

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PEDRO HENRIQUE BRAZ DE VITA

CONCESSÃO DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE EDUCAÇÃO
NO BRASIL

CURITIBA

2024

PEDRO HENRIQUE BRAZ DE VITA

CONCESSÃO E TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE EDUCAÇÃO NO
BRASIL

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, no setor de Ciências Jurídicas, na Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito do Estado.

Orientadora: Professora Doutora Angela Cassia Costaldello

CURITIBA

2024

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Vita, Pedro Henrique Braz de
Concessão e terceirização de serviços públicos de
educação no Brasil / Pedro Henrique Braz de Vita. – Curitiba,
2024.

1 recurso on-line : PDF.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná,
Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em
Direito.

Orientadora: Angela Cassia Costaldello.

1. Direito à educação - Brasil. 2. Escolas públicas -
Administração. 3. Educação pública. 4. Concessões
administrativas. 5. Terceirização. I. Costaldello, Angela
Cassia. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DOUTORADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE DOUTOR EM DIREITO

No dia vinte e quatro de maio de dois mil e vinte e quatro às 15:00 horas, na sala de Defesas - 317 - 3º andar, Prédio Histórico da UFPR - Praça Santos Andrade, 50, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de tese do doutorando **PEDRO HENRIQUE BRAZ DE VITA**, intitulada: **Concessão e terceirização de serviços públicos de educação no Brasil**, sob orientação da Profa. Dra. ÂNGELA CASSIA COSTALDELLO. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: ÂNGELA CASSIA COSTALDELLO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), RODRIGO LUÍS KANAYAMA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), ILTON NORBERTO ROBL FILHO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), JULIANA BONACORSI DE PALMA (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS/SP), LUIZ ALBERTO BLANCHET (PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela **APROVAÇÃO**. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de doutor está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, ÂNGELA CASSIA COSTALDELLO, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

Observações: Aprovado com comentários elogiosos da Banca Examinadora.

CURITIBA, 24 de Maio de 2024.

Assinatura Eletrônica

09/07/2024 17:04:42.0

ÂNGELA CASSIA COSTALDELLO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

05/07/2024 16:26:04.0

RODRIGO LUÍS KANAYAMA

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

04/07/2024 11:13:08.0

ILTON NORBERTO ROBL FILHO

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

11/07/2024 10:26:43.0

JULIANA BONACORSI DE PALMA

Avaliador Externo (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS/SP)

Assinatura Eletrônica

10/07/2024 13:47:52.0

LUIZ ALBERTO BLANCHET

Avaliador Externo (PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ)

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da tese de Doutorado de **PEDRO HENRIQUE BRAZ DE VITA** intitulada: **Concessão e terceirização de serviços públicos de educação no Brasil**, sob orientação da Profa. Dra. ÂNGELA CASSIA COSTALDELLO, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de doutor está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 24 de Maio de 2024.

Assinatura Eletrônica

09/07/2024 17:04:42.0

ÂNGELA CASSIA COSTALDELLO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

05/07/2024 16:26:04.0

RODRIGO LUÍS KANAYAMA

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

04/07/2024 11:13:08.0

ILTON NORBERTO ROBL FILHO

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

11/07/2024 10:26:43.0

JULIANA BONACORSI DE PALMA

Avaliador Externo (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS/SP)

Assinatura Eletrônica

10/07/2024 13:47:52.0

LUIZ ALBERTO BLANCHET

Avaliador Externo (PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ)

*Ao meu querido pai.
Amante das exatas,
exemplo para humanos.
Muito obrigado pelo incentivo dedicado a
mim e aos meus sonhos.*

AGRADECIMENTOS

Ter a oportunidade de submeter uma tese a banca avaliadora, como requisito para a obtenção do título de Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, é por si só um privilégio reservado a poucas pessoas.

Para o autor deste texto, que cursou todo o ensino básico em estabelecimentos públicos de educação e avançou ao ensino superior após ser beneficiado por reserva de vagas implementada pela UFPR cerca de sete anos antes da edição da Lei nº 12.711/2012, a ocasião é, ao mesmo tempo, o marco de uma transformação de vida viabilizada pela educação, e um ato de protesto de alguém que, ao seu modo, avançou sobre os obstáculos impostos pela sociedade organizada.

A condição de aluno oriundo da rede pública de educação não enseja constrangimento, mas sim orgulho e gratidão pelas instituições que viabilizaram a caminhada acadêmica iniciada no ano de 2006, e que agora alcança o significativo degrau do doutorado. Por isso, os primeiros agradecimentos devem ser direcionados à Universidade Federal do Paraná, pioneira no emprego de políticas afirmativas de cotas direcionadas à redução de desigualdades sociais, e à ONG Em Ação, que há quase vinte anos acolhe, ensina e impulsiona jovens que, sem o pré-vestibular por ela organizado, teriam poucas razões para esperar ocupar uma cadeira numa universidade pública.

O percurso até aqui, não se nega, foi permeado por uma série de dificuldades de ordem pessoal, com destaque para o passamento de entes estimados. Nenhum deles, contudo, fez frente ao apoio imensurável e reconfortante de pessoas queridas que, uma a uma, conduziram o autor deste trabalho até este ponto.

Meu pai, Saulo, meus irmãos, Lucas e Mariana, minha sobrinha e afilhada, Cecília, e meu tio, Eremilto, serviram de sustentação em episódios de hesitação, e são merecedores de todos os agradecimentos possíveis.

Citar nominalmente todos os amigos que contribuíram com minha trajetória acadêmica é tarefa impossível.

Alguns deles propiciaram momentos de descontração que aliviaram, pontualmente, o peso imposto pelo compromisso acadêmico. Por serem contumazes provedores dessas pitadas de leveza, merecem nota Luana Maria Vaz, Alexandre Dias, Rafael Camargo, Karisson, Kerien e Wanderley Missura, Fernando Souza, Kellen, Alex, João Antônio, Jaime, dentre outros.

Outros se esmeraram em ser pares intelectuais, contribuindo com a indicação de referências, debates e questionamentos importantes para garantir que a técnica jurídica a ser empregada neste trabalho estivesse adequada. Nesse campo, destino meus agradecimentos a João Rubens, Ricardo Feijó, Clóvis Pinho, Murilo Taborda e Vitor Beux.

