

**PROVAS DE MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL
DE PAULO JORGE NOGUEIRA DA COSTA**

**Concorrência no Ensino Superior. Do paradigma constitucional
da igual liberdade**

Cristina M. M. Queiroz

Departamento de Direito

Universidade Autónoma de Lisboa

2003

1. Apresenta o Senhor licenciado Paulo Nogueira da Costa, ao abrigo do Regulamento de Mestrados do Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa, uma dissertação intitulada: “*Concorrência no Ensino Superior. Do paradigma constitucional da igual liberdade*”.

2. O Senhor licenciado Paulo Nogueira da Costa é assistente estagiário no Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa, onde exerce funções a partir de Outubro de 1999.

Nessa qualidade tem vindo a prestar colaboração nas disciplinas de “Economia Política I”, “Direito Económico” e “Ciência Política e Direito Constitucional”, no Curso de Direito, e “Introdução à Economia”, no Curso de Relações Internacionais”. Este percurso académico, mais voltado para o grupo das Ciências Jurídico-Económicas, indicia capacidade para as provas a que se apresenta.

3. Este tipo de provas de atribuição de grau académico costuma ser acompanhado, da parte de quem foi incumbido da tarefa de as arguir, de um comentário acerca da “*escolha do tema*”, seguido da ordenação de considerações *gerais e específicas* relativas à *sistematização, apuramento dogmático, rigor científico e fundamentação das opiniões expendidas*, entre outros.

4. Assim, e não fugindo a essa tradição, começarei pela *escolha do tema*.

Este, nas suas linhas gerais, parece-me acertado. O tema do ensino, e, em particular, o ensino superior, marca o espaço onde por concessão recí-

proca do Estado e da Sociedade uma determinada época pode cultivar a mais lúcida consciência de si própria (Karl JASPERS).

O ensino é essencialmente uma actividade de criação e formação. Nesse sentido pode marcar indiscutivelmente uma época. Pressupõe a “livre transmissão de conhecimentos científicos”. Numa palavra, uma especial “publicidade crítica”. Ao cabo e ao resto, não uma questão exclusiva de ensino — ou da sua organização —, mas de *cultura e civilização*. Sob este ponto de vista, mais do que acertada a escolha do candidato deve ser vista como certa.

É certo que a dissertação não se dirige ao ensino em geral. Versa especificamente sobre a ordenação do ensino superior num quadro concorrencial entre o ensino particular e cooperativo e o ensino público.

Numa divisão de trabalho acordada com a minha colega Doutora Ana Roque, a parte que me cabe da arguição incidirá não sobre a matéria da concorrência e regulação no ensino superior, mas sobre o enquadramento constitucional do problema e o novo contexto europeu e internacional do mesmo (Partes I e II).

5. E, a este respeito, tenho algumas observações a fazer:

- Primeiro: a *estrutura do trabalho* parece-me em geral correcta. Articula um discurso sem grandes falhas de inter-conexão. É, numa palavra, um discurso ordenado, que naturalmente espelha a interpretação e visão do seu autor.

- A *bibliografia* é adequada com dois únicos reparos. Numa dissertação de mestrado, que tem como tema central um aspecto concreto do ensino superior — a “concorrência” —, não pode deixar de se fazer referência a um dos autores que mais investigou esse tema.

Refiro-me, concretamente, a António SEDAS NUNES. Os seus trabalhos sobre o ensino universitário em Portugal, a partir dos anos 60 — mecanismos, efeitos e perspectivas de funcionamento —, são absolutamente incontornáveis. Recentemente, o Instituto de Ciências Sociais de Lisboa publicou uma “Antologia Sociológica” do autor onde se contêm os seus escritos mais relevantes sobre o tema (2000).

