

---

# ESTADO E SOCIEDADE: ESTADO ARBITRÁRIO, OU ESTADO SUBSIDIÁRIO?

por **Mário Pinto**

---

## Resumo

*Neste ensaio, critica-se a tese de que o Estado pode arbitrariamente monopolizar as prestações de serviços públicos de bem-estar, designadamente reservando para si o exclusivo do financiamento público, impondo aos consumidores as suas prestações e fazendo assim uma concorrência desleal às instituições privadas concorrentes. Com base no fundamento de que o Estado está obrigado, antes de tudo, a respeitar e garantir as liberdades fundamentais, seja as liberdades de escolha por parte dos consumidores, seja as liberdades de iniciativa por parte dos prestadores, visto que uns e outros exercitam direitos fundamentais de liberdade a cujo respeito e garantia o Estado está vinculado pela Constituição Portuguesa. Esta doutrina constitucional, que toma os direitos a sério («taking rights seriously»), está de acordo com a doutrina actual do «Estado Constitucional», que é defendida no plano internacional. E está também claramente estabelecida na legislação portuguesa sobre a liberdade de educação escolar.*

1. Apesar de, no nosso tempo, já se ter concluído a experiência provada e irrefutável do erro do colectivismo de Estado, quer porque é humanamente burocrático e liberticida, quer porque é economicamente ineficiente e a termo insustentável, subsistem em Portugal – que é um Estado de Direito Democrático de raiz liberal e enxerto social – vozes e interesses que continuam a defender um certo colectivismo de Estado, já não para todo o sistema económico, social e cultural, mas para certos sectores de produção de bens públicos de bem-estar, por exemplo na educação escolar e na saúde.

Para estes casos, insiste-se em que a produção de bens públicos deve ser objecto de monopólios do Estado: não monopólios jurídicos, visto que, no Estado de Direito Democrático, não se podem proibir nem escolas nem hospitais privados; mas monopólios de facto, com os privilégios administrativos e financeiros que o Estado reserva para exclusivo benefício das suas escolas «públicas» e dos seus hospitais «públicos», em indisfarçada e desleal concorrência com as instituições privadas homólogas. Aceitam-se, é certo, algumas práticas de apoio e de colaboração do Estado com estas instituições, mas em medida ínfima, apenas marginalmente se admitindo a iniciativa privada a suprir eventuais insuficiências ou complementaridades das políticas públicas – que têm a pretensão monopolista de cobrir «as necessidades de toda a população»<sup>1</sup> –, aliás numa política dúplice, de apoios e parcerias quando convém ao monopólio do Estado e de competição desleal quando não convém.

2. Para documentar esta doutrina de colectivismo de Estado e comprovar o grau extremo do seu radicalismo para os sectores em causa, recordem-se declarações recentes de altos responsáveis da governação: do Primeiro Ministro, José Sócrates, sobre o monopólio estatal da escola pública; e da Ministra da Saúde, Ana Jorge, sobre o monopólio estatal na saúde.

Disse José Sócrates: «a liberdade de escolha [da escola] é pura demagogia. [...] significa desviar recursos que devem ser investidos na escola pública para financiar o privado. É isto o que a direita quer. [...] deixemos a demagogia da liberdade de escolha [da escola], porque isso é pura demagogia, e é uma forma aliás de tirar dinheiro ao Estado, que deve investir na escola pública, para financiar o privado»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Esta expressão teve acolhimento no texto inicial da Constituição Portuguesa de 1976, que consagrava um monopólio constitucional de Estado na educação escolar, qualificando a escola privada como supletiva do sistema oficial de escola pública.

<sup>2</sup> Declarações feitas na TVI, no debate televisivo com Paulo Portas, durante a campanha eleitoral para as eleições parlamentares de 2009.

