e-pública
Revista Eletrónica de Direito Público

ICJP Instituto de Ciências Jurídico-Políticas
Faculdade de Direito Universidade de Lisboa
CIDP Centro de Investigação de Direito Público

DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO, MERCADO EDUCACIONAL E CONTRATAÇÃO PÚBLICA

FUNDAMENTAL RIGHT TO EDUCATION, EDUCATIONAL MARKET AND PUBLIC PROCUREMENT

Alexandra Leitão

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 (115-129)

DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO, MERCADO EDUCACIONAL E CONTRATAÇÃO PÚBLICA

FUNDAMENTAL RIGHT TO EDUCATION, EDUCATIONAL MARKET AND PUBLIC PROCUREMENT

ALEXANDRA LEITÃO[1]
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade - Cidade Universitária
1649-014 Lisboa - Portugal
alexandraleitao@fd.ul.pt

Sumário: 1. O direito fundamental à educação. 2. O serviço público de educação e o papel dos privados: limites constitucionais à criação de um mercado educacional. 3. A contratualização da prestação de serviços na área do ensino. 3.1. Tipo contratuais. 3.2. A sujeição à concorrência: Direito nacional e Direito da União Europeia.

Abstract: Partindo do enquadramento constitucional do direito fundamental à educação e das normas nacionais e europeias sobre contratação pública, o presente artigo analisa as recentes alterações ao estatuto do ensino particular e cooperativo na medida em que este visa criar um mercado educacional através da celebração de contratos entre o Estado e as escolas particulares e cooperativas.

Abstract: Taking into account the constitutional framework of the fundamental right to education and both national and European rules on public procurement, this article analyzes the recent changes to the statute of private and cooperative schools as it aims to create an educational market by the celebration of contracts between the State and the private and cooperative schools.

Palavras-chave: direito à educação, rede pública de ensino, mercado educacional, escolas privadas e cooperativas, contratação pública

Keywords: right to education, public schools, educational market, private and cooperative schools, public procurement

1. Professora auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, investigadora e coordenadora do grupo de investigação de Direito Administrativo do Centro de Investigação de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Diretora-executiva da "e-Pública: Revista Eletrónica de Direito Público". A Autora não teve, contudo, nenhuma intervenção no procedimento de peer review do presente número da e-Pública. (alexandraleitao@fd.ul.pt).

1. O direito fundamental à educação

A Constituição da República Portuguesa (CRP) de 1976 consagra no artigo 43º a liberdade de aprender e de ensinar, que inclui: (i) a proibição de o Estado programar a educação segundo quaisquer diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas; (ii) a afirmação de que o ensino público não pode ser confessional; e (iii) a garantia do direito de criar escolas particulares e cooperativas. Trata-se de um direito, liberdade e garantia, numa dimensão essencialmente negativa, de defesa perante o Estado[2].

A liberdade de aprender tem também uma dimensão positiva, da qual decorre o direito de todos os cidadãos a exigir do Estado a criação de uma rede de escolas gratuita, acessível em condições de igualdade[3].

Por isso mesmo, no quadro dos direitos económicos, sociais e culturais – mais concretamente, no capítulo III do título III da parte I, relativo aos direitos e deveres culturais -, a CRP dedica os artigos 73.º a 77.º à educação e ao ensino.

O n.º 1 do artigo 73.º consagra o direito à educação, devendo o Estado promover a "democratização da educação e as demais condições para que a educação, realizada através da escola 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" (n.º 2).

Nesta mesma linha, o artigo 74.º garante a todos o direito ao ensino e à igualdade de oportunidades de acesso e de êxito escolar. Daqui decorre a dimensão de serviço público que se traduz num conjunto de tarefas para o Estado definidas no n.º 2 do mesmo artigo 74.º.

O direito à escola pública é um direito social, mas também um direito, liberdade e garantia em diversas dimensões, tais como a garantia de não confessionalidade[4], e na relação com o princípio da igualdade, com o desenvolvimento pleno da personalidade humana, com o reforço dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, e a possibilidade de uma participação cívica e democrática na sociedade. Por isso mesmo é que o direito à educação está consagrado no artigo 26.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem em moldes amplos,

---

2. O direito à educação enquanto direito fundamental e a existência de um sistema público de ensino foram consagrados em todas as Constituições portuguesas: no artigo 237.º a 239.º da Constituição de 1822, no artigo 145.º §30.º e §32.º da Carta Constitucional de 1826, nos artigos 28.º e 29.º da Constituição de 1838, no artigo 3.º, n.ºs 10 e 11, da Constituição de 1911, e nos artigos 42.º e 43.º da Constituição de 1933.

3. Como realçam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, volume I, 4.ª Edição, Coimbra, 2007, págs. 625 e 626.

4. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa anotada*, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra, 2010, pág. 934 salientam que a não confessionalidade da escola pública é uma garantia de liberdade para aqueles que não se reconheçam numa escola confessional.

enquanto direito e liberdade básica de qualquer ser humano[5].

