e-pública
Revista Eletrónica de Direito Público

INTRODUÇÃO AO DIREITO DA EDUCAÇÃO: DIREITO PORTUGUÊS E DIREITO BRASILEIRO

INTRODUCTION TO EDUCATION LAW: PORTUGUESE AND BRAZILIAN LAW

Prof. Doutor Jorge Miranda

Número 2, 2014
ISSN 2183-184x

E-PÚBLICA
REVISTA ELECTRÓNICA DE DIREITO PÚBLICO

www.e-publica.pt

e-Pública **Vol. I** No. 2, Junho 2014 (01-29)

INTRODUÇÃO AO DIREITO DA EDUCAÇÃO: DIREITO PORTUGUÊS E DIREITO BRASILEIRO

INTRODUCTION TO EDUCATION LAW: PORTUGUESE AND BRAZILIAN LAW

PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA[1]
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade - Cidade Universitária
1649-014 Lisboa - Portugal
jorgemmiranda@sapo.pt

Abstract: The first part of this article analyzes the concepts of culture and education, as objects of Education Law, both in an international and national perspective. The second part presents the most relevant provisions of Portuguese and Brazilian Constitutions on this matter and, finally, the third part deepens the analysis and the scope of the protection of the freedom of education and the right to education in the Portuguese Constitution, including also a list of the major Portuguese Constitutional court's decisions.

Palavras-chave: Direito da Educação, educação, cultura, liberdades fundamentais e direitos fundamentais.

Key words: Education Law, education, culture, fundamental freedoms, fundamental rights.

Resumo: na primeira parte do presente artigo faz-se uma análise dos conceitos de cultura e de educação, enquanto objetos do Direito da Educação, numa perspetiva de Direito internacional e de Direito nacional. Na parte II apresentam-se as disposições relevantes em matéria de educação constantes das Constituições de Portugal e do Brasil, para, finalmente, aprofundar o alcance, âmbito e sistema de proteção da liberdade de educação e do direito à educação na Constituição portuguesa, incluindo-se ainda uma listagem das principais decisões do tribunal Constitucional português sobre esta matéria.

Sumário: I – Cultura, educação, Direito da Educação; II – A educação nas Constituições de Portugal e do Brasil; III – Liberdade de educação e direito à educação.

1. Professor catedrático jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

I

1. Ainda que sem pretender dar uma definição de cultura – tarefa das mais difíceis e talvez das mais inglórias – pode assentar-se em que cultura envolve:

– tudo quanto tem significado espiritual e, simultaneamente, adquire relevância coletiva;

– tudo que se reporta a bens não económicos;

– tudo que tem que ver com obras de criação ou de valorização humana, contrapostas às puras expressões da natureza[2].

Cultura abrange a língua e as diferentes formas de linguagem e de comunicação, os usos e costumes cotidianos, a religião, os símbolos comunitários, as formas de apreensão e de transmissão de valores, de interesses, de conhecimentos e de práticas, as artes de cultivo da terra e do mar e as formas de transformação dos produtos daí extraídos, as formas de organização política, o meio ambiente enquanto alvo de ação humanizadora. Cultura significa humanidade, assim como cada homem ou mulher é, antes do mais, conformado ou conformada pela cultura em que nasce e se desenvolve.

Para além do que é universal, cada comunidade, por força de circunstâncias geográficas e históricas, possui a sua própria cultura, distinta, embora sempre em contacto com as demais e sofrendo as suas influências. Mas, nos dias de hoje, a circulação sem precedentes de bens culturais e de pessoas conduz, algo contraditoriamente, a tendências uniformizadoras e de multiculturalismo distorcido.

2. A ciência e a educação são partes integrantes da cultura. A ciência como procura, apreensão, elaboração, sistematização de conhecimentos sobre a natureza e sobre os seres humanos e as sociedades humanas. A educação como apreensão e transmissão não apenas de conhecimentos mas também de valores, de símbolos, de interesses e de formas de agir. E com elas, interdependentes, a cultura *stricto* abrangendo todo o resto; e a cultura *strictissimo sensu* enquanto expressão artística, desde a criação à fruição e à preservação do património coletivo assim construído.

Não é por acaso que existe a organização especializada das Nações Unidas que se chama Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e Cultura (UNESCO na sigla inglesa); que os grandes textos internacionais (a começar pelo Pacto de 1966) falam em direitos culturais a par dos direitos económicos

2. Jorge Miranda, *O património cultural e a Constituição – tópicos*, in *Direito do Património Cultural*, obra coletiva, Oeiras, 1996, pág. 253.

e dos direitos sociais; que na Constituição portuguesa existe um capítulo sobre direitos culturais (arts. 73.º e seguintes) ou que na Constituição brasileira o capítulo III do título VIII (*Da ordem social*) junta educação e cultura[3].

3. A educação assenta na família, definida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 16.º, n.º 3) "elemento natural e fundamental da sociedade"; pela Constituição portuguesa "elemento fundamental da sociedade" (art. 67.º, n.º 1); pela Constituição brasileira, "base da sociedade" (art. 226.º).

Vai, contudo, muito para além da família, por, à medida que se passa da infância e da adolescência à juventude e à idade adulta crescer a inserção em grupos e instituições de diverso carácter e diverso âmbito ou deles se defender. O desenvolvimento da personalidade – aquilo que dá sentido à educação – não pode desprender-se da comunidade a que se pertence ou em que se vive, com as suas características e as suas modulações.

A educação revela-se sempre eminentemente social – na família e a partir desta para fora, por ser tanto resultado da comunidade como instrumento de socialização; por conferir a cada pessoa o seu lugar na vida coletiva; por ligar o passado, o presente e o futuro da comunidade e por contribuir tanto para a preservação do que ela aí encontra quanto para a renovação e a transformação que vão ocorrendo em sucessivas gerações ao longo dos tempos.

Por implicar com a comunidade ou a sociedade no seu conjunto, a educação não deixa indiferente o Estado. Tudo está em saber como o Estado a encara e como a trata através das suas leis e das demais atividades que lhe são imputadas.

4. Na civilização moderna – ou, pelo menos, desde o constitucionalismo – a par da família, a instituição decisiva no domínio da educação vem a ser a escola, a escola em qualquer grau.

Recordem-se o "Despotismo iluminado" do século XVIII e os liberais do século XIX, estes com a consciência de que uma pessoa seria tanto mais livre quanto mais educada e mais culta. Como se lia no art. 237.º da Constituição portuguesa de 1822 (aprovada ainda como Constituição para o Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, por não ter chegado entretanto a Lisboa a notícia da declaração de independência do Brasil): "Em todos os lugares do reino onde convier, haverá escolas suficientemente dotadas, em que se ensine a mocidade portuguesa de ambos os sexos a ler, escrever e contar, e o catecismo das obrigações religiosas e civis".

Salvo situações absolutamente excecionais de deficiência, ninguém hoje pode

3. Embora igualmente o desporto, colocando a ciência e a tecnologia noutro capítulo (o IV).

deixar de frequentar a escola para qualquer tipo de formação. Não há educação sem escola. Tudo reside, por seu turno, em saber se se verifica igualdade de oportunidades e se se garante a liberdade; se a todos está assegurado o acesso à escola e o estudo de qualidade; e se a educação ministrada se conforma com os princípios de um regime democrático.

Donde, tornar-se imperioso distinguir educação extra-escolar e educação escolar e ser, nesta, que se evidenciam com mais nitidez a necessidade e a possibilidade de intervenção do Estado.

5. O Direito da Educação engloba as normas jurídicas relativas à educação no mais amplo significado.

Começa por ser Direito constitucional, porque o Direito constitucional deve ser apercebido 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, dele constam os grandes princípios que os enformam; e enuncia-os, pois tais princípios revestem um alcance político, identificam-se com as conceções dominantes acerca da vida coletiva, consubstanciam uma ideia de Direito – a ideia de Direito de certo tempo e de certo lugar[4].