Um outro autor que não deveria ter sido esquecido, sobretudo num enquadramento historiográfico, é RÓMULO DE CARVALHO. A sua “História do Ensino em Portugal”, publicada nos anos 80 pela Fundação Calouste Gulbenkian, e reeditada em 1996, não deveria igualmente ter sido esquecida. Tanto mais que o ensino superior em Portugal, como de resto noutras latitudes, foi sempre pensado de uma forma global e integrada, culminando o núcleo de uma complexa estrutura que vai do ensino básico ao superior, passando pelo ensino secundário ou liceal.

6. *De um ponto vista formal* há também alguns reparos a fazer. A redacção é, em geral clara, mas aqui e ali detectam-se algumas incorrecções na estrutura sintáctica do discurso. Um exemplo: quando se escreve “ir de encontro a”, provavelmente pretendia afirmar “ir ao encontro de”. Convinhamos que são expressões antitéticas.

7. No que diz respeito ao comentário específico, há também observações a fazer:

- No que concerne à “delimitação conceptual” da liberdade de ensino na Constituição Portuguesa de 1976, as expressões são suas, não me parece ser a melhor metodologia enquadrar a questão da liberdade de ensino como especificação da liberdade de consciência, religião e culto (artigo 41º da Constituição). A Constituição, se quisermos ser mais pre-

cisos, faz derivar a liberdade de ensino e investigação (os dois conceitos são indissociáveis numa perspectiva humboldtiana do ensino superior), da “liberdade de criação cultural”, que inclui na sua “fatti species” a “liberdade de criação intelectual e científica” (artigo 42º), e a “liberdade de aprender e ensinar” (artigo 43º). Ambos estes direitos garantem a liberdade de ensino intelectual e científico, neste compreendido o ensino universitário.

O ensino universitário — a *libertas philosophandi* —, pressupõe a aceitação dos postulados filosóficos e epistemológicos da “modernidade”, isto é, a separação entre o discurso secular e o religioso.

Não me parece correcto juntar “aqui e agora” aquilo que o Iluminismo e a História de há muito separaram. Refiro-me, concretamente, à *ciência e à religião*.

Ainda assim, nunca será de mais recordar, que, na ausência de uma concepção liberal e racionalista do conceito de “liberdade”, o ensino e a investigação permaneceram entre nós sujeitos a ingerência directa das autoridades públicas, “rectius” governamentais, quer quanto aos métodos científicos de ensino, quer quanto à fixação do respectivo conteúdo e programas. Hoje, a ciência e o ensino devem considerar-se actividades “livres”.

Neste sentido, a liberdade de ensino e investigação é vista, simultaneamente, como um “direito de defesa” e uma “garantia institucional”. Constitui uma “decisão de valor”, que compreende não apenas, negativamente, (a) a proibição de intervenção do Estado, (b) mas também, positivamente, a configuração do Estado como um *Kulturstaat*, isto é, um Estado civilizacional. A esta luz, tem razão o candidato quando questiona a opção do legislador constituinte em diferenciar os regimes jurídicos da “liberdade de ensino” e do “direito ao ensino” como se de duas realidades distintas se tratasse.

Não obstante, seja qual for o âmbito e conteúdo do direito geral à liberdade de ensino e investigação, uma coisa é certa: o ensino por si só não constitui um objecto científico autónomo, antes integra uma tarefa formativa que compete, em primeiro lugar, às Universidades como centros autónomos de ciência e de cultura.

- Talvez que a raiz destes problemas se encontre, como afirma o candidato, na “estratégia” acolhida de combate a dois “dogmas”: o ensino exclusivamente público, isto é, prestado pelo Estado, com exclusão do ensino superior particular e cooperativo, e o ensino concordatário.

É certo que a Universidade Católica Portuguesa (UCP), goza entre nós de um estatuto privilegiado face a outros estabelecimentos de ensino superior e, designadamente, face ao ensino particular e cooperativo. Mas o combate a esse “dogma” não nos deve turvar o rigor e a correcção de raciocínio na análise das questões institucionais implicadas.

