participação (...) No nº 1 fala-se em direito de participação; no nº 2 em formas de participação¹²⁹⁰”.

Vimos que o direito de participação dos professores e alunos configura respectivamente a liberdade de aprender e de ensinar (artigo 43.º, nº 1) assim como um meio de realização do direito à educação, na medida em que a educação contribui para a participação democrática na vida colectiva» (artigo 73.º, nº 2). Porém, “com larga margem de confrontação deixada ao legislador, o seu cerne parece ser de direito, liberdade e garantia, por ser, uma manifestação ou uma garantia da liberdade na escola e, enquanto tal, beneficia dos respectivo regime (artigo 17.º)”¹²⁹¹.

¹²⁹⁰ Cfr. Jorge MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2000, p.442-443.

¹²⁹¹ *Idem*, p.443.

Já quanto às formas de participação, estas são menos expressivas. Ainda assim, entronca no princípio de democracia participativa vertido no artigo 2.º, de onde se extrai que 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».

Porém, dos contributos colhidos resulta claro que a lógica centralizadora que tem presidido à organização e funcionamento do sistema de ensino, não só molda a prestação do serviço público de educação, levando a que a actividade educativa fique fora do domínio familiar, provocando como consequência um alheamento de grande parte da sociedade civil em relação à escola. Há como que um alongamento da autoridade do Estado cujos interesses não são convergentes com os interesses dos cidadãos/ãs, provocando uma desigualdade e favorecendo um clima de hostilidade e a uma crise de confiança face ao sector educativo. É esta a situação que se torna imperioso inverter.

Com efeito, defendemos a aplicação do método deliberativo à educação por ser apto a promover um relacionamento mais integrado com a sociedade civil e a Administração Pública. Este novo modelo permite-nos superar a habitual dicotomia ensino público/ensino privado e promover uma maior responsabilização por parte da sociedade civil. A perfeição do modelo pode ocorrer, independente do grau de ensino, segundo três níveis:

- i) a coordenação da política relativa ao sistema educativo ensino cabe ministério especialmente vocacionado para o efeito, porém a fixação dessa política no que diz à flexibilização organizacional e pedagógica das escolas deve ser resultado de deliberação dos professores, alunos, escola/ instituições/parceiros, pais e comunidade;
- ii) Ao ministério, cumpre o controlo e fiscalização de todo o sistema de ensino, deixando à comunidade escolar e a toda à comunidade onde a escola se inscreve, o controlo e gestão da política de ensino local;
- iii) Depois de aprovado o orçamento para a educação (plano estadual e municipal), deve ser devolvido à comunidade local no estrito cumprimento da autonomia para

proceder a parcerias em domínios como a diferenciação da oferta educativa, a transferência de competências, organização do currículo e a gestão de recursos humanos.

O resultado do estudo, leva-nos a reafirmar, que a educação pertence em primeiro lugar aos pais e serão eles os responsáveis pela escolha do processo educativo e de ensino para os seus filhos, de acordo com as suas convicções e dos projectos apresentados pelas diferentes instituições de ensino. Ao Estado cabe assegurar subsidiariamente para que essa escolha não seja condicionada por falta de recursos, e dessa forma garantir o direito à escolha da escola entre a pluralidade de vias educativas, sempre em colaboração com a sociedade civil. É neste quadro de referências que defendemos a liberdade de educação e o direito à educação como essência do fenómeno constitucional.

5. Em que medida a flexibilidade de soluções constitucionais permite a sobrevivência da Constituição, concede-lhe uma interpretação actual, e desse modo vai alongando-a no tempo?

As várias revisões têm permitido a sobrevivência da Constituição à medida que vai sendo redefinido o papel do Estado, mantendo-se no entanto a sua natureza social. Nesse sentido, vimos que a vaga intervencionista do Estado na sociedade se considerava legitimada.

Destacamos a revisão de 1997 por ter consagrado o livre desenvolvimento da personalidade. A consagração deste novo direito veio “reforçar todos os direitos pessoais activos – liberdade de expressão, liberdade de consciência, de religião e de culto, a liberdade de criação cultural e artística, as liberdades manifestação, associação e reunião, o direito de aprender e de ensinar, a liberdade de escolha de profissão, a liberdade de iniciativa e a autonomia de orientação sexual – bem como limitar a intervenção do Estado e da sociedade na esfera individual”¹²⁹².

¹²⁹² Cfr. José ALEXANDRINO – *Direitos Fundamentais*, 2007, p. 110-111.

Mas a revisão de 1997 é igualmente relevante para o tema em estudo, dada a concretização da paridade entre o ensino público e particular e cooperativo, ficando porém, salvaguardada a fiscalização por parte do Estado (artigo 75.º, nº 2 da CRP). Importa no entanto saber se a socialidade do Estado e as adaptações que daí derivaram com impacto no campo educativo, foram alvo de adaptações por via da União e em especial por parte dos poderosos e dinâmicos organismos internacionais. A esse respeito cumpre-nos aludir ao plano interno, regional e internacional.

No *plano interno*, vimos que a educação foi sendo moldada por conjunto de opções políticas que obedecem a lógicas de poder muito diferentes e nessa medida afectam directamente os sistemas e as políticas educativas. E, tal como ficou exposto, caminhamos para uma nova sociedade, onde “a proclamação da igualdade de todos os seres humanos perante as mesmas liberdades fundamentais se tornou o primeiro princípio de justiça das sociedades e das culturas democráticas”¹²⁹³. Essa nova realidade social no país e no mundo veio pôr em causa a autoridade política com reflexos na autoridade do Estado na educação.

No *plano regional da União*, os Tratados que outrora limitavam-se a especificar os domínios em que subsidiariamente a União podia apoiar e completar a acção dos Estados-membros no sentido de fortalecer a dinâmica europeia para a educação, a exemplo da mobilidade de estudantes e professores, do reconhecimento de qualificações e competências, da cooperação entre instituições ou agentes educativos ou a aprendizagem das línguas. Hoje, a União apresenta um referencial europeu para a educação.

A sua influência reflecte-se na definição de uma matriz de políticas a desenvolver pelos Estados nos domínios da educação e formação; no controlo *à posteriori* de todo o processo; no desenvolvimento das plataformas intergovernamentais onde se decide sobre medidas a implementar pelos Estados; e por último, influi ainda no desenvolvimento de uma agenda e uma política comunitária para a educação e formação. Deste modo a União vai contribuindo para o

¹²⁹³ Cfr. Alain RENAUT – *O Fim da Autoridade*, 2004, p. 72.

esvaziamento das instâncias e espaços legítimos de decisão, dos processos e procedimentos ao nível nacional. Essa cedência de soberania surge como reacção à competitividade mundial e justifica-se à luz da necessidade de uma dimensão europeia para a educação por razões de eficácia.

No *plano internacional*, assistimos ao emergir de poderosos organismos transnacionais (Conselho da Europa, FMI, OCDE, OMC e outros), que impondo os seus interesses, regulam e influenciam as políticas nacionais para a educação. A sua supranacionalidade é referida por Lucas Pires quer pela “apropriação de competências exclusivas; a constituição de órgãos próprios independentes; a capacidade para emitir decisões vinculativas, directamente aplicáveis aos Estados-membros e respectivos cidadãos; a possibilidade de recurso a mecanismos sancionatórios capazes de compelir os Estados-membros a obedecer às respectivas determinações mesmo quando adoptadas contra a vontade de alguns deles”¹²⁹⁴.

Neste intrincado internacional o Estado obriga-se a colocar o exercício dos poderes de soberania em comum ou a cooperar com outros Estados ou organizações internacionais, de molde a dar solução a problemas globais. Assim o entende Paulo Otero ao referir que “ (...) a impotência de cada Estado na sua solução, traduz também uma limitação da tradicional onipotência da soberania decisória do Estado – aquilo que antes era objecto de simples lei interna, passa agora a exigir uma prévia convenção internacional”¹²⁹⁵.

Como consequência, a repartição dos papéis que eram tradicionalmente atribuídos ao Estado, estão hoje postos em causa, assistindo-se a uma pressão do poder político sobre os direitos fundamentais, muito por via da conjuntura económica desfavorável que se vive particularmente na União e muito sentida em Portugal. Por essa via, vamos assistindo a uma passagem da autoridade associada ao Estado para uma nova configuração internacional da vida política, económica e social, onde o

¹²⁹⁴ Cfr. Francisco Lucas PIRES – *Introdução ao Direito Constitucional*, p. 12.

¹²⁹⁵ Cfr. Paulo OTERO – *Direito Constitucional Português*, volume I, 2010, p. 128.

“albergue seguro do Estado soberano deixa de existir, sendo a partilha da soberania a melhor forma de a defender”¹²⁹⁶.

Assim se explica, que os preceitos constitucionais que impõem as tarefas determinantes do Estado e em especial ao direito à educação, ainda que estabeleçam opções de valor fundamentais de transformação da sociedade, não podem ser constitucionalmente determináveis, uma vez que terão de permitir margem para as escolhas políticas, por sua vez muito limitadas por via da intensificação do fenómeno da União e da globalização, processos que têm vindo a transformar a sociedade portuguesa submetendo-a a um novo capitalismo desenfreado que surge como inevitável social e economicamente.

A globalização económica exige novas designações e formas de actuação do Estado, nomeadamente a transição de um modelo de controlo estatal para um modelo de supervisão estatal. Aplicando este raciocínio à educação, verifica-se que a unicidade e uniformidade da oferta escolar, tende a ser substituída por um sistema plural marcado pela flexibilidade do sistema educativo mais apto ao combate ao abandono, insatisfação escolar e à concretização do livre desenvolvimento dos jovens.

Podemos mesmo afirmar que a cedência de soberania surge como reacção à mundialização e justifica-se à luz da necessidade de uma dimensão europeia para a educação por razões de eficácia. Em face desse novo dogma, o Estado obriga-se a colocar o exercício dos poderes de soberania em comum ou em cooperar com outros Estados ou organizações internacionais afim de, dar solução a problemas globais, pois “a internacionalização decisória destas matérias, comprovando a impotência de cada Estado na sua solução, traduz também uma limitação da tradicional onipotência da soberania decisória do Estado – aquilo que antes era objecto de simples lei interna, passa agora a exigir uma prévia convenção internacional”¹²⁹⁷.

¹²⁹⁶ Cfr. SILVEIRA; FROUFE – *Tratado de Lisboa*, 2010, p. 16.

¹²⁹⁷ Cfr. Paulo OTERO – *Direito Constitucional Português*, volume I, 2010, p. 128.