Os princípios estruturantes do Direito da Educação são princípios constitucionais. A cada Constituição material o seu Direito da Educação. São diferentes os Direitos da Educação das Constituições liberais do século XIX das Constituições sociais dos séculos XX e XXI ou os das Constituições de regimes democráticos pluralistas das Constituições dos regimes marxistas-leninistas ou dos regimes corporativos, fascizantes e fascistas.

De resto, a Constituição de um Estado é um fenómeno cultural – por não poder ser compreendida desentranhada da cultura da comunidade donde provém e por ser, em si mesma, uma obra e um bem de cultura. Daí Peter Häberle propor mesmo uma teoria da Constituição como ciência da cultura[5].

A Constituição reflete a formação, as crenças, as atitudes mentais, a geografia e as condições económicas de uma sociedade e, simultaneamente, imprime-lhe carácter, racionaliza as posições recíprocas dos que a compõem, toma-os numa perspetiva globalizante e de inclusão.

Em último termo, uma Constituição só se torna efetiva e perdura quando o empenhamento em conferir-lhe realização está em consonância (intelectual e, sobretudo, afetiva e existencial) com o sentido essencial dos seus princípios e

4. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, I, sub-tomo 1, 10ª ed., Coimbra, 2014, págs. 17 e 18 e Autores citados.

5. *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1998, trad. castelhana *Introducción a la Teoria de la Constitución como Ciencia de la Cultura*, Madrid, 2003, pág. 83.

preceitos[6]. E esse empenhamento, essa *vontade de Constituição* [7] depende, por seu turno, do grau de cultura cívica – ou seja, de *cultura constitucional* – que se tenha atingido. E esta só se atinge através da educação – e da educação para a cidadania.

6. O Direito da Educação começa também por ser – historicamente, sem dúvida, e também na realidade concreta dos seus primeiros sujeitos – Direito privado, Direito civil. Sempre coube, e continua cabendo ao Direito civil ocupar-se da filiação e das relações entre pais e filhos e, por conseguinte, do *poder paternal* (como dizem os arts. 1877.º e seguintes do Código Civil português) ou do *poder familiar* (como consta dos arts. 1630.º do Código Civil brasileiro).

Código Civil português

> Artigo 1878.º, n.º 1: "Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens".
>
> Artigo 1885.º: "1. Cabe aos pais, de acordo com as suas possibilidades, promover o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos. – 2. Os pais devem proporcionar aos filhos, em especial aos diminuídos física e mentalmente, adequada instrução geral e profissional, correspondente, na medida do possível, às aptidões e inclinações de cada um".
>
> Artigo 1886.º: "Pertence aos pais decidir sobre a educação religiosa dos filhos menores de dezasseis anos".
>
> Artigo 1907.º, n.º 2: "Quando o filho seja confiado a terceira pessoa, cabem a esta os poderes e deveres dos pais que forem exigidos pelo adequado desempenho das suas funções"[8].

Código Civil brasileiro

> Artigo 1.634, I: "Compete aos pais quanto à pessoa dos filhos menores: – I – dirigir-lhes a criação e educação"[9].

7. Impõe-se aqui uma reflexão breve sobre a natureza do poder paternal ou familiar: se deve ser qualificado como direito subjetivo ou como poder funcional,

6. *Ibidem*, pág. 85.
7. Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, trad., Madrid, 1983, págs. 70-71.
8. V. também arts. 1879º e 1918º.
9. V. também art. 1630.

ou se compreende elementos de um e de outro[10].

O que os distingue é o nexo de pertença do interesse prosseguido e juridicamente valorado. Num caso, o suporte do poder (aquele que age ou exige) é a mesma pessoa, de cujo interesse se cura; no outro caso, há uma distorção ou complicação, porquanto, entre a pertença do interesse e o exercício do poder, se depara uma segunda pessoa, que pratica o ato jurídico. No direito subjetivo, o interesse é procurado por atividade própria, porque o seu titular coincide com o titular do poder; no poder funcional, ele é alcançado por atividade alheia, porque o Direito atribui a alguém, diferente do seu titular, o poder conducente à realização.

Se se escolher o primeiro termo, divisar-se-ão interesses dos pais dignos de proteção ou relevância direta, e não reflexa; se se escolher o segundo, o instituto será um instrumento voltado para interesses a eles completamente estranhos. A maioria da doutrina parece apontar no sentido de que a conceção mais exata e eticamente mais justificada haja de ser a de poder funcional; outros realçam o direito subjetivo. Não se nos antolha, porém, que tenha de ser assim.

Com efeito, uma análise estrutural do instituto obriga a decompor em duas faces o poder paternal ou familiar – uma voltada para as próprias relações internas da família, a outra ferindo as relações exteriores; e, deste modo, permite fugir a um enfeudamento rígido a qualquer daquelas conceções fundamentais. No que concerne ao *aspeto interno*, o poder paternal ou familiar terá a natureza de direito subjetivo; no que concerne ao *aspeto externo*, será genuíno poder funcional.

Nenhuma razão lógica inelutável impõe uma só qualidade para todos os poderes e deveres que se divisam na figura. Sim, guardam entre eles uma unidade, que é mister ressalvar; há fins comuns; os titulares são os mesmos – os pais; e os mesmos os destinatários – os filhos. Não obstante, não vemos por que daqui haja de decorrer a subordinação a um idêntico enquadramento, a adesão a uma única natureza.

O cerne da questão está na falta de homogeneidade dos direitos de família, insuscetíveis de se configurarem como categoria típica em plano semelhante àquele em que se entremostram os direitos reais e os direitos de crédito. Ao passo que estes se podem definir e contrastar através de elementos muito específicos – o objeto sobre que recaem, o modo do seu exercício, por exemplo – aqueles não apresentam quaisquer características intrínsecas de assinalar, que só neles se encontrem. Alguns dos direitos de família reduzem-se a direitos reais ou a direitos obrigacionais: são os direitos familiares patrimoniais. Os restantes, os direitos pessoais, por que hão-de submeter-se a uma igual e aparente qualificação? Está bem que são níveis diversos de alternativa a que se coloca entre direitos reais e de crédito (por hipótese, todos eles direitos subjetivos) e a que se estabelece entre poderes funcionais e direitos subjetivos; mas, seja como for, basta-nos como argumento, que, nos dois casos, se torna impossível a unidade de estrutura.

10. Cfr. Jorge Miranda, *Sobre o poder paternal*, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1990, págs. 23 e segs.

É evidente que o simples conteúdo, que se capta nos direitos familiares pessoais, seria insuficiente para nos oferecer a verdadeira medida do que valem. Por um lado, nada têm de diferente do conteúdo de quaisquer outros direitos também pessoais: consistem sempre numa atividade, num comportamento voluntário (que executa ou o sujeito ativo ou o sujeito passivo). Por outro lado, o conteúdo não se modifica por serem atribuídos tais direitos no âmbito e ao serviço da instituição da família; só a função deles é que poderá ficar afetada pela pertinência com dada sociedade ou ordenamento.

Ora, se se partir da ideia de função, observar-se-ão graus variados de *funcionalidade* entre os elementos do poder paternal ou familiar, a ponto de alguns poderes deverem ser designados por direitos subjetivos e outros por poderes funcionais. De resto, ninguém ignora que o próprio direito subjetivo não se concebe desligado de uma função e visando um fim previsto ou declarado lícito pelo sistema de Direito; não foi senão um individualismo radical que o pôde fazer obnubilar, por uns momentos, pela doutrina.