Disse Ana Jorge: «E penso que é neste último ponto [o de melhorar a eficiência da gestão do Serviço Nacional de Saúde (SNS)] que mais se concentram aqueles que, não tendo coragem de assumir que querem acabar com a universalidade do SNS, se escondem atrás do conceito vago de livre escolha com o Estado a pagar» [ ] Questionada pelos jornalistas sobre se estaria a tecer um ataque aos privados, que defendem a “livre escolha” com o Estado a pagar, a ministra da Saúde recusou a ideia mas garantiu que cabe ao Estado o papel principal na prestação de cuidados médicos e não só arcar com os custos: “Os privados são bem-vindos para áreas complementares e nunca concorrenciais. Por exemplo, na área dos cuidados continuados»<sup>3-4</sup>.

3. Poderia, desde logo, perguntar-se: porque é que, para monopólios prestativos de Estado, se seleccionam politicamente estes sectores da saúde e da educação escolar? Porque é que, na lista política dos monopólios públicos estatais, não se inclui também a produção de outros bens igualmente importantes para a satisfação dos direitos sociais dos cidadãos, tão ou mais prioritários, como por exemplo os direitos sociais à alimentação e à habitação? Ao lado dos monopólios de Estado dos serviços nacionais de saúde e de educação escolar, deveriam pois acrescentar-se os monopólios de Estado dos serviços nacionais do pão, da habitação e de outros bens essenciais. A manifesta má vontade ideológica e política que alguns manifestam contra a saúde privada e contra a escola privada, deveria igualmente manifestar-se contra o pão privado, a habitação privada, os transportes privados, etc. E contudo não é assim. Só marginalmente o Estado entra na produção directa nestes sectores produtivos, como no caso da habitação e dos transportes, por evidentes razões de subsidiariedade ou de monopólio natural. E portanto, sem pretender intencionalmente combater os sectores privados, ao contrário do que sucede na saúde e na educação escolar. Torna-se assim evidente que aquelas preferências de colectivização, apenas em alguns sectores, não são da ordem dos princípios gerais aplicáveis por definição a todos os sistemas de produção de prestações de bem-estar essenciais correspondentes a direitos sociais constitucionalmente consagrados: não decorrem de

<sup>3</sup> Declarações feitas numa conferência com as Ordens da Saúde, na Fundação Calouste Gulbenkian, segundo notícia publicada no jornal “i”, no dia 02/06/2010, assinada por Sónia Cerdeira.

<sup>4</sup> Para outros exemplos de defesa primária dos monopólios de Estado e de ataque à iniciativa privada, cfr. Mário Pinto, *Sobre a liberdade de escolha da escola, em Portugal*, in revista “Humanística e Teologia”, Universidade Católica Portuguesa, Centro Regional do Porto, Ano 30, Dezembro de 2009, Fascículo 2, pp. 59-120. Cfr. ainda Mário Pinto, *Sobre os direitos fundamentais de educação. Crítica ao monopólio estatal na rede escolar*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008.

uma consideração principiológica totalitária da função de bem-estar do Estado, que implicaria a prestação monopolista de todo o bem-estar.

Por outro lado, estes monopólios (educação, saúde) também não são especialmente determinadas pela Constituição – a Constituição impõe ao Estado obrigações para a satisfação dos direitos sociais à saúde e à educação, incluindo a garantia de uma rede de serviços; mas – note-se bem – não impõe essas obrigações como prestações materiais em monopólio de Estado. Houve apenas um caso onde a Constituição, no texto original de 1976, estabeleceu um monopólio estatal, para o ensino escolar; mas a revisão de 1982 eliminou esse monopólio. Não sendo pois constitucionalmente impostos, tais monopólios tornam-se, então, constitucionalmente criticáveis, na medida em que comprimem direitos fundamentais dos cidadãos em medida manifestamente desproporcionada. A invocação da concorrência desleal é portanto apenas um modo legítimo de conceituar esta crítica. Como veremos adiante, a legislação em vigor sobre o ensino escolar pode ilustrar bem a interpretação constitucional do legislador a favor de uma igualdade de tratamento entre instituições estatais e instituições privadas, e portanto contra os monopólios prestativos estatais.

