

Sobre os Direitos Fundamentais de Educação

O trabalho dado agora à estampa por Mário Pinto Sobre os Direitos Fundamentais de Educação, uma crítica minuciosa e fundamentada ao monopólio actual da rede escolar praticado em Portugal, como se diz em sub-título, representa um notável esforço argumentativo em favor das liberdades de aprender e de ensinar, tal como decorrem da formulação actual da Constituição de 1976.

Evidencia de modo convincente a existência de uma pré-compreensão, aliás, bastante generalizada contra o ensino particular, visto como um privilégio elitista de uma classe abastada e como tal insusceptível de ser equiparado, em termos de necessidade de financiamento e de apoio em geral, ao ensino público. Desmonta também, com larga cópia de razões, a ideologia dominante a favor da necessária superioridade da escola pública. Realista, admite que a exequibilidade da igualdade de oportunidades entre o ensino público e o privado depende “de uma reserva do possível”, sobretudo económico-financeira, que, todavia, não deve ser concebida, nem em termos definitivamente estáticos, nem por forma completamente discricionária e menos ainda negativamente discriminatória.

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

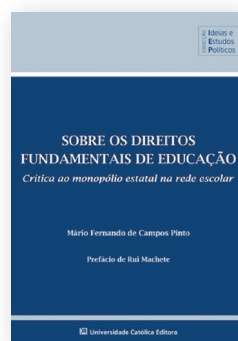
de sobre os direitos sociais, demonstra a existência de direitos sociais derivados das liberdades de aprender e de ensinar.

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

Mário Pinto começa por lembrar que, desde a revisão constitucional de 1982, as liberdades de aprender e de ensinar se encontram garantidas pelo artigo 43º da nossa Lei Fundamental também para ensino privado. Aí se proíbe que o Estado programe a educação e a cultura segundo quaisquer directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas; também no mesmo artigo se diz que o ensino público não será confessional e que é garantido o direito de criação de escolas particulares. Em desenvolvimento do normativo constitucional anterior, ao qual devem acrescentar-se os artigos 73º, 74º e 75º inseridos no capítulo dos direitos e deveres culturais

fundamentais, o legislador ordinário elaborou a Lei nº 9/79, de 19 de Março, sobre as Bases do Ensino Particular e Cooperativo, de que se salienta o seu artigo 1º, resumindo com felicidade o essencial da temática do acesso à educação e à cultura e ao exercício das liberdades de aprender e de ensinar como modo de realização do direito matricial fundamental de todo o cidadão ao pleno desenvolvimento da sua personalidade. Refira-se ainda a Lei nº 65/79, de 4 de Outubro, sobre a Liberdade de Ensino. Sob o ponto de vista organizatório, esta legislação está completada pelo Decreto-Lei nº 553/80, de 21 de Novembro.

A vasta panóplia de preceitos constantes da legislação ordinária, que respeitam aos direitos fundamentais de aprender e ensinar consagrados na Lei Fundamental, deveria conduzir ao reconhecimento inequívoco das vinculações decorrentes daqueles direitos subjectivos. O Estado,



Sobre os Direitos Fundamentais de Educação

Mário Fernando de Campos Pinto

IEP, Universidade Católica Editora, 2008



através dos seus Poderes Legislativo, Executivo e Judicial, encontra-se imediatamente sujeito aos deveres que, do lado activo da relação jurídica, correspondem àqueles direitos. É o que resulta directamente da força jurídica emprestada aos direitos fundamentais de abstenção pelo artigo 18º, nº 1 da Constituição. Estes direitos limitam negativamente a liberdade de conformação do legislador ordinário e o próprio elenco e forma de realização das tarefas fundamentais do Estado — artigo 9º da Constituição e também os seus artigos 74º a 77º, sobre as orientações da política de ensino.

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

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

depois pelo legislador ordinário. É um ponto muito importante evidenciado com mestria neste livro.