Do exposto, resta-nos observar que a maleabilidade de soluções constitucionais traduz uma técnica de sobrevivência, mas também, uma tomada de consciência de que a liberdade de educação e o direito à educação fazem parte de um conjunto de problemáticas que deixaram de poder ser resolvidas pelos Estados individualmente, ou mesmo no âmbito da União. Tomando como referência o pensamento de Jürgen Habermas, parece-nos defensável a abordagem destes desafios à luz de “uma comunidade *cosmopolita* de Estados e dos cidadãos do mundo”¹²⁹⁸.

6 Que efeitos vão-se fazendo sentir no interior do Estado em matéria de educação, à medida que o sistema plural e descentralizado se afirma?

A nova reestruturação do capitalismo tem vindo a potenciar uma profunda alteração na transformação do poder do Estado, por via do esbater das fronteiras políticas, na transferência do governo (*government*) para o de governação (*governance*) e pela internacionalização da educação. A globalização vai sendo apresentada “como inevitabilidade social quer na sua génese quer nos seus efeitos”¹²⁹⁹. Deste modo, o processo social da globalização “é agora parte integrante dos sistemas educativos locais e a sua evolução dificilmente se compreenderá em termos meramente locais e nacionais”.

Os projectos desenvolvidos pelas organizações internacionais desempenham um papel fundamental nos progressos das políticas educativas nacionais, normalizando-as por via de uma agenda, na qual são fixadas as prioridades assim como o espaço temporal para o seu cumprimento, concretizando a definição de um mandato. Este pode ser definido como um conjunto de considerações, de directrizes, de metas que de forma mais ou menos clara projectam o caminho para os sistemas educativos nacionais. Assim se compreende que as reformas que vão sendo defendidas pelos diferentes governos são validadas internacionalmente, quer pela legitimidade das organizações internacionais, quer pela educação comparada, quer ainda pela aceitação dos países cultura e economicamente mais influentes.

¹²⁹⁸ Cfr. Jürgen HABERMAS – *Um Ensaio sobre a Constituição da Europa*, 2012, p.25.

¹²⁹⁹ Cfr. Joaquim AZEVEDO – *Sistema Educativo Mundial*, 2007, p.15.

Importa no entanto realçar que não obstante as considerações tecidas, o único centro decisório definidor da competência¹³⁰⁰ de todas as restantes autoridades que exercem poderes no seu território situa-se no Estado e nenhuma autoridade tem poderes independentes da intervenção do Estado, razão suficiente para que se continue a defender que o Estado, em si mesmo, enquanto sujeito histórico e político, continua a existir e o cerne da governação educacional permanece em grande parte sob o seu controlo embora se visualizem novas formas de reconfiguração muito por força da fricção das forças supranacionais.

Torna-se claro que estamos inevitavelmente perante um novo paradigma de governo educacional, razão para que a questão que hoje se coloca não consista em saber “como o Estado pode exercer melhor o seu poder, mas sim que poder deve exercer, onde, quando, como e com que finalidade”¹³⁰¹. Daqui emerge um novo modelo de governação que visa incentivar e facilitar a participação e vigilância cívicas por parte dos cidadãos, limitando os abusos de poder político na medida em que permite mais transparência na forma de atingir os resultados. É uma outra forma de olhar para a *coisa pública*, assente no Estado Constitucional como modelo de comunidade juridicamente organizada.

Em suma, conhecidas que são os malefícios do sistema de universalização do serviço público, quando entendido apenas como serviço estatal, pelo défice de liberdade e desresponsabilização social que promove, assiste-se ao abandono da concepção central do governo enquanto prestador do serviço público de educação, em favor de uma actividade de coordenação da vida social garantida por múltiplas entidades educativas, de forma descentralizada e autónoma que está na base do conceito de “governação”, modelo defendido pelo Grupo do Banco Mundial.

¹³⁰⁰ Competência pode ser definida como o conjunto de poderes funcionais que a lei confere para a prossecução das atribuições das pessoas colectivas públicas, cfr. DIAS; OLIVEIRA – Noções Fundamentais de Direito Administrativo, 2005, p. 46.

¹³⁰¹ Cfr. João BARROSO – *O Estado e a Educação*, 2006, p. 64.

7. De que forma o princípio da dignidade da pessoa humana que constitui fundamento da cláusula de bem-estar, também acaba por introduzir um limite ao próprio bem-estar como tarefa do Estado?

Na realidade, o princípio da dignidade da pessoa humana, se constitui fundamento da cláusula de bem-estar, também acaba por introduzir um limite ao próprio bem-estar como tarefa do Estado, pois comporta uma limitação a um modelo centralizado de intervenção pública sobre a sociedade civil por via do princípio da subsidiariedade do Estado.

Por outras palavras, a cláusula de bem-estar não exclui um modo de satisfação corrente das necessidades educativas resultante da colaboração entre a iniciativa pública e iniciativa privada, dando lugar ao modelo designado por economia mista de bem-estar, expressão igualmente defendida por Paulo Otero. Daqui se depreende que a participação do mercado não significa que o Estado deva alienar a “prossecução do interesse público inerente à realização do princípio da socialidade”¹³⁰². Também não significa “uma desconstrução do Estado Social a favor das forças auto-regulativas do mercado livre”¹³⁰³. Simplesmente as prestações sociais deixam de ser em exclusivo tarefa do Estado “para serem prestações fornecidas, com carácter de universalidade por infra-estruturas privadas”¹³⁰⁴.

8. De que modo a cláusula constitucional de bem-estar se alicerça no valor da solidariedade, enquanto garantia de uma existência condigna inerente à própria dignidade humana?

À medida que a solidariedade e a consciência da necessidade de correcção de desigualdades vai crescendo e vai sendo enquadrada juridicamente, os direitos sociais emergem como instrumentais em relação aos direitos, liberdades e garantias. Enquanto este processo decorre, assistimos a uma tensão entre Estado de Direito e direitos fundamentais corporizada pela *metáfora dos trunfos* de Dworkin. Segundo o

¹³⁰² Cfr. Gomes CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2010, p. 354.

¹³⁰³ *Idem, Ibidem.*

¹³⁰⁴ *Idem, Ibidem.*

autor, “ter um direito fundamental, em Estado de Direito, equivale a ter um trunfo num jogo de cartas. A carta de trunfo prevalece sobre as outras, mesmo sobre as de valor facial mais elevado (...) tendo em conta que o outro “jogador” é o Estado, ter um direito fundamental significará, então ter um trunfo contra o Estado, contra o Governo democraticamente legitimado”.

Mas algo mudou, sendo evidente uma degradação do Estado-providência desde o início do século XXI. Hoje quando nos referimos à igualdade, é da sua materialidade que nos ocupamos, na qual se inscrevem as compensações que atenuam as desigualdades de partida, junto dos alunos/as que pelas suas qualidades específicas ou pela sua posição social, precisam de uma protecção particular e adequada. Numa época em que o grande objectivo deixa de ser a universalidade gratuita de prestação de serviços em regime de monopólio público, para passar a ser reclamada apenas a garantia do mínimo vital a uma vida condigna, a metáfora parece não fazer sentido.

Dá-se em nosso entender por um lado, o regresso à origem dos direitos sociais, associado à protecção das pessoas que dela carecem, de quem pode ver a sua humanidade ameaçada por não dispor de meios suficientes. Por outro lado, a crise conjuntural justifica a emergência do princípio da socialidade representativo de um núcleo de preocupações que a lei comete ao Estado. A esta luz, o princípio do Estado social surge como mais apto à “construção de uma sociedade solidária, configurando-se a solidariedade como valor ou critério teleológico de actuação dos poderes públicos nas suas relações com as pessoas e, paralelamente, como propósito público de promoção e incentivo entre os membros da sociedade civil (...) É no valor da solidariedade que se alicerça a cláusula constitucional de bem-estar (artigo 9.º, *al d*) e 81.º *al a*), enquanto garantia de uma existência condigna inerente à própria dignidade humana¹³⁰⁵.

Recentrando a reflexão no direito à educação, colocado hoje sob reserva do financeiramente possível, reafirmamos que o Estado só pode suspender a realização desse direito social ou de outro direito derivado a prestações nele baseado quando se

¹³⁰⁵ Cfr. Paulo OTERO – *Direito Constitucional Português*, volume I, 2010, p. 43-44.

sustente numa comprovada incapacidade material, designadamente financeira, para manter a medida entretanto reconhecida de realização daquele direito ou quando a tal se veja obrigado por força da necessária realização de outros direitos constitucionalmente protegidos.

Reconhecemos como tal, a legitimação das medidas públicas destinadas a garantir a inclusão do indivíduo nos esquemas prestacionais e convergimos com Paulo Otero, ao aceitar a solidariedade como um comando que vincula os poderes públicos a um modelo de sociedade baseado na justiça social, e, simultaneamente, um imperativo ético entre os demais membros da sociedade. A própria constituição concretiza uma estrutura básica da sociedade assente numa concepção política ancorada na dignidade humana e assente na construção de uma sociedade livre.

9. A justiça de um modelo de sociedade depende essencialmente da forma como são atribuídos os direitos e deveres fundamentais (Rawls). Como se concretiza em matéria de liberdade de educação e do direito à educação?

Sendo a justiça o garante dos direitos do indivíduo, segundo Rawls, estes não podem depender de qualquer negociação política ou de cálculos dos interesses sociais. A justiça constrói-se por princípios e não consiste numa distribuição de bens por parte de alguma autoridade centralizada. Partindo deste pressuposto, a justiça de uma sociedade só é alcançada quando quer os direitos quer os deveres fundamentais forem bem atribuídos, bem como as condições sócio-económicas¹³⁰⁶. Numa sociedade desta forma ordenada, a justiça apresenta-se como a primeira instituição social¹³⁰⁷ não permitindo que alguns indivíduos percam a liberdade em favor de outros que passam

¹³⁰⁶ Cfr. John RAWLS – *Uma Teoria da Justiça*, 1993, p. 30.

¹³⁰⁷ As instituições que compõem a estrutura básica são para Rawls a constituição política, bem os tribunais, as formas reconhecidas de propriedade, a natureza da família, os principais arranjos económicos, o sistema de saúde, o sistema educativo, etc. Cada um de nós nasce já num enquadramento regulado por uma estrutura básica da qual depende em boa parte, o ponto de partida de cada indivíduo. “Deste modo, as instituições da sociedade favorecem certas posições iniciais relativamente a outras (...) É a estas desigualdades, provavelmente inevitáveis na estrutura básica de qualquer sociedade, que os princípios da justiça se devem aplicar em primeiro lugar”. Cfr. JOHN RAWLS – *Uma Teoria da Justiça*, 1993, p. 30.