4. Com efeito, a obrigação primacial do Estado Português é garantir os «direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de Direito Democrático», como se tira claramente do art. 9º da Constituição<sup>5</sup>. Os direitos e liberdades fundamentais são o *código genético* da dignidade da pessoa humana, sobre a qual se baseia a República (art. 1º CRP<sup>6</sup>). A *promoção do bem-estar*, inclusive através da satisfação dos chamados direitos sociais, vem depois ao serviço dos «direitos e liberdades fundamentais», da sua *efectivação* (al d) do mesmo art. 9º) – sendo portanto contraditório que *os modos práticos desta efectivação* se voltem contra os direitos de liberdade.

Toda a teoria da interpretação constitucional em matéria de direitos fundamentais, hoje, toma como questão decisiva a dos conflitos entre direitos e entre direitos individuais e bens colectivos. Perante os princípios fundamentais de liberdade e de iniciativa individual garantidos na Constituição, o Estado regulador não pode

ser o garante da concorrência leal entre os cidadãos e, simultaneamente, fazer-lhes concorrência desleal: tem de assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência e a contrariar os monopólios (al. f) art. 81º CRP), mesmo contra si próprio: observando também ele os princípios que limitam as restrições aos direitos fundamentais, porque a Constituição impõe ao próprio Estado o respeito dos direitos liberdades e garantias (art. 18º CRP<sup>7</sup>).

Portanto, aquelas preferências monopolistas sectoriais do Estado (na educação e na saúde), ilustradas nas declarações transcritas, não são doutrina constitucional, mas sim posições políticas e ideológicas de partido – e, de facto, são defendidas por certos sectores políticos e ideológicos partidários contra outros sectores políticos e ideológicos partidários. Questão pertinente é a de saber a relação dessas posições políticas e ideológicas com as leis ordinárias do nosso Estado de Direito Democrático – isto é, a da concordância constitucional da legislação ordinária que suporta os monopólios prestativos do Estado. Pelo menos quanto à educação escolar, as leis não apoiam o efectivo monopólio estatal escolar existente, que assim se apresenta como escandalosamente ilegal – mais adiante se incluirá uma breve súmula da legislação em vigor.

5. O quadro constitucional imperativo, à luz da nossa Constituição, diz que «a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos» (art. 18º). Os constitucionalistas vêem aqui um importante princípio constitucional da proporcionalidade, a que aliás os Tribunais Constitucionais dos países democráticos atendem correntemente. E «em associação com o método da ponderação de bens, o princípio da proporcionalidade, sobretudo a respeito das ideias de racionalidade, convida inevitavelmente o tema da ordem de valores constitucionais, ínsita sobretudo nas normas sobre direitos fundamentais»<sup>8</sup>. No desenvolvimento da sua teorização, Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva salientam as disposições constitucionais que marcam uma hierarquia formal dos direitos fundamentais, e a partir daí (dizem)

<sup>5</sup> Diz o art. 9º da Constituição (logo após a alínea a), que impõe ao Estado a obrigação de «garantir a segurança nacional», que é tarefa fundamental do Estado: «[ ] b) Garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de Direito Democrático».

<sup>6</sup> Diz o art. 1º da Constituição: «Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana [...]».

<sup>7</sup> «Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas».

<sup>8</sup> Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva, em Jorge Miranda e Rui Meireles, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra Editora, 2010, p. 378.

«afigura-se irrecusável a ideia de que as referidas hierarquias formais são insusceptíveis de se justificar por si mesmas, devendo antes ser vistas como consequência de razões de fundo que lhes estão subjacentes»; pelo que «...é decisivo que os operadores jurídicos não renunciem cedo demais à tarefa de estabelecer, em concreto, relações de precedência valorativa entre os direitos fundamentais conflituantes...»<sup>9</sup>.