O acesso gratuito ao ensino obrigatório é instrumental relativamente à realização de todas estas dimensões do direito à educação, razão pela qual aquela vertente – positiva, de prestação – não pode alhear-se da vertente negativa[6].

Parece-me, por isso, que seria duvidosa a constitucionalidade de uma lei que reduzisse a escolaridade obrigatória, devendo manter-se, como atualmente, até ao fim do ensino secundário ou até que o aluno perfaça 18 anos (n.º 4 do artigo 2.º da Lei n.º 85/2009, de 27 de agosto).

De facto, qualquer iniciativa legislativa no sentido de diminuir o nível de ensino considerado como universal, obrigatório e gratuito contende quer com o disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 74.º da CRP, quer com a alínea d) do mesmo preceito, que define como incumbência do Estado garantir a todos os cidadãos o acesso a graus mais elevados de ensino. Além disso, a redução da escolaridade obrigatória conduziria, inevitavelmente, ao aumento das desigualdades, em violação clara do disposto no n.º 2 do artigo 73.º da CRP, sobretudo na sociedade moderna, em que a formação e o ensino são absolutamente determinantes[7].

A imposição da escolaridade obrigatória implica para o Estado a obrigação de criar e manter uma rede pública de ensino até este grau de escolaridade e para o encarregado de educação o dever de proceder à matrícula do seu educando em escolas da rede pública, da rede particular e cooperativa ou em instituições de educação ou formação, reconhecidas pelas entidades competentes, determinando para o aluno o dever de frequência (n.º 3 do artigo 2.º da Lei n.º 85/2009, de 27 de agosto).

Finalmente, decorre da equiparação operada pelo n.º 1 do artigo 15.º da CRP que as faculdades integradas no direito à educação aplicam-se não só a cidadãos nacionais, mas também a estrangeiros, o que se traduz na obrigação de o Estado assegurar aos filhos dos imigrantes apoio adequado para efetivação do direito

5. MARIA LÚCIA AMARAL, "Direito à educação: uma perspetiva europeia", in *Estudos em memória do Prof. J. L. Saldanha Sanches*, volume 1, Coimbra, 2011, pág. 495, defende que o direito à educação tem uma estrutura complexa porque integra posições jurídicas subjetivas com dimensões de liberdade (direitos negativos) e de prestações do Estado (direitos positivos). Como salienta JORGE REIS NOVAIS, *Direitos sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra, 2010, pág. 55, ambos os tipos de direitos são essencialmente dirigidos contra o Estado, postulando um dever de proteção da parte deste quer nos diretos de liberdade, quer nos direitos sociais. E, na dimensão positiva, enquanto direitos a atuações estatais.

6. É (também por isto) que a visão dicotómica entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais – direitos positivos e direitos negativos – é criticável, sobretudo porque levou a que se retirasse eficácia vinculante às normas que consagram estes últimos, na medida em que dependeriam de outros fatores, designadamente económico-financeiros. Neste sentido, v. MARIA LÚCIA AMARAL, *op. cit.*, pág. 494.

7. Como referem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, pág. 897, a duração e os objetivos do ensino básico obrigatório devem ser fixados de forma a "proporcionar a todos os alunos uma formação de base apropriada ao desenvolvimento da personalidade e às exigências económicas, sociais e culturais de cada época".

ao ensino [alínea j) do n.º 2 do artigo 74.º da CRP]. Nestes casos, está em causa ainda o papel da escola como fator de pluralismo e de integração no respeito pelo multiculturalismo[8].

2. O serviço público de educação e o papel dos privados: limites constitucionais à criação de um mercado educacional

A efetivação do direito à educação é uma tarefa pública que implica para o Estado não apenas o respeito e a proteção desse direito, mas também a sua promoção.

A existência de um sistema público de ensino universal e gratuito é uma imposição constitucional e consubstancia um serviço público, uma vez que o mesmo deve ser assegurado em condições de continuidade, igualdade, neutralidade e adaptabilidade[9] - tudo características próprias do conceito de serviço público.

Nas suas dez alíneas, o n.º 2 do artigo 74.º elenca as diversas incumbências do Estado com vista à satisfação integral do direito à educação, as quais são dirigidas, nuns casos, à universalidade dos cidadãos - assegurar o ensino básico universal, obrigatório e gratuito e garantir o acesso aos graus mais elevados do ensino, da investigação científica e da criação artística segundo as capacidades de cada um -, e, noutros casos, a determinados grupos de pessoas: crianças em idade pré-escolar[10], cidadãos portadores de deficiência, filhos de emigrantes e filhos de imigrantes.

Da conjugação do disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 74.º e no n.º 1 do artigo 75.º da CRP resulta que o cumprimento da obrigação constitucional de garantir a todos o ensino obrigatório e gratuito em condições de igualdade implica o desenvolvimento de políticas públicas de criação, manutenção e ampliação de uma rede pública de escolas, não ficando o Estado isento dessa tarefa pela existência de estabelecimentos de ensino particular e cooperativo[11].

Mas não só.

