

PREEMPTÃO

PRE-EMPTION

Eduardo Alves

E-mail: jemalves1966@gmail.com

Centro De Investigação em Estudos Regionais e Locais da Universidade da Madeira
(CIERL/UMa)

Resumo

Conhecer amplamente os limites competenciais da Região Autónoma da Madeira, na área da autonomia, administração e gestão escolar, implica necessariamente estudar as intervenções que o Tribunal Constitucional seguiu nesta matéria.

Particularmente, obriga a analisar a posição tomada por aquele Tribunal, em 2006, a propósito da alteração do modelo regional da Madeira de organização das escolas, datado de 2000, e a posição discutível tomada de inconstitucionalidade declarada de normas deste e que fica próxima daquilo que é considerar existir em Portugal, na repartição competencial entre Estado e Regiões, uma ocupação de espaço normativo pela legislação nacional, coartando assim a possibilidade de intervenção do legislador regional, decisão jurisprudencial em contraciclo com a revisão da Constituição ocorrida em 2004.

Palavras-chave: Jurisprudência do Tribunal Constitucional; Modelo jurídico de escolas; Direito Educativo regional; Administração Escolar; Regionalização.

Abstract

Know the limits of the Autonomous Region of Madeira, in the area of autonomy, administration and school management, necessarily implies to study the interventions followed by the Portuguese Constitutional Court in this matter.

In particular, it calls for an analysis of the position taken by that Superior Court, in 2006, with regard to the amendment of the regional model of school organization dated 2000 and the questionable unconstitutionality taken by this Court which is close to consider to exist in Portugal, in the division of powers between the State and Regions, an “federal occupation of the field” by national legislation, restraining the possibility of intervention by the regional legislator, a jurisprudential decision in opposition with the revision of the Constitution occurred in 2004.

Keywords: Jurisprudence of the Constitutional Court; Legal model of schools; Regional Education Law; School Administration; Regionalization.

Introdução

Em sede constitucional, em Portugal, ao contrário do que se passa no ensino superior (n.º 1, do artigo 76º da Constituição), a autonomia das escolas dos ensinos básicos e secundário, não encontra no texto constitucional um acolhimento expressivo, de forma semelhante (n.º 1, do artigo 77º). Pode mesmo colocar-se a dúvida, da generosidade concedida pela Constituição, na sua *revisão de 1982*, onde foi inserida a referência à “gestão democrática” (n.º 1, do artigo 77º). A razão radica na inexistência no texto constitucional do que se deve entender por “gestão democrática das escolas”, qual o seu âmbito, fundamento e consequências, além da sua operacionalidade prática. Estamos, assim em crer, portanto, que este “espaço de manobra” deixará ao intérprete e ao legislador infraconstitucional, a possibilidade de ensaiar os entendimentos mais consentâneos com a realidade a que este pretenda atender e regular em concreto.

Concomitantemente, esta matéria entroncará, assim se poderá dizer, com a temática da “participação democrática no ensino”, cuja âncora constitucional é, com toda a certeza, o artigo 2º da Constituição, de resto, sustentáculo ideológico do próprio Estado português. Na realidade, este dispositivo constitucional e tudo aquilo que o mesmo dogmaticamente encerra, acaba por enformar uma arquitetura democrática do Estado Português, na área da administração educativa e conduz, assim, a uma interconexão nesta área com a temática da autonomia das escolas em Portugal (Alves, 2012).

Apresentado assim o “desenho” constitucional, que regulará esta matéria, e no qual nos moveremos em seguida, voltemos agora também a nossa atenção para a legislação infraconstitucional.

Igualmente, no que diz respeito à “Lei de Bases do Sistema Educativo”, em Portugal, constata-se que esta não vai além de uma enunciação da regra da participação democrática. Tal parece-nos sintomático deste seu entendimento, porquanto o alcance deste poder de desenvolvimento, insito nesta, acaba por ser-lhe dado mediante a possibilidade de um diploma específico de valor geral poder fazê-lo (ao abrigo do artigo 119º da Constituição). Neste passo, não esqueçamos que a citada “Lei de Bases” é de 1986 (Lei n.º 46/86, de 14 de outubro), posterior, portanto, ao preceito Constitucional introduzido na *revisão constitucional de 1982* (como se referiu).