É sem dúvida neste quadro que tem de se decidir a crítica constitucional dos monopólios estatais nos serviços públicos prestativos dos direitos sociais<sup>10</sup>, porque são conflituantes com o pluralismo das liberdades individuais fundamentais, seja a liberdade de escolha de que são titulares os beneficiários das prestações (insultada como *demagógica* nas declarações do Primeiro Ministro José Sócrates), seja a liberdade de iniciativa dos concorrentes privados na oferta das prestações (atacada nas declarações da Ministra da Saúde Ana Jorge).

Tanto basta para que não se possa defender, em geral e de modo simplista, que «a questão de saber quais os bens ou serviços que devem fazer parte da provisão colectiva é sempre de natureza política e nada tem a ver com concorrência desleal»<sup>11</sup> – no sentido de que sempre que politicamente os órgãos de Estado decidem a colectivização monopolista da prestação de bens ou serviços de bem-estar, para a satisfação de direitos sociais, tal decisão não é criticável por concorrência desleal aos cidadãos que também legitimamente oferecem (e procuram) as mesmas prestações no mercado. Pelo contrário, o princípio é outro: o de que é sempre necessário que as iniciativas do Estado, designadamente no âmbito da promoção do bem-estar social, se conformem com os princípios e as normas constitucionais, e especialmente com o respeito e a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, como ficou dito. Este respeito impõe ao Estado designadamente a observância dos princípios constitucionais da subsidiariedade e da proporcionalidade.

**6.** O princípio da subsidiariedade é um princípio muito antigo na história do pensamento político, que modernamente legitima o Estado na sua dimensão liberal-democrata, mas igualmente na sua posterior dimensão de

Estado social<sup>12</sup> – mantendo primacial, no *Estado Social*, a base do «Estado de Direito Democrático», ao contrário do que se verifica no Estado totalitário, ou no Estado de colectivismo burocrático.

O princípio da subsidiariedade vigora em geral, entre a sociedade e o Estado, e consequentemente também na organização interna do Estado e da Administração Pública, na sua dupla direcção supletiva: a interventiva e a abstensiva. A Constituição Portuguesa acolheu-o expressamente na revisão de 1997: «O Estado é unitário e respeita na sua organização e funcionamento o regime autonómico insular e os princípios da subsidiariedade, da autonomia das autarquias locais e da descentralização democrática da Administração Pública» (art. 6º, n 1, CRP). Ao dizer «funcionamento», a Constituição tem de ser interpretada como também vinculando o desempenho das «funções» do Estado, designadamente a *função de bem-estar*, seja no confronto das autarquias e corpos intermédios da sociedade civil, seja no confronto dos cidadãos.

O princípio da subsidiariedade encontra-se recorrentemente, sob diversas formulações, em muitos pensadores de diversos quadrantes. Por exemplo, Lincoln deixou esta formulação: «o fim legítimo do governo é fazer pela sociedade aquilo de que esta necessita, mas que ela não pode, de forma alguma, realizar; ou não pode realizar bem através das suas capacidades diferentes e individuais. Em tudo aquilo que as pessoas possam realizar bem, elas próprias e individualmente, o governo não deve ingerir-se»<sup>13</sup>. Esta definição inclui expressamente os dois sentidos do conceito, o positivo e o negativo, ambos exigidos pela ideia da subsidiariedade: no sentido positivo, ou de intervenção, a exigência de acção supletiva do governo: «fazer pela sociedade o que esta necessita»; e no sentido negativo, a exigência de abstenção: «o governo não deve ingerir-se» «em tudo o que as pessoas possam realizar tão bem elas próprias». Pode ainda acrescentar-se, porém, que, como descobriram as políticas keynesianas, a lógica ínsita no princípio manda que a intervenção do Estado se deve limitar a ser promotora, ou coadjuvante, sem ser substitutiva ou competitiva, sempre que isso for suficiente para viabilizar a suficiência das iniciativas da sociedade civil; e deve retirar-se logo que deixe de ser indispensável.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 379.

<sup>10</sup> Obviamente, monopólios estatais não existem apenas quando se cria uma proibição legal de concorrência privada; mas também quando o Estado reserva exclusivamente para si o financiamento público das iniciativas próprias, em objectiva concorrência desleal com as iniciativas dos privados e limitando a liberdade de escolha dos cidadãos.