A universalidade e a igualdade no acesso ao ensino implicam também a criação de outras condições, tais como a proximidade da escola, uma rede de transportes gratuitos ou a preços acessíveis, apoio social escolar (v. os n.ºs 2 e 3 do artigo 3.º da Lei n.º 85/2009, de 27 de agosto), cantinas, fornecimento de material escolar gratuito ou a custos reduzidos.

---

8. Como refere LUÍSA NETO, "Constituição e educação", in *Revista da faculdade de Direito da Universidade do Porto*, volume 4, 2007, págs. 283 e 284.

9. V. CARLA GOMES, "Rebeldes com causas: os direitos e os deveres dos alunos das escolas públicas", in *Três temas de Direito da Educação*, Lisboa, 2002, pág. 97.

10. Saliente-se, contudo, que o ensino pré-escolar também é universal para todas as crianças a partir dos 5 anos de idade, nos termos do artigo 1.º, n.º 2, da Lei n.º 85/2009, de 27 de agosto, pelo que o Estado tem obrigação de ciar estabelecimentos gratuitos também para esse nível de ensino (artigo 4.º, n.ºs 1 e 2, do mesmo diploma).

11. Neste sentido, v. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, pág. 904.

Estes objetivos devem nortear a política pública de educação não apenas nos aspetos de gestão do sistema público de ensino – criação, manutenção e ampliação da rede de escolas e de mecanismos de apoio para garantir a universalidade e a igualdade no acesso ao ensino -, e de gestão interna das escolas – autonomia e participação democrática de professores e alunos na sua direção -, mas também nas áreas pedagógica e letiva.

É verdade que o n.º 4 do artigo 43.º da CRP (aditado na revisão constitucional de 1982) garante também o direito de criação de escolas particulares e cooperativas e, correlativamente, o n.º 2 do artigo 75.º estabelece que cabe ao Estado reconhecer e fiscalizar o ensino particular e cooperativo, nos termos da lei, tendo desaparecido, também na revisão constitucional de 1982, a referência à supletividade do ensino privado.

Contudo, a existência de escolas particulares e cooperativas não afasta nem substitui a obrigação do Estado de criar e manter uma rede pública de ensino, na lógica constitucional de completude do sistema público de ensino[12].

Pelo contrário, como bem realça LUÍS PEREIRA COUTINHO, existe uma "preferência constitucional pela escola pública, a qual vincula a atividade prestacional do Estado nesta matéria"[13].

Efetivamente, o n.º 1 do artigo 75.º da CRP impõe a criação de uma rede de estabelecimentos públicos de ensino que cubra as necessidades de toda a população. E nem se diga que deste preceito decorreria, se interpretado em sentido literal, a criação de um monopólio do Estado na prestação do serviço de ensino em violação da liberdade de criação de escolas particulares assegurada pelo n.º 4 do artigo 43.º da CRP, como sugere VIEIRA DE ANDRADE, que propugna, por isso, a interpretação restritiva daquela disposição[14].

Ora, a existência de uma rede pública não põe em causa a liberdade de os cidadãos criarem escolas particulares e de as frequentar, nem tão pouco se pode impor ao Estado o dever de subdimensionar a rede pública para assegurar a existência de um mercado para as escolas particulares. Essa imposição não resulta da Constituição, que, pelo contrário, realça a obrigação de o Estado criar e manter uma rede pública de ensino.

O Estado não tem obrigação, em nome da liberdade de escola, de criar um mercado educacional para as escolas particulares e cooperativas, reduzindo, para esse efeito, a oferta pública.

Aliás, mesmo em setores totalmente abertos à concorrência de mercado, não existe uma imposição constitucional ou decorrente do Direito da União Europeia

12. Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, pág. 903.

13. V. LUÍS PEREIRA COUTINHO, "Educação", in *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, obra coletiva, Lisboa, 2013, pág. 136.

14. V. VIEIRA DE ANDRADE, "O papel do ensino privado na atual Constituição portuguesa", in *Temas de Direito da educação*, obra coletiva coordenada por António Barbas Homem, Coimbra, 2006, pág. 23.

no sentido de a Administração contratualizar preferencialmente com particulares, como modo de fomentar e dinamizar um mercado de contratação pública, que, por sua vez, funcionaria como motor da própria economia[15].

A decisão de a Administração prosseguir o interesse público através do recurso ao mercado importa sempre uma análise de custo/benefício ou um teste de eficiência e eficácia, uma vez que, como salienta DOMINGOS SOARES FARINHO "[N] ão devemos tomar a árvore pela floresta e entender, por defeito, o mercado como o espaço natural da prossecução do interesse público, e as regras da contratação pública como garantias de eficiência de toda a atividade pública. Essa é uma decisão política, com contornos jurídicos, económicos e outros, que precede o recurso ao mercado"[16].

No setor da educação, a decisão de recurso ao contracting *out*, através da contratualização com privados, tem de atender não só a aspetos económico-financeiros de eficácia e eficiência, mas também aos limites constitucionais, que decorrem do *indirizzo* constitucional de existência de uma rede pública de ensino e do direito fundamental à educação. A circunstância de se tratar de um setor de interesse geral, no qual está em causa a prestação de um serviço social que se tem de pautar por critérios de qualidade, continuidade, acessibilidade e universalidade, torna mais exigente a opção pela *privatização funcional*[17]do mesmo.

