

DO PÚBLICO E DO PRIVADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E NAS LEIS EDUCACIONAIS

CARLOS ROBERTO JAMIL CURY¹ 

RESUMO: Este artigo pretendeu refletir sobre a relação público-privado na educação a partir do conceito de cidadania e sua relação com o ordenamento jurídico brasileiro. A liberdade de ensino é reconhecida como princípio da educação. A relação entre educação pública e educação privada não é neutra, já que se trata da presença dentro do campo da educação, um campo de disputas. Nesse sentido, a inserção de princípios no ordenamento legal torna tal relação coberta de tensão. E esse campo de forças esteve presente nos debates na Constituinte de 1987-1988, na tramitação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e em outras leis infraconstitucionais da educação. Essa relação se manifestou por diversas vezes na história da nossa educação. Esse jogo de forças tem a ver com um conjunto mais amplo de condicionantes relativos ao contexto sociopolítico. A atual flexibilidade presente na legislação e o recuo do Estado na regulação do ensino privado permite a este a ocupação mais ampla na educação escolar.

Palavras-chave: O público e o privado na educação. Ensino público e privado. Liberdade de ensino e Estado.

THE PUBLIC AND THE PRIVATE IN THE BRAZILIAN CONSTITUTION OF 1988 AND IN THE EDUCATION'S LAWS

ABSTRACT: This article intends to study the public and private relation in education from the citizenship's concept, as well as its relationship with Brazilian legal order. The freedom of teaching is recognized as a principle of the individual's and the family's civil right, as well as a principle of education. This relation isn't neutral, considering that the education field is a dispute field. In this sense, the insertion of principles in the legal order makes this relationship very tense, as in the Constituent 1987-1988, in the procedures of the Guidelines and Bases Law's of National Education and other infra-constitutional laws. This tense relationship was present in our past, in our education history, always conditioned by the socio-political context and controls

¹Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Belo Horizonte (MG), Brasil.

E-mail: crjcury.bh@terra.com.br

DOI: 10.1590/ES0101-73302018206229

by the State. Thus, in our days, the flexibility in the legislation and the retreat of the State in education allows for weak regulation. So, private education occupies an even wider space in the education field.

Keywords: The public and the private in the education. Public and private teaching. Freedom of teaching.

LES SYSTÈMES PUBLIC ET PRIVÉ DANS LA CONSTITUTION DE 1988 ET DANS LES LOIS SUR L'ÉDUCATION

RÉSUMÉ: Cette article envisage la relation entre l'éducation publique et l'éducation privée sous le concept de la citoyenneté et sa relation avec le cadre juridique au Brésil. La liberté d'enseignement est reconnue comme un principe fondamental de l'éducation. La relation entre les systèmes public et privé n'est pas neutre et se manifeste comme un champ de conflit. En conséquence, l'insertion des principes à l'ordre juridique devient cette relation très tendue, soit dans la Constitution, soit dans la Loi de Directives et Bases de l'Éducation Nationale et dans autres lois infraconstitutionnelles. Cette relation s'est manifestée à plusieurs reprises dans notre histoire de l'éducation.. Cet ensemble de forces concerne un ensemble plus large de contraintes liées au contexte sociopolitique. Aujourd'hui, la flexibilité dans la législation et le recul de l'État ont ouvert plus d'espace pour le privé dan le champs de l'éducation.

Mots-clés: Éducation publique et privée. les systèmes public et privé. La liberté d'enseignement.

Introdução

Este estudo pretendeu refletir sobre a relação público-privado na educação a partir do conceito de cidadania e sua relação com o ordenamento jurídico brasileiro. A liberdade de ensino é considerada tanto um direito civil do indivíduo e da família quanto um princípio da educação. A relação entre educação pública e educação privada não é neutra, já que se trata da presença dentro do campo da educação, um campo de disputas. Nesse sentido, a inserção de princípios no ordenamento legal torna tal relação coberta de tensão. E esse campo de forças também esteve presente nos debates na Constituinte de 1987-1988. Do mesmo modo, tal campo não deixou de reaparecer na tramitação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e em outras leis infraconstitucionais relativas à educação. Cumpre registrar que essa relação tensa não é só um caso atual. Ela se manifestou por diversas vezes na história da nossa educação sempre

que um código relativo à ela esteve presente. E esse jogo de forças tem a ver com um conjunto mais amplo de condicionantes relativos ao contexto sociopolítico.

Três recursos podem ser trazidos para uma maior compreensão desse campo de disputas: a definição da educação como direito no corpo constitucional-legal e sua ligação com a cidadania e o sistema privado; os debates nos processos constituintes e de outras leis e o passado dessa relação.

Esse estudo buscou apoio no quadro legal positivado e em fontes que identificaram os sujeitos e o modo como eles buscaram participar dos debates e das definições.

Algumas conclusões podem ser aduzidas, seja para enfatizar o papel do Estado na democratização da educação, seja para repor a necessidade de um quadro regulatório para educação privada.

A definição da cidadania

Na promulgação da Constituinte, em outubro de 1988, Ulysses Guimarães, presidente da mesma, a definiu como Constituição-Cidadã. Essa expressão, mais do que uma divisa, contém algo de substantivo no conjunto do texto: a Constituição está fundamentada em uma teoria da cidadania.

Embora haja várias teorias sobre a cidadania, há alguns elementos comuns a todas elas: a sua positivação jurídica em Estados Nacionais, a garantia dos direitos civis e dos direitos políticos. Já os direitos sociais nem sempre estão incluídos nos códigos constitucionais nacionais como inerentes à cidadania. Contudo, um dos maiores clássicos do estudo da Cidadania, Marshall (1967), ao rever a evolução desse conceito na Inglaterra por meio de programas e políticas daquele país, aponta os direitos sociais como constantes e direitos sociais como conquistas presentes no século XX, após assinalar os direitos políticos no século XIX e os civis no século XVIII¹. De todo o modo, a conquista dos direitos sociais como inerentes à cidadania, em vários países, contou com a luta dos trabalhadores².