<sup>11</sup> Na expressão de João Cardoso Rosas, *Sobre a concorrência desleal do Estado*, em jornal «i», 14/01/2010.

<sup>12</sup> Como no caso português: «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 da 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» (CRP, art 2º).

<sup>13</sup> *Apud* Fernández e Nordmann, *O direito de escolher a escola*, AEEP, Lisboa, 2002, p. 148, nota 93.

O princípio da subsidiariedade está consagrado na União Europeia. Mas tem de sublinhar-se que a sua aplicação vale não apenas para descentralizar a esfera pública, como também para preservar a esfera privada no confronto da esfera pública. Disse muito bem Jacques Delors, a este propósito: «Partamos da ideia, reconhecida por todos, de que a subsidiariedade se aplica a duas ordens diferentes: por um lado, à delimitação entre a esfera privada e a do Estado; e, por outro lado, à repartição das competências entre os diferentes escalões dos poderes públicos<sup>14</sup>. Claro está que o primeiro aspecto é o mais importante, visto que estão em causa, de modo muito mais substancial e imediato, os próprios direitos fundamentais de liberdade. Jacques Delors também afirma que esse primeiro aspecto é «frequentemente esquecido, mas muito importante para escolher os critérios de atribuição de poderes às autoridades públicas em função de uma finalidade que é essencial: a realização de cada pessoa»<sup>15</sup>. Aqui está: a defesa de uma verdadeira realização pessoal, só possível na liberdade e na responsabilidade pessoal — portanto, não alienada (é este o conceito exacto) pela absorção injustificada do domínio do Estado, nem esmagada pela concorrência desleal do Estado.

Os constitucionalistas conhecem bem este conceito fundamental da subsidiariedade, e em especial os constitucionalistas alemães<sup>16</sup>. Como se pode ver no manual do constitucionalista alemão Zippelius, publicado em versão portuguesa: «o princípio da subsidiariedade deve ser entendido como princípio estrutural global. Sobre tudo não deve ser reduzido à relação entre a federação e os Estados Federados [ ]; tão pouco permite uma limitação à organização do Estado, [devendo] também aplicar-se aos domínios económico, cultural e a outros âmbitos»<sup>17</sup>. Compativelmente no mesmo sentido, Gomes Canotilho: «[ ] o princípio da subsidiariedade deve interpretar-se como um princípio dinâmico, pois tanto pode conduzir a um exercício de competências mais intenso [ ] como a um exercício mais comedido»<sup>18</sup>.

**7. Para concluir estas considerações e confirmar a conclusão contrária à que defende o arbítrio político dos**

órgãos do Estado quanto a prestações monopolistas de bem-estar (que, alegadamente, nunca seriam passíveis de crítica como concorrência desleal com os privados), incluiremos seguidamente uma súmula do direito vigente em matéria de ensino escolar. Assim ficará à vista como o legislador ordinário interpretou a Constituição precisamente em sentido oposto à da legitimidade dos monopólios de Estado de bem-estar, numa das mais sensíveis áreas em que se discute a legitimidade do monopólio estatal.

A Constituição Portuguesa actual garante expressamente as liberdades individuais de aprender e de ensinar, com a liberdade de criação de escolas privadas (art. 43<sup>º</sup>); e o direito social ao ensino com igualdade de oportunidades (todos têm direito ao ensino com garantia do direito de igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar) — art. 74<sup>º</sup>). Para o efeito, a Constituição prevê a criação de uma rede de estabelecimentos públicos de ensino, cuja criação impõe ao Estado, e a legitimidade de uma outra rede de escolas do ensino particular e cooperativo, que o Estado reconhece e fiscaliza (art. 75<sup>º</sup> CRP).

As leis que foram aprovadas pela Assembleia da República antes ainda da revisão de 1982 consagram uma igualdade entre as escolas estatais e as privadas, designadamente quanto ao financiamento público — ou, por outras palavras, uma denegação de um monopólio do Estado, impedindo-lhe uma concorrência desleal.