Em suma, os poderes destinados a serem exercidos na vida interna da família participam da subsistência de direitos subjetivos – conexos com deveres, porquanto é sua função concomitantemente propiciar as condições ótimas de realização e de desenvolvimento dos pais e dos filhos, e é isso justamente que se passa com os poderes respeitantes à educação; já os poderes exercidos na vida externa – *maxime*, os patrimoniais – esses são autênticos poderes funcionais (como, aliás, todos os poderes inerentes à representação legal)[11].

No tocante ao Direito português, esta conclusão sai reforçada do art. 36.º, n.º 5 da Constituição, ao falar em direitos e deveres dos pais de educação dos filhos; do art. 36.º, n.º 6, ao vedar que os filhos sejam separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial; e do art. 71.º, n.º 2, ao ressalvar os direitos dos pais e tutores dos cidadãos portadores de deficiência.

8. O Direito administrativo da educação reconduz-se, no seu cerne, a Direito de educação escolar. Estrutura e regula o sistema de ensino, público e não público; estabelece a organização das escolas; compreende os estatutos dos professores, dos alunos e dos funcionários; cuida da ação social escolar e de todas as áreas adjacentes, logísticas e de recursos humanos e materiais de que carecem as escolas (aqui conflui com o Direito financeiro).

Subramo especial do Direito administrativo, sujeita-se em cada país à conceção que nele prevaleça sobre a Administração, a atividade administrativa e o contencioso. Direito de políticas públicas, nele se cruzam o interesse de estabilidade e segurança do sistema e o interesse de adequação à variação das

11. Nesta parte, retomamos o que escrevemos há muito: *Sobre o poder paternal*, *loc. cit.*, págs. 33 e segs., e Autores citados.

opções políticas. Oferece-se, por isso, muitas vezes fragmentária[12] [13].

9. Há ainda um Direito internacional da educação, proveniente da progressiva atenção que desde 1945 e 1948 o Direito das Gentes vem prestando à proteção e à promoção da pessoa humana, por meio de numerosas declarações e convenções. Há um Direito internacional de educação como há um Direito internacional do Trabalho, um Direito internacional da Saúde, ou um Direito internacional do Ambiente.

Vale a pena transcrever os preceitos pertinentes dos grandes textos das Nações Unidas:

> *Artigo 26.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (de 1948)*
>
> 1 – 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.
>
> 2 – A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz.
>
> 3 – Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o género de educação a dar aos filhos.
>
> *Artigo 13.º do Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais (de 1966)*
>
> 1 – Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa à educação. Concordam que a educação deve visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido da sua

12. Principal legislação portuguesa:
– Lei nº 9/79, de 19 de março – lei de bases do ensino particular e cooperativo;
– Lei nº 66/79, de 4 de outubro (educação especial);
– Lei nº 46/86, de 14 de outubro – lei de bases do sistema educativo (alterado pela Lei nº 115/97, de 19 de setembro, e pela Lei nº 49/2005, de 30 de agosto);
– Lei nº 31/87, de 9 de julho (Conselho Nacional de Educação);
– Lei nº 85/2009, de 27 de agosto (regime de escolaridade obrigatória dos 5 aos 18 anos).
No Brasil, a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases de educação nacional.

13. Cfr. Catarina Sarmento e Castro, *Administração e Organização Escolar – O Direito Administrativo da Escola*, Porto, 2007.

dignidade e reforçar o respeito pelos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Concordam também que a educação deve habilitar toda a pessoa a desempenhar um papel útil numa sociedade livre, promover compreensão, tolerância e amizade entre todas as nações e grupos, raciais, étnicos e religiosos, e favorecer as atividades das Nações Unidas para a conservação da paz.

2 – Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem que, a fim de assegurar o pleno exercício deste direito:

a) O ensino primário deve ser obrigatório e acessível gratuitamente a todos;

b) O ensino secundário, nas suas diferentes formas, incluindo o ensino secundário técnico e profissional, deve ser generalizado e tornado acessível a todos por todos os meios apropriados e nomeadamente pela instauração progressiva da educação gratuita;

c) O ensino superior deve ser tornado acessível a todos em plena igualdade, em função das capacidades de cada um, por todos os meios apropriados e nomeadamente pela instauração progressiva da educação gratuita;

d) A educação de base deve ser encorajada ou intensificada, em toda a medida do possível, para as pessoas que não receberam instrução primária ou que não a receberam até ao seu termo;

e) É necessário prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os escalões, estabelecer um sistema adequado de bolsas e melhorar de modo contínuo as condições materiais do pessoal docente.

3 – Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais ou, quando tal for o caso, dos tutores legais de escolher para seus filhos (ou pupilos) estabelecimentos de ensino diferentes dos dos poderes públicos, mas conformes às normas mínimas que podem ser prescritas ou aprovadas pelo Estado em matéria de educação, e de assegurar a educação religiosa e moral de seus filhos (ou pupilos) em conformidade com as suas próprias convicções.

4 – Nenhuma disposição do presente artigo deve ser interpretada como limitando a liberdade dos indivíduos e das pessoas morais de criar e dirigir estabelecimentos de ensino, sempre sob reserva de que os princípios enunciados no parágrafo 1 do presente artigo sejam observados e de que a educação proporcionada nesses estabelecimentos seja conforme às normas mínimas prescritas pelo Estado.

Vejam-se ainda, a nível regional, art. 2.º do Protocolo Adicional n.º 1 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (de 1952), o art. 26.º da Convenção Interamericana dos Direitos do Homem (de 1969), o art. 13.º da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (de 1981) ou o art. 14.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (de 2000).

Quase cinquenta anos depois do Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais não custa observar e lamentar quanto afastado está o mundo de atingir os seus generosos desideratos!

Enfim, como principais convenções e recomendações produzidas pela UNESCO, devem ser indicadas:

> – Convenção sobre a Discriminação no Domínio do Ensino, de 1960, e Protocolo Constitutivo de Uma Comissão de Conciliação e de Bons Ofícios para a Solução de Diferendos, de 1962 (que prevê a possibilidade, embora não a obrigatoriedade, de sujeição dos diferendos ao Tribunal Internacional de Justiça);
>
> – Recomendação sobre o ensino técnico profissional, de 1962;
>
> – Recomendação sobre a Educação para a Compreensão, a Cooperação e a Paz Internacionais e sobre a Educação Relativa aos Direitos do Homem e às Liberdades Fundamentais, de 1974;
>
> – Recomendação sobre o Desenvolvimento da Educação de Adultos, de 1976.

II

10. Quer na Carta Magna portuguesa quer na Carta Magna brasileira, a matéria da educação tem de ser entendida na base de duas distinções: entre educação em geral e educação escolar ou ensino e entre o tratamento no quadro dos direitos de liberdade e o tratamento no quadro dos direitos sociais. Fazem-no, todavia, de modo bem diverso, em razão da sistemática que adotam[14].

Em Portugal, as duas grandes categorias de direitos fundamentais aparecem

14. Sobre a educação na Constituição portuguesa, cfr., em geral, J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4ª ed., Coimbra, 2010, págs. 624 e segs. e 887 e segs.; e Jorge Miranda, anotações em Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, 2ª ed., Coimbra, 2010, págs. 929 e segs. e 1410 e segs., e Autores citados.
Sobre a educação na Constituição brasileira em geral, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 2º, 2ª ed., São Paulo, 1999, págs. 243 e segs.; Alexandre de Morais, *Constituição do Brasil interpretada*, São Paulo, 2002, págs. 1947 e segs.; José Afonso da Silva, *Comentário Contextual à Constituição*, 3ª ed., São Paulo, 2007; *Direito à educação (aspecos constitucionais)*, obra coletiva (coordenada por Nina Beatriz Stocco Ranieri), São Paulo, 2009.

contempladas em títulos diversos da parte I, embora não com completa separação[15]. E há preceitos atinentes à liberdade de educação, e não pouco relevantes no título dos direitos económicos, sociais e culturais.