A cidadania, como parece ser sua definição mais abrangente, é a capacidade que os sujeitos têm em poder participar das decisões de uma sociedade nacional e poder também alargar este poder. Importa saber que essa definição de cidadão remonta à própria Política de Aristóteles. Tratando desse assunto, relativo ao pensamento aristotélico, comentando o livro III da obra do estagirita, Bovero (2002, p. 120-121) afirma:

Uma coisa é indagar-se o que é o cidadão... outra coisa é perguntar-se a quais indivíduos cabe o ser-cidadão [...]. À primeira pergunta Aristóteles responde que “ser cidadão” significa [...] ser titular de um poder público não limitado, permanente [...] ou seja, a participação no poder político.

No que concerne à segunda pergunta [...]. Para Aristóteles, como se sabe, aprende a comandar aquele que obedece: portanto, todo homem livre, dotado da plenitude do logos, que seja submetido à archê, ao poder político, por isso mesmo aprende a exercê-lo, tornando-se assim capaz de participar do poder político...

Essa dimensão do homem livre, relativa à emergência da modernidade, será objeto de outra consideração de Bovero (2002), na mesma obra, ao afirmar que, naquele momento histórico, há uma *prioridade lógica e axiológica do indivíduo sobre a comunidade*. À pergunta sobre a própria identidade, o homem moderno não responderia, primeiramente, como sendo identificado como pertencente a uma comunidade. Ele responderia, segundo Bovero (2002, p. 127):

Mediante a indicação de características atinentes à própria personalidade individual, e reivindicará como direito a própria liberdade de juízo (de consenso e dissenso) e depois também de ação (participação ou de protesto, mas também de saída: *voice* ou *exit*) em relação ao ou aos coletivos aos quais reconhece pertencer (nos quais nasceu) aos quais aderiu (aos quais se integrou).

Daqui derivam os denominados direitos civis relativos à liberdade nas suas mais diferentes manifestações, à propriedade e a igualdade perante a lei. E a compreensão da saída do indivíduo para a coletividade será mediada pela noção de convenção apoiada na figura do contrato. Para a modernidade, esse *coletivo*, essa sociedade ou *civitas* não é uma extensão de um modelo orgânico, mas um *pacto* que tem no indivíduo o seu sujeito principal. Como nos dizem Bobbio e Bovero (1986, p. 66):

Segundo uma opinião comum dos escritores de direito público, são necessárias duas convenções sucessivas para dar origem a um Estado: o *pactum societatis*, com base no qual um certo número de indivíduos decidem de comum acordo viver em sociedade; e o *pactum subjectionis*, com base no qual os indivíduos assim reunidos se submetem a um poder comum. O primeiro pacto transforma uma *multitudo* em um *populus*; o segundo, um *populus* numa *civitas*.

Se para muitos autores da modernidade, entre os quais John Locke (1998), a finalidade do Estado é a proteção do indivíduo, da propriedade, da liberdade e tantos outros critérios relativos ao indivíduo, Rousseau, segundo a lição de Bobbio e Bovero (1986), tem no cidadão mais do que *o homem natural protegido*. Segundo Bobbio, o cidadão trazido pelo pensamento de Rousseau é *um outro homem*. Bobbio e Bovero (1986, p. 71-72) analisam uma passagem de Rousseau no *Contrato Social*, livro III, capítulo 8: “A passagem do estado de natureza para o

estado civil... produz no homem uma mudança muito importante, substituindo em sua conduta o instinto pela justiça e emprestando às suas ações a moralidade de que anteriormente eram privadas”.

Dessas considerações, alguns elementos restam importantes: o homem moderno é o indivíduo singular que oscila entre o homem burguês, detentor da propriedade, *liberto* das peias e amarras estamentais da aristocracia, e o ser genérico, detentor da igualdade. Consoante Coutinho (1999, p. 49): “No mundo moderno, a noção e a realidade da cidadania também estão organicamente ligadas à ideia de direitos; mas, num primeiro momento, ao contrário dos gregos, precisamente à ideia de direitos individuais ou ‘civis’”.

Sabe-se que a liberdade, um direito sempre invocado, conquistada ante a natureza, se tornou um dos pilares do liberalismo e expressão de uma classe que, segundo Rémond (1974, p. 27), é “uma filosofia individualista, na medida em que coloca o indivíduo à frente da razão de Estado, dos interesses de grupo, das exigências da coletividade”. E essa liberdade, por sua vez, se vê perdida perante a real desigualdade entre as classes sociais. Coutinho (1999, p. 47) retoma a severa crítica que Marx fez aos direitos do homem e analisa:

O sentido da crítica de Marx é outro: os direitos civis - os direitos do indivíduo privado - não são suficientes para realizar a cidadania plena, que ele chamava de “emancipação humana”, mas são certamente necessários. O próprio direito de propriedade não é negado por Marx e pelos marxistas, mas sim requalificado: para que esse direito se torne efetivamente universal, assegurando a todos a apropriação dos frutos do próprio trabalho, a propriedade não pode ser privilégio de uns poucos, devendo ao contrário ser socializada e, desse modo, universalizada.

De todo modo, dentro de uma teoria da cidadania que conjugue liberdade e democracia, a passagem do pacto social para o pacto de sujeição terá como desaguadouro a constituição de um Estado que, pela lei, preserve tanto as dimensões do indivíduo singular quanto a participação de todos nas decisões que concernem à sociedade, entre as quais a permanente redução das desigualdades. E esse encontro do liberalismo com a democracia trará substanciais modificações. Como diz Rémond (1974, p. 50): “O que caracteriza, em primeiro lugar, a democracia em relação ao liberalismo é a universalidade, ou, se se preferir, a igualdade. Com efeito, a ideia democrática rejeita as distinções, as discriminações, todas as restrições, mesmo temporárias”.