- Esta observação repercute-se ainda na análise da “eficácia dos direitos, liberdades e garantias nas relações jurídicas privadas”, designadamente nas páginas 27 e 28 da dissertação. O raciocínio resulta pouco claro, turvado, numa palavra, confuso. A questão não é de monopólio ou de mercado, mas uma “questão de direitos” (a “*matter of principle*”, se se preferir).

Esclarecendo um pouco mais.

Historicamente é ao Iluminismo que fica a dever-se a “reforma da Universidade” (Estatutos de 1772). Esta reforma, que teve politicamente como protagonista o Marquês de Pombal, foi travada pelo poder da própria Universidade — Coimbra, a “única” Universidade —, e ainda pelas dificul-

dades do poder político em realizar reformas de fundo. Pombal e os seus colaboradores elaboraram uma reforma radical. O propósito dessa reforma visou essencialmente três objectivos:

- (a) colocar o ensino sob a tutela do Estado;
- (b) secularizar a instrução; e,
- (c) uniformizar os programas de ensino ministrados.

A ideia de construção de “universidades régias”, tão cara a VERNEY e RIBEIRO SANCHES, como forma de abalar o poder das antigas corporações medievais, é retomada pelos liberais.

Ora, justamente, é desse período liberal que emerge uma concepção *centralizadora e pública* do ensino, um dos dogmas que o candidato se propõe desmistificar.

É certo que, mesmo no período liberal, esta nunca foi uma questão pacífica. Mas competiria ao candidato, tanto mais que esta se apresenta como uma questão de fundo da dissertação, não ter deixado passar em claro este dado histórico absolutamente incontornável.

- Por outro lado, nota-se algum exagero, fruto porventura da juventude, no tratamento de alguns conceitos. Por exemplo: o *desenvolvimento da personalidade* (pp. 29 ss.). Certamente que o legislador constituinte de revisão não se apercebeu dos aspectos “revolucionários” da constitucionalização desse direito, sobretudo se conjugado com outras cláusulas da Constituição, designadamente, as que se contêm no artigo 1º. A adição, proveniente do constitucionalismo alemão, do adjectivo “livre” indicia já esse efeito.

- Do mesmo modo, detecta-se na leitura da dissertação uma concepção, porventura “absolutista”, na interpretação dos direitos. Por exemplo, confundir a “liberdade de escolha de profissão” (ou género de trabalho), garantida a todos, aí sim de forma absoluta, isto é, sem restrições, com a “liberdade de exercício de profissão”, isto é, a liberdade de exercício de uma profissão ou género de trabalho em concreto não me parece uma metodologia correcta. São conceitos diferenciados.

O mesmo se poderia dizer da liberdade de consciência e de religião. O que está em causa, na relação com o Estado, não é obviamente essa “liberdade” em abstracto, mas o “exercício” em concreto da mesma. Numa palavra, o que preocupa o Estado (o que é de interesse público) não é religião, mas a *liberdade religiosa*, fundada no reconhecimento dos direitos de consciência individual, garantidos pela mediação de uma ordem constitucional livre e democrática. Se se quiser, numa outra terminologia, o que a Constituição se propõe regular não é a religião, mas o *estatuto jurídico da liberdade religiosa*. Não o direito geral à liberdade de consciência e religião, sujeito à auto-definição e auto-determinação do crente (e não crente), mas sim a garantia do seu livre exercício.

O mesmo ocorre com a liberdade de ensinar e aprender. O que a Constituição se propõe regular não é essa liberdade em abstracto, mas sim o estatuto jurídico concreto do seu livre exercício no quadro de um direito geral à liberdade de ensino e investigação.

- Depois, há ainda uma outra questão (nota 110, pp. 41-42) que importaria relevar e que tem causado um verdadeiro quebra-cabeças na doutrina e na jurisprudência. Refiro-me, concretamente, aos conceitos de “restrição” e “condicionamento” de direitos. Não é essa a terminologia que utilizo, pois mostra-se propícia a equívocos.