No Brasil, apesar de o direito à educação vir declarado no art. 6º, no capítulo de direitos sociais do título I (*Dos direitos e garantias fundamentais*), é no capítulo III do título VIII (*Da ordem social*) que aparece densificado o seu conteúdo, com as inerentes incumbências da União, dos Estados e dos municípios.

11. Entretanto, são muito próximas, com um ou outro acento tónico diferente, as finalidades da educação em ambas as Constituições, como não poderia deixar de se verificar.

Na Constituição portuguesa, elas decorrem do art. 73º, nº 2, segundo o qual o Estado promove a democratização da educação e as demais condições para que a educação, realizada através das escolas e de outros meios formativos, contribua para a igualdade de oportunidades, a superação das desigualdades económicas, sociais e culturais, o desenvolvimento da personalidade e do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade, para o progresso social e para a participação democrática na vida coletiva.

Na Constituição brasileira, conforme o art. 205º, a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

12. Em Portugal, depois de no já visto art. 36º se afirmarem os direitos e deveres dos pais quanto à educação dos filhos (nº 5) e a igualdade dos cônjuges (nº 3), o art. 43º proclama a liberdade de aprender e ensinar (nº 1), proíbe o Estado de programar a educação e a cultura segundo quaisquer diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas e religiosas (nº 2), declara o ensino público não confessional (nº 3) e garante o direito de criação de escolas particulares e cooperativas (nº 4).

Este art. 43º aparece depois de um art. 41º, em que se garante a liberdade de ensino de qualquer religião praticada no âmbito da respetiva confissão (nº 5, 1ª parte) e de um art. 42º, sobre liberdade de criação cultural; e, de certo modo, é acompanhado por um art. 47º, nº 1, em que se reconhece a todos o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse coletivo ou inerentes à sua própria capacidade.

15. Como mostra o art. 17º, ao mandar aplicar o regime dos direitos, liberdades e garantias aos direitos fundamentais de natureza análoga. Cfr. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 5ª ed., Coimbra, 2012, págs. 162 e segs. e 175 e segs.

Mas no título de direitos económicos, sociais e culturais encontram-se outros preceitos que completam o estatuído no título de direitos, liberdades e garantias:

> – No art. 68º, nº 1, sobre direito dos pais e mães à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível ação em relação aos filhos, nomeadamente quanto à educação, com garantia de realização profissional e de participação na vida cívica do país;
>
> – No art. 69º, nº 1, sobre o direito das crianças à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições;
>
> – No art. 75º, nº 2, sobre reconhecimento e fiscalização do ensino particular e cooperativo nos termos da lei;
>
> – No art. 76º, nº 2, ao atribuir-se às universidades autonomia científica e pedagógica, além de autonomia estatutária, administrativa e financeira, sem prejuízo da avaliação da qualidade do ensino;
>
> – No art. 77º, nº 1, ao conferir-se aos professores e alunos o direito de participar na gestão democrática das escolas, nos termos da lei;
>
> – E no art. 77º, nº 2, ao prever-se a regulamentação por lei das formas de participação das associações dos professores, de alunos, de pais, das comunidades e das instituições de carácter científico na definição da política do ensino.

13. O direito ao ensino é consignado, de forma perentória, no art. 74º, nº 1: todos têm direito ao ensino com garantia do direito à igualdade de oportunidades e êxitos escolares.

As políticas públicas têm sede no art. 74º, nº 2, ao incumbir o Estado de:

> *a*) Assegurar o ensino básico universal, obrigatório e gratuito;
>
> *b*) Criar um sistema público e desenvolver o sistema geral de educação pré-escolar;
>
> *c*) Garantir a educação permanente e eliminar o analfabetismo;
>
> *d*) Garantir a todos os cidadãos, segundo as suas capacidades, o acesso aos graus mais elevados do ensino, da investigação científica e da criação artística;
>
> *e*) Estabelecer progressivamente a gratuitidade de todos os graus de ensino;

f) Inserir as escolas nas comunidades que servem e estabelecer a interligação do ensino e das atividades económicas, sociais e culturais;

g) Promover e apoiar o acesso dos cidadãos portadores de deficiência ao ensino e apoiar o ensino especial, quando necessário;

h) Proteger e valorizar a língua gestual portuguesa, enquanto expressão cultural e instrumento de acesso à educação e de igualdade de oportunidades;

i) Assegurar aos filhos dos emigrantes o ensino da língua portuguesa e o acesso à cultura portuguesa;

j) Assegurar aos filhos dos imigrantes apoio adequado para efetivação do direito ao ensino.

Porém, há ainda que contar com:

– O art. 58º, nº 2, alínea *c*), ao mandar o Estado promover a formação cultural e técnica e a valorização profissional dos trabalhadores;

– O art. 69º, nº 2, ao proibir o trabalho de menores em idade escolar;

– O art. 70º, nº 1, alíneas *c*) e *d*), ao dizer que os jovens gozam de proteção especial para efetivação dos seus direitos económicos, sociais e culturais, nomeadamente no ensino, na função profissional e na cultura, bem como na educação física e no desporto;

– O art. 71º, nº 2, ao obrigar o Estado a realizar uma política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às suas famílias, sem prejuízo dos direitos e deveres dos pais e tutores;

– O art. 75º, nº 1, ao determinar que o Estado criará uma rede de estabelecimentos públicos de ensino que cubra as necessidades de toda a população.

13. Considerando agora a Constituição brasileira, a liberdade de educação aparece:

– No art. 206, II, ao declarar a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

– No art. 206, III, 1ª parte, ao garantir o pluralismo de ideias e de conceções pedagógicas;

– No art. 206, III, 1ª parte, ao garantir a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

– No art. 206, VI, ao assegurar a gestão democrática do ensino público, na forma de lei;

– No art. 207, ao atribuir às Universidades autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, com indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão;

– No art. 207, § 1º, ao facultar às Universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma de lei;

– No art. 209, ao consagrar o ensino livre à iniciativa privada, atendidas as condições de cumprimento das normas gerais de educação nacional e de autorização e avaliação da qualidade pelo poder público;

– No art. 210, § 1º, ao constituir o ensino religioso, de matrícula facultativa, disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental;

– No art. 210, § 2º, ao prescrever que o ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, asseguradas às comunidades indígenas a utilização das suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem;

– No art. 213, ao permitir que os recursos públicos sejam dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que comprovem finalidade não lucrativa e apliquem os seus excedentes financeiros em educação e que assegurem a destinação do seu património a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional ou ao poder público, no caso de encerramento das suas atividades.

14. Por sua vez, o direito à educação ressalta:

– Do art. 229, ao dizer que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores[16];

– Do art. 206, I, ao consignar a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

– Do art. 206, IV, ao impor a gratuitidade de ensino público, na forma de lei;

– Do art. 206, VII, ao exigir a garantia de padrões de qualidade;

16. Assim como os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

> – Do art. 206, VIII, ao estabelecer piso salarial nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

15. As políticas públicas de efetivação do direito ao ensino vêm fixadas no art. 208, onde se lê que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

> I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;
>
> II – progressiva universalização do ensino médio gratuito;
>
> III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
>
> IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;
>
> V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
>
> VI – oferta de ensino no turno regular, adequado às condições do educando;
>
> VII – atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.
>
> E que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo (§ 1º).
>
> O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente (§ 2º).
>
> Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

Também no corpo do art. 210:

"Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais".

E no art. 211:

"A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão, em regime de colaboração, seus sistemas de ensino.

§ 1.º – A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;

§ 2.º – Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

§ 3.º – Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

§ 4.º – Na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.

§ 5.º – A educação básica pública atenderá prioritariamente ao ensino regular."