E aqui se situa a luta pelo direito de voto a todos, o voto universal, inclusive para que, por meio de uma presença plural nos Parlamentos, haja a possibilidade de fazer a passagem dos direitos civis para os direitos sociais mediante o acionamento dos direitos políticos. Com a representação dos partidos de massa, vinculados basicamente com a classe trabalhadora, os direitos sociais

seriam uma conquista que, a longo prazo, poderiam conduzir aos objetivos finais do socialismo.

Em termos mais diretos, a cidadania daí resultante incorpora o indivíduo singular com seus direitos, o sujeito que participa politicamente de sua sociedade e aquele que, no âmbito das relações sociais desiguais, postula condições propícias para que os desiguais se tornem menos desiguais e mais iguais.

Analisando o papel combativo dos partidos socialistas no fim do século XIX e começo do século XX, Przeworski (1989) aponta que eles permanecem ligados aos seus objetivos finais, entre os quais a emancipação do operariado e, com ele, a construção de uma sociedade baseada na cooperação. Contudo, analisa:

Esses eram objetivos finais; não poderiam ser atingidos de imediato, por razões econômicas e políticas. E os social-democratas não estavam dispostos a esperar pelo dia em que tais objetivos poderiam ser finalmente concretizados. Afirmavam representar os interesses do operariado e de outros grupos não apenas no futuro, mas também no momento atual, vale dizer na sociedade capitalista (PRZEWORSKI, 1989, p. 45).

Przeworski (1989, p. 45) aponta as reformas que seriam objeto dos programas políticos dos socialistas nas eleições e na sua defesa nos Parlamentos: “Democratização, secularização, organização da justiça, família, educação, tributação, proteção do trabalho, previdência social, nacionalização das indústrias e política externa”.

Referindo-se ao Brasil, nas lutas pela democracia nos anos 1980, Chauí (1989, p. 35) analisa-as:

Assim, representação, liberdade e participação têm sido a tônica das reivindicações democráticas que ampliaram a questão da cidadania, fazendo-a passar do plano político institucional ao da sociedade como um todo. Quando se examina o largo espectro das lutas populares, nos últimos anos, pode-se observar que a novidade destas lutas se localiza em dois registros principais. Por um lado, no registro político, a luta não é pela tomada do poder identificado com o poder do Estado, mas é a luta pelo direito de se organizar politicamente e de participar das decisões, rompendo a verticalidade hierárquica do poder autoritário. Por outro lado, no registro social, observa-se que as lutas não se concentram apenas na defesa de certos direitos ou sua conservação, mas são lutas para conquistar o próprio direito à cidadania e constituir-se como sujeito social.

O reconhecimento da educação como meio de participação na sociedade a fim de que o sujeito pudesse participar do processo eleitoral e da vida social

foi uma destas lutas no Brasil nos anos 1980, de modo a fazê-la tão pública quanto aberta a todos. É dentro desse contexto que o direito à educação pública de qualidade será afirmado dentro da tensão entre público e privado.

A educação como serviço público no ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição Federal de 1988, ao incorporar princípios ligados aos direitos sociais, ainda que com modulações, será contestadora de paradigmas vigentes na sociedade brasileira como a desigualdade social, a discriminação cultural e as relações políticas calcadas nas formas arcaicas do autoritarismo patrimonialista. Ela é revolucionária quanto a um passado escravagista, à dominação patrimonialista e à naturalização da desigualdade e da discriminação. Mas não é revolucionária como entende a concepção marxista das classes sociais.

Desse modo, reitere-se, a Constituição adere a uma concepção de cidadania tanto liberal, que reconhece o sujeito individual e a propriedade, quanto democrática, com acento republicano e social.

Tal tensão, já existente em 1934 e 1946, comparece, segundo Di Pietro (2004, p. 65), em uma bipolaridade do direito administrativo após a Constituição de 1988:

Assim, o Direito Administrativo nasceu e desenvolveu-se baseado em duas ideias opostas: de um lado, a *proteção aos direitos individuais* frente ao Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito; de outro lado, a da *necessidade de satisfação dos interesses coletivos*, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo (poder de polícia), quer para prestação de serviços públicos. (grifos da autora)

Coerente com esse léxico a cidadania, em nossa Constituição, incorpora os direitos civis, especialmente no seu art. 5º, reconhecendo, no inciso XXIII, a *função social da propriedade*: os direitos políticos, os direitos sociais e os direitos culturais. E como a cidadania tem um recorte nacional e social, não deixa de ser curioso que a *função social da propriedade*, disposta no inciso III do art. 170 da Constituição, ao estabelecer os *princípios gerais da atividade econômica* entre os quais a *propriedade privada*, se faça acompanhar da *soberania nacional* e da *redução das desigualdades sociais e regionais*.

Interessa, também, apontar que, diferentemente do que se passou nas constituições anteriores, o capítulo dos direitos e garantias fundamentais

precedem o capítulo da administração pública. É mais um sinal importante que põe, por essa inversão, a administração pública a serviço da cidadania. Outro indicador é a mudança de nome daquele que exerce um cargo na administração pública. Trata-se, agora, do *servidor público* ao invés de funcionário público, alteração mais do que terminológica apontando com mais pertinência o seu papel em prol da cidadania.