“a partilhar um bem maior”¹³⁰⁸. Nesta sociedade justa, “a igualdade de liberdades e direitos entre os cidadãos, é considerada como definitiva”¹³⁰⁹.

O conceito de justiça em Rawls é definido como “um equilíbrio adequado entre pretensões concorrentes e concepções da justiça, conjunto de princípios inter-relacionados que permitem a identificação dos aspectos relevantes para a determinação daquele equilíbrio (...) São estes princípios que regulamentam os acordos subsequentes; especificam as normas de cooperação social que podem ser introduzidas, bem como as formas de governo que podem ser estabelecidas”¹³¹⁰. É esta forma de encarar os princípios da justiça que Rawls designa por “teoria da justiça como equidade”¹³¹¹. A justiça pretende designar a escolha dos princípios a equidade¹³¹² já “a equidade caracteriza (...) o procedimento de deliberação que deverá conduzir à escolha dos princípios de justiça”¹³¹³. Relevante é o facto do autor valorizar o contrato duradouro entre gerações por ser uma forma de conseguir a estabilidade¹³¹⁴.

Estes argumentos são mais tarde criticados pelos comunitaristas pelo facto de Rawls não fazer qualquer ligação à tradição e às ideias políticas dos cidadãos, o que levou em 1993, à publicação da sua obra *Liberalismo Político*, onde aí o autor procura concretizar a concepção política de justiça mas numa sociedade democrática pluralista onde as decisões são tomadas por deliberação.

Na realidade, saber o que cabe ao Estado ou em que medida estamos perante um Estado necessário, não é respondido a uma só voz. Como se afirmou neste estudo, há espaço para opções políticas diversas, as quais devem ser atendidas, desde que inscritas numa concepção pública de justiça, que aplicada à educação, apela em nosso entender, à intervenção do Estado apenas com o objectivo de não discriminar mas antes corrigir a desigualdade de partida dos cidadãos.

¹³⁰⁸ Cfr. John RAWLS – *Uma Teoria da Justiça*, 1993, p. 27.

¹³⁰⁹ *Idem, Ibidem*.

¹³¹⁰ *Idem*, p. 32-33.

¹³¹¹ *Idem*, p. 33.

¹³¹² Cfr. Paul RICOEUR – *O Justo ou a Essência da Justiça*, 1995, p. 65.

¹³¹³ *Idem*, p. 65.

¹³¹⁴ *Idem*, p. 96.

Defendemos porém que essa perspectiva só é defensável num contexto de democracia deliberativa, a qual é entendida por Rawls como uma ordem política onde os cidadãos se comprometem a resolver colectivamente os problemas colocados pelas suas escolhas colectivas através da discussão pública. Passa também por aceitar como legítimas as instituições políticas de base na medida em que estas constituem o quadro de uma deliberação pública tomada com toda a liberdade. Esta cultura democrática encerra a ideia de cooperação entre cidadãos livres e iguais.

A democracia deliberativa, permite-nos promover uma política constitucional de liberdades a partir da análise dos princípios, direitos e deveres fundamentais, apresentados como factores modeladores de uma certa concepção valorativa do constitucionalismo. Uma vez assumido o conceito de dignidade como factor de unidade axiológica, defendemos que quer as liberdades quer o direito à educação estão vinculados a esse princípio.

Esta interpretação promove a aproximação do direito à educação à liberdade de educação, mas defende igualmente um quadro normativo constitucional aberto. Nela os preceitos relativos aos direitos fundamentais que impõem tarefas legislativas de concretização no âmbito do direito à educação, ainda que estabeleçam opções de valor fundamentais de transformação da sociedade, não podem ser constitucionalmente determináveis e terão de deixar sempre um espaço vasto para escolhas democraticamente legitimadas.

Quando defendemos a liberdade de educação defendemos os valores fundamentais de liberdade e da autonomia das pessoas, famílias e outras organizações sociais. Nela se afirma a liberdade de escolha onde o Estado se apresente como um agente director, antes a sua intervenção há-de limitar-se ao estritamente necessário, valendo aí a supletividade como regra, de modo a que sem limitar a autonomia privada, o Estado seja apenas um complemento no âmbito da educação e do ensino.

Em defesa da liberdade de educação, apelamos a uma intervenção do Estado ao nível da regulação, da fiscalização e da informação, de modo a promover de forma adequada a intervenção da sociedade civil nas actividades educativas. Com efeito, o investimento na educação não significa o fornecimento directo das prestações

materiais respectivas por intermédio unicamente do aparelho organizado de serviços públicos. Sem diminuir a responsabilidade pública do Estado no domínio da educação reafirmamos a necessária subsidiariedade da sociedade juntamente com uma colaboração mais activa dos organismos internacionais.

A tese aqui proposta pretende ser um contributo para um debate difícil e actual sobre a educação. As divergências em torno do intervencionismo estatal na educação em Portugal, inscrevem-se tal como em outros países da União Europeia, numa crise global de confiança no modelo político-administrativo, modelo que serve de referência ao desenvolvimento do sistema público de educação. À crítica ao intervencionismo estatal junta-se, uma proliferação de fontes e modos de regulação comunitária e internacional, cuja influência na transformação do sistema educativo ultrapassa as orientações políticas.

Pelas razões expostas, a reforma educativa em Portugal continua tímida e envolta em conflito entre pais, professores, alunos e a comunidade em geral. Porém, e não obstante a permanência de uma crise com consequências sociais nefastas, parece emergir um capital de confiança à medida que em alternativa à legislação centralizada, avançam os compromissos entre o Ministério que tutela a educação e os demais agentes educativos.

11.2. Limitações da Investigação

Não obstante o gosto e o interesse que depositamos nesta investigação, maioritariamente centrada no Direito Constitucional e na Ciência Política, o objecto de estudo apresentou-se particularmente propenso à mobilização de várias áreas do conhecimento. Essa natureza multidisciplinar traduziu-se num obstáculo quer, pela dificuldade de uniformização da narrativa, quer pela incapacidade de estudar todos os autores que se debruçaram sobre a temática, pelo que foi necessário impor restrições relativamente às fontes da investigação.

11.3. Sugestões para futuras investigações

A sugestão aqui proposta visa expandir e aprofundar o alcance da liberdade da educação e o direito à educação. Nesse sentido, sugere-se o estudo do aprofundamento do modelo de deliberação democrática no domínio da educação. Outra sugestão, visa o acompanhamento do processo de contratualização por parte das escolas e das dinâmicas de decisão e responsabilização dos vários agentes educativos daí resultantes.

Fontes e Bibliografia

AFONSO, Almerindo

- ____ A Redefinição do Papel do Estado e as Políticas Educativas: Elementos para pensar a transição. *Sociologia, problemas e Práticas*, nº 37, 2001, p. 33-38. In <http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/spp/n37/n37a02.pdf>. [Consul.19.08.2008].
- ____ Estado, Globalização e Políticas Educacionais: Elementos para uma Agenda de Investigação. *Revista brasileira de educação*, Janeiro-Abril, nº 022, 2003, p. 35-46. In <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/275/27502205.pdf>. [Consul.19.08.2008].

AFONSO, Natércio

- ____ A Direcção Regional de Educação: um espaço de regulação intermédia. In BARROSO, J. (org), *A Regulação das Políticas Públicas de Educação: Espaços, dinâmicas e actores*. Lisboa: EDUCA/Unidade de I&D de Ciências da Educação 2006. ISBN 13: 978-972-8036-85-0. cap. 2, p. 71-96.

ALEXANDRINO, José de Melo

- ____ *A Estruturação do Sistema de Direitos, Liberdades e Garantias na Constituição Portuguesa*. Volume II. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 972-40-2971-9.
- ____ *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*. Cascais: Principia, 2011. ISBN 978-989-7160-32-5.
- ____ *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*. Cascais: Principia, 2007. ISBN 978-989-7160-32-5.

AMARAL, Carlos

- ____ Comunitarismo. In ROSAS, J. C. (org), *Manual de Filosofia Política*. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3584-0, cap. IV, p. 86-107.

AMARAL, Freitas de

- ____ *História das Ideias Políticas* (apontamentos). Volume II, Rio de Mouro: Editora Pedro Ferreira-Artes Gráficas, 1998.

AMARAL, Maria Lúcia

- ____ Direito à Educação: Uma Perspectiva Europeia. In Paulo Otero *et al* (org), *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*. Volume. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1957-9, p. 489-501.

ANDRADE, Vieira de

- ____ O “Direito ao Mínimo de Existência Condigna” como Direito Fundamental a Prestações Estaduais Positivas – uma decisão singular do Tribunal Constitucional. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 509/02, *Jurisprudência Constitucional*, nº 1 Janeiro - Março, 2004.
- ____ *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4669-3.
- ____ *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. ISBN 9789724046693.
- ____ Repensar a relação entre o Estado e a sociedade. *Nova Cidadania*. Lisboa: Fundação Oliveira Martins. ISBN 9770874530002 00031. Ano VIII, nº 31, Janeiro - Março, 2007, p. 36-38.

ANTUNES, Fátima

- ____ *A Nova Ordem Educacional: Espaço Europeu de Educação e Aprendizagem ao Longa da Vida*. Coleção de Ciências de Educação e Pedagogia. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3547-5.
- ____ Globalização e Europeização das Políticas Educativas, Percursos, Processos e metamorfose. *Sociologia, Problemas e Práticas*, nº 47: 2005, p. 125-143. In <http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/spp/n47/n47a07.pdf>. [Consul.02.01.2012].
- ____ Os Locais das Escolas Profissionais: novos papéis para o Estado e a europeização das políticas educacionais. In Boaventura de Sousa Santos (Direcção), *Transnacionalização da Educação. Da crise da educação à “educação” da crise*. Santa Maria da Feira: Edições afrontamento, 2001, ISBN 972-36-0574-0, cap. 4, p.164-208.

ARENDT, Hannah

- ____ A Crise na Educação. In *Entre o Passado e o Futuro: Oito Exercícios sobre o Pensamento Político*. Trad. Olga Pombo. Lisboa: Relógio D’ Água, 2006, p. 183-206. Título original: *Between Past and Future* (1961). ISBN 972-708-870-8.
- ____ O que é a Autoridade? In *Entre o Passado e o Futuro: Oito Exercícios sobre o Pensamento Político*. Trad. José Silva. Lisboa: Relógio D’ Água, 2006, p. 105-154. Título original: *Between Past and Future* (1961). ISBN 972-708-870-8.