Uma obrigação de *non facere* imposta ao Estado como forma de garantir um mercado no setor da educação revelar-se-ia totalmente contrária à Constituição, visto que, como referem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, a "transformação de todo o sistema num mercado educacional implica uma substancial subversão de toda a teleologia constitucional do ensino e uma inaceitável desqualificação da missão constitucional de ensino público"[18].

O desinvestimento do Estado na educação poderia conduzir ao risco de se repetir aquilo a que se assistiu na década de '90 no âmbito do ensino superior e a que ADRIANO MOREIRA se referiu nos seguintes termos: "… como a iniciativa privada não pode deixar de dirigir-se a uma procura solvente, as iniciativas convergiam para as áreas de limitado investimento e risco, sem um Banco de Dados que orientasse as escolhas do estudante, e sem a variedade da oferta que a rede pública oferece nas áreas de maior exigência financeira." (itálico no original)[19].

---

15. V. ALEXANDRA LEITÃO, *Lições de Direito dos Contratos Públicos*, Lisboa, 2014, págs. 73 e seguintes.

16. V. DOMINGOS SOARES FARINHO, "A propósito do recente Decreto-Lei n.º 138/2013, de 9 de outubro: a escolha dos parceiros do Estado para prestações do Estado Social - em particular o caso das IPSS na área da saúde", in *Revista Eletrónica de Direito Público – ePública*, n.º 1, janeiro de 2014, in www.e-publica.pt.

17. A expressão é de PEDRO GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos*, Coimbra, 2005, pág. 503.

18. V. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, pág. 909. No mesmo sentido, apesar da diferente conceção a propósito do papel dos estabelecimentos particulares e cooperativos de ensino, v. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *op. cit.*, pág. 1421.

19. V. ADRIANO MOREIRA, "O futuro da educação", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, volume 46, nº 1, 2005, pág. 781.

Existem relevantes limites constitucionais à criação deste mercado educacional, decorrentes, por um lado, das incumbências cometidas ao Estado e dos objetivos de acesso gratuito, universal em condições de igualdade que só o Estado pode garantir.

É que um sistema de redução da rede pública em prol da oferta privada aumenta as desigualdades e a segregação, visto que as famílias tendem a optar por escolas que apresentem afinidades com a sua própria realidade social, cultural e económica.

Por sua vez, as escolas particulares, podendo fazer seleção de alunos, optarão pelos mais favorecidos económica, social e culturalmente, dificultando a integração das crianças com mais necessidades.

Trata-se, portanto, de um modelo que tem de ser rodeado de especiais garantias, sob pena de pôr em causa aqueles que são, exatamente, os principais objetivos do sistema de ensino: a aprendizagem em condições de igualdade, garantindo uma justa e efetiva igualdade de oportunidades na frequência e no sucesso escolar, com vista à difusão de valores de pluralismo e multiculturalismo (artigo 2.º da Lei de Bases do Sistema Educativo, aprovada pela Lei n.º 46/86, de 14 de outubro[20]).

Veja-se, apenas a título de exemplo, uma situação em que não houvesse numa determinada zona ou região alternativa pública às escolas confessionais, o que, além do direito à educação, violaria outros direitos, como a liberdade de aprender e a liberdade religiosa, bem como a imposição de não confessionalidade no ensino público (n.º 3 do artigo 43.º da CRP)[21].

Por isso mesmo, a solução consagrada no Decreto-Lei n.º 152/2013, de 4 de novembro, que aprovou o novo estatuto do ensino particular e cooperativo de nível não superior, afigura-se discutível no plano constitucional. É que este diploma veio alterar completamente o paradigma de relacionamento entre o sistema público de ensino e o ensino particular e cooperativo.

No anterior estatuto, aprovado pelo Decreto-Lei nº 553/80, de 21 de novembro[22], os modelos contratuais de cooperação entre o Estado e as escolas particulares, designadamente os contratos de associação, eram celebrados para suprir a falta de escolas públicas em áreas carenciadas, assegurando a gratuitidade do ensino aos alunos que não tivessem vaga nas escolas públicas "enquanto o parque escolar do País não corresponder plenamente às necessidades da respetiva rede" (v. o n.º 1 do artigo 12º do Decreto-Lei nº 553/80, de 21 de novembro, e o artigo 3º do Decreto-Lei n.º 108/88, de 31 de março[23]).

20. Alterada pelas Leis n.º 115/97, de 19 de setembro, n.º 49/2005, de 30 de agosto, e n.º 85/2009, de 27 de agosto.

21. Neste sentido, v. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, págs. 627 e 628.

22. Com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 75/86, de 23 de abril, pela Lei n.º 30/2006, de 11 de julho, e pelo Decreto-Lei n.º 138-C/2010 de 28 de dezembro.