Há ainda os amigos que, por muito próximos, transformaram-se em sócios. Companheiros de atividade forense, eles dividiram comigo, durante o período de elaboração deste trabalho, todas as preocupações, as alegrias, as frustrações e as tristezas que me acometeram. Muito obrigado Bernardo Strobel Guimarães, Caio Augusto Nazario de Souza, Jordão Violin e Luis Henrique Braga Madalena.

Por fim, é preciso homenagear quem acompanhou, *pari passu*, minha trilha pelo doutorado e os desafios que enfrentei no desenvolvimento da pesquisa que resultou nesta tese, orientando, aconselhando, compreendendo e perdoando falhas. A mestra que me deu a honra de se tornar minha amiga. A você, professora Angela Cassia Costaldello, ofereço todos os meus agradecimentos.

RESUMO

Este trabalho se presta a investigar a possibilidade jurídica de a execução direta de serviços públicos de educação ser transferida a terceiros, por intermédio de contratos de concessão e de terceirização, no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar de a realização de parcerias contratuais entre o Estado e a iniciativa privada, visando a oferta de educação de qualidade à população, ser comum em outros países, no Brasil projetos desse gênero costumam sofrer grande resistência. Dentre os obstáculos erguidos a essas iniciativas, encontram-se argumentos essencialmente jurídicos, dentre os quais se destacam a classificação dos serviços públicos de educação como atividades-fim do Estado, o prestígio ao concurso público e a dedução de que educadores públicos precisam ser admitidos exclusivamente por intermédio deste tipo de seleção, e o suposto risco que a transferência de serviços educacionais a terceiros gera para a gratuidade do ensino. A análise detida desses entraves jurídicos comprova que eles carecem de fundamentos, posto que não encontram respaldo na disciplina constitucional e legal vigentes, tampouco no modelo administrativo de Estado que inspirou a Reforma Administrativa promovida na década de 90 e implementada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, cujas diretrizes deslocaram a educação de atividades não exclusivas do Estado, autorizando sua transferência à iniciativa privada.

Palavras-chave: Direito à educação – Concessão – Terceirização – Execução Indireta

ABSTRACT

This scientific research intend to investigate the legal possibility of the direct execution of public education services being transferred to third parties through concession and outsourcing contracts in the Brazilian legal system. Even though the contractual partnerships between the State and the private sector aimed at offering quality education to the population is commom in other countries, in Brazil projects like those tend to suffer great resistance. Among the imposed obstacles to these initiatives there are essentially legal arguments like the classification of public education services as core activities of the State, the prestige of the public examination and the deduction that public educators need to be admitted exclusively through this type of selection, as well as the supposed risk that the transfer of educational services to third parties generates for free education. A careful analysis of these so called legal challenges proves that they are unfounded, as they are not supported by the current constitutional and legal discipline, nor by the State administrative model that inspired the Administrative Reform promoted in the 90s and implemented by Constitutional Amendment No. 19/1998, which guidelines displaced education from activities not exclusive to the Government, authorizing its transfer to the private sector.

Key words: Right to education – Concession – Outsourcing – Indirect Execution

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	13
2. EDUCAÇÃO E ENSINO EM PERSPECTIVA ESTRUTURAL: UM COTEJO DE CONCEITOS E NORMAS ELEMENTARES PARA A DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE PESQUISA	21
2.1. UM ESFORÇO PARA SISTEMATIZAR OS CONCEITOS E AS NORMAS QUE TRATAM DE EDUCAÇÃO E ENSINO NO BRASIL	22
2.1.1. Educação e ensino	23
2.1.2. Ensino público e ensino privado	26
2.1.3. Os provedores e os destinatários do direito à educação	29
2.1.4. Os princípios que regem a efetivação do direito à educação	32
2.1.5. O(s) sistema(s) e os níveis de educação e de ensino	45
3. EDUCAÇÃO EM PERSPECTIVA FUNCIONAL: ESTADO DA ARTE DA TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E NOVO ESFORÇO PARA A DELIMITAÇÃO DO OBJETO DA PESQUISA	57
3.1. NOTAS SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL E SUA EXIGIBILIDADE	58
3.2. NOTAS SOBRE A EDUCAÇÃO COMO SERVIÇO PÚBLICO	66
3.3. O PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO E AS METAS ESTRATÉGICAS PARA A EDUCAÇÃO	74
3.4. A COOPERAÇÃO INTERFEDERATIVA EM MATÉRIA EDUCACIONAL E O FINANCIAMENTO DA EDUCAÇÃO PÚBLICA	79
3.4.1. O salário-educação.....	83
3.4.2. O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB).....	88
3.5. RESULTADOS OBTIDOS PELA EDUCAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL	95
4. A CONCESSÃO E A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE EDUCAÇÃO NO BRASIL	105
4.1. RESISTÊNCIA À CONCESSÃO E À TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE EDUCAÇÃO: ATIVIDADE-FIM, PRESTÍGIO AO CONCURSO PÚBLICO E RISCO À GRATUIDADE	107

4.2. CRÍTICA À RESISTÊNCIA: ELEMENTOS QUE AUTORIZAM A DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE EDUCAÇÃO NO BRASIL	115
4.2.1. A complexidade dos serviços públicos de educação e a execução indireta das atividades-meio	115
4.2.2. Relativização da dicotomia atividades-fim X atividades-meio	122
4.2.3. Superação da dicotomia atividades-fim X atividades-meio	131
4.2.4. Superação do obstáculo erguido pelo dever de se realizar concurso público	143
4.2.5. Superação do obstáculo erguido pela gratuidade do serviço público de educação	147
4.2.6. A concessão e a terceirização de serviços públicos de educação básica à luz da Constituição de 1988	149
5. EXPERIÊNCIAS NACIONAIS E INTERNACIONAIS EM PARCERIAS ENTRE OS SETORES PÚBLICO E PRIVADO EM EDUCAÇÃO	159
5.1. EXPERIÊNCIAS DE OUTROS PAÍSES EM PARCERIAS ENTRE OS SETORES PÚBLICO E PRIVADO EM EDUCAÇÃO	160
5.2. EXPERIÊNCIAS NACIONAIS DE PARCERIAS ENTRE OS SETORES PÚBLICO E PRIVADO NA PROMOÇÃO DA EDUCAÇÃO	170
5.2.1. Contratação de capacidade instalada de escolas privadas e o Projeto Pé na Escola, do Município de Salvador	173
5.2.2. Contratação de serviços educacionais a serem prestados remotamente e a experiência do Estado do Paraná	183
5.2.3. Operação privada de escolas públicas e a parceria público-privada do Município de Belo Horizonte	191
6. CONCLUSÃO.....	203
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	207

1. INTRODUÇÃO

Todos têm direito à educação, cuja promoção e o incentivo são deveres do Estado e da família, em colaboração com a sociedade. Esses são os contornos mais elementares do direito à educação, a ele conferidos pela Constituição vigente desde 1988.