ARISTÓTELES

- ____ *Política*. Trad. António Campelo Amaral; Carlos Gomes. Edição Bilingue. Lisboa: Veja, 1998. ISBN: 972-699-561-2.

AZEVEDO, F. Sebastião

- _____. Resumo da intervenção no Seminário sobre Quadros de Qualificações Organizado pelo Grupo de Peritos de Bolonha Instituto Superior de Engenharia do Porto, 8 de Junho de 2009. In http://www.dges.mctes.pt/NR/rdonlyres/236F64E4-0B3E-41A0-81D5-5EF6768F1E5E/3654/SFA_20090608_QF_Peritos_Resumo.pdf. [Consul.26.12.2009].

AZEVEDO, Joaquim

- _____. Aprendizagem ao Longo da Vida e Regulação Sócio comunitária da Educação. Lisboa, *Cadernos de Pedagogia social*, nº1, 2007a. ISSN: 1646-7280. p. 7- 40.
- _____. *Sistema Educativo Mundial: Ensaio sobre a regulação transnacional da educação*. Vila Nova de Gaia: Fundação Manuel Leão, 2007. ISBN 978-989-8151-02-5.

BARRETO, António *et al.*

- _____. *A Situação Social em Portugal, 1960-1995*. Volume I. Lisboa: Instituto das Ciências Sociais, Universidade de Lisboa, 1995. ISBN 972-671-043-X.

BARRETO, Ireneu Cabral

- _____. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, anotado. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 27. ISBN 9789723218855.

BARROSO, João

- _____. O Estado, a Educação e a Regulação das Políticas Públicas. *Educ. Soc.*, Campinas, volume 26, n. 92, Especial – 2005a, Outubro, p 725-751. In <http://www.scielo.br/pdf/es/v26n92/v26n92a02.pdf>. [Consul.09.09.2009].
- _____. *O Estado e a Educação a regulação transnacional, a regulação nacional e a regulação local*. In BARROSO, J. (org), *A Regulação das Políticas Públicas de Educação: Espaços, dinâmicas e Actores*. Lisboa: EDUCA /Unidade de I&D de Ciências da Educação, 2006, ISBN 972-8036-85-x. cap. 1, p. 43-70.
- _____. *Políticas Educativas e Organização Escolar*. Lisboa: Universidade Aberta. 2005. ISBN-13: 978-972-8036-85-0.

BARROSO, João; VISEU, Sofia

- _____. A interdependência entre Escolas: um espaço de regulação. In BARROSO, J. (org), *A Regulação das Políticas Públicas de Educação: Espaços, dinâmicas e actores*. Lisboa: EDUCA Unidade de I&D de Ciências da Educação, 2006. ISBN-13:978-972-8036-85-0. cap. 4, p. 129-162.

BECKER, Gary

- _____. *Human Capital - A Theoretical and Empirical Analysis with Special Reference to Education*. New York: Columbia University Press, 1964, p. 118-172.

BELL, Daniel

____ *Communitarianism and its Critics*. First published 1993, Reprinted. Oxford: Clarendon Press, 1996. ISBN 0-19-827922-1.

CABALLO VILLAR, Maria Belén

____ *A Cidade Educadora: Nova Perspectiva de Organização e Intervenção Municipal*. Lisboa: Instituto Piaget. ISBN 978-771-891-7.

CAMPOS, João; CAMPOS, J. Luís

____ *Manual de Direito Europeu: o Sistema Institucional, a Ordem Jurídica e o Ordenamento Económico da União Europeia*, 6ª ed. Coimbra: Wolters Kluwer; Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1812-1.

CAMPOS, Manuel F.

____ *O Direito e a Moral no Pensamento de Friedrich Hayek*. Publicações da Universidade Católica. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

CANOTILHO, Gomes

____ O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (Contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”). In *Revista de Doutrina*, EMAGIS da 4ª Região, nº 22, 2008, p. 1-15. In http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/dconstitucionalrevistasest.html. [Consul.02.08.2008].

____ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-2106-5.

____ *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN 978-972-32-1593-9.

____ Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. In *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN 978-972-32-1593-9. p. 35-66.

____ Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais». In *Estudos sobre direitos fundamentais*, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004a. ISBN 978-972-32-1593-9. p. 97-114.

CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital

____ *Constituição da República Portuguesa*, anotada. Volume II, 4ª ed. revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1839-8.

____ *Constituição da República Portuguesa*, anotada. Volume I, 4ª ed. revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8.

CARNEIRO, Roberto

____ *Fundamentos da Educação e da Aprendizagem: 21 ensaios para o século 21*. Vila Nova de Gaia: Editora Fundação Manuel Leão, 2001. ISBN 972-97155-5-6.

CASTELLS, Manuel

____ *A Sociedade em Rede, A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura*. Volume I. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. ISBN 972-31-0984-0.

CASTELO BRANCO, J.T.

____ Isaia Berlin: Da liberdade negativa à sociedade decente. In ESPADA, J. C. ; ROSAS, J. (2004), *Pensamento Político Contemporâneo*. Lisboa: Bertrand, 2004. ISBN: 972-25-1399-0, cap. 4, p. 60-80.

CAUPERS, João

____ *Introdução ao Direito Administrativo*. 8ª ed. Lisboa: Ancora Editores, 2005. ISBN 972 780-164.1.

COMISSÃO EUROPEIA

____ Aplicar o programa comunitário de Lisboa. Proposta de Recomendação do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à instituição do quadro europeu de qualificações para a aprendizagem ao longo da vida. Bruxelas, 5.9.2006. COM (2006) 479 final. In <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0479:FIN:PT:PDF>. [Consul.12.09.2010].

____ Comunicação da Comissão. Avaliação da ação subsequente ao Livro Branco “Ensinar e aprender: rumo à sociedade cognitiva”. COM (1997) 256 final. In <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1997:0256:FIN:PT:PDF>. [Consul.08.07.2009].

____ Comunicação da Comissão. Relatório da Comissão, execução do Livro Branco “Ensinar e aprender: rumo à sociedade cognitiva”. COM (1999) 750 final. In <https://infoeuropa.euroid.pt/>. [Consul.08.07.2009].

____ Comunicação da Comissão. “Tornar o espaço europeu de aprendizagem ao longo da vida uma realidade”, 2001, COM (2001) 678. In <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0678:FIN:PT:PDF>. [Consul.08.07.2009].

____ Comunicação da Comissão, “Educação & Formação para 2010”. A urgência das reformas necessárias para o sucesso da estratégia de Lisboa. COM (2003) 685 final. (Projecto de relatório intercalar conjunto sobre a realização do programa de trabalho pormenorizado relativo ao seguimento dos objectivos dos sistemas de educação e de formação na Europa). In <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0685:FIN:PT:PDF>. [Consul.03.01.2009].

- ____ Comunicação da Comissão, “A nova geração de programas comunitários no domínio da educação e da formação após 2006”. Bruxelas, 9.03.2004 COM (2004) 156 final. In <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0156:FIN:PT:PDF> [Consul.08.07.2009].
- ____ Comunicação ao Conselho Europeu da Primavera, “Trabalhando juntos para o crescimento e o emprego. Um novo começo para a Estratégia de Lisboa”. Comunicação do Presidente Barroso com o acordo do Vice-Presidente Verheugen. Bruxelas, 2.2.2005, COM (2005) 24 final. In <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0024:FIN:pt:PDF>. [Consul.12.07.2010].
- ____ Communication from the commission “the new generation of community education and training programmes after 2006”, COM (2004) 156 final: 3. Bruxelas, 9.3.2004. In <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0156:FIN:EN:PDF>. [Consul.03.01.2009].
- ____ Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento, “Construir o nosso futuro em comum, Desafios políticos e recursos orçamentais da União alargada, 2007-2013”. COM (2004) 101 final. In <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0101:FIN:PT:PDF>. [Consul.12.07.2009].
- ____ Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento, ao Comité Económico Social Europeu e ao Comité das Regiões, “Aplicar o Programa Comunitário de Lisboa: Promover o espírito empreendedor através do ensino e da aprendizagem”. Bruxelas, 13.02.2006. COM (2006) 33 final, p. 3. In <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0033:FIN:PT:PDF>. [Consul.12.07.2009].
- ____ Documento de trabalho da Comissão, “Consulta sobre a futura estratégia «UE 2010»”, (Texto relevante para efeitos do EEE). Bruxelas, 24.11.2009. COM (2009) 647 final. In http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/eu2020/docs/com_2009_647_pt.pdf. Consultado em 12.09.09. [Consul.12.10.2012].
- ____ Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão. “Memoranda sobre a Aprendizagem ao Longo da Vida”, 30.10.2000 (SEC (2000) 1832). In http://ec.europa.eu/education/lifelong-learning-policy/doc/policy/memo_pt.pdf. [Consul.08.07.2009].
- ____ Governança Europeia: Um Livro Branco. Bruxelas, 25.07. 2001, COM (2001), 428 final. In http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/com/2001/com2001_0428pt01.pdf. [Consul.09.07.2009].
- ____ Livro Branco sobre a Educação e a Formação: Ensinar e Aprender: Rumo à Sociedade Cognitiva. Luxemburgo, Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 29.11.1995. COM (95) 590. In http://europa.eu/documentation/official-docs/white-papers/index_pt.htm#1995. [Consul.12.10.2009].

- ____ Livre Verde sobre Serviços de Interesse Geral. Bruxelas, 21.05.2003, COM (2003), 270 final. In http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/com/2003/com2003_0270pt01.pdf.
[Consul.09.07.2009].
- ____ “Modernização e empregabilidade no cerne da nova estratégia de reforma do ensino superior”. 20.09.2011. In http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-1043_pt.htm.
[Consul.12.10.2012].
- ____ The European Higher Education Area in 2012: Bologna Process Implementation Report. In [http://www.ehea.info/Uploads/\(1\)/Bologna%20Process%20Implementation%20Report.pdf](http://www.ehea.info/Uploads/(1)/Bologna%20Process%20Implementation%20Report.pdf).
[Consul.12.12.2012].