É nesse contexto que a educação, em nossa Constituição (BRASIL, 1988), será definida como “direitos de todos e dever do Estado e da família e será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade”. Trata-se, pois, de um serviço público indispensável para a cidadania. Retomando autores do direito público, abordando a noção de serviços públicos próprios e impróprios, leciona Di Pietro (2004):

Serviços públicos *próprios* são aqueles que, atendendo a necessidades coletivas, o Estado assume como seus e os executa *diretamente* (por meio de seus agentes) ou *indiretamente* (por meio de concessionários ou permissionários). E serviços públicos *impróprios* são os que, embora atendendo também a necessidades coletivas, como os anteriores, não são assumidos e nem executados pelo Estado, seja direta ou indiretamente, mas apenas por ele *autorizados, regulamentados e fiscalizados*. (grifos da autora)

Ora, mesmo que o art. 209 da Constituição expresse que *o ensino é livre à iniciativa privada* e imponha como uma das condições o da *autorização e avaliação de qualidade pelo poder público*, é certo que todo o conjunto do art. 208 incumbe ao Estado *o dever* para com a educação, efetivando-a e garantindo-a no âmbito de serviço público. Trata-se, pois, de um serviço público próprio. Nessa orientação, a iniciativa privada na educação é posta como serviço público impróprio. Contudo, a mesma Di Pietro (2004, p. 105), de modo a qualificar melhor a presença do ensino privado no âmbito desse direito, substituirá o adjetivo *impróprio* por social:

Serviço público *social* é o que atende a necessidades coletivas em que a atuação do Estado é essencial, mas que convivem com a iniciativa privada, tal como ocorre com os serviços de saúde, educação, previdência, cultura, meio-ambiente; são tratados na Constituição no capítulo da ordem social e objetivam atender aos direitos sociais do homem, considerados direitos fundamentais pelo art. 6º da Constituição. (grifos da autora)

A autora, visto a não presença da educação nos serviços públicos exclusivos do Estado no art. 21 da Constituição, e sim nos privativos do Estado pelo art. 22, volta a analisar:

Outros serviços públicos podem ser executados pelo Estado ou pelo particular, neste último caso mediante *autorização* do Poder Público. Tal é o caso dos serviços previstos no Título VIII da

Constituição, concernentes à ordem social, abrangendo saúde (arts. 196 e 199), previdência social (art. 202), assistência social (art. 204) e educação (arts. 208 e 209). Com relação a estes serviços *não exclusivos* do Estado, pode-se dizer que são considerados *serviços públicos próprios*, quando prestados pelo Estado; e podem ser considerados *serviços públicos impróprios*, quando prestados por particulares, porque, neste caso, ficam sujeitos a autorização e controle do Estado, com base em seu poder de polícia. São considerados serviços públicos, porque atendem a necessidades coletivas; mas imprópriamente públicos, porque falta um dos elementos do conceito de serviço público, que é a gestão, direta ou indireta, pelo Estado (DI PIETRO, 2004, p. 107)³. (grifos da autora)

Assim, se ela não é exclusiva do Estado, para ser *de todos* está basicamente empenhada sob *o dever do Estado*. Essa não exclusividade autoriza que o campo privativo possa ter outros agentes que não o Estado à luz de uma *colaboração*⁴.

A educação na Constituição Cidadã

Se a cidadania representou uma conquista burguesa, mas que vai além dela, as novas relações sociais não podendopoderiam mais se basear nos deveres dos súditos, era preciso criar as condições para que tal conquista se realizasse. E um dos caminhos para tal foi a educação escolar como via para maior igualdade das pessoas. Tal igualdade dar-se-ia tanto pela incorporação do saber no léxico de um Iluminismo democrático como ferramenta de participação na sociedade quanto pelo reconhecimento do outro como igual.

Nossa Constituição fala, em seu art. 205, o da educação, em *desenvolvimento pleno da pessoa* como critério para o *exercício da cidadania* (BRASIL, 1988). Mas, o caminho para uma cidadania ativa ainda tem muito o que se efetivar em nosso país. De um lado, um passado de negação e de exclusão já apontado como sendo de *dupla rede* no *Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova* em 1932. De outro, as estatísticas educacionais oficiais revelam um quadro ainda por se fazer no acesso, na permanência e na qualidade da educação.

Apesar disso, o ordenamento jurídico demonstra um lento e árduo campo de avanços, mesmo que em determinados períodos, princípios e salvaguardas tenham conhecido recuos. É o caso da inversão da prioridade do dever da educação escolar em favor da família, como ocorreu na Constituição de 1937. E é também a diminuição do dever do Estado todas as vezes em que se fragilizou ou se retirou da Constituição o vínculo entre o porcentual de impostos para a educação e seu financiamento. Quando tal se deu ou se dá, diminui-se a potência da *colaboração da sociedade* em prol do *dever do Estado* e, nesse vácuo, exsurtem formas privadas de ocupação do campo educacional.

De todo modo, a Constituição de 1988 avançou muito no capítulo da educação graças a uma movimentação que envolveu grande número de associações e fóruns ligados tanto ao setor público quanto ao setor privado.

A tramitação desse capítulo na Constituinte é muito reveladora da importância da educação escolar, sua magnitude e, claramente, ser um campo de disputas em que a dinâmica do público e do privado ficou manifesta. Tal manifestação está detalhadamente descrita e analisada em textos de Soares (1990) e de Pinheiro (1996). É no livro organizado por Fávero (1996) que o estudo de Pinheiro trará esse debate de modo detalhado. Pode-se ler nesse estudo:

Na área educacional o conflito público-privado é antigo e remonta aos primórdios dos anos 1930. Este confronto irá se manifestar através de uma disputa entre a escola pública e a escola privada pela hegemonia no campo do ensino (PINHEIRO *apud* FÁVERO, 1996, p. 258).

A rigor, pode-se volver a esse conflito já na Constituinte de 1890-1891 à luz do sentido da laicidade e a correspondente extinção da disciplina *ensino religioso* nas escolas públicas. Esse conflito, trabalhado por Cury (1993; 1996) tem sido ampliado pela lavra de Cunha (2017), especialmente no âmbito da laicidade.

Já nos anos 1930, tem-se o texto de Rocha (1996) e o de Cury (1978) que abordam o confronto entre o público e o privado na Constituinte de 1933-1934. A Constituinte de 1946 também contou com esse conflito, exposto por Oliveira (1996), cujas decorrências na tramitação das diretrizes e bases da educação nacional (Lei nº 4.024/61) podem ser consultados em Villalobos (1969), Buffa (1979), Martins (1976) e Saviani (1973). Importante estudo que implica esse debate é trazido por Horta (1996), quando da discussão sobre o financiamento vinculado e sua extinção na Constituição de 1967.