**9.1. Lei de Bases do Ensino Particular e Cooperativo.** A Lei de Bases do Ensino Particular e Cooperativo proibiu expressamente a discriminação das escolas privadas, mesmo quanto ao financiamento público. É este o texto do art. 1.º: «(2) Ao Estado incumbe criar condições que possibilitem o acesso de todos à educação e à cultura e que permitam igualdade de oportunidades no exercício da livre escolha entre pluralidade de opções de vias educativas e de condições de ensino». Confirmando de modo inequívoco esta igualdade, esta mesma Lei de Bases fixou um princípio de progressividade, nestes termos: «são designadamente atribuições do Estado [...] d) conceder subsídios e celebrar contratos para o funcionamento de escolas particulares e cooperativas, de forma a garantir progressivamente a igualdade de condições de frequência com o ensino público nos níveis gratuitos e a atenuar as desigualdades existentes nos níveis não gratuitos» (art. 6.º, n.º 2).

**9.2. Lei da Liberdade do Ensino.** Por sua vez, a Lei da Liberdade do Ensino faz a seguinte enunciação fundamental: «a liberdade do ensino [...] traduz-se, designadamente, por: [...] existência progressiva de condições de livre acesso aos estabelecimentos públicos, privados e

<sup>14</sup> Cfr. «Le principe de subsidiarité, Colloque de l'Institut Européen d'Administration Publique à Maastricht, le 21 mars 1991», em Jacques Delors, *Le nouveau concert européen*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1992, p. 163.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> Cfr., por exemplo, a obra de referência de J. Isensee, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, Berlin, Duncker um Humblot, 1968; v. ainda Chantal Millon-Delsol, *L'État subsidiaire*, PUF, Paris, 1992.

<sup>17</sup> Reinhold Zippelius, *Teoria geral do Estado*, 3ª ed., p. 60.

<sup>18</sup> J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, pp. 362-363; 368 — porém, num outro lugar, em sentido mais limitado do princípio da subsidiariedade, id., *Estado de Direito*, Gradiva, Lisboa, 1999, p. 39, quando diz: «um Estado absentista ou um Estado subsidiário».

cooperativos, na medida em que contribuam para o progresso do sistema nacional de educação, sem discriminações de natureza económica, social ou regional» (al. e) do art. 2.º). E, numa outra norma, especifica a proibição de discriminações, nestes termos claríssimos: «ausência de qualquer tipo de discriminação, nomeadamente ideológica ou política, na autorização, financiamento e apoio por parte do Estado às escolas particulares e cooperativas, nos termos da Lei n.º 9/79, de 19 de Março, e respectiva legislação complementar» (al. i) do art. 2.º).

**9.3. Estatuto do Ensino Particular e Cooperativo.** Este diploma integra as escolas privadas no sistema escolar nacional: «as escolas particulares que se enquadrem nos objectivos do sistema educativo, bem como as sociedades, associações ou fundações que tenham como finalidade dominante a criação ou manutenção de estabelecimentos de ensino particular, gozam das prerrogativas das pessoas colectivas de utilidade pública e, consequentemente, são abrangidas pela Lei n.º 2/78, de 17 de Janeiro» (art. 8.º, n.º 1). Na alínea g) do art. 4.º, reconhece competir ao Estado «promover progressivamente o acesso às escolas particulares em condições de igualdade com as públicas». Não é possível maior clareza. Para este objectivo, diz a lei: «compete ao Estado [...] apoiar os estabelecimentos de ensino particular através da celebração de contratos e da concessão de subsídios e de outros benefícios fiscais e financeiros, bem como velar pela sua correcta aplicação» (al. f) do art. 4.º)<sup>19</sup>.