A clareza da dicção do *caput* do art. 205, da Constituição de 1988, contrasta com as dificuldades enfrentadas pelo Brasil em conferir efetividade ao direito à educação.

Em 2022, 5,6% da população com quinze anos ou mais era composta por analfabetos¹. Isso significa que trinta e quatro anos depois da promulgação da Constituição de 1988, havia em solo pátrio nove milhões e seiscentos mil titulares do direito à educação que sequer sabiam ler e escrever. Todos submetidos a essa situação degradante, nominada por PAULO FREIRE como uma “castração” imposta pela sociedade organizada² ao gozo de direitos fundamentais.

Esse dado assustador, somado a notícias³ recorrentes sobre os péssimos resultados obtidos pelos sistemas de educação brasileiros, dá ensejo à lamentosa sensação de que o Brasil não consegue educar bem.

Inegavelmente muito esforço é feito pelos agentes incumbidos de educar a população.

Cercados por incomensuráveis limitações orçamentárias, é corrente ver diretores de escolas públicas mobilizarem famílias e a comunidade para reunir recursos financeiros a serem destinados à compra de itens elementares ao atendimento dos educandos, tais como alimentos e materiais de higiene.

Em meio a essas circunstâncias de absoluta escassez, educadores se esmeram em desenvolver processos de ensino-aprendizagem a alunos que, muitas vezes, enfrentam a fome e os protestos dos pais, que incentivam o abandono escolar na ânsia de contar com a força laboral de seus filhos para compor a renda da família.

¹ IBGE educa jovens. **Conheça o Brasil**. Disponível em <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18317-educacao.html>>. Acesso em 24.03.2024.

² FREIRE, Paulo. O Mobrau nasceu para negar o meu método e o meu discurso. **Folha de São Paulo**. 29.05.1994. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1994/5/29/mais/13.html>>. Acesso em 24.03.2024.

³ cf. Retrospectiva: Brasil pior no ranking educacional e violência marcam 2023. **Correio Braziliense**. 28.12.2023. Disponível em <<https://www.correiobraziliense.com.br/euestudante/educacao-basica/2023/12/6775465-retrospectiva-brasil-pior-no-ranking-educacional-e-violencia-marcam-2023.html>>. Acesso em 24.03.2024.

Sem levar lápis, caneta ou caderno, esses alunos encaram a dureza da realidade que lhes é imposta na esperança de que a educação lhes garanta um futuro menos áspero.

Não se pode negar, todavia, que esse empenho é desincentivado pela conjuntura institucional do País.

Agentes políticos com anseios eleitoreiros tendem a fazer uso da educação com fins populistas. Abaixo deles costumam estar gestores públicos que cotidianamente encaram adversidades para administrar as estruturas públicas de educação, decorrentes, dentre outras, da limitação dos instrumentos gerenciais, técnico-pedagógicos e jurídicos passíveis de serem por eles manuseados, o que dificulta a idealização e a execução de políticas públicas e estratégias educacionais eficientes.

Todos esses percalços sociais, políticos, financeiros, técnico-pedagógicos, têm obstado o avanço da universalização e da qualificação da educação brasileira, e reclamam sejam desenvolvidos e postos à prova novos e menos ortodoxos artefatos voltados à promoção do direito à educação.

No interior deste conjunto de circunstâncias está situado o presente trabalho, que tem por objeto investigar a viabilidade jurídica de a execução de serviços públicos de educação ser transferida, total ou parcialmente, a sujeitos que não compõem a Administração Pública, mediante utilização de estratégias de concessão de serviços públicos e de terceirização.

A definição dos contornos do objeto de pesquisa reclama, de pronto, explanação do que se entende por “concessão de serviços públicos” e por “terceirização”. A referência teórica, para isso, é a obra da professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, que considera ambas as figuras como formas de privatização em sentido amplo, que, para a autora, abarca todos os instrumentos passíveis de serem utilizados para se reduzir as dimensões do Estado⁴.

A concessão de serviços públicos é compreendida por ela como um contrato de direito público por intermédio do qual a Administração Pública delega a terceiro a prestação de um serviço público, visando remuneração a ser aferida pela cobrança de tarifas dos usuários ou outra forma prevista em lei⁵.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. pp. 279-280.

⁵ DI PIETRO. *Ibid.* pp. 94-95.

A acepção de terceirização adotada pela autora é restrita, e compreende meramente os contratos administrativos de prestação de serviços, de natureza meramente colaborativa, firmados com fundamento no art. 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200/1967, e na forma da Lei nº 14.133/2021 e demais normas que versam sobre licitações e contratos administrativos⁶.

O recorte metodológico feito no objeto de pesquisa, deliberadamente restrito apenas aos contratos de concessão de serviços públicos e de terceirização, foi balizado pelo teor do art. 206, inc. IV, da Constituição Federal de 1988, responsável por instituir a gratuidade dos serviços públicos de educação. Isso motivou fossem analisados nesse texto apenas os negócios jurídicos de direito público que não reclamam o pagamento de tarifas. Por conta disso, institutos como a permissão de serviços públicos não estão compreendidos nas páginas vindouras.

Em paralelo a isso, não se negligencia que os instrumentos jurídicos contidos na Lei nº 13.019/2013 são comumente empregados pela Administração Pública para incumbir entidades do terceiro setor de ofertar serviços de educação para parte da população que, originalmente, buscaria as estruturas públicas de educação.