CONFERÊNCIA MINISTERIAL DO ENSINO SUPERIOR

- ____ Realising the European Higher Education Area. Communiqué of Conference of Ministers responsible for Higher Education in Berlin on 19 September 2003. In <http://www.bologna-berlin2003.de/en/aktuel/index.htm>.
[Consul.10.09.2009].
- ____ The Bolonha Declaration of 19 June 1999. Join declaration of the European Ministers of Education. The European Higher Education Area. In http://www.ond.vlaanderen.be/hogeronderwijs/bologna/documents/MDC/BOLOGNA_DECLARATION1.pdf.
[Consul.12.10.2009].
- ____ The European Higher Education Area. Achieving the Goals. Communiqué of the Conference of European Ministers Responsible for Higher Education, Bergen, 19-20 May 2005. In http://www.ond.vlaanderen.be/hogeronderwijs/Bologna/documents/MDC/London_Communique18May2007.pdf.
[Consul.28.12.2009].
- ____ The European Higher Education Area in the new decade. Communiqué of the Conference of European Ministers Responsible for Higher Education, Louvain-la-Neuve, 28-29 April 2009. In http://www.ond.vlaanderen.be/hogeronderwijs/Bologna/documents/MDC/London_Communique18May2007.pdf.
[Consul.28.12.2009].
- ____ Towards The European Higher Education Area. Communiqué of the Meeting of European Ministers in Charge of Higher Education in Prague on May 19th 2001. In http://www.ond.vlaanderen.be/hogeronderwijs/bologna/documents/MDC/PRAGUE_COMMUNIQUE.pdf.
[Consul.10.09.2009].

CONSELHO DA EUROPA

- ____ Carta do Conselho da Europa sobre a Educação para a Cidadania Democrática e a Educação para os Direitos Humanos.
In http://www.coe.int/t/dg4/education/edc/Source/Charter/EDC_Charter2_PT.pdf.
[Consul.10.11.2012].
- ____ Convenção Europeia dos Direitos Humanos, adoptada pelo Conselho da Europa, em 4 de Novembro de 1950. Entrou em vigor em 1953. In <http://www.netprof.pt/pdf/convencaoedh.pdf>.
[Consul.10.12.2011].
- ____ Livro Branco sobre o Diálogo Intercultural “ Viver Juntos em Igual Dignidade”. In http://www.coe.int/t/dg4/intercultural/Source/Pub_White_Paper/WhitePaper_ID_PortugueseVersion2.pdf.
[Consul.10.12.2012].
- ____ Protocolo nº 6 à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais Relativo à abolição da Pena de Morte. In <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-28-4-983-ets-114.html>.
[Consul.10.12.2011].
- ____ Protocolo nº 13 à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, Relativo à Abolição da Pena de Morte em quaisquer circunstâncias.
In <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/Protocolo%2013.html>.
[Consul.10.12.2011].
- ____ Protocolo Adicional à Convenção de Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Modificado nos termos das disposições do Protocolo nº11). Adoptado em Paris, a 20 de Março de 1952. Entrada em vigor na ordem internacional, 18 de Maio de 1954. In <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-20-03-952-ets-9.html>.
[Consul.10.12.2011].
- ____ Recomandation CM/Rec (2010)12 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les juges: indépendance, efficacité et responsabilités. In <http://www.asjp.pt/wp-content/uploads/2011/01/M-Rec201012-vers%C3%A3o-em-franc%C3%AAs.pdf>.
[Consul.10.11.2012].

CONSELHOS EUROPEUS

- ____ Conselho Europeu de Estocolmo, 23-24 de Março de 2001. In http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/pt/ec/00100-r1.%20ann-r1.p1.html.
[Consul.20.08.2008].
- ____ Conselho Europeu de Lisboa, 23-24 de Março 2000, Conclusões, p. 1-20. In http://www.unic.pt/images/stories/publicacoes2/Concl_Presid_C_Europeu_Lisboa.pdf.
[Consul.20.08.2009].

CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO

____ Recomendação nº 3/2012, sobre o prolongamento da escolaridade universal e obrigatória até ao 12.º ano ou até aos 18 anos, *Diário da República*, 2.ª série — N.º 141 — 23 de julho de 2012. In <http://dre.pt/pdf2sdip/2012/07/141000000/2603526039.pdf>.

[Consul.10.12.2012].

____ Recomendação nº 7/2012, sobre autonomia das escolas, *Diário da República*, 2.ª série — N.º 227 — 23 de Novembro de 2012. In <http://dre.pt/pdf2sdip/2012/11/227000000/3790437908.pdf>.

[Consul.10.12.2012].

____ Recomendação nº 6/2012, sobre Autarquias e Educação, *Diário da República*, 2.ª série — N.º 227 — 23 de Novembro de 2012. In <http://dre.pt/pdf2sdip/2012/11/227000000/3790237904.pdf>.

[Consul.10.12.2012].

COSTA, Jorge Adelino

____ *O Projecto Educativo da Escola e as Políticas Educativas Locais: Discursos e Práticas*, 2ª ed. Aveiro: Universidade de Aveiro, 2003. ISBN 9789727890989.

COTOVIO, Jorge

____ *O Ensino Privado*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2004. ISBN 972-54-0087-9.

DELORS, Jacques

____ *Educação: um tesouro a descobrir*. Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o séc. XXI, Jaques Delors (coord.). Porto: Asa, 1996. ISBN 85-249-0673-1.

DIAS, José F.; OLIVEIRA, Fernanda

____ *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, Reimpressão, Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 9789724026688.

DUARTE, Maria Luísa

____ A União Europeia e o Sistema Europeu de Protecção dos Direitos Fundamentais – a chancela do Tratado de Lisboa. In *O Tratado de Lisboa, Cadernos o Direito*, nº 5. Coimbra: Almedina, ISBN 9789724042671. 2010, p. 169-189.

DURKHEIN, Émile

____ *Educação e Sociologia*. Trad. Nuno Lopes, 1ª ed. Coimbra: Edições, 70 Lda., 2007. Título original: *Éducation et Sociologie*, 1922, ISBN: 978-972-44-1385-3.

ESPADA, João Carlos

____ *Direitos Sociais de Cidadania*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1997. ISBN: 972-27-0870-8.

____ *Liberdade implica responsabilidade. Nova Cidadania*. Lisboa: Fundação Oliveira Martins. ISBN: 9770874530002 00031. Ano VIII, nº 31, Janeiro - Março, 2007, p. 30-32.

____ Direitos Sociais de Cidadania – uma crítica a F.A. Hayek e R. Plant» in *Análise Social*, volume XXX (131-132), 1995 (2^a e 3^a), p. 265-287. In <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223379783V7oBL9qs1Du95OK0.pdf>. [Consul.10.10.2011].

ESPADA, João. C.; ROSAS, João

____ *Pensamento Político Contemporâneo*. Lisboa: Bertrand, 2004. ISBN: 972-25-1399-0.

ESTORNINHO, Maria João

____ Fuga para o Direito Privado: Contributos para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Tese de Doutoramento. Coimbra: Almedina, 1996. ISBN 972-40-0927-0.

ESTRELA, E.; TEODORO, A.

____ As Políticas Curriculares em Portugal (1995-2007): Agendas Globais e Reconfigurações Regionais e Nacionais. Comunicação apresentada no III Colóquio Internacional de Políticas Curriculares. Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, Brasil, 12-14 Novembro, 2007. In http://cyted.riape.net/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=19&Itemid=26. [Consul.22.08.2009].

EUROPA

____ Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. (JOUE nº C-364/1, 18.12.2000). In http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. [Consul.05.12.2010].

____ Decisão 2006/1720/CE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, de 15 de Novembro de 2006 que estabelece um programa de acção no domínio da aprendizagem ao longo da vida. (JOUE L 327/45, 24.11.2006). In <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:327:0045:0068:pt:PDF>. [Consul.12.06.2009].

____ Decisão nº 1357/2008/CE do Parlamento e do Conselho de 16 de Dezembro de 2008 que altera a Decisão nº 1720/2006/CE que estabelece um programa de acção no domínio da aprendizagem ao longo da vida. (JOUE L 350/56, 30.12.2008). In <http://eur-lex.europa.eu/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:350:0056:0057:PT:PDF> [Consul.12.06.2009].

____ Glossário Europeu. In http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/index_pt.htm. [Consul.03.10.2010].

____ *Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade* (JOUE nº C-310/207, 16.12.2004). In <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:310:0207:0209:PT:PDF>. [Consul.10.08.2010].

____ Tratado da União Europeia (Versão Consolidada), JOUE, 26.10.2012, C-326/13. In <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:326:0013:0046:PT:PDF>.
[Consul.30.12.2012].

FERNANDES, A. Sousa

____ Descentralização, desconcentração e autonomia dos sistemas educativos: uma panorâmica Europeia. In *Administração da Educação: Lógicas burocráticas e lógicas de mediação*. Porto: ASA, 2005. ISBN 972-41-4244-2. cap. II, p.53-89.

FONSECA, Adão da

____ Comunicação proferida no 6º Congresso da AEPP, Porto 4 de Abril de 2008. In http://www.liberdade-educacao.org/doc_aspectos/fle.htm.
[Consul.08.12.2008].

FONSECA, Rui

____ Libertarismo. In ROSAS, J. C. (org.), *Manual de Filosofia Política*. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3584-0. cap. III, p. 67-85.

FONTOURA, Maria M.

____ Política e acção pública: Entre uma regulação centralizada e uma regulação multipolar. *Revista Portuguesa de Educação*, 21 (2), 2008, p. 5-31. In <http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/rpe/v21n2/v21n2a02.pdf>.
[Consul.26.08.2009].

FORMOSINHO, J.; MACHADO, J.

____ A administração da escola de interesse público em Portugal – políticas recentes in *Administração da Educação: Lógicas burocráticas e lógicas de mediação*. Porto: ASA, 2005, cap. IV, p. 115-162. ISBN 972-41-4244-2.

FUKUYAMA, Francis

____ *Origens da Ordem Política, dos Tempos Pré-Humanos à Revolução Francesa*. Trad. Ricardo Noronha, 1ª ed. Alfragide: D. Quixote, 2012. Título original: *The origins of Political Order*. ISBN 978-972-20-4929-0.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL

____ Portugal, Rethinking the State: Selected Expenditure Reform Options, 2013. In <http://www.slideshare.net/liberdadeeducacao/fmi-relatrio-sobre-portugal-janeiro-de-2013>.
[Consul.15.01.2012].

GIDDENS, Anthony

____ *Estado, Sociedade Civil e Administração Pública: Para um Novo Paradigma do Serviço Público*, MOREIRA, J.M. (coord.). Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3388-4. Introdução, p. 5.