O texto de Pinheiro (1996), publicado no livro organizado por Fávero (1996), é a síntese de uma tese de doutoramento na Universidade de Brasília, defendida em 1991. Presente nas subcomissões e comissões, seguindo-as, consultando os Anais e outros autores que escreveram sobre a Constituinte, a autora coloca o leitor feito um acompanhante da tramitação. E no resgate desse processo, aparecem os principais agentes que buscaram inserir seus princípios nos dispositivos constitucionais:

Entre as articulações do ensino público e do privado, destacaram-se a formação do Fórum de Educação na Constituinte em Defesa do Ensino Público e Gratuito, os Encontros da Federação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (FENEN) e das Escolas Confessionais. Foram essas forças, o grupo ligado à esco-

la pública e o vinculado ao setor privado, leigo ou confessional, os principais agentes do conflito na Constituinte. (PINHEIRO *apud* FÁVERO, 1996, p. 250).

O texto discrimina as associações pertencentes tanto ao Fórum quanto à Federação nos seus lados lucrativos e não-lucrativos, suas propostas e arranjos com os parlamentares das subcomissões e comissões, da comissão de sistematização e no plenário da Constituinte. No interior dessas propostas, há a discussão conceitual em torno da noção de público, público não-estatal e privado. Mais uma vez, o ensino religioso e a destinação das verbas públicas ocuparam boa parte dos debates. Em uma das sínteses, Pinheiro (*apud* FÁVERO, 1996, p. 284) conclui:

Por conter tendências conflitantes, a Constituição pode ser reforçada pelos governantes tanto pelo seu lado conservador quanto pelo lado progressista. Na parte da educação encontrou, como as Constituições passadas, uma solução conciliatória entre o público e o privado. Com isto, não resolveu o conflito, mas o incorporou.

Em artigo publicado, Cury (1989, p. 5) chega a uma conclusão semelhante em relação ao conjunto do texto constitucional:

A Constituição expressa tudo isso, e, por isso mesmo, nenhum grupo social terá conseguido colocar, de modo integral e absoluto, os princípios almejados. Chegou-se a um princípio possível, cuja efetivação e direção continuarão dependendo da força de pressão articulada à negociação política. Ela contém elementos “anacrônicos”, resíduos do “passado”, presentes de modo explícito e formal. O jogo democrático não só libera forças democráticas dormentes sob a ditadura. Ela também torna possível a reentrada de forças oligárquicas e corporativas, estas também, em parte, anteriormente controladas.

A evolução posterior das leis infraconstitucionais, como a lei de diretrizes e bases, a do plano nacional de educação e dos programas governamentais, vem confirmar essa tensão em pontos já sabidamente controversos como a destinação das verbas públicas, o estatuto específico do ensino privado e o ensino religioso. Ademais, no âmbito próprio do ensino privado, há também polêmicas em que se ressalta a questão delicada das mensalidades.

A polêmica público e privado foi reacendida na tramitação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional a partir de 1988. Tal como acontecera no processo legislativo da Lei nº 4.024/61, os mesmos temas voltaram com defesas das posições diferentes. É o que foi desenvolvido por Brito (1997), seja

retomando “a organização do campo educacional” na Constituinte, seja, mais detalhadamente, trazendo a polêmica em toda a tramitação da lei exigida pelo art. 22, XXIV da Constituição. Nesse caso, traz à tona tanto as especificidades do projeto original nascido de uma iniciativa da Câmara, seja do projeto do Senado com grande apoio do Executivo, notadamente a partir do governo Fernando Henrique Cardoso.

No corpo constitucional, afora o princípio geral do art. 5º que, pelo inciso XIII garante não só a liberdade do *exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer* há, no próprio capítulo da educação, referências diretas à liberdade de ensino (BRASIL, 1988).

O art. 206, que trata dos princípios do ensino, aponta no inciso III *o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino* (BRASIL, 1988). Há, pois, uma existência *simultânea* dessas instituições na oferta do ensino. Não cabe, pois, antiga reclamação de setores do segmento privado de que haja, da parte do segmento público, uma busca de um *monopólio estatal da educação*. Em momento algum de nossa história constitucional ou infraconstitucional houve qualquer dispositivo nesse sentido. Por outro lado, se o art. 206 se refere mais ao segmento público em seus incisos, o inciso VII é voltado para toda e qualquer instituição que queira ofertar esses serviços. Trata-se da *garantia do padrão de qualidade*. Uma das leis mais importantes nessa matéria, para além da farta e contenciosa bibliografia sobre a noção de qualidade⁵, é a do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (LLei nº. 10.861/2004).

Por sua vez, o ensino privado, como em outras Constituições, ganhou um artigo próprio, o art. 209, assim disposto:

O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

- I. cumprimento das normas gerais da educação nacional;
- II. autorização e avaliação de qualidade pelo poder público (BRASIL, 1988).

Não se trata, pois, de uma liberdade de mercado sem mais. A educação é um serviço público para cujo *exercício na oferta* de um direito juridicamente protegido, a sua existência *livre à iniciativa privada*, é objeto de delegação da parte do poder público sob as condicionalidades acima citadas.

Entretanto, o art. 213, ao explicitar as três modalidades de iniciativa privada *sem fins lucrativos*, espécies de propriedade privada não plenamente capitalista, nos termos dos incisos do mesmo artigo por contraposição e por referência a outros dispositivos da Constituição como o parágrafo único do art. 170, reconhece a oferta do ensino sob a modalidade do sistema contratual de mercado. Isso se confirma, ainda por contraste, quando o art. 150, letra c do inciso VI, relativo

às *limitações do poder de tributar*, veda a instituição de impostos sobre *instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei* (BRASIL, 1988).

Tem-se, pois, a educação privada como espécie e que se diferencia entre as que tem finalidade lucrativa e as que não tem tal finalidade. Estas últimas, por sua vez, se subdividem em comunitárias, filantrópicas e confessionais. Essa clara abertura do ensino privado sob o sistema contratual de mercado é um aspecto novo no ordenamento constitucional.