No Brasil esse movimento de cooperação entre a Administração Pública e o terceiro setor, na promoção de serviços de educação, é observado desde a década de 1990. Carece, portanto, da inovação que deve permear uma tese, o que compeliu o autor a não tratar dele e dos institutos jurídicos que lhe são peculiares (tais como os antigos convênios, os termos de colaboração e de fomento, e os acordos de cooperação).

Essa decisão levou em conta ainda a redação do art. 7º, *caput* c/c § 3º, inc. I, da Lei nº 14.113/2020, da qual se deduz que nem todas as matrículas realizadas em escolas comunitárias, confessionais e filantrópicas, geridas por entidades do terceiro setor, são computadas para o cálculo de distribuição dos recursos oriundos do FUNDEB. Apenas as vagas de educação infantil, ofertadas por esses estabelecimentos e preenchidas, são levadas em conta para a definição do quociente

⁶ Não se ignora a existência de outras interpretações sobre a extensão do termo “terceirização”. DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS, por exemplo, afirma em sua obra que a Administração Pública pratica terceirização sempre que vincula a “[...] *terceiros a execução material da prestação de serviço público*” (RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na administração pública**. São Paulo: LTr, 2001. p. 55). Longe de se problematizar o tema, opta-se apenas por adotar neste trabalho a concepção de terceirização que melhor se adequa aos objetivos acadêmicos perseguidos.

de divisão das quantias decorrentes da referida ferramenta de financiamento da educação pública.

Essa disciplina legal acaba por gerar um incentivo negativo para o direcionamento de recursos a escolas comunitárias, confessionais e filantrópicas, as quais, projeta-se, experimentarão uma redução na procura do Poder Público por suas vagas. Isso reduz a importância acadêmica da utilização desse tipo de expediente, o que motivou o recorte metodológico que os exclua deste trabalho.

Estando justificados os limites negativos do objeto de pesquisa, torna-se premente esclarecer os elementos aptos a conduzir à definição do seu conteúdo.

De acordo com os dados do Painel de Monitoramento do Plano Nacional de Educação mantido pelo Governo Federal⁷, o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB) apresentado pela estrutura privada de educação em 2021 é de 7,1 para os anos iniciais do ensino fundamental, 6,3 para os anos finais do ensino fundamental e 5,6 para o ensino médio. Resultados muito superiores àqueles mensurados na estrutura pública de educação, que apresentou IDEB de 5,5 para os anos iniciais do ensino fundamental, 4,9 para os anos finais do ensino fundamental e 3,9 para o ensino médio.

A alta capacidade de investimentos da iniciativa privada, que contrasta com as limitações orçamentárias experimentadas pelo Estado, pode ser um dos fatores que conduzem a essa diferença. Atrair esse volume de capital para a estrutura pública de educação, visando reduzir tal disparidade, é aconselhável, o que pode ser feito com a formalização de contratos de concessão, cuja lógica pressupõe a realização de investimentos privados em infraestrutura a ser revertida para o patrimônio público.

Ademais, sabe-se que a estrutura privada de educação detém recursos técnico-pedagógicos e *expertise* gerencial que podem ser aproveitados pela estrutura pública de educação com o fito de qualificar os processos de ensino-aprendizagem, e isso pode ser viabilizado por contratos de concessão de serviços públicos e de terceirização.

⁷ BRASIL. Ministérios da Educação (MEC). Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). **Painel de Monitoramento do PNE**. Disponível em <<https://www.gov.br/inep/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/inep-data/painel-de-monitoramento-do-pne>>. Acesso em 25.03.2024.

As possibilidades aventadas, não se ignora, sofrem com a resistência de diversos sujeitos e setores da sociedade⁸⁻⁹, que tecem as mais diversas censuras a movimentos de concessão e terceirização de serviços públicos de educação.

Não há neste trabalho a aspiração de analisar detidamente cada uma dessas manifestações desabonadoras, pautadas por argumentos pedagógicos, gerenciais, econômicos e de outras ciências que não são relacionadas ao Direito e ao núcleo teórico a ser debatido. A pesquisa realizada vislumbrou horizontes mais modestos, debruçando-se apenas sobre a avaliação da possibilidade jurídica desses arranjos serem levados a cabo, ocupando-se, em virtude disso, das críticas de cunho jurídico, marcadas por alguma proeminência.

Ainda assim, o tema é inegavelmente difuso, sobretudo porque é integrado por um conjunto imbricado de conceitos e elementos de natureza multidisciplinar e que não costumam ser tratados pela doutrina especializada de forma sistematizada.

A compreensão do conteúdo e dos limites do objeto pesquisado demanda familiaridade com a estrutura do sistema de educação instalado pela Constituição de 1988, e com conceitos e instrumentos que tornam possível o seu funcionamento. É preciso contar com um conjunto de informações de caráter preliminar, abordado nos dois primeiros capítulos.

Ambos foram construídos para exercer papel introdutório, e para cumprir um objetivo secundário almejado pelo autor do texto, qual seja, o de sistematizar dispositivos, conceitos e informações identificados de forma dispersa por ocasião da pesquisa realizada, de modo a facilitar o acesso a eles. Por isso, seus conteúdos são marcadamente propedêuticos e descritivos, produzidos sobretudo a partir de revisão bibliográfica.

O capítulo número 2 perpassa a estrutura do sistema de educação brasileiro, expondo conceitos não jurídicos que permearam sua construção, enumerando os sujeitos e entidades que o compõem e as competências entregues a cada um deles.

Inicia-se com a exposição dos conceitos de educação e de ensino, realizada no intuito de demonstrar que o constituinte originário brasileiro os incorporou à

⁸ Na Câmara, Ministro Mendonça Filho afirma ser contra a terceirização de professores. **Ministério da Educação (MEC)**. Disponível em <<http://portal.mec.gov.br/component/tags/tag/terceirizacao>>. Acesso em 24.03.2024.