GOMES, M. do Carmo; DUARTE, Alexandre

____ Políticas públicas de educação e formação. In RODRIGUES, M. Lurdes e ADÃO e SILVA, Pedro (org), *Políticas Públicas em Portugal*. Lisboa: INCM Imprensa, Nacional Casa da Moeda; ISCXTE e IUL – Instituto Universitário de Lisboa, 2012. ISBN 978-972-27-2131-8, cap. 10, p. 349-370.

GONÇALVES, Pedro

____ *A Concessão de Serviços Públicos*. Coimbra: Almedina, 1999. ISBN 9789724011912.

GOUVEIA, Jorge Bacelar

____ *Manual de Direito Constitucional*. Volume I e II, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2010. (1º v) ISBN 978-972-40-3953-4 e (2º v) ISBN 978-972-40-3954-1.

GRUPO DO BANCO MUNDIAL

____ The Growth Report Strategies for Sustained Growth and Inclusive Development. Commission Growth and Development, *Conference Edition*. 2008. In <http://www.ycsg.yale.edu/center/forms/growthReport.pdf>. [Consul.05.10.2010].

____ World Bank 2020 – Education Strategy. 2010. In http://siteresources.worldbank.org/EDUCATION/Resources/ESSU/Concept_Note_ESS2020_Feb_8.pdf. [Consul.05.10.2010].

____ World Bank Education Strategy 2020, Learning for all: Investing in people's knowledge and skills to promote development , Box 1: The Growth Commission Speaks on Education, 2010. In http://siteresources.worldbank.org/EDUCATION/Resources/ESSU/Education_Sector_Strategy_draft_for_comment.pdf. [Consul.05.10.2010].

GUTMANN, Amy

____ *Democratic Education*, with a new preface and epilogue. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999. ISBN 0-691-00916-3.

GUTMANN, Amy e THOMPSON, Dennis

____ *Why Deliberative Democracy?* Princeton, Oxford: Princeton University Press, 2004. ISBN 0-91-12019-6.

HABBERMAS, Jürgen

____ *Um Ensaio sobre a Constituição da Europa*. Trad. Mrian Toldy; Teresa Toldy. Lisboa: Edições 70 Lda, 2012. Título original: *Essay zur Verfassung Europas* (2011).

HAYEK, Friedrich A.

____ *Law, Legislation and Liberty: The Political order of a free people*. Volume III, 1979. ISBN 0-226-32090-1. In <http://books.google.pt/books?id=nclLLOfnGqAC&printsec=frontcover&hl=pt-PT#v=onepage&q&f=false>.

[Consul.10.10.2011].

____ *O Caminho para a Servidão*. Trad. Marcelino Amaral. Lisboa: Edições 70 Lda, 2009. Título original: *The Road to Serfdom* (1944). ISBN 978-972-44-1409-6.

HERKENHOFF, João B.

____ *Constituinte e Educação*. Petrópolis: Editora Vozes Ltda, 1987.

HOBBS, Thomas

____ *Leviatã*. Trad. de João Paulo Monteiro; Maria B. Nizza da Silva, 2ª ed. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, Estudos Gerais Série Universitária, Clássicos de filosofia, 1999. Título original: *Leviathan* (1651). ISBN 972-27-0708-6.

IGREJA CATÓLICA

____ Papa Leão XIII (1878-1903), Encíclica *Rerum Novarum*, 1891. In http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html.

[Consul.02.10.2009].

____ Papa Paulo VI (1963-1978), Encíclica *Gaudium er Spes*, 1965, n. 25. In http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_po.html.

[Consul.02.10.2009].

JUSTINO, David

____ *Difícil é Educá-los*. Fundação Francisco Manuel dos Santos. Lisboa: Relógio D' Água, 2010. ISBN 978 989-8424-06-8.

KANT, Immanuel

____ *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2000. Título original: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1786). ISBN 972-44-0306-8.

KAUTZ, Steven

____ *Liberalism Community*. First published 1995. London: Cornell University Press, Ithaca & London. ISBN 0-8014-8481-2.

LIMA, Jorge Ávila de

____ Redes na educação: questões políticas e conceptuais, *Revista Portuguesa de Educação*, 20 (2), 2007, p. 151-181. In <http://www.scielo.oces.mctes.pt/pdf/rpe/v20n2/v20n2a06.pdf>. [Consul.28.07.2009].

LOCKE, John

____ *Ensaio Sobre a Verdadeira Origem Extensão e Fim do Governo Civil*. Trad. Manuel Araújo Costa, Textos Filosóficos. Lisboa: Edições 70, 1999. Título original: *An Essay concerning the true original extent, and end of Civil Government* (1689). ISBN 972-44-1004-8.

LOPES, Almeida J.J.

____ *Tratados Europeus Explicados*. 2ª ed. Viseu: Vislis Editores, 2002. ISBN 972-52-0143-4.

MACHADO, Jónatas

____ *Direito da União Europeia*. Coimbra: Wolters Kluwer; Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1858-9.

MARTINS, Afonso Oliveira

____ *Evolução Constitucional e Perspectivas Futura*. In *Nos 25 Anos de Constituição da República Portuguesa de 1976*, AAFD. Lisboa, 2001, ISBN 9785616150615. p. 494.

MARTINS, Ana Guerra

____ *Constitucionalismo Europeu e Direitos Fundamentais após o Tratado de Lisboa*. In <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/822-1351.pdf>. [Consul.20.12.2012].

____ *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2004. ISBN 972-40-2353-2.

MARTINS, Margarida S. d'Oliveira

____ *O Tratado de Lisboa e o novo regime do princípio da subsidiariedade e o papel reforçado dos parlamentares nacionais* in *O Tratado de Lisboa, Cadernos o Direito*, nº 5. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 9789724042671. p. 131-148.

MATOS, André Salgado de

____ *O direito ao ensino na Constituição de 1976*. Relatório do seminário de mestrado em Direitos Fundamentais, Faculdade de Direito de Lisboa no ano lectivo de 1997/1998. FDUL, 1998.

____ O direito ao ensino, contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais. In Jorge Miranda *et al*, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Paulo de Pita e Cunha, Volume III, Direito Privado, Direito Público e vários*. Coimbra: Almedina 2010. ISBN: 978-972-40-4148-3. pp. 395-470.

MENDES, Madalena

____ A globalização e os processos de transnacionalização das políticas educativas, 2007. In http://www.uninove.br/PDFs/Publicacoes/dialogia/dialogia_v6/dialogia_v6_4i39.pdf [Consul.28.07.2009].

MILL, J. Stewart

____ *Sobre a Liberdade*. Trad. de Pedro Madeira. Lisboa: Edições 70, 2006. Título original *On Liberty* (1972). ISBN (13): 978-972-44-1281-8.

MINISTÉRIO da CIÊNCIA E DO ENSINO SUPERIOR

____ Conferência de Ministros Responsáveis pelo Ensino Superior. Comunicado de Berlim, Setembro de 2003. In <http://www.dges.mctes.pt/NR/ronlyres/24850512-4E2F-4579-829F-80CB905A5CC8/366/ComunicadodeBerlim1.pdf>. [Consul.26.12. 2009].

MIRANDA, Jorge

____ Constituição e Cidadania. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. ISBN 972-32-1167-X.

____ *Manual de Direito Constitucional, Direitos Fundamentais*. Tomo IV 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2008. ISBN 978-972-32-1613-4.

____ *Manual de Direito Constitucional, Direitos Fundamentais*. Tomo IV 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. ISBN 972-32-0935-7.

____ *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. ISBN 972-32-1098-3.

MORAIS, Carlos Blanco

____ *Curso de Direito Constitucional: As Funções do Estado e o Poder Legislativo no Ordenamento Português*, Tomo I, 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2092-6.

MOREIRA, José. M.; ALVES, André

____ Ciências da Administração, Gestão Pública e Governação em Portugal. In *Estado, Sociedade Civil e Administração Pública: Para um Novo Paradigma do Serviço Público*, MOREIRA, J.M. (coord.). Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3388-4. p. 99-110.

____ Gestão Pública: entre a visão clássica da Administração Pública e o novo paradigma da Governação Pública, in *Revista Enfoques*, Volume nº 11, 2009, p. 11-36. In <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/960/96011647005.pdf>. ISSN (Versión impresa): 0718-0241. [Consul.10.1.2012].

MOREIRA, Vital

____ Resposta a Mário Pinto, *Público*, terça-feira, 9 de Agosto de 2005. In [http://aba-da-
causa.blogspot.com/2005/08/resposta-mrio-pinto.html](http://aba-da-
causa.blogspot.com/2005/08/resposta-mrio-pinto.html).
[Consul.05.05.2008].

MORGADO, Miguel

____ *Autoridade*. Fundação Francisco Manuel dos Santos. Lisboa: Relógio D'Água. 2010. ISBN 978-989-8424-08-2.

MOZZICAFREDDO, Juan

____ *Estado-Providência e Cidadania em Portugal*, 2ª ed. Oeiras, Celta, 2000. ISBN 972-774-062-6.

NAÇÕES UNIDAS

____ Constituição da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. In <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001472/147273por.pdf>.
[Consul.14.11.2012].

____ Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas: perguntas e respostas. 2.ed. Rio de Janeiro : UNIC; Brasília : UNESCO, 2009. In http://unicrio.org.br/docs/declaracao_direitos_povos_indigenas.pdf.
[Consul.11.10.2012].

____ Declaração Universal dos Direitos do Homem, foi adoptada pela Assembleia Geral na sua Resolução 217-A (III), de 10 de Dezembro de 1948. In <http://www.jus.uio.no/lm/un.universal.declaration.of.human.rights.1948/portrait.a4.pdf>.
[Consul.10.12.2011].

____ Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDFSC), adoptado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução N.º 2200-A (XXI), de 16 de Dezembro de 1966. Entrada em vigor: 3 de Janeiro de 1976, em conformidade com o artigo 27. In <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-psocial.html>.
[Consul.10.11.2011].

____ Pacto Internacional dos Direitos Civis, Políticos (PIDCP). In <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html>.
[Consul.12.11.2011].

NOVAIS, Jorge Reis

____ *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Wolters Kluwer; Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1805-3.

____ *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*. Coimbra, Coimbra Editora, 2006. ISBN 978-97232-1445-1.

____ *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*.
Coimbra: Coimbra Editora, 2003 . ISBN 196 877/2003.

NOZICK, Robert

____ *Anarquia, Estado e Utopia*. Trad. Vitor Guerreiro. Lisboa: Edições 70, 2009. Título original:
Anarchy, State and Utopia, 1974. ISBN 978-972-44-1461-4.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÓMICO

____ *Economic Survey of Portugal 2010*. In
http://www.oecd.org/document/59/0,3343,en_2649_34569_46057467_1_1_1_1,00.html.
[Consul.05.10.2010].