Enfim, no art. 214:

"A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a:

I – erradicação do analfabetismo;

II – universalização do atendimento escolar;

III – melhoria da qualidade do ensino;

IV – formação para o trabalho;

V – promoção humanística, científica e tecnológica do País.

VI – estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto."

Nos arts. 212 e 213, a Constituição federal ocupa-se da afetação dos recursos públicos à educação.

III

16. Finalmente, cumpre analisar a liberdade de educação e o direito à educação à luz da Lei Fundamental portuguesa.

Assim, como frisei logo de início, na época moderna, a educação implica sempre, em maior ou menor medida, escola e por ser, através da escola, que ela se institucionaliza e se projeta no espaço público, a liberdade de aprender e de ensinar do art. 43.º, apresenta-se como liberdade perante a escola – *liberdade de escola* e *liberdade na escola*. E nem o direito à educação pode pôr em causa esta liberdade, nem a liberdade de escola pode impedir o acesso à escola, à melhor escola.

17. A liberdade de escola compreende:

a) O direito de acesso a qualquer escola, verificados os requisitos gerais prescritos na lei, sem impedimentos, nem discriminações (arts. 13.º e 74.º, n.º 1).

b) O direito de escolha da escola mais adequada ao projeto educativo ou cultural que se pretenda realizar (n.º 1), designadamente da escola mais adequada à formação moral, religiosa, filosófica, intelectual ou cívica dos filhos (arts. 36.º, n.º 5, e 41.º).

c) Para além da escolaridade obrigatória, o direito de escolha da escola (ou do curso) correspondente à formação pessoal e profissional que se queira obter segundo as suas capacidades [n.º 1, de novo, e arts. 47.º, n.º 1, e 74.º, n.º 2, alínea *d*)].

d) O direito de criação de escolas distintas das escolas do Estado (n.º 4), com o conferir de graus equivalentes aos destas, verificados os requisitos legais.

e) Dentro das possibilidades logísticas do sistema, o direito de escolha de escola pública em concreto que se queira frequentar, sem adstrição necessária a critérios geográficos ou de residência.

18. De modo algum, se confunde ensino particular com ensino livre. Tão livre tem de ser o ensino nas escolas públicas como o ensino nas escolas não públicas.

Mas a liberdade de criação de escolas não estatais (naturalmente, em latitude variável do ensino primário ao universitário) salvaguarda também a própria liberdade dentro das escolas estatais: até para que nestas escolas haja liberdade frente ao poder político, importa que em escolas não estatais possa haver opções de fundo, programas, métodos, livros diferentes dos das escolas do Estado ou que os complementem.

Em contrapartida, mesmo que existam escolas particulares e cooperativas, em determinada área, o Estado não pode deixar de criar as suas escolas, sempre tendo em conta critérios de proporcionalidade e de prioridade na satisfação das necessidades (art. 75.º, n.º 1). O direito à escola pública não se reconduz apenas a um direito económico, social e cultural; reconduz-se também a direito, liberdade e garantia – porque a não confessionalidade da escola pública é uma garantia de liberdade para aqueles que não se reconheçam em nenhuma escola confessional (ou seja, de escola ao serviço de quaisquer diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas).

Para que haja liberdade de escolha, tem de ser assegurada, portanto, em tensão dialética, a existência quer de escolas privadas e cooperativas quer de escolas públicas. E, para que essa liberdade de escolha seja efetiva, têm de ser assegurados a quem deseje frequentar um ou outro tipo de escola os indispensáveis meios económicos.

Finalmente, embora o direito de criação de escolas particulares e cooperativas implique – pela necessidade de reunir os bens materiais indispensáveis – iniciativa económica (art. 61.º), ele deve ser entendido não como mera expressão dessa iniciativa económica, mas sim como expressão de um princípio de iniciativa cultural ou de pluralismo de projetos educativos.

O art. 43.º, n.º 4 não consagra, em si mesmo, uma liberdade sem restrições. Os interesses em presença – dos alunos, em primeiro lugar, e as exigências de preservação da identidade nacional e de democratização da educação e da cultura – justificam a necessidade de autorização ou de reconhecimento de interesse público [cfr. art. 6.º, n.º 2, alínea *a*) da Lei n.º 9/79, de 19 de Março], ao contrário do que se passa com as escolas de formação de ministros de culto (art. 41.º, n.º 5, 1.ª parte).

Cabe, pois, à lei estabelecer os requisitos que essas escolas devem satisfazer – naturalmente, mais rigorosos quanto ao ensino infantil e ao ensino universitário do que quanto aos outros graus. E pode a lei reservar o exercício do direito de criação de escolas a entidades de certa natureza ou dele excluir outras entidades: porque se trata de iniciativa cultural, há-de ser a maior ou menor idoneidade para a definição e a prossecução de projetos educativos a prevalecer.

As escolas cooperativas – as que respeitem os princípios cooperativos (art. 61.º, n.º 2) e não sejam sociedades comerciais sob esse nome – podem beneficiar de regime mais favorável (art. 85.º, n.ºs 1 e 2).

De todo o modo, ainda em virtude do postulado da reserva de lei, em caso algum dependerá a concessão de autorização de poder discricionário; terá de ser sempre vinculada.

19. A liberdade na escola, ou liberdade académica na aceção clássica, significa:

> a) A liberdade dos professores de ensinar de acordo com a sua procura da verdade, o seu saber, a sua orientação científica e pedagógica, mas com o limite imanente do não aproveitamento de aulas para doutrinação ou propaganda ideológica.
>
> b) O direito dos alunos à compreensão crítica dos conteúdos do ensino em graus crescentes até o ensino superior, mas com respeito pela autoridade institucional do professor.
>
> c) O direito dos alunos de aprender e dos professores de ensinar em língua portuguesa, a língua materna dos Portugueses e a língua oficial da República (art. 11.º, n.º 3), e não em língua estrangeira, e, com ressalva para eventuais minorias, também de formas adequadas de ensino nas suas línguas maternas[17].

Em tese, a liberdade docente deveria abranger a livre fixação dos conteúdos e dos métodos do ensino. No entanto, ela tem de se compaginar, por imperativos de coerência do sistema, com os planos de estudos e os programas das disciplinas fixados, em linhas gerais (não mais do que isso), por lei. Apenas no ensino superior, indissociável da investigação científica, alcança a máxima expansão (é a chamada *liberdade de cátedra*).

Uma e outra liberdade, a dos professores e a dos alunos, implicam a proscrição do "livro único", embora não, evidentemente, a não sujeição a formas administrativas de avaliação de uns e outros e de cada escola em face das demais.

20. Enquanto nas escolas públicas prevalece a regra da não confessionalidade (n.º 3), nas escolas particulares e cooperativas pode haver a opção por esta ou aquela diretriz filosófica, estética, política, ideológica ou religiosa. Ou seja: nas escolas públicas, o Estado deve abster-se de *impor* e nas escolas particulares e cooperativas deve abster-se de *impedir* qualquer orientação confessional.

Com efeito, a não confessionalidade do ensino público significa que o ensino público se não identifica com nenhuma religião, convicção, filosofia ou ideologia; não significa que as religiões, as convicções, as filosofias ou as ideologias não devam ter expressão no ensino público; ela é positiva, não negativa e excludente.

O que a Constituição pretende é evitar a unicidade da doutrina de Estado; não é – sob pena de se pôr em causa a própria educação e cultura – evitar a presença da religião, da filosofia, da estética, da ideologia nas escolas. Nem se compreenderia

17. Cfr., quanto à Itália, Marco Croce, *Le dimensioni costituzionali della tutela della lingua italiana*, in *Quaderni Costituzionali*, 2013/4, págs. 983 e segs.

que, numa sociedade pluralista, o pluralismo não entrasse igualmente nas escolas; ou que numa Constituição que o promove no sector público da comunicação social [arts. 38.º, n.º 6 e 39.º, n.º 1, alínea *f*)] o não viabilizasse nas escolas públicas.