23. Alterado pelo Decreto-Lei n.º 138-C/2010, de 28 de dezembro.

Pelo contrário, no estatuto atualmente em vigor, a celebração de contratos de associação com as escolas particulares e cooperativas surge como alternativa à criação, manutenção ou expansão da rede pública, enquanto forma de garantir a livre escolha das famílias (artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 152/2013, de 4 de novembro). Esta liberdade de escolha justificaria, nesta conceção, a atribuição de apoios estatais, quer diretamente às famílias, quer às escolas particulares, implicando um claro desinvestimento na escola pública e – na exata e proporcional medida em que imponha esse desinvestimento -, é de duvidosa constitucionalidade[24].

Ora, quanto a mim, a liberdade de criação de estabelecimentos de ensino particular e cooperativo apenas implica para o Estado um dever de respeito e um dever de promoção, que se traduzem na criação de um enquadramento legislativo para o reconhecimento e funcionamento daquelas escolas, a par das necessárias medidas administrativas de execução da lei, mas não o dever de conceder apoios financeiros às escolas ou às famílias com vista à frequência de escolas particulares ou cooperativas.

Por outro lado, o financiamento às escolas – o único previsto no Decreto-Lei n.º 152/2013, de 4 de novembro – e a concessão de subsídios às famílias não podem ser colocados no mesmo plano, pelas razões que se desenvolverão *infra* no ponto 3.2.

3. A contratualização da prestação de serviços na área do ensino

3.1. Tipo contratuais

O novo estatuto do ensino particular e cooperativo de nível não superior, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 152/2013, de 4 de novembro, consagra os seguintes tipos de contratos, no n.º 1 do artigo 9.º: contratos simples de apoio à família; contratos de desenvolvimento de apoio à família; contratos de associação; contratos de patrocínio; e contratos de cooperação.

Nos termos do n.º 1 do artigo 12.º os contratos simples de apoio à família visam prestar auxílio financeiro a famílias que pretendam que as crianças e jovens frequentem escolas do ensino particular e cooperativo no ensino básico e secundário. Não se trata, contudo, de contratos celebrados diretamente com as famílias, ao contrário do que a designação poderia indiciar, mas sim de contratos celebrados com as escolas (como resulta do nº 1 do artigo 13.º), que beneficiam, por isso, de uma vantagem concorrencial significativa.

Por sua vez, os contratos de desenvolvimento de apoio à família destinam-se à

24. Neste sentido, v. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, págs. 907 e seguintes. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *op. cit.*, pág. 934, apesar de admitirem a subsidiação às famílias para lhes permitir capacidade de escolha, salienta que o Estado não pode deixar de criar as suas escolas, sempre segundo critérios de proporcionalidade e de prioridade na satisfação de necessidades.

promoção da educação pré-escolar e, apesar de também terem como objetivo o apoio às famílias, são igualmente celebrados com as escolas (n.º 1 do artigo 14.º e n.º 1 do artigo 15.º), embora os estabelecimentos titulares de contratos de desenvolvimento de apoio à família estejam obrigados a entregar, de imediato, aos encarregados de educação beneficiários do apoio financeiro concedido os montantes recebidos, de acordo com o n.º 2 do artigo 15.º (sublinhe-se que este preceito não tem paralelo no artigo 13.º, relativo aos contratos de simples de apoio à família, ao contrário do que seria expectável).

Os contratos de associação têm como objeto a concessão de subsídios aos estabelecimentos do ensino particular e cooperativo com vista a possibilitar a frequência das mesmas em condições idênticas às do ensino ministrado nas escolas públicas (n.º 1 do artigo 16.º). Por outras palavras: as escolas que celebrem este tipo de contratos com o Estado estão obrigadas a aceitar a matrícula de todos os alunos até ao limite da sua lotação, seguindo prioridades idênticas às estabelecidas para as escolas públicas, razão pela qual o Decreto-Lei n.º 152/2013, de 4 de novembro, refere que estes contratos visam a "criação de oferta pública de ensino" (n.º 2 do artigo 16.º).

É essencialmente ao nível dos contratos de associação que a mudança de paradigma introduzida por aquele diploma é mais visível, uma vez que deixam de ser celebrados apenas em áreas carecidas da rede pública para suprir essa carência e enquanto aquela não fosse redimensionada – como acontecia no anterior estatuto do ensino particular e cooperativo, aprovado pelo Decreto-Lei nº 553/80, de 21 de novembro. Pelo contrário, estes contratos são celebrados em qualquer zona, mesmo que existam escolas públicas, com o objetivo de garantir às famílias um direito de escolha, criando-se, assim, uma lógica de concorrência entre escolas públicas e privadas e entre estas entre si. Contudo, esta concorrência não decorre de uma opção constitucional – pelo contrário, há na Lei Fundamental uma preferência pela rede pública (para usar a expressão de LUÍS PEREIRA COUTINHO[25]) – e, mesmo entre escolas particulares, acaba por ser distorcida pelo facto de a celebração dos contratos de associação não ser precedida por um procedimento pré-contratual que assegure cabalmente o respeito pelos princípios da concorrência, da transparência, da imparcialidade e da igualdade (cfr. *infra* o ponto seguinte).