____ International Launch of PISA 2009 Report : Trends in performance since 2000. In
<http://www.oecd.org/pisa/46965233.pdf>
[Consul.10.10.2011).

OTERO, Paulo

____ *Direito Constitucional Português: Identidade Constitucional*. Volume I. Coimbra: Almedina,
2010. ISBN 978-972-40-4149-0.

____ *Instituições Políticas e Constitucionais*. Volume I. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 13: 978-
972-40-3264-1.

PEREIRA, André; QUADROS, Fausto de

____ *Manual de Direito Internacional Público*. 3ª ed. Revista e aumentada, Lisboa: Almedina,1993.
ISBN 972-40-0735-9.

PINTO, Mário

____ *Liberdades de Aprender e de Ensinar*. Lisboa: Quetzal, 2003. ISBN: 9725645596.

____ *Liberdades de aprender e de Ensinar: escola privada e escola pública, Análise Social*, vol.
XXVIII, nº 123-124, 1993 (4ª e 5ª), 1993, pp. 753-774. In
<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223292532T9vPU7fa5Px78DP7.pdf>.
[Consul.10.12.2010].

____ *O estatismo no sistema escolar português*, 1º Encontro do Fórum para a Liberdade de Educação,
Liberdade de Educação ou Estado Educador? 2002. In http://www.liberdade-educacao.org/actividades/encontro1_mariopinto.htm
[Consul.25.07.2007].

____ *Sobre a liberdade de escolha da escola em Portugal*. In *Liberdade de Ensino e Proposta Católica*
Revista da Faculdade de Teologia - Porto, Tomo XXX, fascículo 2, Dezembro 2009a, ISBN
0870-080 X. pp. 56-120.

____ *Sobre os direitos fundamentais de educação: Crítica ao monopólio estatal na rede escolar*.
Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. ISBN: 978-972-54-0209-2.

PIRES, Francisco Lucas

____ Teoria da Constituição de 1976: a transição dualista. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988. Tese de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas.

____ *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*. Coimbra: Almedina, 1997. ISBN 972-40-1049-X.

PLATÃO

____ *A República*. Trad. e notas de Maria Helena da Rocha Pereira, 8ª ed. 1996. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. Tradução do texto grego (1949). ISBN 972-31-0509-8.

POPPER, Karl

____ *A Sociedade Aberta e os seus Inimigos*. Trad. Anabela Sottomayor; Catarina Labisa, (volume I) e Teresa Curvelo (volume II) 5ª ed. revisitada. Lisboa: Editorial Fragmentos, 1993. Título original: *The Open Society and its Enemies* (1945).

QUEIROZ, Cristina

____ Constituição, Constitucionalismo e Democracia. In Miranda, Jorge (org), *Perspectivas Constitucionais nos 20 Anos da Constituição de 1976*, I. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 458, notas 1 e 2. ISBN 9723207516, 9789723207514.

____ *Direito Constitucional: As Instituições do Estado Democrático e Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN 978-972-32-1662-2.

____ *Direitos Fundamentais: Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. ISBN 972-32-1136-X.

QUEIROZ, Regina

____ *Justiça Social e Estabilidade: A Defesa do Pluralismo na Filosofia Política de Rawls*. Lisboa: Estudos Gerais série universitária, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2009. ISBN: 978-972-27-1726-7.

RAWLS, John

____ *Liberalismo Político*. Trad. de João Nunes. Lisboa: Editorial Presença, 1997. Título original: *Political Liberalism* (1996). ISBN: 9789722321358.

____ *Uma Teoria da Justiça*. Trad. de Carlos Pinto Correia, 1ª edição. Lisboa: Editorial Presença, 1993. Título original: *Theory of Justice* (1971). ISBN 972-23-1715-6.

REINO UNIDO. PARLAMENTO

____ Education Act (1870). In <http://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/livinglearning/school/overview/1870educationact/>.

[Consul.23.10.2012].

____ The Balfour Act (1902). In <http://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/livinglearning/school/overview/reform1902-14/>.
[Consul.23.10.2012].

____ Education Act (1944). In <http://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/livinglearning/school/overview/educationact1944/>.
[Consul.23.10.2012].

____ Education Reform Act (1988). In <http://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/livinglearning/school/overview/educationreformact1988/>.
[Consul.23.10.2012].

RENAUT, Alain

____ *O Fim da Autoridade*. Trad. Felipe Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 2004. Título original: *La Fin de L' autorité* (2004). ISBN: 972-771-826-4.

RHODES, R.

____ The New Governance: Governing without Government, *Political Studies*, 1996, XLIV, 652-667.
In <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9248.1996.tb01747.x/pdf> .
[Consul.20.01.2010].

RICOEUR, Paul

____ *O Justo ou a Essência da Justiça*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. ISBN: 972-8407-18-1.

ROCHA, Acílio

____ Democracia deliberativa. In ROSAS, J. C., (org), *Manual de Filosofia Política*. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3584-0. cap. VI, pp.129-175.

RODRIGUES, António

____ *Doutrina social da Igreja: Pessoa, sociedade e Estado*. Lisboa: Rei dos Livros, 1991.

ROSAS, João, C.

____ Liberalismo igualitário. In ROSAS, J. C. (org), *Manual de Filosofia Política*. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 9789724035840. pp.35-85.

SAMUELSON, Paul; NORDHAUS, William

____ *Economia*. Trad. Elsa Fontinha; Jorge Gomes, 14ª ed. Lisboa: McGraw-Hill, 1993. ISBN 972-9241-40-6.

SANDEL, Michael, J

____ *O Liberalismo e os Limites da Justiça*. Trad. do original (2005). *Liberalism and the Limits of Justice*. Lisboa: Edição Fundação Calouste Gulbenkian, 1982. Título original: Economics. ISBN: 9789723111361.

SANTIAGO, Paul *et al*

____ *OCDE Reviews of Evaluation and Assessment in Education: Portugal 2012*. OCDE Publishing, 2012. In <http://www.oecd.org/education/preschoolandschool/50077677.pdf>. [Consul.14.11.2012].

SANTOS, Boaventura Sousa

____ *Reinventar a Democracia*. Cadernos Democráticos, 2ª ed. Lisboa: Fundação Mário Soares, 2002.

SARAIVA, Rute Gil

____ *Sobre o Princípio da Subsidiariedade: (Génese, evolução, interpretação e aplicação)*. Lisboa: AAFD, 2001. ISBN 9780000026903.

SILVEIRA, Alessandra; FROUFE, Paulo M.

____ *Tratado de Lisboa*. 2ª ed. Lisboa: Editora Quid Júris, 2010. ISBN 978-972-724-496-6.

STOKER, Gerry

____ *Gestão do Valor Público: A Administração Pública orientada pela missão?* In MOREIRA, J.M. (coord.) *Estado, Sociedade Civil e Administração Pública: Para um Novo Paradigma do Serviço Público*. Coimbra: Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3388-4, pp. 25-48.

TEODDORO, António

____ *Globalização e Educaçã: Políticas Educacionais e Novos Modos de Governação*. Porto: Edições Afrontamento, 2003. ISBN 972-36-0665-8.

____ *Organizações Internacionais e Políticas Educativas Nacionais: A Emergência de Novas Formas de Regulação Transnacional, ou uma Globalização de Baixa Intensidade*. In S. Stoer, L. Cortesão & J. A. Correia (org). *Transnacionalização da Educação - Da Crise da Educação à "Educação" da Crise*. Porto: Edições Afrontamento, 2001a, pp. 121-161. ISBN 972-36-0574-0.

TRIBUNAL DE CONTAS

____ *Apuramento do custo médio por aluno*. 2ª Seccção. Relatório nº 31/2012. Processo nº 39/2011. 2012. In http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2012/2s/audit-dgtr-rel031-2012-2s.pdf. [Consul.12.12.2012].

TOCQUEVILLE, Aléxis de

____ *Da Democracia da América*. Trad. Carlos de Oliveira, 1ª ed. S. João do Estoril: Editora Principia, 2001. Título original: *De la Démocratie en Amérique*, 1835. ISBN: 972-8500-46-7.

UNESCO

____ “Youth and Skills: Putting Education to work”, Summary. Education for all global monitoring report 2012. Paris: United Nations Educational, 2012. In <http://www.cnedu.pt/images/stories/2012/RelatrioMundial-summary.pdf>. [Consul.12.12.2012].

VASCONCELOS, Jorge

____ Governo e Regulação (Governar sem governo, regular sem regulador?). In *Estado, Sociedade Civil e Administração Pública, Para um Novo Paradigma do Serviço Público*, MOREIRA, J.M. (coord.). Coimbra: Almedina, 2008, ISABN 978-972-40-3388-4, pp. 179-203.

VAZ, Manuel Afonso *et al*

____ Direito Constitucional: O Sistema Constitucional Português, 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 978-972-32-2069-8.

WOLFF, Jonathan

____ *Introdução à Filosofia Política*. Trad. Maria de Fátima St. Aubyn. Lisboa: Gradiva, 2004. Título original: *An Introduction to Political Philosophy*, (1996). ISBN 972-662-986-1.

ZIPPELIUS, Reinhold.

____ *Filosofia do Direito*. Trad. António Franco; António F. de Sousa. Lisboa, Editora Quid Juris, 2010. ISBN: 9789727245321. Título original: *Rechtsphilosophie*, 5ª ed. (1993).

____ *Teoria Geral do Estado*. Trad. de Karin Coutinho, 12º ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Título original: *Allgemeine Staatslehre* (1994). ISBN 972-31-0761-9.

Legislação consultada

Carta Constitucional de 1826. In <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1533.pdf>. [Consul.12.10.2011].

Constituição da República Portuguesa actualizada. De acordo com a Lei Constitucional nº 1/2005, de 12 de Agosto. Coimbra, Editora Almedina, 2008. ISBN 978-972-40-3291-7.

Constituição de 1822. In <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1533.pdf>. [Consul.12.10.2011].

Constituição de 1838. In <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1533.pdf>. [Consul.12.10.2011].

A Constituição de 1911. In <http://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1933-Indice.pdf>. [Consul.12.10.2011].

Constituição de 1933. In <http://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1933-Indice.pdf>. [Consul.12.10.2011].