A não ser assim, ficaria frustrado o direito dos pais de educação dos filhos [arts. 36.º, n.º 5 e 67.º, n.º 2, alínea *c*)], que inclui necessariamente o direito de os orientar segundo as suas convicções filosóficas e religiosas, e este direito manifesta-se tanto fora como dentro das escolas públicas.

21. Há, contudo, condicionamentos que devem ser observados relativamente ao ensino de religião nas escolas públicas:

> 1) Livre opção (dos pais ou, a partir de 16 anos, dos alunos), o que implica – pois o direito ao ensino religioso decorre do direito à religião – a declaração de que o querem ter, e não qualquer tipo de abstenção ou passividade.
>
> 2) Igualdade de todas as confissões, assegurando-se o acesso de todas às escolas públicas, segundo as modalidades que com elas sejam ajustadas.
>
> 3) Assunção do ensino pelas confissões (art. 41.º, n.º 5), com docentes por elas indicados, sob a sua responsabilidade e com programas por elas definidos.
>
> 4) Definição dos programas e dos conteúdos pelas próprias confissões religiosas.
>
> 5) Não acumulação pelo mesmo professor do ensino de religião e moral e de ensino de outra disciplina, para evitar constrangimentos diminuidores da liberdade de opção do alunos.
>
> 6) Em contrapartida, ainda para efetivação na prática dessa liberdade de opção, ensino de religião e moral nos horários escolares normais (como expressamente preveem o art. 7.º, n.º 2 da Constituição alemã e o atrás mencionado art. 210.º, § 1.º da Constituição brasileira), em alternativa a outras disciplinas também optativas.

A lei da liberdade religiosa (Lei n.º 16/2001, de 22 de Junho) respeita quase todos estes princípios, menos o 6.º (cfr. art. 24.º).

22. Assim como a liberdade de educação implica, na época moderna, liberdade de escola e na escola, o direito à educação desemboca, especificamente, no direito à escola. Para que todas as pessoas venham a usufruir da liberdade de

aprender, importa que a todos seja assegurado o direito de aprender na escola, em certa fase da vida e, depois, ao longo da vida.

As capacidades e os interesses são diferentes, mas não menos diversas são as condições concretas em que as pessoas se encontram – familiares, socioculturais, socioeconómicas, geográficas, além de físicas e mentais – determinando desigualdades a superar (de novo, art. 73.º, n.º 2). As capacidades e os interesses são diferentes, mas todas as pessoas têm o direito de obter êxito à medida de cada uma e o direito de chegar até onde possam e queiram chegar em resultado do seu esforço e do esforço da escola.

Direito ao ensino é, necessariamente, direito à qualidade do ensino, porque quanto mais qualidade tiver uma escola mais será desenvolvida a personalidade dos seus alunos e mais bem preparados eles sairão para o exercício do trabalho e da profissão (art. 47.º, de novo) e da cidadania ativa (art. 48.º e segs.). O êxito escolar só vale como instrumento para a realização integral dos alunos na escola e para além da escola.

No art. 74.º, n.º 2 enunciam-se alguns dos meios adequados a superar as desigualdades e a promover o efetivo acesso e êxito escolar. Não são os únicos. Outros existem, e não pouco importantes, a começar pela ação social escolar (bolsas de estudo, alojamento, alimentação, transporte, assistência na doença, etc.), e outros podem ser estabelecidos em correspondência com as transformações do próprio ensino, da ciência e da sociedade.

Se a escola contemplada no preceito é, direta e imediatamente, a escola pública, nem por isso a escola particular e a escola cooperativa podem ser desprendidas dos objetivos constitucionais de democratização, com as inerentes consequências sobre o seu regime jurídico.

23. A prescrição como universal, obrigatória e gratuito só do ensino básico não impede o alargamento por lei de idêntico regime a graus mais elevados, visto que, por essa via, não se faz senão estender o direito à educação com base na cláusula aberta do art. 16.º, n.º 1 (assim, por último, a Lei n.º 85/2009, de 27 de Agosto, que estabelece a escolaridade obrigatória até aos 18 anos e a educação pré-escolar a partir dos 5 anos de idade).

De resto, além de deveres impostos aos pais ou aos encarregados de educação (inscrição nas escolas, vigilância sobre a frequência das aulas ou sobre o aproveitamento escolar), está aqui uma incumbência do Estado, decorrente do objetivo geral de elevação do nível educativo, científico e cultural do País (arts. 73.º e 76.º, n.º 1).

Como a pedagogia e a sociologia escolar têm demonstrado, uma educação pré-escolar universal, em estabelecimentos adequados, constitui um meio fundamental de democratização da educação. A igualdade de oportunidades e de êxito escolar começa aí.

No texto de 1976 já se previa a criação de um sistema público, o que viria a concretizar-se com a Lei n.º 5/77, de 1 de Fevereiro. Na revisão constitucional de 1997 acrescentar-se-ia a menção de desenvolvimento de um sistema geral, o que inculca que este não tem de ser exclusivamente público. A despeito de não se determinar a obrigatoriedade e a gratuitidade, nem sequer do sistema público, uma leitura coerente de todo o artigo impõe esta conclusão.

Nesta linha, a Lei n.º 85/2009, prescreve o dever do Estado de assegurar que a frequência da educação pré-escolar a partir dos cinco anos se efetue em regime de *gratuitidade da componente educativa* (art. 4.º, n.º 1).

24. Alcançada agora a obrigatoriedade e a gratuitidade do ensino até aos 18 anos – portanto, do ensino básico e do secundário – a incumbência da alínea *e*) do n.º 2 fica confinada ao ensino superior, em conexão com a incumbência, da alínea *d*) de o Estado "garantir a todos os cidadãos, segundo as suas capacidades, o acesso aos graus mais elevados do ensino, da investigação científica e da criação artística.

O que significa, porém, estabelecer progressivamente a gratuitidade do ensino superior (com cursos de licenciatura, mestrado, doutoramento e ainda outros de vários tipos)?

O que se diz desde 1989 (e que já poderia sustentar-se antes, com base no contexto global da Constituição) a respeito do serviço nacional de saúde pode servir de ponto de partida. O serviço nacional de saúde é tendencialmente gratuito, *tendo em conta, as condições económicas e sociais dos cidadãos* – estipula o art. 65.°, n.° 2, alínea *a*). Logo, se é assim em zona que toca necessidades básicas da vida das pessoas e em serviço *universal* e *geral,* o mesmo deverá – por maioria de razão – verificar-se no ensino superior: a gratuitidade aqui há-de ser outrossim função das condições económicas e sociais.

A frequência do ensino superior comporta, ao mesmo tempo, o exercício de um direito pessoal complexo (ou de um feixe de direitos pessoais) e um instrumento de elevação do nível educativo, cultural e científico do país (mais uma vez citados arts. 43.°, n.° 1, e 76.°, n.° 1). É um benefício para os próprios e um benefício para a coletividade. Logo, afigura-se justo, no plano dos valores constitucionais, que aqueles que podem pagar a sua quota-parte desse benefício ou contribuir para o pagamento de certo montante desta quota-parte o venham a fazer.

Em suma: se as condições económicas e sociais – quer dizer, as necessidades e os rendimentos do agregado familiar, de que cuida o art. 104.°, n.° 1 – não permitirem qualquer forma de pagamento, impor-se-á a gratuitidade no ensino superior; se, porém, elas permitirem o pagamento (ou uma parte do pagamento), a isenção deste não só não se apresentará fundada como poderá obstar à correção de desigualdades.