Seja como for, se da interpretação e aplicação do direito em causa resultar a exclusão da protecção jurídica jusfundamental, ou “âmbito de protecção” constitucional do direito, obviamente que não estamos em presença de um “condicionamento”, mas sim de uma “restrição” de direitos verdadeira e própria. O registo dos órgãos de comunicação social junto do Instituto respectivo ou o das entidades religiosas em registo específico previsto na nova Lei de liberdade religiosa, pode, de facto, ilustrar a dúvida do candidato, mas são conceitos distintos.

- Todas estas questões, bem vistas as coisas, estão ligadas à concepção de “direitos” e “constituição” que se perfilhar.

Assim, afirmar, pura e simplesmente, interpretando António SOUSA FRANCO, que “a liberdade de ensino dos docentes deve respeitar a liberdade e autenticidade da escolha dos educandos e suas famílias, *cujo direito prevalece sobre o dos professores, por instrumentalidade deste último*” (p. 60) não me parece uma afirmação correcta e adequada. O seu “unilateralismo”, para além de denotar uma decisão numa “única direcção”, e nesse sentido criticável, com anulação correspondente de outros direitos ou bens constitucionais implicados, dificilmente poderá resultar “constitucionalmente adequada”. A “ponderação de bens” — ou, se se preferir, a “concordância prática” — contradiz essa forma específica de argumentação.

- Uma última questão: a do “abuso de direitos fundamentais” (p. 117, *in fine*, Parte III). Não me parece que no quadro de um Estado de direito democrático e plural se possa importar a ideia, de ressonância germânica, do abuso de direitos fundamentais.

É certo que esta última se enquadrava numa concepção de “democracia militante” ou de “democracia que se auto-defende” (*streitbare*

Demokratie), hoje felizmente superada. Os princípios jurídico-constitucionais do pluralismo, da tolerância e da liberdade comunicativa contradizem essa afirmação do candidato. Mais: a Constituição não enumera sequer “inimigos”. É estranha ao conceito de “amigo-inimigo” como essência do político e da política. Nesse sentido, não limita a liberdade de expressão política, inclusive a ideologia fascista, mas apenas as associações armadas, de tipo militar, militarizadas ou paramilitares, ou organizações racistas ou que perfilhem a ideologia fascista (artigo 46º/4), o que são coisas bem diferentes. Sobre esta questão já se pronunciou o Tribunal Constitucional no Acórdão nº 17/94, Movimento de Acção Nacional —MAN.

8. Quanto à Parte II da dissertação, intitulada “O ensino superior num novo contexto europeu e internacional”, o candidato mostra abertura aos problemas do ensino superior num contexto alargado. Essa perspectiva merece o meu acordo e aplauso. O tratamento do tema, porventura devido à sua tecnicidade, resulta mais descritivo do que interpretativo. Mas a circunstância em si de o ter incluído neste estudo, repito, denota uma visão cosmopolita dos problemas que não deixa de contrastar com a perspectiva mais centrada nas questões nacionais que usualmente acompanha a discussão do ensino superior no nosso país.

9. Em tudo o resto, e na parte que me compete na arguição, independentemente da minha posição sobre os problemas e questões elencados, acrescentarei, roubando uma expressão a Niklas LUHMANN, que o candidato, no tipo de provas a que se submete, que são de mestrado (logo de início de uma carreira) e não de doutoramento, não se limitou a “expor” (*Darstellung*), preocupando-se ainda em “construir” (*Herstellung*).

10. Dito isto, só posso desejar ao Senhor licenciado Paulo Nogueira da Costa as maiores felicidades na esperança que o diálogo que vai ter lugar se mostre enriquecedor não apenas para ambos, mas ainda para a Universidade.

Muito obrigada.

Lisboa, 4 de Julho de 2003.

Cristina M. M. Queiroz