Com efeito, a Constituição de 1934 (BRASIL, 1934) reconhece a liberdade de ensino, *observadas as prescrições da legislação federal e estadual* (art. 150, letra c). No art. 154, dispõe: “Os estabelecimentos particulares de educação gratuita primária ou profissional, oficialmente considerados idôneos, serão isentos de qualquer tributo” (BRASIL, 1934).

A Constituição outorgada de 1937, revogada ditatorialmente a de 1934, é explicitamente privatista, podendo trabalhar com a hipótese de se ver, em seus artigos, uma tendência liberal clássica em que o Estado recua de sua oferta própria em favor das instituições privadas. A Constituição de 1946 (BRASIL, 1946) dispõe o ensino como *livre à iniciativa particular respeitadas as leis que o regulem*, conforme o art. 167. Já o texto de 1967, cujo processo constituinte adveio do Ato Institucional nº 4, dispôs no art. 168, §2º: “Respeitadas as disposições legais, o ensino é livre à iniciativa particular, a qual merecerá o amparo técnico e financeiro dos Poderes Públicos, inclusive bolsas de estudos” (BRASIL, 1967).

Importa registrar que, sempre que houveram ditaduras, como as de 1937 e 1964, não só a vinculação de impostos para a educação saiu do texto constitucional, como possibilitou um crescimento da iniciativa privada ao lado de poucos investimentos públicos para seu próprio sistema. Essa bipartição na oferta do ensino pela iniciativa privada, reposta na atual Constituição, não independe *do cumprimento das normas gerais da educação nacional*. Desse modo, a Lei de Diretrizes e Bases confirma essa partição institucional, consoante o art. 20 e, de novo, por contraposição às instituições sem fins lucrativos. E, no art. 7º, aduz como outra condicionalidade para a respectiva oferta, a da *capacidade de autofinanciamento* (BRASIL, 1996).

A Constituição de 1988, ao pôr a educação no rol dos direitos sociais, a colocou sob o dever do Estado e direito do cidadão. Nesse sentido, a educação é um direito juridicamente protegido pela gratuidade em todo o ensino público, pela obrigatoriedade, pelo financiamento vinculado e pelas ferramentas jurídicas postas à disposição da cidadania para fazer valer seus direitos. As emendas constitucionais que alteraram os dispositivos da educação, de um lado, especificaram o modo do financiamento da educação por meio de uma subvinculação expressas no Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamen-

tal e Valorização do Magistério (FUNDEF) na emenda 14/1996 e no Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB) na Emenda 53/2006, e, de outro, pela Emenda Constitucional nº 59/2009, que ampliou a obrigatoriedade, articulou o financiamento ao produto interno bruto (PIB) e instituiu o Sistema Nacional de Educação.

A aprovação da Lei nº 13.005/2014, consequente ao art. 214 da Constituição, representa a busca de uma promessa longamente ansiada pelos educadores pela efetivação e garantia do direito à educação de qualidade. Esses dispositivos são como que amortecedores dos ventos que vieram do Norte, trazendo consigo o recuo do Estado na economia e a diminuição dos direitos sociais. Esses ventos não deixaram de atingir as leis infraconstitucionais pois estas, ao serem mais específicas na tradução do direito à educação, abriram condições para que políticas e programas ficassem mais próximos de um liberalismo conservador. Nesse sentido, Cury (1997, p. 101-102) alertava a propósito dos eixos, por ele considerados fundamentais na nova lei: flexibilidade e avaliação:

Esta flexibilização corre, contudo, um sério risco: dadas as perversidades atávicas de nossos sistemas educacionais, aí considerados aspectos externo e internos à escola, ela pode servir como cortina de fumaça para uma precariedade desses sistemas e até mesmo como legitimação da mesma. [...] O dever do estado com a educação não pode ser diminuído com a flexibilidade, ao contrário, sua função clássica em atendê-la deve ser exigida e cobrada pelos outros poderes da democracia representativa e pela sociedade civil. Esta exigência se torna ainda mais significativa se atentarmos para os efeitos perversos e imponderáveis da globalização.

Essa flexibilização foi o caminho visto na expansão do ensino superior com grande visibilidade. Ela vem tomando formas cada vez mais ligadas ao sistema contratual de mercado, tal como são descritas e analisadas em estudos de Oliveira (2009), Sguissardi (2008), Nunes (2012) e Lombardi, Jacomeli e Silva (2005) e Silva Júnior (2017), entre outros. Por outro lado a avaliação que, ao menos do ponto de vista da lei do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES), deveria ser o contraponto desta flexibilização, não tem sido acionada para que se garanta o padrão de qualidade.

No âmbito da educação básica, o recuo do Estado, inicialmente tomado pela focalização no ensino fundamental por meio da Emenda 14/1996 (FUNDEF), gerou avanços, seja com o FUNDEB, com a Emenda Constitucional nº 59/2009, ou por meio de um acolhimento do direito à diferença. Entretanto, os estudos e pesquisas de Adrião e Peroni (2008) revelam novos contornos na relação público/privado no interior da educação básica. Contornos que trazem para

o âmbito público um modelo de gestão privada em busca de resultados verificáveis, um redirecionamento curricular em que se secundariza o material pedagógico fornecido pelo setor público em favor de uma produção orientada para o sucesso em testes estandardizados e a interpenetração público/privado pela emersão do denominado terceiro setor.

Essa realidade, hoje, se torna mais preocupante quando uma *nova razão do mundo*, na expressão de Dardot e Laval (2016), propõe-se a ser, no Brasil, mediante documento oficial de um partido político, uma *ponte para o futuro...* Essa razão, segundo os autores, é uma ideologia e uma política econômica:

O núcleo duro dessa ideologia seria constituído por uma identificação do mercado com uma realidade natural. Segundo esta ontologia naturalista, bastaria deixar essa realidade por sua própria conta para ela alcançar equilíbrio, estabilidade e crescimento (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 14).