25. O que se deva entender por gratuitidade – e por não gratuitidade – nem sempre é encarado de forma unívoca.

Gratuitidade equivale, antes de mais, a ausência de pagamento do custo imediato do ensino, das despesas de pessoal e de funcionamento das escolas; equivale a não pagamento de taxas de inscrição e de frequência.

Implica ou pode implicar, depois, ausência de pagamento de despesas adicionais de ensino, mediante variadas taxas: taxas de utilização de bibliotecas, de centros de documentação, de material informático, de laboratórios, etc.; taxas de prestação de provas e de exames (sejam de primeira prestação, seja de revisão ou de repetição), taxas e emolumentos pela obtenção de certificados, diplomas, cartas de curso.

Em terceiro lugar, gratuitidade é gratuitidade de livros e outro material escolar indispensável, de transportes de e para as escolas, de refeições, de prática desportiva e de assistência médica nas escolas, de residências (para os que vêm de fora), enfim de tudo quanto seja requerido pela frequência das aulas e pelo estudo.

Como se repara, existem diversas dimensões, em nível crescente, desde uma gratuitidade parcial a uma gratuitidade integral e, obviamente, a sua concretização tem de ser determinada considerando três ordens de fatores, inerentes às premissas constitucionais: a disponibilidade dos recursos, a mais ou menos ampla soma de beneficiários (em correspondência com a maior ou menor proximidade de necessidades básicas de ensino) e a capacidade económica destes beneficiários.

No ensino tornado obrigatório, tem inteiro cabimento uma gratuitidade tanto universal como integral. Já no ensino superior, a ponderação desses fatores poderá levar a resultados variados e variáveis consoante as circunstâncias.

Muitas vezes, reduz-se a gratuitidade ao primeiro escalão – a inexistência de taxas de inscrição e de frequência – e esquecem-se os outros. Eis uma visão pobre do problema: a gratuitidade relevante não é uma gratuitidade formal ou geométrica, mas aquela que propicie a efetivação da igualdade de oportunidades de acesso e de *êxito* escolar para que aponta o art. 74.°, n.° 1, 2.ª parte. O desígnio constitucional apenas na aparência se realizará através de uma genérica isenção de taxas no ensino superior; realizar-se-á sobretudo pela assunção pela coletividade dos demais custos do ensino relativamente àqueles cujas condições económicas e sociais não permitem que, por si ou pelas sua famílias, os suportem.

Prima facie poderia supor-se que a progressiva gratuitidade viria sendo realizado por o legislador entre 1941 e 1992 não ter intervindo no montante das taxas de frequência. Sem razão: as normas programáticas concretizam-se por ação, não por omissão, e nada permitiria extrair de inércia ou de silêncio do legislador qualquer adequação à finalidade que encerram.

Gratuitidade envolve não tanto não pagamento de taxas quanto atribuição de bolsas de estudo (pelo Estado e pela sociedade civil) e apoio social escolar; e, no

limite, até salário escolar para compensação do salário profissional que deixem de granjear aqueles que não tenham outros meios de subsistência e que, se ele não for previsto, não poderão continuar os seus estudos.

Não gratuitidade, por sua vez, não se identifica com pagamento da totalidade dos custos e das despesas pelos alunos.

Mesmo considerando tão somente a primeira dimensão ora enunciada – a das taxas – e tão somente o ensino superior, ela tem limites irrecusáveis. Porque há um benefício público ou comunitário do ensino superior, uma parte dos custos (maior ou menor) terá de ser, forçosamente, suportada pela coletividade, O pagamento a cargo dos alunos (daqueles alunos que *podem pagar* e *até onde podem pagar*, claro está) nem há-de ser simbólico, nem superior à parcela (ou a uma parcela) do benefício que auferem –tudo sem quebra da regra da proporcionalidade.

Com diferenças e variantes, as Leis n.° 20/92 e 5/94, de 14 de Agosto e 14 de Março, respetivamente, e mais tarde a Lei n.° 113/97, de 16 de Setembro, orientaram-se por linha próxima deste entendimento. E o Tribunal Constitucional, chamado a apreciar aquele primeiro diploma, não concluiu pela sua inconstitucionalidade (acórdão n.º 148/94, de 8 de fevereiro de 1994)[18].

26. O sistema de ensino, cuja democratização a Lei Fundamental pretende promover, abrange escolas de quaisquer titularidades e escolas de todos os graus.

A extensão às escolas particulares e cooperativas levanta, todavia, não poucas dificuldades práticas, derivadas quer da escassez de meios financeiros mobilizáveis quer da necessidade de salvaguarda da sua autonomia de gestão e, através dela, sobretudo, dos seus projetos educativos específicos. Frente a frente como em tantos outros casos os postulados da igualdade e da liberdade, haverá que os ajustar e ponderar na medida do possível e do razoável.

Para essa compaginação, sugerem-se as seguintes orientações que parecem fluir logicamente dos princípios constitucionais:

> a) No ensino básico, se acaso não houver em certa localidade escola pública, o ensino particular e cooperativo deverá ser gratuito com o alcance há pouco expresso;
>
> b) No ensino superior, se no país não existirem escolas públicas em número suficiente para certo curso reconhecido como satisfazendo necessidades em quadros qualificados (art. 76.°, n.° 1), o regime das escolas privadas e cooperativas deverá ser tendencialmente semelhante

18. *Diário da República*, 1ª série-A, de 3 de maio de 1994. Cfr. as anotações discrepantes de Gomes Canotilho, in *Revista Legislação e de Jurisprudência*, n.° 3841 e 3842, Agosto-Setembro de 1994, págs. 151 e segs., e de Jorge Bacelar Gouveia, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa,* 1995, págs. 277 e segs.

ao das homólogas escolas públicas;

c) No ensino especial para pessoas com deficiência, o ensino deve ser gratuito em todas as escolas – públicas, privadas e cooperativas – pois que o Estado se obriga constitucionalmente a apoiá-lo e a realizar uma política de reabilitação e integração dos deficientes e assume o encargo de efetiva realização dos seus direitos, sem prejuízo dos direitos e deveres dos pais ou tutores [arts. 74.°, n.° 2, alínea *g*), e 7l.°, n.° 2, mais uma vez];

d) Para efeito das orientações assim definidas, cumpre ao Estado subsidiar as escolas particulares e cooperativas, ou apoiar diretamente os alunos e as famílias, ou fazer uma e outra coisa ou tomar outras providências (de acordo com a liberdade de conformação do legislador);

e) Em qualquer caso, em qualquer escola, incumbe ao Estado intervir para vedar preços que afetem de modo inadmissível a unidade do sistema e a igualdade dos cidadãos.

27. O art. 75.º completa os arts. 43.º, 73.º e 74.º numa perspetiva institucional e sistémica. Com ele fica configurado o *sistema de ensino* [expressão que aparece nos arts. 76.º, n.º 1 e 164.º, alínea *i*)], na base da articulação entre as escolas públicas e as escolas privadas e cooperativas.

No texto inicial, falava-se, no n.º 1, em estabelecimentos *oficiais* e, no n.º 2, declarava-se o ensino particular *supletivo* do ensino público, o que se prestava a diferentes interpretações que se defrontaram no Parecer n.º 4/79 da Comissão Constitucional de 13 de fevereiro de 1979[19]. Embora não se entendesse que supletividade equivalia a transitoriedade ou precariedade até à fundação de escolas públicas, de um lado dizia-se que as necessidades básicas de ensino das populações deveriam ser satisfeitas, essencial ou prioritariamente, pelas escolas públicas; e, de outro lado, sustentava-se que supletivo não seria tanto o ensino que preenchesse uma lacuna na rede pública quanto aquele que adotasse processos ou orientações doutrinais que o Estado, por força do art. 43.º, não poderia ou não deveria adotar.