Afirmação na Madeira de um modelo regional de autonomia, administração e gestão escolar

Estes serão assim, entre nós em Portugal, os limites legais e o devido enquadramento jurídico-constitucional. Realidade, que permitiu ao legislador mover-se e que habilitou a Região Autónoma da Madeira, utilizando o dispositivo constitucional da alínea c), n.º 1 do artigo 227º da Constituição, na sua nova formulação saída da *revisão constitucional de 2004*, através da Assembleia Legislativa da Madeira, defender a possibilidade de desenvolver a própria “Lei de Bases do Sistema Educativo”, naquilo que esta se refere quanto à forma de designação dos membros dos órgãos de gestão das escolas, quer dizer, a forma de governação escolar dos ensinos básico e secundário da Madeira, redefinindo o *modelo regional* de autonomia, administração e gestão escolar (Alves, 2012).

Para completa avaliação e conhecimento desta realidade e também para alcançar os propósitos da nossa reflexão, torna-se crucial conhecer, no entanto, o papel do Tribunal Constitucional. Na realidade, o mesmo acabou por ser determinante, até ao momento, no formato que este *modelo regional* detém, uma vez que sendo inicialmente criado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 4/2000/M, de 31 de janeiro, foi objeto de fiscalização (*sucessiva da constitucionalidade*, pelo Tribunal Constitucional) e, depois, por ter sido alterado, na sequência daquela, foi ainda antecipadamente fiscalizado (agora de forma *preventiva da constitucionalidade*, pelo mesmo Tribunal), até obter a atual configuração como Decreto Legislativo Regional n.º 21/2006/M, de 21 de junho.

Na dimensão do *modelo regional* de autonomia, administração e gestão escolar assistem-se, pois, a duas intervenções jurisprudenciais. Ambas, incidindo sobre o *modelo* e neste descortinando aspetos que acabam por quedar-se, fundamentalmente, sobre a forma de seleção do órgão de gestão das escolas (*recrutamento versus eleição*).

A primeira, constante do Acórdão n.º 161/2003 (- Processo n.º 64/2000, de 06 de maio de 2003, publicado no Diário da República, I Série - A, número 104), que se pronunciou no sentido da ilegalidade do Decreto Legislativo Regional n.º 4/2000/M, na medida em que este previa para a designação do

órgão de gestão escolar, o *procedimento concursal* e não a eleição, como estabelecia, ao tempo¹ o *modelo estatal* (Decreto-Lei n.º 115-A/98, de 04 de maio).

Numa segunda intervenção, aquela que aqui releva para esta nossa análise, a mesma consta do Acórdão n.º 262/2006 (- Processo n.º 358/2006, de 02 de junho de 2006, publicado no Diário da República, I Série - A, n.º 107). Neste caso, o Tribunal Constitucional entendeu que não existindo, agora, os dispositivos constitucionais limitadores de competência legisferante das Regiões Autónomas que caíram, como se referiu, com a *revisão constitucional de 2004*; contudo, e por confronto com o n.º 4, do artigo 48º da “Lei de Bases do Sistema Educativo”, considerou ser esta opção regional inconstitucional, ainda assim, por entender o Tribunal ser este preceito como determinante no sentido de impor uma apresentação direta das candidaturas ao órgão de gestão da escola. Ancorou aqui, o Douto Tribunal, esta sua convicção, naquilo que o *modelo* criado pelo Estado previa (artigo 19º, do Decreto-Lei n.º 115 - A/98), entendendo mesmo que esta seria uma opção válida para todo o território nacional não se permitindo, conseqüentemente, uma regulação do legislador regional sobre esta matéria.

Por se tratar de temática de afirmação regional e, sobretudo, de alcance jurídico-constitucional (que este terá) merece aqui determos o nosso olhar crítico.

Ora, salvo o devido respeito pelo Douto Tribunal, aquela conclusão (constante do Ac. n.º 262/2006) merece contestação. É que, nos parece altamente discutível, não só poder concluir por esta desconformidade *tout court* face à “Lei de Bases”, como caracterizar esta “suposta desconformidade” como tratando-se de matéria de natureza de inconstitucionalidade *per se*. Além de tudo o mais, o Tribunal Constitucional entendeu que haveria uma desconformidade da legislação regional, não por contrariedade a configuração legal, devidamente fixada na “Lei de Bases do Sistema Educativo” (único parâmetro limitador, agora, após a *revisão de 2004*); mas, por não conformação à lei nacional, ao tomar como parâmetro referencial a normatividade constante do Decreto-Lei n.º 115 - A/98.