⁹ CABRAL, Guilherme Perez. Terceirização da educação no Brasil: por mais lucro à empresa educacional. **Campaña Latinoamericana por el Derecho a la Educación**. 16.06.2015. Disponível em <<https://redclade.org/noticias/terceirizacao-da-educacao-no-brasil-por-mais-lucro-a-empresa-educacional/>>. Acesso em 24.03.2024.

disciplina da Constituição de 1988. Pretendeu-se também esclarecer que o objeto pesquisado abarca não apenas o ensino, mas a educação como um todo, e os motivos para tanto.

Nele são abordadas também as diferenças entre as estruturas privada e pública de educação, apontando-se que esta última é o local de desenvolvimento da pesquisa.

Esses apontamentos são sucedidos pela identificação de quem são os sujeitos provedores e destinatários da educação e pelo estudo dos princípios jurídicos que norteiam a promoção da educação.

O capítulo é finalizado com a explicação ordenada da estrutura dos sistemas públicos de educação, elucidando sua organização em níveis e sua distribuição junto aos entes da Federação e aos órgãos e entidades que os integram, e indicando as competências de cada um deles.

O capítulo número 3 se concentra no funcionamento daquele sistema de educação e nos efeitos do direito à educação perante os sujeitos que o titularizam.

Nesse ponto, analisa-se o *status* de direito fundamental social ostentado pela educação e pelas normas constitucionais que a disciplinam, concomitantemente com a sua eficácia jurídica e sua exigibilidade perante o Poder Judiciário. Investiga-se, também, o enquadramento da educação no conceito de serviços públicos, cuja prestação deve se dar em observância a regime jurídico peculiar.

Esse capítulo se presta ainda a esclarecer o funcionamento do salário-educação e do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), principais instrumentos de cooperação interfederativa e de financiamento da educação pública, e ainda a sistematizar resultados obtidos, pelo Estado, na promoção do direito à educação, procurando identificar oportunidades de utilização de instrumentos jurídicos menos ortodoxos, direcionados a auxiliar na universalização e na qualificação da educação.

Os capítulos seguintes são dedicados ao desenvolvimento do objeto de pesquisa propriamente dito e ao estudo dos temas que lhes são inerentes.

No capítulo número 4 são arrolados três argumentos jurídicos contrários à concessão e à terceirização de serviços públicos de educação, quais sejam, a classificação dessas prestações como atividades-fim do Estado, o que supostamente impediria a sua transferência, o prestígio pelo concurso público e a dele deduzida necessidade de os educadores da estrutura pública de educação serem previamente

aprovados nesse tipo de seleção, e ainda a inviabilidade de assimilação, pela Administração Pública, de estratégias de privatização (tomadas em seu sentido amplo) dada a impossibilidade de se cobrar tarifas dos alunos.

Esses apontamentos são todos analisados e refutados de maneira sistematizada, demonstrando-se que eles carecem de lastro no ordenamento jurídico.

A disciplina jurídico-constitucional vigente, decorrente da Reforma Administrativa da Década de 1990 e implantada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, reflete diretrizes de modelo administrativo de Estado voltado menos à execução direta de prestações positivas e mais à regulação e à fiscalização do exercício dessas atividades pela iniciativa privada.

Ademais, sob o prisma desse arcabouço de dispositivos constitucionais, os serviços públicos de educação não são atividades sob monopólio do Estado, o que, em tese, autoriza sejam eles concedidos e terceirizados.

Essa hipótese não é inviabilizada pela regra do concurso público, uma vez que colaboradores de concessionárias de serviços públicos podem ser contratados livremente, e que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL possui precedentes indicando que servir-se da terceirização como opção à contratação de servidores compõem o plexo de decisões discricionárias do gestor público.

O risco à gratuidade da educação, por seu turno, mostra-se uma crítica datada, oriunda de um momento histórico no qual a Constituição de 1988 e a legislação infraconstitucional não concebiam instrumentos jurídicos que viabilizassem a transferência dos serviços públicos de educação a pessoas jurídicas de direito privado, sem que estas últimas se remunerassem com a cobrança de tarifas dos usuários dos serviços.

O capítulo é finalizado com um exame das possibilidades e dos limites contidos na Constituição de 1988 e a legislação infraconstitucional, concluindo-se que os serviços públicos de educação podem ser concedidos, desde que se faça uso do contrato de concessão administrativa, e podem ser terceirizados em hipóteses excepcionais, visando a obtenção, junto à iniciativa privada, de prestações acessórias às atividades pedagógicas, ou a contratação de capacidade instalada de estabelecimentos privados de educação, em caráter temporário e sob a condição de se demonstrar que essa ação é a *ultima ratio* à disposição do gestor público para conferir efetividade ao direito fundamental social à educação.

O último capítulo, de número 5 põe em evidência a experiência de outros países na formalização de parcerias com a iniciativa privada, voltadas à promoção da educação, e perquiri de maneira crítica iniciativas análogas surgidas no País.

Esclarece-se que apesar da resistência, observada em solo pátrio, a contratualização de parcerias entre o Estado e a iniciativa privada, dirigidas a ampliar e a qualificar a oferta de educação à população, é medida experimentada, com diferentes níveis de intensidade, por diversos outros países.

Em ordenamentos jurídicos alienígenas, esses contratos têm os mais diversos objetos, ora servindo como mera ferramenta fornecimento de bens e serviços de caráter acessório aos processos de ensino-aprendizagem, ora como fundamentos para a transferência da gestão de escolas públicas para a iniciativa privada, e ainda como instrumentos de regulação de mercados de países que não mantêm sistemas públicos de educação.

Este último capítulo contém ainda informações relativas a iniciativas locais de contratualização de serviços públicos de educação, levadas a efeito pelo Município de Salvador (o Projeto Pé Na Escola), pelo Estado do Paraná e pelo Município de Belo Horizonte, e uma sondagem crítica da adequação delas à disciplina jurídica alusiva ao tema.

2. EDUCAÇÃO E ENSINO EM PERSPECTIVA ESTRUTURAL: UM COTEJO DE CONCEITOS E NORMAS ELEMENTARES PARA A DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE PESQUISA

Conforme anuncia o título do presente trabalho, as páginas vindouras se propõem a explorar a possibilidade de serviços públicos de educação, ofertados na educação básica e prestados em estabelecimentos públicos de educação, serem executados indiretamente pelo Estado, por intermédio de estratégias de concessão de serviços públicos ou de terceirização de atividades públicas.