Mas o termo *supletivo* cairia em 1982 e em 1989 estabelecer-se-ia, no n.º 2, que o Estado não só fiscalizaria como *reconheceria* o ensino privado e cooperativo. Donde, agora, com mais clareza, uma ideia de complementaridade e de competitividade com vista à prossecução das finalidades constitucionais. Donde, o direito à escola pública – com a inerente incumbência do Estado (do Estado, das regiões autónomas e dos municípios e, eventualmente, de outras entidades públicas) de criar escolas de todos os graus e áreas em todo o país; e, em simultâneo, o direito de frequentar a escola particular ou cooperativa que se pretenda frequentar.

19. *Pareceres da Comissão Constitucional*, 7º volume, págs. 235 e segs.

Por isso, não se acolhe a contraposição apresentada por J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, segundo a qual os estabelecimentos de ensino público prestariam um serviço público e de interesse público e os estabelecimentos de ensino privado, mesmo com reconhecimento público, prestariam um serviço privado no interesse dos seus titulares[20].

Já merece todo o acordo o repúdio da transformação do sistema de ensino num mercado educacional[21].

Simplesmente, pode supor-se que venha a ser, precisamente, a inserção de todas as escolas, seja qual for a sua titularidade, num mesmo sistema – de liberdade de aprender e de ensinar, plural nos projetos educativos e aberto à inovação – que há-de impedir a comercialização do ensino. Em qualquer caso, tudo na condição de ser conferir plena exequibilidade ao art. 74.º. Subsiste aí, apesar de todos os progressos, muita inconstitucionalidade por omissão.

28. Para lá da óbvia sujeição a fiscalização do ensino não público – paralela à direção, à fiscalização ou à tutela que o Estado exerce sobre as escolas públicas – importa salientar, no n.º 2, a regra do reconhecimento (que é mais do que a mera autorização do n.º 4 do art. 43.º).

Ele significa que, sem privilégios nem discriminações, observados os requisitos que a lei fixar – que não podem ser inferiores aos requisitos exigidos às escolas públicas – os cursos ministrados nas escolas não públicas têm o mesmo valor dos ministrados nas escolas públicas e os seus graus e diplomas produzem os mesmos efeitos. E, nessa medida, é oficial o ensino ministrado em ambas as categorias de escolas.

De fora do sistema apenas fica o ensino destinado a funções circunscritas ao interior de determinadas comunidades e associações, sem carácter de universalidade, como o ensino destinado à formação de ministros de confissões religiosas ou, noutro plano, de dirigentes de partidos políticos.

Não o ensino dirigido a quaisquer cidadãos e sobre matérias comuns às das demais escolas, ainda quando as escolas sejam criadas por instituições internacionais e consagradas por tratado (como a Universidade Católica Portuguesa, criada pela Santa Sé e consagrada na Concordata de 2004, ou amanhã, porventura, qualquer escola criada por uma organização internacional). Em rigor, não será nem ensino estatal, nem privado; mas as suas especificidades não o afastam do sistema.

Este entendimento permite considerar conformes com a Constituição as seguintes normas da Lei n.º 9/79, de 12 de Março:

– O Estado concede subsídios e celebra contratos para o funcionamento de

20. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª ed., I, Coimbra, 2007, pág. 904.
21. *Ibidem*, pág. 909.

escolas particulares e cooperativas, de forma a garantir progressivamente a igualdade de condições de frequência com o ensino público nos níveis gratuitos e a atenuar as desigualdades existentes nos níveis não gratuitos [art. 6.º, n.º 2, alínea *c*);

– É concedida prioridade à celebração de contratos e atribuição de subsídios aos estabelecimentos que, integrando-se nos objetivos e planos do Sistema Nacional de Educação, se localizem em áreas carenciadas de rede pública escolar, bem como a jardins-de-infância e a escolas de ensino especial, nomeadamente em áreas geográficas carenciadas [art. 8.º, n.º 3 e n.º 2, alínea *a*)];

– Aos alunos de qualquer nível ou ramo de ensino que frequentem tais escolas é garantida igualdade com os alunos do ensino oficial no que se refere a despesas com taxas e matrículas (art. 8.º, n.º 4);

– Quem exercer funções docentes em escolas particulares e cooperativas de ensino, tem os direitos e está sujeito aos específicos deveres emergentes do exercício da função docente (art. 11.º);

– Os contratos de trabalho dos professores do ensino particular e cooperativo e a legislação relativa aos profissionais de ensino, nomeadamente nos domínios salarial, de segurança social e assistência, devem ter na devida conta a função de interesse público que lhes é reconhecida e a conveniência de harmonizar as suas carreiras com as do ensino público (art. 12.º);

– A verificação do aproveitamento e o processo de avaliação dos alunos competem às escolas particulares e cooperativas, em igualdade com as escolas públicas, desde que obedeçam aos requisitos legais adequados (art. 15.º, n.º 1);

– São permitidas as transferências de alunos entre as escolas públicas, particulares e cooperativas (art. 15.º, n.º 2);

– Aos alunos de escolas particulares e cooperativas, estejam ou não sob regime de contrato, são reconhecidos e concedidos, sem quaisquer discriminações, os benefícios e regalias previstos para os alunos das escolas públicas no âmbito da Ação Social Escolar (art. 16.º, n.º 1).

Ainda nessa linha, lê-se na lei de bases do sistema educativo (Lei n.º 48/86, de 14 de Outubro), que os estabelecimentos de ensino particular e cooperativo que se enquadrem nos princípios gerais, finalidades, estruturas e objetivos do sistema educativo são considerados parte integrante da rede escolar (art. 55.º,

n.º 1). E que no alargamento ou no ajustamento da rede, o Estado terá também em consideração as iniciativas e os estabelecimentos particulares e cooperativos, numa perspetiva de racionalização de meios, de aproveitamento de recursos e de garantia de qualidade (art. 55.º, n.º 2)[22].

***

22. Principal jurisprudência constitucional portuguesa sobre ensino:
– Parecer nº 4/79, de 13 de fevereiro, da Comissão Constitucional (*Pareceres da Comissão Constitucional*, VII, págs. 234 e segs.:
– liberdade de ensino
– ensino particular
– não confessionalidade do ensino público
– Parecer nº 11/81, de 12 de maio (*Pareceres*, XV, págs. 71 e segs.):
– acesso ao ensino dos trabalhadores e dos filhos dos trabalhadores
– inconstitucionalidade por omissão
– Acórdão nº 92/84, de 31 de julho, do Tribunal Constitucional (*Diário da República*, 1ª série, de 7 de novembro de 1984):
– equivalência do ensino minstrado nos seminários
– Acórdão nº 423/87, de 27 de outubro (*Diário da República*, 1ª série, de 26 de novembro de 1987):
– não confessionalidade do ensino público
– liberdade de escolha de ensino de religião e moral
– direitos das confissões religiosas
– Acórdão nº 148/94, de 8 de fevereiro (*Diário da República*, 1ª série-A, de 3 de maio de 1994):
– acesso ao ensino superior
– gratuitidade
– taxas de frequência
– Acórdão nº 1/97, de 8 de janeiro (*Diário da República*, 1ª série-A, de 5 de março de 1987):
– acesso ao ensino superior
– *numerus clausus* e vagas adicionais
– Acórdão nº 125/2000, de 23 de fevereiro (*Diário da República*, 2ª série, de 24 de outubro de 2000):
– colaboração entre a Administração central e os municípios no domínio de ensino
– Acórdão nº 398/2008, de 29 de julho (*Diário da República*, 2ª série, de 24 de setembro de 2008):
– estatuto do ensino particular e cooperativo não superior
– Acórdão nº 491/2008, de 7 de outubro (*Diário da República*, 2ª série, de 11 de novembro de 2008).