¹ Hoje, o Decreto-Lei n.º 75/2008, de 22 de abril, alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 224/2009, de 11 de novembro e 137/2012, de 02 de julho, revogou aquele Decreto-Lei n.º 115-A/98 e regula atualmente o *modelo estatal* de autonomia, administração e gestão das escolas.

Acontece, que ao adotar esta opção interpretativa, na verdade, acabou o Tribunal Constitucional por neutralizar a competência constitucional da Região Autónoma da Madeira para poder desenvolver a “Lei de Bases do Sistema Educativo”. Mas, mais, ao tomar como referência conformadora o citado Decreto-Lei n.º 115 - A/98, o Tribunal Constitucional criou mesmo (claramente, ao contrário daquilo que passou a prescrever a Constituição, com a *revisão de 2004*) “uma nova categoria de leis reforçadas” como afirma, e bem, Carla Amado Gomes (2007, p. 40), indo além do n.º 3, do artigo 112º, *in fine*, da Constituição.

A ser assim, trata-se aqui, então, da novidade de querer introduzir, reiterando uma vez mais Carla Amado Gomes, nesta lógica de pensamento jurídico do Tribunal Constitucional, o fenómeno típico dos ordenamentos jurídicos federais da **preempção** (*idem, ibidem*). Desiderato jurídico-constitucional, todavia, não aplicável em Portugal, como se sabe, em virtude da nossa configuração constitucional de *Estado unitário regional*, ou “politicamente descentralizado” (Miranda, 2005, p. 202). Pese embora, tratar-se de um Estado regional parcial, por só integrar duas Regiões Autónomas (art.º 6º e 225º e seguintes da Constituição).

Esclarecendo e seguindo o ensinamento doutrinário de Jorge Miranda (2005) a figura jurídica da preempção, no âmbito constitucional, é um fenómeno típico dos *ordenamentos federais*, com surgimento nos Estados Unidos e manifestado também noutros Estados federais (como o alemão) e que se traduz na “ocupação do espaço normativo” (do léxico americano, *federal occupation of de the field*) pelas autoridades centrais provocando, de forma explícita ou implícita, a exclusão ou preclusão da produção legislativa de quaisquer outras entidades sobre tais matérias.

A Constituição prescrevia desde o seu início em 1976, o respeito pelos Decretos Legislativos das “Leis Gerais da República” (nº 3, do art.º 115º e alínea a), do nº1 do art.º 229º) ou, subsequentemente, desde 1997 (4ª *revisão*) pelos “princípios fundamentais das Leis Gerais da República”. Acontece, que com a *revisão de 2004* (6ª *revisão*) se: “inverte o postulado: normas legais decretadas sobre matérias não reservadas aos órgãos de soberania não se aplicam quando haja legislação regional própria (nº 2, do art.º 228º da Constituição [e]; logo, dir-se-ia que esta prevalece sobre aquelas” (Miranda, 2005, p. 215).

Realidade, que não entrará em conflito, ainda que legitimamente a dúvida possa suscitar-se, pelo facto supra aduzido da natureza de Portugal como *Estado unitário regional*, uma vez que se deverá convocar, também em abono desta compatibilização e convivência jurídica, os princípios gerais do Direito que regulam as relações entre leis gerais e leis especiais. Aqui, uma vez mais citando Jorge Miranda: “Os decretos legislativos regionais então teriam

preferência sobre as leis do Estado em matérias a estas não reservadas, porque lei geral não revoga lei especial (nº 3, do art.º 7º do Código Civil)” (idem, *ibidem*, p. 216).

Conclusão

Atente-se assim, em concreto, que o Tribunal Constitucional aceitou como válido, nas suas conclusões, que a competência para desenvolver a “Lei de Bases do Sistema Educativo” é competência do Governo da República e, que, no caso concreto da administração e gestão das escolas, já o Governo nacional o teria feito para todo o território de Portugal, pelo Decreto-Lei n.º 115 - A/98, o que afastava a Região Autónoma de poder fazê-lo.