Trata-se de objeto de pesquisa abrangente, cujo desenvolvimento se apoia em vários conceitos que, apesar de não integrarem o seu núcleo duro, apresentam-se como pressupostos para a sua compreensão, de modo que devem ser expostos e trabalhados, sob pena de se erguerem dificuldades à compreensão de quem eventualmente venha a consultar o presente texto.

Este capítulo se presta a tratar de parte destes conceitos, de modo a sedimentar a trilha a ser percorrida até que se alcance o epicentro do tema, o qual pode ser sintetizado na seguinte pergunta: o ordenamento jurídico brasileiro admite que serviços públicos de educação básica, ofertados em estabelecimentos públicos de educação, sejam objeto de contratos de concessão de serviços públicos ou ainda de terceirização de atividades públicas?

O caminho a ser traçado até esse desiderato, passa, em primeiro lugar, pelo esforço de sistematizar as principais normas constitucionais e infraconstitucionais vigentes no país e que versam sobre o direito à educação e sobre a estrutura física, jurídica e institucional idealizada para que se confira a ele a efetividade reclamada pela Constituição vigente.

Espera-se, com isso, fornecer uma visão panorâmica dos elementos que integram essa estrutura, apreendendo a extensão e a complexidade da teia de conceitos, normas e agentes públicos e privados que a compõem.

Dado o teor introdutório deste capítulo – bem como a concisão que, pretende-se, deve marcar o tom deste trabalho –, esclarece-se de pronto que o conteúdo nele contido se pauta, sobretudo, em levantamento bibliográfico, sem prejuízo da realização de algum apontamento de cunho crítico.

Tal levantamento toma por norte textos escritos por diferentes autores, principalmente por MARCOS AUGUSTO MALISKA¹⁰, que confere tratamento especialmente detido dos assuntos abordados neste capítulo, sob a perspectiva jurídica.

2.1. UM ESFORÇO PARA SISTEMATIZAR OS CONCEITOS E AS NORMAS QUE TRATAM DE EDUCAÇÃO E ENSINO NO BRASIL

O ordenamento jurídico brasileiro conta com um amplo e complexo conjunto de normas constitucionais, legais e regulamentares que versam, de alguma forma, sobre o direito à educação e do ensino.

Para além de um rol de normas constitucionais que pode ser considerado extenso quando comparado àqueles dedicados a outros direitos fundamentais sociais, observa-se a existência de leis de caráter geral, emanadas pela União com o objetivo de conferir uniformidade ao tema no território nacional¹¹⁻¹², além de várias outras leis e regulamentos editados pelos diversos entes da Federação, nos limites de suas competências legislativas e regulamentares.

Ao se deparar com esse emaranhado de normas jurídicas, infere-se a possibilidade de existir incoerências entre elas. De fato, é preciso que existam elementos integradores aptos a conferir certa uniformidade à infinidade de textos normativos. Esses elementos integradores essencialmente jurídicos estão depositados na Constituição de 1988¹³, bem como em leis gerais, editadas pela União com o objetivo de fundar bases e metas comuns para promoção de atividades de educação em todo o território nacional, de modo a exercer sua função redistributiva e supletiva, nos moldes do que prevê o art. 211, § 1º, da Constituição vigente.

Há, entretanto, elementos integradores de cunho técnico. São conceitos não jurídicos que permeiam a legislação vigente, conferindo-lhes conteúdo.

¹⁰ MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação na Constituição de 1988**. Dissertação (Mestrado). Curitiba: Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2000. p. 177-178.

¹¹ BRASIL. Congresso Nacional. Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 23.12.1996.

¹² BRASIL. Congresso Nacional. Lei n.º 13.005, de 25 de junho de 2014. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 26.06.2014.

¹³ Conforme se verá, a Constituição vigente, ao tratar de maneira pormenorizada do tema atinente à educação, contém diretrizes de caráter estruturante para a organização dos sistemas de educação, que se espraiam por todo o ordenamento jurídico em virtude da hierarquia normativa da Constituição de 1988.

Dentre esses conceitos não jurídicos, mostram-se especialmente significativos os de “educação” e de “ensino”. Isso porque a literatura especializada costuma atribuir significados distintos a esses termos, o que, tudo indica, influenciou o tratamento conferidos a eles pelo constituinte.

2.1.1. Educação e ensino

A bibliografia estranha às ciências jurídicas consiste em terreno desafiador para o operador do direito.

Todavia, para tratar adequadamente de temas afetos à educação, é necessário aceitar tal desafio e se debruçar sobre textos relacionados à pedagogia e à gestão escolar. Faz-se necessário, quando menos, criar certa familiaridade com conceitos elementares, que, de alguma forma, conferem conteúdo às previsões normativas que dizem respeito ao desenvolvimento do tema ora estudado. Dentre eles estão os conceitos de “educação” e de “ensino”, a serem trabalhados ainda que brevemente.

Em linhas gerais, o ensino costuma ser tratado como o processo por meio do qual se instrui uma pessoa com conhecimentos técnicos. Como pontuam STELA MARQUES e THIAGO OLIVEIRA, trata-se de verbete que se refere à transmissão de conteúdo e conhecimento¹⁴.

É o que JEAN PIAGET denominou de “educação intelectual”¹⁵, que procura incutir no aluno “[...] *tudo aquilo que seja necessário à construção de um raciocínio pronto [...]*”¹⁶.

Contudo, o mesmo autor lembra que o texto do art. 26, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, reclama que a educação deve ser voltada tanto à formação do intelecto, quanto ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do ser humano e pelas liberdades fundamentais¹⁷. Ou seja: quem educa não deve se limitar instruir formalmente seus

¹⁴ MARQUES, Stela; OLIVEIRA, Thiago. **Educação, ensino e docência, reflexões e perspectivas**. p. 190. *In.*: Revista Reflexão e Ação. v. 24, n. 3, set/dez 2016. pp. 189-2011.

¹⁵ *cf.* PIAGET, Jean. **Para onde vai a educação?** Tradução de Ivete Braga. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1973, pp. 61-70.

¹⁶ PIAGET. *Ibid.* p. 61.