**9.4. Lei de Bases do Sistema Educativo.** A Constituição inclui na «reserva absoluta de competência legislativa» da Assembleia da República a legislação em matéria de «bases do sistema de ensino». No exercício dessa competência, a «Lei de Bases do Sistema Educativo» define assim a estrutura do sistema educativo: «o sistema educativo desenvolve-se segundo um conjunto organizado de estruturas e de acções diversificadas, por iniciativa e sob responsabilidade de diferentes instituições e entida-

des públicas, particulares e cooperativas» (n.º 3 do art. 1.º). E enuncia depois os «princípios gerais» (art. 2.º) e os «princípios organizativos» (art. 3.º) do sistema educativo nacional, integrando no sistema, de forma claríssima embora respeitando a sua especificidade, o «ensino particular e cooperativo» (art. 54.º ss.).

A Lei de Bases distingue bem entre, por um lado, a principiologia e a estrutura do sistema educativo e, por outro lado, aquilo a que chama «recursos materiais». E é nos recursos materiais que está regulada a «rede escolar» (art. 37.º ss.). A rede escolar inclui «uma rede de estabelecimentos públicos de educação e ensino que cubra as necessidades de toda a população»; mas acrescenta duas normas muito importantes: [1] «os estabelecimentos de ensino particular e cooperativo que se enquadrem nos princípios gerais, finalidades, estruturas e objectivos do sistema educativo são considerados parte integrante da rede escolar»; e [2] «no alargamento ou no ajustamento da rede, o Estado terá também em consideração as iniciativas e os estabelecimentos particulares e cooperativos, numa perspectiva de racionalização de meios, de aproveitamento de recursos e de garantia de qualidade» (art. 55.º). E diz ainda, quanto ao apoio ao ensino privado: [1] «o Estado fiscaliza e apoia pedagógica e tecnicamente o ensino particular e cooperativo»; e [2] «o Estado apoia financeiramente as iniciativas e os estabelecimentos de ensino particular e cooperativo quando, no desempenho efectivo de uma função de interesse público, se integrem no plano de desenvolvimento da educação, fiscalizando a aplicação das verbas concedidas» (art. 58.º).

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

**9.6. Estatuto do Ensino Superior Particular e Cooperativo.** Para o ensino superior, o Estatuto do Ensino Superior Particular e Cooperativo (DL n.º 16/94) afirma

<sup>19</sup> Quanto aos contratos, distinguem-se três tipos. Os «contratos de associação», que «têm por fim possibilitar a frequência das escolas particulares nas mesmas condições de gratuidade do ensino público», celebrados com as escolas «situadas em zonas carecidas de escolas públicas» – este terá sido um critério introduzido por razões de progressividade, com alguma ambiguidade por evocar o famigerado critério da supletividade do ensino privado, que estava então na Constituição e está hoje revogado. Os «contratos simples», que são os que apoiam os alunos, na base das suas necessidades e sem qualquer relação com a supletividade da escola privada relativamente à escola estatal, mas sim com o fim de garantir a igualdade de oportunidades na escolha livre da escola privada. Finalmente, os «contratos de patrocínio», que têm por fim estimular e apoiar o ensino em domínios não abrangidos pelo ensino oficial, nomeadamente a criação de cursos com planos próprios e a inovação pedagógica. Pressente-se, aqui, de certo modo, a ideia de apoio e estímulo do Estado à inovação e à liberdade de projecto educativo dos privados.

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

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

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

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

**10.** Em conclusão. De acordo com os princípios do Estado de Direito Democrático (segundo a doutrina e a jurisprudência constitucional internacionalmente mais prestigiadas), e de acordo com a nossa Constituição, não é entre nós admissível afirmar, simplesmente, que «a questão de saber quais os bens ou serviços que devem fazer parte da provisão colectiva é sempre de natureza política e nada tem a ver com a concorrência desleal»<sup>20</sup>. No caso do ensino, a própria legislação ordinária densificou a aplicação da «Constituição Educativa» em sentido flagrantemente contrário ao da admissibilidade de um monopólio do Estado, ao afirmar a igualdade de tratamento entre as escolas estatais e as privadas, designadamente quanto ao financiamento público.

<sup>20</sup> Expressão de João Cardoso Rosas, jornal «i», 14/01/2010.