Com este raciocínio jurídico, efetivamente, o Tribunal Constitucional adota uma convicção de completo esvaziamento da competência legislativa complementar da Região Autónoma da Madeira (agora, inclusivamente e por paradoxal, maximizada, após a *revisão de 2004*). Adotará até, no dizer de Carla Amado Gomes, uma posição “constitucionalmente ilegítima” (2007, p.41). Isto porque, por um lado, envolve a criação de um sub-parâmetro de aferição da validade dos Decretos Legislativos Regionais de desenvolvimento das “Leis de Bases”, descaracterizando e atentando mesmo contra a competência primária das Regiões Autónomas em Portugal após a *revisão de 2004*; e, por outro lado, ao subverter a *matriz* hierárquica normativa constante da Lei Fundamental, o Tribunal Constitucional acaba contrariando a intenção declarada (também ela de natureza constitucional), que o legislador na *revisão de 2004* pretendeu conferir às Regiões Autónomas e quase condena estas últimas a um seguidismo nas opções formuladas pelo Estado, nas formulações que desenvolve.

Carlos Blanco de Moraes vai mais longe e considera que esta deriva poderá ser:

“... a possibilidade de o Tribunal Constitucional poder conservar cânones hermenêuticos de recorte mais centralista, nomeadamente, através de uma interpretação extensiva do conceito de matérias reservadas aos órgãos de soberania e de uma definição restritiva da medida de valor configurada pela noção de «âmbito regional»” (Blanco de Moraes, 2006).

Em síntese, esta nossa análise pretende colocar em evidência o sentido restrito que o Tribunal Constitucional, em Portugal, manifestou em matéria de repartição competencial constitucional, entre o Estado e a Região Autónoma da Madeira, na área da administração educacional, procurando contornos restritivos, que a atual arquitetura jurídica, saída da *revisão de 2004*, pelas razões antes expostas, claramente não coloca.

Assim sendo, acaba-se coartando, sobremaneira, um desígnio que aquele “legislador constitucional” em 2004 declarou assumir com esta *revisão* e fica por cumprir-se aquilo que se augurava em 24 de julho de 2004, com a publicação da 6^a *revisão* (Lei Constitucional 1/2004). A propósito desta, ao tempo, Vitalino Canas escreveria até, em anotação à alínea c), do n.º 1 do artigo 227.º da Constituição, o seguinte:

“... na alínea c), do n.º 1, [art.º 227.º] o poder legislativo autonómico sofre mais uma expansão, uma vez que as regiões passam a deter o poder de desenvolvimento dos princípios ou das bases gerais dos regimes jurídicos contidos em lei que a eles se circunscrevam. Até 2004, as regiões só podiam desenvolver as leis de bases sobre matérias não reservadas à competência da Assembleia da República, bem como em algumas matérias da reserva relativa desta, sempre em função do interesse específico, que, como se observou, desapareceu como limite ao poder legislativo autonómico;” (Canas, 2004, p. 236).

BIBLIOGRAFIA

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alves, J. Eduardo (2012). *Modelos jurídicos de Organização das Escolas*. Coimbra: DATAJURIS.
- Amado Gomes, Carla (janeiro-março de 2007). Ac.TC n.º 262/06 (autonomia das escolas e Regiões Autónomas). *Jurisprudência Constitucional*, n.º 13, pp. 17-42.
- Blanco de Moraes, Carlos (2006). O défice estratégico da ordenação constitucional das autonomias regionais. *Revista da Ordem dos Advogados* (Vol. III -Ano 66- Dez. 2006).
Obtido de <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/carlos-blanco-de-morais-o-defice-estrategico-da-ordenacao-constitucional-das-autonomias-regionais/>
- Canas, Vitalino (2004). *Constituição da República Portuguesa (após a sexta revisão constitucional-2004)*. Lisboa: AAFDL.

ACÓRDÃOS CITADOS DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

- **Acórdão n.º 161/2003** (-Processo n.º 64/2000, de 06 de maio de 2003, publicado no Diário da República, I Série - A, número 104, disponível em <https://data.dre.pt/eli/ac/161/2003/05/06/p/dre/pt/html>
- **Acórdão n.º 262/2006** (-Processo n.º 358/2006, de 02 de junho de 2006, publicado no Diário da República, I Série - A, n.º 107, disponível em <https://data.dre.pt/eli/ac/262/2006/06/02/p/dre/pt/html>