Quanto aos contratos de patrocínio destinam-se a escolas cuja ação pedagógica, o interesse dos cursos, o nível dos programas, os métodos e os meios de ensino ou a qualidade do pessoal docente justifiquem a celebração daqueles contratos, designadamente por se tratar de domínios não abrangidos, ou insuficientemente abrangidos, pela rede pública (n.ºs 1 e 2 do artigo 19.º). Nos termos do n.º 3 do mesmo preceito, estes contratos visam também "promover a articulação entre diferentes modalidades de ensino especializado, designadamente artístico, desportivo ou tecnológico e o ensino regular, nomeadamente ao nível da gestão curricular e do modelo de funcionamento, tendo em vista a respetiva otimização".

25. V. *supra*.

Curiosamente, só há lugar à celebração destes contratos quando se trate de domínios nos quais não exista rede pública ou seja deficitária, ao contrário do que acontece com os contratos de associação.

Finalmente, os contratos de cooperação são celebrados com os estabelecimentos de ensino particular e cooperativo para alunos com necessidades educativas especiais decorrentes de deficiências graves ou completas, e desde que não haja resposta adequada no ensino regular (público ou privado). Apesar de estes contratos visarem apoiar a escolarização destes alunos, tal é efetuado através da concessão de apoios às escolas e não diretamente às famílias (artigo 23.º).

A celebração de todos estes contratos está sujeita a procedimentos e critérios que o Decreto-Lei n.º 152/2013, de 4 de novembro, não define, remetendo para portaria(s) que ainda não existe(m), nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 12.º; dos n.ºs 2 e 3 do artigo 14.º; dos n.ºs 1 e 3 do artigo 17.º; dos n.ºs 1 e 3 do artigo 20.º e dos n.ºs 1 e 3 do artigo 24.º, para cada tipo contratual respetivamente (cfr. *infra* o ponto 3.2.).

Por outro lado, às escolas co-contratantes são impostas obrigações quer para com o Estado, através do Ministério da Educação, quer para com as famílias e os alunos (n.º 3 do artigo 13.º; n.ºs 2 e 3 do artigo 15.º e artigos 18.º e 21.º).

A essas obrigações acrescem outras que decorrem da Constituição.

Em primeiro lugar, as escolas com contrato de associação têm de respeitar o disposto no n.º 2 do artigo 43.º da CRP (o ensino não pode conter diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas) quando sejam as únicas existentes numa determinada área geográfica.

Por outro lado, os estabelecimentos de ensino têm de cumprir regras quanto à organização democrática da escola, uma vez que o artigo 77.º da CRP garante a participação democrática no ensino, atribuindo aos professores e aos alunos o direito de participar na gestão democrática das escolas, nos termos da lei (n.º 1) e determinando a criação de formas de participação destes e dos pais, das comunidades e das instituições científicas na definição da política de ensino (n.º 2).

Trata-se de um corolário do princípio da democracia participativa, consagrado no artigo 2.º da CRP, sendo mais intenso o direito dos professores e alunos a intervir na gestão democrática do que a intervenção na definição – e não na execução - da política de ensino, por exemplo, ao nível da audição na fase de elaboração de diplomas legais ou regulamentares[26].

Além disso, do n.º 1 do artigo 77.º da CRP decorre ainda a exigência de autonomia na gestão das escolas, visto vez que só gozando dessa autonomia é que os órgãos de direção eleitos têm, na realidade, um poder de condução efetiva

26. Como notam JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *op. cit.*, págs. 1434 e 1435.

dos destinos de cada estabelecimento de ensino[27]. O atual regime de autonomia, administração e gestão dos estabelecimentos públicos da educação pré-escolar e dos ensinos básico e secundário foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 75/2008, de 22 de abril[28], e aplica-se apenas a estabelecimentos públicos.

Contudo, a garantia de gestão democrática das escolas imposta pelo n.º 1 do artigo 77.º da CRP, tem de se aplicar também aos estabelecimentos de ensino particular e cooperativo, uma vez que se trata de matéria de direitos fundamentais, que vincula também os privados, nos termos do artigo 18.º (*ex vi* o artigo 17.º) da CRP[29].

Efetivamente, apesar de a autonomia conferida aos estabelecimentos de ensino particular e cooperativo pela Lei n.º 9/79, de 19 de março, que aprovou as bases do ensino particular e cooperativo, ter sido aprofundada pelo Decreto-Lei n.º 152/2013, de 4 de novembro, a imposição de organização interna democrática não pode deixar se lhes aplicar, enquanto *indirizzo* constitucional.

Aliás, o próprio reconhecimento a que aqueles estabelecimentos estão sujeitos depende também da verificação pelo Estado do cumprimento de um conjunto mínimo de garantias de participação dos professores e dos alunos na gestão da escola[30].

Finalmente, não pode haver discriminação na seleção e no acesso dos alunos e no recrutamento de professores. Este aspeto é particularmente importante no quadro de um sistema em que a escola pública é substituída por escolas particulares em regime de contrato, o que aumenta as desigualdades e a segregação social, cultural e económica, pelas razões acima referidas.