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

Se a questão sobre o papel da Lei Fundamental se pode colocar, como se pôs na Alemanha, acerca da possibilidade da definição da situação jurídica de terceiros ser logo feita pela norma constitucional — v.g. a relação entre o proprietário que pretende construir e o vizinho, ou entre concorrentes a um mesmo bem —, e terá de ser apreciada a propósito da admissibilidade dos chamados efeitos para com terceiros dos direitos fundamentais, já a dúvida não parece razoável no que se reporta às pretensões de “non facere”, que têm por sujeito passivo de relação o Estado legislador ou o Estado administrativo. Esses são imediatamente resultantes das normas constitucionais como pretensões jurídicas de “non facere”. Daí resulta também que o direito subjectivo público constituído por uma norma constitucional não perde a sua natureza e lugar na hierarquia por ser reproduzido num preceito da lei ordinária. A inobservância da lei ordinária, se esta meramente repetir a lei constitucional, designadamente em matéria de violação de

direitos subjectivos públicos, tem de considerar-se como ferida de inconstitucionalidade material, com as consequências daí decorrentes.

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

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

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

Não se trata apenas de uma incumbência do Estado de prosseguir uma das finalidades que lhe são assinaladas pela Constituição, de um dever funcional sem correspondência com uma posição activa de direito subjectivo, mas de verdadeiros deveres subjectivos de realização de prestações positivas inseridos em relações constitucionais entre os poderes públicos e os cidadãos.

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

Os direitos de protecção ou de defesa derivados dos direitos fundamentais de liberdade, dos “Abwehrrechte” do cidadão contra o Estado, como é evidenciado com clareza na dissertação seminal de Robert Alexy, precisamente pela sua funcionalidade, assumem um carácter de necessidade em relação a estes. É essa nota que torna compreensível que a sua consagração e eficácia, como verdadeiros direitos subjectivos, não possa ser deixada à discricionariedade de maiorias parlamentares não qualificadas. Regista-se, assim, um potencial conflito entre o princípio democrático e o legislador ordinário, de um lado, e os tribunais, sobretudo o Tribunal Constitucional mais voca-



cionado para a sua “descoberta”, do outro. Essa conflitualidade agrava-se em matéria de direitos a uma determinada estrutura organizatória ou a procedimentos públicos e, mais ainda, no caso dos direitos sociais em sentido estrito. Quando existam verdadeiros deveres subjectivos de realizar prestações positivas a favor dos cidadãos individualmente considerados, quando estes tenham direito a algo de concreto como a habitação, a saúde ou a instrução que lhes deva ser fornecido pelo Estado, torna-se inevitável, para a política, a perda ou limitação da liberdade de escolha dos fins do Estado e das opções legislativas e administrativas para a atribuição de bens. É essa restrição à liberdade dos parlamentos ou dos governos de escolherem que políticas devem prosseguir em matéria de repartição de bens que constitui o grande obstáculo à aceitação dos direitos sociais. Com efeito, a distribuição de bens, que é feita neste caso pelo Estado, passa a ser vinculada, e a lei substitui-se à livre decisão política. As imposições decorrentes da lei sobrepoem-se às discussões e combates políticos.

O dever subjectivo de prestar, próprio dos direitos sociais em sentido estrito, só tem paralelo com o direito ou direitos de defesa ou protecção quando aquele resultar de uma derivação dos deveres de abstenção correlativos aos direitos de liberdade. Essa derivação só se torna indiscutível quando o agir livre próprio dos direitos fundamentais se tornar vazio de significado sem essa conexão com os direitos sociais. Por isso



mesmo, os direitos sociais derivados do direito de liberdade, embora com as características estruturais próprias de todos os restantes direitos sociais, têm de ser considerados em relação a cada direito de liberdade que os justifica e lhes é matricial. O Acórdão do Tribunal Constitucional alemão em matéria de auxílios financeiros, de 8 de Abril de 1987, e a polémica que se lhe seguiu são bons exemplos da exigência de se fazer a análise caso a caso, direito a direito.

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

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

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

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

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

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

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

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

Prefácio ao livro de Mário Pinto, Sobre os Direitos Fundamentais de Educação