Decreto-Lei n.º 42/2005, de 22 de Fevereiro, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 74/2006, de 24 de Março, alterado pelo Decreto-Lei n.º 107/2008, de 25 de Junho, e pelo Decreto-Lei n.º 230/2009, de 14 de Setembro. Graus e diplomas do Ensino Superior:

Decreto-Lei n.º 55/2009, de 2 de Março, o presente decreto -lei estabelece o regime jurídico aplicável à atribuição e ao funcionamento dos apoios no âmbito da acção social escolar.

Decreto-Lei n.º 125/2011, de 29 de Dezembro, determina as linhas gerais do Plano de Redução e Melhoria da Administração Central (PREMAC).

Lei n.º 2048, de 11 de Junho de 1951, que introduz alterações na Constituição Política da República Portuguesa, *in* suplemento ao *Diário da República*, 1ª série, n.º 117. In <http://www.dre.pt/pdf1s/1951/06/11701/04070412.pdf>.

[Consul.10.12.2011].

Lei n.º 46/86, de 14 de Outubro Lei de Bases do Sistema Educativo, alterada pela Lei n.º 115/97, de 19 de Setembro e pela Lei n.º 49/2005, de 30 de Agosto..

Lei n.º 113/97 de 16 de Setembro - Lei de Bases do Financiamento do Ensino Superior Público.

Lei 26/2000, de 23 de Agosto, aprova a Organização e Ordenamento do Ensino Superior.

Lei n.º 37/2003, de 22 de Agosto, com as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei n.º 49/2005, de 30 de Agosto. Financiamento do Ensino Superior.

Lei n.º 38/2007, de 16 de Agosto. Avaliação do Ensino Superior.

Lei n.º 62/2007, de 10 de Setembro. Regime Jurídico das Instituições de Ensino Superior.

Lei n.º 85/2009, de 27 de Agosto. Estabelece o regime da escolaridade obrigatória para as crianças e jovens que se encontram em idade escolar e consagra a universalidade da educação pré-escolar para as crianças a partir dos 5 anos de idade.

Portaria n.º 266/2012, 30 de Agosto estabelece as regras a que obedece a avaliação do desempenho dos docentes.

Portaria n.º 265/2012, 30 de Agosto define as regras e procedimentos a observar quanto à celebração, acompanhamento, e avaliação dos contratos de autonomia a celebrar entre os agrupamentos de escolas ou escolas não agrupadas, doravante designados de escolas.

Lei de Bases e Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo

Decreto-Lei n.º 553/80, de 21 de Novembro. Aprova o Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo.

Decreto-Lei n.º 441-A/82, de 6 de Novembro, Bases do Sector Cooperativo de Ensino.

Decreto-Lei n.º 169/85, de 20 de Maio. Primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 553/80, de 21 de Novembro, que aprova o Estatuto do Ensino Particular e cooperativo.

Decreto-Lei n.º 75/86, de 23 de Abril. Segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 553/80, de 21 de Novembro, que aprova o Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo.

Decreto-Lei n.º 108/88, de 31 de Março, integração das escolas particulares e cooperativas na rede escolar.

Decreto-Lei n.º 484/88, de 29 de Dezembro. Terceira alteração ao Decreto-Lei n.º 553/80, de 21 de Novembro, que aprova o Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo.

Decreto-Lei n.º 271/89, de 19 de Agosto (Estatuto do Ensino Superior Particular e Cooperativo).

Decreto-Lei n.º 16/94, de 22 de Janeiro, Estatuto do Ensino Superior Particular e Cooperativo.

Decreto-Lei n.º 138-C/2010, de 28 de Dezembro. Regula o apoio do Estado aos estabelecimentos do ensino particular e cooperativo, procedendo à quarta alteração do Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 553/80, de 21 de Novembro.

Decreto-Lei, de 29 de Dezembro de 2010. Regula o apoio do Estado aos estabelecimentos do ensino particular e cooperativo, procedendo à quarta alteração do Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 553/80, de 21 de Novembro.

Lei n.º 9/79, de 19 de Março. Relativa às bases do ensino particular e cooperativo.

Lei n.º 65/79, de 4 de Outubro, Lei da Liberdade de Ensino.

Lei n.º 33/2012, de 23 de Agosto. Sexta alteração do Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 553/80, de 21 de Novembro.

Portaria 1321-A/2010, de 29 de Dezembro de 2010. Regulamenta as regras a que obedece o financiamento público dos estabelecimentos do ensino particular e cooperativo com contrato de associação

Portaria 1324-A/2010, de 29 de Dezembro de 2010. Regulamenta as regras a que obedece o financiamento público dos estabelecimentos do ensino particular e cooperativo com contrato de associação.

Regime jurídico da autonomia e gestão dos estabelecimentos de ensino

Decreto-Lei n.º 43/89, de 3 de Fevereiro, Regime Jurídico da Autonomia da Escola.

Decreto-Lei n.º 115-A/98, de 4 de Maio, Regime de Autonomia Administração e Gestão dos Estabelecimentos de Ensino.

Lei n.º 24/99, primeira alteração, por apreciação parlamentar, do Decreto-Lei n.º 115-A/98, de 4 de Maio aprova o regime de autonomia, administração e gestão dos estabelecimentos públicos de educação pré-escolar e dos ensinos básico e secundário, bem como dos respectivos agrupamentos

Decreto-Lei n.º 75/2008 de 22 de Abril, reforçar a autonomia e a capacidade de intervenção dos órgãos de direcção das escolas.

Decreto-Lei n.º 144/2008 de 28 de Julho desenvolve o quadro de transferência de competências para os municípios em matéria de educação.

Decreto-Lei n.º 224/2009, de 11 de Setembro, DR 177 Série I de 11.09.2009, procede à primeira alteração do Decreto-Lei n.º 75/2008, de 22 de Abril.

Decreto-Lei n.º 137/2012, de 2 de Julho procede à segunda alteração ao Decreto -Lei n.º 75/2008, de 22 de Abril, alterado pelo Decreto -Lei n.º 224/2009, de 11 de Setembro, que aprova o regime de autonomia, administração e gestão dos estabelecimentos públicos da educação pré-escolar e dos ensinos básico e secundário.

Decreto-Lei nº 137/2012, de 2 de Julho vem aditar o nº 7 do artigo 6.º do Decreto-lei nº 75/2008, de 22 de Abril.

Despacho normativo n.º 13-A/2012, de 5 de Junho de 2012, O presente despacho normativo concretiza princípios consagrados no regime de autonomia, administração e gestão dos estabelecimentos públicos da educação pré-escolar e dos ensinos básico e secundário.

Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (pleno), de 11 de Maio de 1989, in *Acórdãos Doutrinais*, nº 336, 1989, p. 1555 /16 786, Diário da República, 1ª Série - A, nº 36, 12 de Fevereiro de 2003, p. 905-917.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 06.09.2011, Processo nº 1167/10.5TBPTL.S1, Relator: Gabriel Catarino. In <http://www.stj.pt/jurisprudencia>.
[Consul.10.06.2012].

Acórdãos do Tribunal Constitucional

Acórdão nº 39/84. Processo nº 6/93, relator: Conselheiro Vital Moreira. Diário da República, 1ª Série nº 104, de 5 de Maio de 1984. In <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.
[Consul.16.10. 2012].

Acórdão nº 38/84. Processo nº 54/83. Diário da República, 105/84 SÉRIE I, 7 de Maio de 1984. In <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.
[Consul.16.10. 2012].

Acórdão nº 148/94. Processo nº 539/93, relator: Conselheiro Guilherme da Fonseca, 8 de Fevereiro de 1994. In <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tc/acordaos/19940148.html>.
[Consul.30.10. 2012].

Acórdão nº 400/91. Processo nº 266/90, relator: Conselheiro António Vitorino. Diário da República nº 263 Série I Parte A de 15 de Novembro de 1991. In <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.
[Consul.01.12. 2010].

Acórdão nº 220/92. Processo nº 196/92, relator: Conselheiro Tavares da Costa, 28 de Julho de 1992. In <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.
[Consul.10.11.2010].

Acórdão nº 174/93. Processo nº 322/88, relator: Conselheiro Alves Correia, 01 de Junho de 1993. In <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.
[Consul.10.11.2010].

Acórdão nº 231/94. Processo, nº 232/93, relator: Conselheiro António Vitorino, 9 de Março de 1994. In <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.
[Consul.12.12.2010].

Acórdão nº 148/94. Processo nº 92-0530, relator: Conselheiro Guilherme da Fonseca, 8 de Fevereiro de 1994. In <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.
[Consul.02.01.2011].

Acórdão n.º 319/2000. Processo n.º 521/99, relatora: Conselheira Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, 21 de Junho de 2000. In <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

[Consul.02.01.2011].

Acórdão n.º 584/00. Processo n.º 579/99, relatora: Conselheira Maria Helena Brito, 20 de Dezembro de 2000. In <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

[Consul.12.12.2010].

Acórdão n.º 509/02. Processo n.º 768/02, relator: Conselheiro Luís Nunes da Almeida, 19 de Dezembro de 2002. In <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

[Consul.02.01. 2011].

Acórdão n.º 590/04. Processo n.º 944/03, relator: Conselheiro Artur Maurício, 6 de Outubro de 2004. In <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

[Consul.10.11. 2010].

Acórdão n.º 313/2008. Processo n.º 199/08, relator: Conselheiro Mário Torres, 11 de Junho de 2008. In <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

[Consul.12.12. 2010].

Acórdão n.º 184/2008. Processo n.º 614/2007, relatora: Conselheira Maria Lúcia Amaral, 12 de Março de 2008. In <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

[Consul.12.12.2010].

Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia

Acórdão do TJUE, de 17 de Dezembro de 1970, processo 11/70. In <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61970CJ0011:PT:PDF>.

[Consul.12.08.2012].

Acórdão do TJUE, de 14 de Maio de 1974, processo 4/73, Nold/Comissão, 1974, p. 283. In <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61973CJ0004:PT:PDF>.

[Consul.12.08.2012].

Acórdãos do Tribunal de Primeira Instância

Acórdão do Tribunal de primeira instância, de 16 de Outubro de 1996, Proc. 7- 336/94. In <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61994TJ0336:PT:HTML>.

[Consul.13.08.2012].

Acórdão do Tribunal de primeira instância, de 19 de Março de 1997, Proc. T-73/95. In <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61995TJ0073:PT:PDF>.

[Consul.13.08.2012].

Acórdão do Tribunal (5ª secção), de 29 de Janeiro de 1998, Proc. C-161/96. In <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61996CJ0161:PT:HTML>.

[Consul.13.08.2012].