¹⁷ *cf.* **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Organização das Nações Unidas, 1948. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos#:~:text=Todo%20ser%20humano%20tem%20direito,liberdade%20e%20%C3%A0%20seguran%C3%A7a%20pessoal.&text=Ningu%C3%A9m%20ser%C3%A1%20mantido%20em%20escavid>

alunos, devendo ter em vista a necessidade de contribuir com a formação pessoal desses sujeitos nos mais diversos espectros.

Tem-se então que a educação consiste em processo mais amplo e complexo, destinado a propagar não apenas conteúdos curriculares, mas também técnicas culturais, valores e atitudes que reflitam o que JEAN PIAGET designa de “*consciência moral desperta*”¹⁸, que permita o convívio do indivíduo em sociedade¹⁹. Esse convívio não deve ser norteado pela mera “[...] *opressão das tradições e das gerações anteriores*”, mas por consciências que sejam, simultaneamente, livres e respeitadoras dos direitos e liberdades das demais pessoas²⁰.

Tal cisão de caráter marcadamente teórico é passível de críticas, sobretudo em face do avanço tecnológico experimentado no campo da educação e do ensino²¹. Contudo, a leitura do texto da Constituição de 1988²² indica que tal divisão foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio, e deve ser considerada como elemento que confere conteúdo às normas vigentes que versam sobre o tema.

De acordo com ANTONIO ISIDORO PIACENTIN, “[...] *o legislador constituinte fez distinção entre a Educação e o ensino prevendo bases jurídicas que, embora distintas, se completam*”²³.

Essa afirmação se mostra coerente, pois está em consonância com os textos dos arts. 205 e 206, da Constituição de 1988.

O primeiro declara a “educação” como um direito de todos e um dever do Estado e da família, a ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade,

[%C3%A3o,em%20todas%20as%20suas%20formas.&text=Ningu%C3%A9m%20ser%C3%A1%20submetido%20%C3%A0%20tortura,castigo%20cruel%2C%20desumano%20ou%20degradante.>.](#)

Acesso em 25.09.2023.

¹⁸ PIAGET. *op. cit.* p. 61.

¹⁹ MARQUES. *Idem.* p. 190.

²⁰ PIAGET. *Ibid.* p. 61.

²¹ Ao tratarem da complexidade do ensino jurídico, ROSALICE FIDALGO PINHEIRO e MARCELO CONRADO lembram que em virtude do avanço dos meios tecnológicos utilizados como recursos facilitadores do processo de ensino-aprendizagem a clássica divisão da educação universitária, pautada no tripé “ensino, pesquisa e extensão” precisa ser repensada, e que a visão da Universidade como local onde se domina conhecimento precisa ser substituída por concepção de lugar onde se constrói conhecimento. (PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; CONRADO, Marcelo. Por uma função emancipatória das atividades complementares: a integração do ensino, pesquisa e extensão. pp. 93-94. *In.*: **Ensino jurídico e desafios contemporâneos**. Organizado por Eroulths Cortiano Junior... [et al]. Curitiba: OABPR, 2014 [Coleção Comissões, v. 14]. pp. 92-107).

²² BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

²³ PIACENTIN, Antonio Isidoro. O direito à educação na Constituição Democrática de 1988. p. 56. *In.*: **Direito e educação: reflexões para uma perspectiva interdisciplinar**. Daniella Basso Batista Pinto e Rodrigo Suzuki (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 49-68.

de modo a garantir a qualificação para o trabalho e o preparo para o exercício da cidadania, assim visando ao pleno desenvolvimento da pessoa²⁴.

O segundo, por seu turno, contém os princípios a serem observados por quem ministra o “ensino”, a exemplo da observância da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber etc.

Nesse sentido, o texto da Constituição vigente parece imputar ao ensino formal o status de um dos (principais) elementos que compõem a educação.

Tal constatação – a de que o Texto Constitucional diferencia educação e ensino – coloca em destaque questão importante para este trabalho. Afinal, se educação e ensino são, do ponto de vista jurídico, atividades distintas a serem exercidas pelo Estado, é de se avaliar se a investigação sobre a possibilidade de execução indireta recairá sobre um ou outro.

Por isso é importante destacar de pronto que os contornos do objeto a ser pesquisado extrapolam o mero exercício de atividades de ensino público, e abrangem as atividades atinentes à educação pública.

A justificativa para tal opção metodológica tem como ponto de partida a lição de PAULO EVALDO FENSTERSEIFER que, ao escrever sobre a educação escolar pública, afirma que não se pode admitir que a escola sirva apenas para se “[...] *reproduzir os sentidos/significados encarnados pelas diferentes manifestações culturais*”²⁵, mas, principalmente, para tematizar e os desnaturar, de modo a evidenciar a “[...] *pluralidade de sentidos/significados que os sujeitos podem produzir nos mais variados contextos*”²⁶.

Dessa lição, pode-se inferir que o ambiente da escola pública não é (ou não deveria ser) voltado apenas à ministração do ensino meramente instrucional, mediante lições de conteúdos curriculares. Ele deve abranger também o desenvolvimento de um verdadeiro processo educacional, destinado a formar sujeitos de espíritos críticos.

²⁴ “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

²⁵ FENSTERSEIFER, Paulo Evaldo. **A tarefa educacional na especificidade da escola**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2020. p. 47.

²⁶ FENSTERSEIFER. *Idib*. p. 48.

Essa realidade se impõe a todas as escolas públicas geridas diretamente pelo Estado, e permeia o tema do presente trabalho ao ensejar a necessidade de se questionar o seguinte: esse estado de coisas se alteraria em unidades escolares pautadas por modelos de gestão que se fundam, total ou parcialmente, em estratégias de concessão ou terceirização de serviços públicos de educação? A resposta é que não há razões jurídicas ou pedagógicas que justifiquem alguma modificação nesse sentido.

Não se cogita que eventual transferência da prestação direta de serviços públicos de educação de determinadas escolas à iniciativa privada implique precarização da função pedagógica a ser exercida por esses estabelecimentos. Pelo contrário. A implementação desse tipo de estratégia está intimamente ligada à busca por um incremento de qualidade no processo educacional, em virtude do princípio da eficiência, inscrito no art. 37, da Constituição de 1988.