Como política econômica, apontam o recuo do Estado com relação aos direitos sociais e um estímulo ao capital que, sem o papel regulamentador do Estado, se atribui virtudes que retomam a *mão invisível do mercado* de Adam Smith ou de Spencer, ao “privilegiar a relação mercantil como modelo de toda relação social” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 23).

Esses autores trazem mais um ponto de reflexão ao tipificarem esse recuo do Estado:

Ao contrário de certa percepção imediata, e de certa ideia demasiado simples, de que os mercados conquistaram a partir de fora os Estados e ditam a política que estes devem seguir, foram antes os Estados, e os mais poderosos em primeiro lugar, que introduziram e universalizaram na economia, na sociedade e até neles próprios a lógica da concorrência e modelo de empresa (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 19).

Dessa realidade maior e de uma conjuntura complexa da vida política brasileira, nutrem-se os que defendem a prevalência do mercado sob os auspícios de uma liberdade sem o contraponto da igualdade. Essa intromissão do privado no espaço público, contudo, fragiliza o próprio sentido do comum, da colaboração e da gestão democrática.

Concluindo

A liberdade de ensino como expressão do privado na educação jamais encontrou sua negação no âmbito de nosso ordenamento jurídico. Pelo contrário,

sempre foi guarnecida pelas Constituições e pelas leis infraconstitucionais, seja como um direito do indivíduo na escolha da forma de educação, seja como princípio da própria educação. Como direito do indivíduo, faz parte dos direitos civis próprios da cidadania. Por outro lado, salvo durante o período da Reforma Rivadávia, também conheceu controles da parte do Estado, por vezes mais rígidos, por vezes mais flexíveis, como são atualmente. Nesse sentido, a liberdade de ensino, na educação, não foi entendida como um princípio absoluto. Daí a autorização e a avaliação para que preste um serviço público por meio de delegação, sem prejuízo do seu projeto pedagógico. Nesse sentido, conquanto esteja sob o sistema contratual de mercado, o ensino privado com fins lucrativos não pode tomar a educação como uma mercadoria qualquer. É aí que entra o respeito às normas que regem a educação nacional.

Por outro lado, as exigências da democracia, enquanto vértice da cidadania, não poderiam conviver com as flagrantes desigualdades que vieram tornando novos e intoleráveis privilégios. A cidadania incorporou os direitos sociais como via para a eliminação de privilégios, redução das desigualdades e eliminação das discriminações.

O longo caminho que coteja liberdade, um princípio da cidadania, com igualdade, outro princípio, não pode conviver sem uma atuação interveniente do Estado como espaço público e como sujeito que propicia tanto a desconstrução de privilégios quanto a redução das desigualdades.

A educação pública foi e é uma das vias pelas quais se busca ampliar a liberdade das pessoas, muitas vezes sufocadas pela necessidade e, ao mesmo tempo, subscrever medidas que desnaturalizem a desigualdade e permitam o usufruto de bens sociais e a participação consciente na vida política.

Um país que só tardiamente instituiu a escola pública para todos, inicialmente apenas de quatro anos, advindo de um passado escravocrata e elitista, com uma perversa distribuição da renda, não pode permitir que a educação como direito de todos se assente em princípios e práticas que neguem seu estatuto igualitário, compromisso da educação pública.

A educação pública, sem negar os espaços próprios da liberdade de ensino nos termos legais, é uma das vias de construção daquele *outro homem* aspirado por Rousseau, sequioso de justiça. Nela, a propriedade do saber não pode ser privilégio de poucos. O advento da democracia amplia o sentido da liberdade como ausência de necessidade que impede o desenvolvimento e a emancipação do educando como cidadão e ente humano. Para além da ausência da necessidade, a educação pública aponta para a socialização do saber e de sua universalização, conceitos e critérios ausentes de uma visão individualista, própria do sistema contratual de mercado. Esse diferencial da educação, que não se iguala a uma mercadoria, permite que se postule uma regulação do ensino privado de modo a atender os princípios do art. 209.

Por seu lado, a inversão trazida pela Constituição de 1988, antepondo a cidadania à administração do Estado, o obriga a estar à serviço da cidadania da qual a educação, inerente aos direitos sociais, há que ser alçada como *direito de todos e dever do Estado*. Esse sentido comum, aberto a todos, compete ao caráter público do Estado e que deve restar público em todos os graus e modalidades. Mais do que isto, a luta pela valorização do ensino público deve conter em si um tal *padrão de qualidade* que seja, por si, a referência a toda e qualquer modalidade de educação escolar.

Notas

1. Sobre esse assunto, ver Lazar (2013), Carvalho (2002), Coutinho (1999), Marshall (1967), Schnapper (2000) e Costa (2006).
2. Przeworski (1989) e Rémond (1974).
3. Em aguda observação sobre a *autorização*, Barbosa (2004, p. 32) esclarece: “Parece que essa nova conotação jurídica atribuída à autorização, sem prejuízo de contrariar o pensamento doutrinário, acerca do tema, refletiu pensada atitude do legislador constitucional, que, no art. 21, ao disciplinar a competência da União, referiu-se a ela, declaradamente, nos incisos XI e XII, como espécie de delegação, colocando-a ao lado da concessão e da permissão”. Para um aprofundamento da questão, ver Assis (2009) e Barbosa (2004).
4. A competência exclusiva é restrita à União e só a ela. A competência privativa pode conhecer a delegação a outros entes federativos, inclusive a entes privados que sejam autorizados.
5. A este respeito, ver Ximenes (2014).

Referências

ADRIÃO, T.; PERONI, V. (Orgs.). *Público e privado na educação: novos elementos para o debate*. São Paulo: Xamã, 2008.

ASSIS, L.G.B. de. A natureza jurídica do serviço prestado pelas instituições privadas de ensino: controvérsias sobre o tema. In: RANIERI, N.; RIGHETTI, S. (Orgs.). *Direito à educação: aspectos constitucionais*. São Paulo: EDUSP, 2009. p. 185-202.