3.2. A sujeição à concorrência: Direito nacional e Direito da União Europeia.

A concessão de apoios financeiros às escolas particulares e cooperativas, sobretudo através da celebração dos contratos referidos *supra* no ponto anterior coloca problemas de respeito pelos princípios da concorrência, da igualdade, da imparcialidade e da transparência, que, salvo melhor opinião, o Decreto-Lei n.º 152/2013, de 4 de novembro, não salvaguarda devidamente.

Em primeiro lugar, pela ausência de regulamentação decorrente da não emissão

27. Neste sentido, v. CARLA GOMES, "Rebeldes…, *cit*., pág. 104.

28. Com as alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.º 224/2009, de 11 de setembro, e n.º 137/2012, de 2 de julho.

29. Neste sentido, v. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *op. cit*., págs. 1434 e 1435. Em sentido contrário, entendendo que a liberdade de criação de escolas particulares e cooperativas abrange a liberdade quanto à sua organização interna, v. CARLA GOMES, "Rebeldes…, *cit*. Pág. 113, pelo que a Autora acaba por concluir que a imposição do artigo 77.º, n.º 1, da CRP não se aplica às escolas privadas. Também v. VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit*., pág. 19, conclui nesse sentido, por entender que o financiamento estadual não pode ser uma forma de interferência na gestão da escola.

30. Como referem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit*., pág. 921.

da(s) portaria(s). É verdade que o n.º 3 do artigo 6.º do diploma preambular determina que até à aprovação da nova regulamentação, mantém-se em vigor a regulamentação aprovada na vigência da legislação anterior, exceto quando contrarie o novo estatuto. Trata-se da Portaria n.º 1324-A/2010, de 29 de dezembro, alterada pela Portaria n.º 277/2011, de 13 de outubro, que apenas regulamenta os contratos de associação.

Contudo, estas portarias não consagram um procedimento do tipo concorrencial para a seleção das escolas com as quais são celebrados os contratos, solução que poderia ser compreensível à luz do regime constante do Decreto-Lei n.º 553/80, de 21 de novembro, uma vez que a celebração daqueles contratos dependia da verificação das condições consagradas no artigo 12.º daquele diploma, ou seja, situar-se em zonas carenciadas da rede pública[31], mas não é aceitável à luz do paradigma estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 152/2013, de 4 de novembro.

Efetivamente, a celebração dos contratos pressupunha a prévia identificação da zona como carecida de rede pública, mediante despacho do membro do governo responsável pela área da educação, o que determinava a abertura de um período para a apresentação de candidaturas à celebração de contratos de associação (n.º 1 do artigo 12.º da Portaria n.º 1324-A/2010, de 29 de dezembro). As propostas dos estabelecimentos do ensino particular e cooperativo deveriam conter a fundamentação da necessidade de apoio por via do contrato de associação, o número de turmas que devem ser apoiadas, o número de alunos e o local de residência dos alunos [alíneas a), b), c) e d) do n.º 3 do artigo 12.º da mesma Portaria].

Ora, este procedimento não satisfaz integralmente, na minha opinião, as obrigações que decorrem do princípio da concorrência, sobretudo à luz de uma solução legislativa que visa criar um mercado educacional, numa lógica de concorrência de mercado.

Por outro lado, apesar de o artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 152/2013, de 4 de novembro, estabelecer como princípios da contratação os princípios de transparência, equidade, objetividade e publicidade e determinar que a celebração de contratos de associação está sujeita a regras concursais definidas em portaria dos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças e da educação (n.ºs 1 e 6 do preceito), a verdade é que essa portaria ainda não existe e a Portaria n.º 1324-A/2010, de 29 de dezembro, mantida parcialmente em vigor pelo diploma preambular do novo estatuto, não dá resposta a esta exigência.

De facto, como refere PEDRO GONÇALVES, "[O] Estado assume-se, nesse domínio [dos contratos de associação] como um "cliente da escola", contratando com esta a prestação de um serviço que ela está já autorizada a oferecer no âmbito do direito privado. Pretendendo-se enquadrar os contratos de associação no domínio das formas de colaboração de particulares com o Estado, diremos,

31. Neste sentido, v. MARIA JOÃO ESTORNINHO e ALEXANDRA LEITÃO, "Contratos de associação entre o Ministério da Educação e os estabelecimentos particulares e cooperativos de ensino", in *Revista de Contratos Públicos*, n.º 5, 2012, pág. 45.

então, que eles remetem, em rigor, para um esquema de mera privatização funcional, tipificada na aquisição de um serviço privado que substitui a prestação de um serviço público"[32].

Trata-se de contratos públicos, na aceção do n.º 2 do artigo 1.º conjugado com o n.º 1 do artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos (adiante designado CCP) e de contratos administrativos, de acordo com a alínea d) do n.º 6 do artigo 1.º deste Código[33].