BARBOSA, C.C. *Responsabilidade Civil do Estado e das Instituições Privadas nas relações de ensino*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BOBBIO, N.; BOVERO, M. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

BOVERO, M. *Contra o Governo dos Piores: uma gramática da democracia*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2018.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasil, 1934. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasil, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 14 set. 2018.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasil, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 14 set. 2018.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Brasil, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>. Acesso em: 14 set. 2018.

BRITO, V.L.A. de. Projetos de LDB: histórico da tramitação. In: CURY, C.R.J.; HORTA, J.S.B.; BRITO, V.L.A. de (Orgs.). *Medo à liberdade e Compromisso Democrático: LDB e Plano Nacional da Educação*. São Paulo: Editora do Brasil, 1997. p. 45-90.

BUFFA, E. *Ideologias em Conflito: Escola Pública e Escola Privada*. São Paulo: Cortez e Moraes, 1979. v. 1.

CARVALHO, J.M. de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CHAUÍ, M. Direitos Humanos e Medo. In: FESTER, A.C.R. (Org.). *Direitos Humanos e...* São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 15-36.

COSTA, E.V. da. *O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania*. São Paulo: UNESP, 2006.

COUTINHO, C.N. Cidadania e Modernidade. *Perspectivas*, São Paulo, v. 22, p. 41-59, 1999.

CUNHA, L.A. *A Educação Brasileira na primeira Onda Laica: do Império à República*. Rio de Janeiro: Edição do Autor, 2017.

CURY, C.R.J. A Educação e a nova ordem constitucional. *Revista da Associação Nacional de Educação – ANDE*, São Paulo, ano 8, n. 14, p. 5-11, 1989.

_____. A Educação e a primeira Constituinte Republicana. In: FÁVERO, O. (Org.). *A Educação nas Constituintes Brasileiras (1823-1988)*. Campinas: Autores Associados, 1996. p. 69-80.

_____. A nova lei de diretrizes e bases da educação nacional: uma reforma educacional? In: CURY, C.R.J.; HORTA, J.S.B.; BRITO, V.L.A. *Medo à Liberdade e Compromisso Democrático: LDB e Plano Nacional de Educação*. São Paulo: Editora do Brasil, 1997. p. 91-136.

_____. Ensino Religioso e Escola Pública: o curso histórico de uma polêmica. *Educação em Revista*, Belo Horizonte, n. 17, p. 20-37, jun. 1993.

_____. *Ideologia e educação Brasileira: católicos e liberais*. São Paulo: Cortez e Moraes, 1978.

DARDOT, P. e LAVAL, C. *A nova razão do Mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.

DI PIETRO, M.S.Z. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FÁVERO, O. (Org.). *A Educação nas Constituintes Brasileiras (1823-1988)*. Campinas: Autores Associados, 1996.

HORTA, J.S.B. A Educação no Congresso Constituinte de 1967. In: FÁVERO, O. (Org.). *A Educação nas Constituintes Brasileiras (1823-1988)*. Campinas: Autores Associados, 1996. p. 139-152.

LAZAR, S. *The anthropology of citizenship: a reader*. Sussex: Wiley-Blackwell, 2013.

LOCKE, J. *Dois Tratados sobre o Governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOMBARDI, J.C.; JACOMELI, M.R.; SILVA, T.M. da. *O público e o privado na história da educação brasileira: concepções e práticas educativas*. Campinas: Autores Associados; Histedbr; Unisal, 2005.

MARSHALL, T.H. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTINS, W.V. *Liberdade de Ensino: reflexões a partir de uma situação no Brasil*. São Paulo: Loyola, 1976.

NUNES, E. de O. *Educação Superior no Brasil: estudos, debates, controvérsias*. Rio de Janeiro: Garamond, 2012.

OLIVEIRA, R.P. de. A Educação na Assembleia Constituinte de 1946. In: FÁVERO, O. (Org.). *A Educação nas Constituintes Brasileiras (1823-1988)*. Campinas: Autores Associados, 1996. p. 153-190.

_____. A transformação da educação em mercadoria no Brasil. *Educação e Sociedade*, Campinas, v. 30, n. 108, p. 736-760, 2009.

PINHEIRO, M.F. O Público e o Privado na Educação: um conflito fora de moda? In: FÁVERO, O. (Org.). *A Educação nas Constituintes Brasileiras (1823-1988)*. Campinas: Autores Associados, 1996. p. 214-302.

PRZEWORSKI, A. *Capitalismo e Social: Democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

RÉMOND, R. *O Século XIX: 1815-1914*. São Paulo: Cultrix, 1974.

ROCHA, M.B.M. da. Tradição e Modernidade na Educação: o processo constituinte de 1933-34. In: FÁVERO, O. (Org.). *A Educação nas Constituintes Brasileiras (1823-1988)*. Campinas: Autores Associados, 1996. p. 119-138.

SAVIANI, D. *Educação Brasileira: estrutura e sistema*. São Paulo: Saraiva, 1973.

SCHNAPPER, D. *Qu'est-ce que la citoyenneté?* Paris: Gallimard, 2000.

SGUISSARDI, V. Modelo de expansão da educação superior no Brasil: predomínio privado/mercantil e desafios para a regulação e a formação universitária. *Educação e Sociedade*, Campinas, v. 29, n. 105, p. 991-1022, 2008. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-73302008000400004>

SILVA JÚNIOR, J. dos R. *The New Brazilian University: a busca por resultados comercializáveis: para quem?* Bauru: Canal 6, 2017.

SOARES, R.V. *A Educação na Constituição de 1988*. Vitória: UFES, 1990. 2 v.

VILLALOBOS, J.E.R. *Diretrizes e Bases da Educação: Ensino e Liberdade*. São Paulo: Pioneira, 1969.

XIMENES, S.B. *Direito à Qualidade na Educação Básica*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

Recebido em 02 de julho de 2018.

Aceito em 28 de agosto de 2018.