Por isso, aqueles contratos – especialmente os contratos de associação – estarão, em princípio, sujeitos às regras da Parte II do CCP, sem prejuízo da possibilidade de se verificar, em concreto, algumas das exclusões consagradas no artigo 5.º, designadamente a prevista no n.º 1.

Os contratos de patrocínio, por exemplo, poderão enquadrar-se neste preceito, na medida em que o pressuposto da sua celebração é o apoio a programas de ação pedagógica em domínios não abrangidos, ou insuficientemente abrangidos, pela rede pública, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 152/2013, de 4 de novembro, o que pode justificar o afastamento da concorrência.

Não se vislumbrando razões para afastar, como regra geral, a aplicação do CCP, os procedimentos concorrenciais a que se refere o n.º 6 do artigo 10.º do novo estatuto só podem ser os consagrados naquele Código, tanto mais que a celebração de contratos com as escolas, ao contrário do que acontece com o apoio direto às famílias (o "cheque-ensino") acarreta uma enorme vantagem competitiva para os estabelecimentos co-contratantes.

Efetivamente, mesmo no caso dos contratos simples de apoio à família e dos contratos de desenvolvimento de apoio à família, nos quais as escolas têm de entregar os subsídios estaduais às famílias, o próprio facto de uma escola beneficiar desse contrato confere-lhe uma importantíssima vantagem concorrencial, visto que as pessoas tenderão a optar pela escola que lhes permite obter esse apoio.

Assim, a celebração desses contratos sem prévio procedimento concorrencial põe em causa os princípios da concorrência, da transparência e da imparcialidade.

A própria lógica da criação de um mercado educacional, apesar de ser de duvidosa constitucionalidade pelas razões que se referiram *supra*, pressupõe a sujeição às regras da concorrência… de mercado. O legislador tem de ser coerente com a sua própria opção, em todas as vertentes.

Mesmo que se considerasse que estamos perante relações contratuais entre o Estado e o terceiro setor no âmbito de serviços sociais de interesse geral – possibilidade a equacionar no que respeita aos estabelecimentos de ensino

32. V. PEDRO GONÇALVES, *op. cit.*, págs. 502 e 503.

33. E, eventualmente, também na alínea c) do mesmo preceito, na medida em que o co-contratante é chamado a exercer poderes públicos – a atribuição de classificações aos alunos e de certificados de habilitações, como referem MARIA JOÃO ESTORNINHO e ALEXANDRA LEITÃO, *op. cit.*, pág. 15.

cooperativo -, o Direito da União Europeia tem vindo a evoluir no sentido da sua sujeição às regras da contratação pública.

De facto, o artigo 21.º da Diretiva 2004/18/CE, de 31 de março de 2004[34], praticamente excluía esses contratos do âmbito de aplicação das Diretivas, o que resultou na consagração da exclusão constante da alínea f) do n.º 4 do artigo 5.º do CCP[35], sem prejuízo da aplicação dos princípios gerais e das normas que concretizem preceitos constitucionais, assim como das relativas à habilitação e à prestação de caução por força do disposto nos n.ºs 6 e 7 do artigo 5.º do CCP.

Mas, atualmente, o artigo 74.º da Diretiva n.º 2014/24/UE, de 26 de fevereiro[36], prevê a aplicação de um regime específico de contratação pública nos serviços sociais quando o valor do contrato seja superior a 750.000 € (por ser, de acordo com o Preâmbulo daquela Diretiva, o valor a partir do qual tais contratos apresentam interesse transfronteiriço).

Esse regime, que está consagrado nos artigos 75.º e 76.º, implica a publicação de um anúncio de concurso ou de um anúncio de pré-informação, bem como de um anúncio de adjudicação de contrato para dar a conhecer os resultados do concurso.

Por sua vez, o n.º 1 do artigo 76.º impõe aos Estados-membros a criação de regras nacionais para a adjudicação destes contratos com vista à garantia do respeito pelos princípios da transparência e da igualdade de tratamento dos operadores económicos, sendo que o critério de adjudicação tem de ponderar a necessidade de manter uma elevada qualidade, continuidade, acessibilidade, disponibilidade e exaustividade dos serviços, bem como as necessidades específicas das diferentes categorias de utilizadores (n.º 2 do artigo 76.º). Ou seja, o critério de adjudicação pode ser o da proposta economicamente mais favorável, mas sem deixar de tomar em consideração critérios de qualidade e de sustentabilidade para os serviços sociais.

Isto significa que, após a transposição da Diretiva n.º 2014/24/EU, as regras da contratação pública serão aplicáveis mesmo num contexto de contratação com o terceiro setor, ainda que se trate de um regime específico. Esse não é, contudo, o regime a que estão sujeitos a maioria dos contratos no setor da educação, designadamente aqueles que são celebrados com escolas particulares, uma vez que, tratando-se de contratos de prestação de serviços, não estão, em princípio, excluídos da Parte II do CCP.

***

34. Publicada no Jornal Oficial da União Europeia de 30 de abril de 2004.
35. V. DOMINGOS SOARES FARINHO, *op. cit.*
36. Publicada no Jornal Oficial da União Europeia de 28 de março de 2014.