Por tudo isso, e tendo em vista o objetivo geral fixado para o presente trabalho, entende-se ser mais adequado que a pesquisa se centre na possibilidade de a Administração Pública delegar ou terceirizar à iniciativa privada atividades públicas de educação, e não apenas de ensino.

Tem-se, então, justificado o primeiro recorte metodológico do presente trabalho, cujo objeto, frise-se, abarca os serviços de educação (e não apenas de ensino) prestados em instituições e estabelecimentos públicos de ensino.

2.1.2. Ensino público e ensino privado

Findas as observações iniciais relativas às diferenças entre os conceitos de educação e ensino, cumpre passar a cuidar das normas constitucionais, legais e infralegais relativas ao tema, sob a perspectiva estruturante.

Ressalta-se que, neste subtópico do trabalho, pretende-se exclusivamente sistematizar o referido conjunto de normas, explorando os contornos da estrutura normativa relativa ao tema de modo a conduzir uma leitura transversal desse arcabouço jurídico e das diretrizes jurídicas nele contidas, e ainda do sistema de educação implementado no Brasil.

Tendo em mira esse objetivo específico, inicia-se pela análise mais detida do art. 209, da Constituição de 1988, o qual prevê que, atendidas determinadas condições, “o ensino é livre à iniciativa privada [...]”²⁷.

Esse ditame normativo funda dois gêneros distintos de estruturas de educação: a pública, mantida pelo Poder Público, e a privada, gerida pela iniciativa privada.

MARCOS AUGUSTO MALISKA, principal referência, na seara jurídica, do levantamento biográfico que marca o presente capítulo, lembra que no Brasil não é novidade que a iniciativa privada atue colaborando com o Estado, auxiliando-o no cumprimento do seu dever de ofertar serviços de educação à população, principalmente em situações nas quais ele não detém os recursos necessários para o fazer sozinho²⁸.

Esclareça-se que o emprego do termo “ensino”, na redação do *caput*, do art. 209, da Constituição vigente, engendra uma inconsistência técnico-jurídica, uma vez que, em verdade, o dispositivo autoriza que a iniciativa privada exerça atividade de educação.

Isso se comprova pelo fato de que o inciso I, do art. 209, da Constituição de 1988, condiciona expressamente o exercício desse conjunto de atividade ao “cumprimento das normas gerais da educação”, e não meramente daquelas que versam sobre o ensino.

Outra não poderia ser a diretriz constitucional. Em sendo a educação um direito de todos, conforme dicção do art. 205 da Constituição vigente, ela deve ser fruída tanto por aqueles que se socorrem dos serviços ofertados pelo Poder Público quanto por aqueles que se valem da estrutura da iniciativa privada. Logo, seria inconstitucional admitir-se que sujeitos de direito privado se limitassem a ofertar atividades visando à instrução formal da população.

Em virtude da imposição feita pelo inciso I, do art. 209, da Constituição de 1988, a iniciativa privada se vê obrigada a observar as linhas gerais da organização do sistema público de educação. Portanto, também ela adota a divisão da educação escolar entre os níveis da educação básica (composta pela educação infantil, pelo

²⁷ BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

²⁸ MALISKA. *op. cit.* pp. 177-178.

ensino fundamental e pelo ensino médio, conforme se verá adiante) e da educação superior.

Como consequência do dever de a iniciativa privada se sujeitar às linhas gerais do sistema público de educação, pode-se afirmar que as duas estruturas educacionais, postas à disposição da população, espelham-se, ao menos do ponto de vista estrutural.

A diferença entre elas, deduz-se do art. 19, da Lei n.º 9.394/1996 (a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional²⁹), reside no fato de que a estrutura pública de educação é composta por estabelecimentos públicos de educação, mantidos e administrados pelo Poder Público, e a estrutura privada é integrada por estabelecimentos privados de educação e estabelecimentos comunitários, confessionais e filantrópicos de educação, celebrados pelo *caput* do art. 212, da Constituição de 1988.

Frise-se que, ao se interpretar as normas jurídicas alusivas ao tema, conclui-se que os estabelecimentos comunitários, confessionais e filantrópicos, mencionadas no parágrafo anterior, compõem a estrutura da educação privada e cuja configuração merece ser explicitada.

Esses estabelecimentos, segundo ensina MARCOS AUGUSTO MALISKA, são aqueles criados “[...] *por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas, inclusive cooperativas de professores e alunos que incluam, em sua entidade mantenedora, representantes da comunidade*”³⁰.

Essas entidades mantenedoras, marcadas pela ausência de fins lucrativos, são genericamente taxadas como entidades do terceiro setor. Ocorre que tais entidades são constituídas na forma de pessoas jurídicas de direito privado, diferenciadas das demais exclusivamente porque elas e suas atividades podem ser incentivadas pelo Poder Público, com subvenções, auxílios e outros instrumentos de fomento³¹, previstos em norma constitucional ou legal.

²⁹ BRASIL. *op. cit.*

³⁰ MALISKA. *op. cit.* p. 182.

³¹ Ao tratar das chamadas entidades do terceiro setor, Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que “*seu regime jurídico é de direito privado, porém parcialmente derogado por normas de direito público, precisamente em decorrência do vínculo que as liga ao poder público [...]*”, os quais permitem que o Poder Público lhes conceda incentivos. (DI PIETRO. *op. cit.* p. 336).

À luz do art. 40, do Código Civil³² – norma geral responsável por regular a constituição de pessoas jurídicas no país –, as entidades do terceiro setor são pessoas jurídicas de direito privado, de modo que os atos por elas praticados e o patrimônio por elas acumulado são regidos diretamente pelas normas de direito privado. Portanto, o mais adequado é admitir que escolas geridas por essas entidades compõem a estrutura privada de educação, assim como MARCOS AUGUSTO MALISKA bem pontuou em seu trabalho³³.

Essa divisão entre educação pública e privada constitui um dos vetores para a delimitação e exposição do conteúdo da pesquisa ora desenvolvida, a qual pretende investigar a possibilidade de serviços públicos de educação serem concedidos ou terceirizados à iniciativa privada.

Para além da discussão sobre a diferença entre a natureza jurídica das atividades prestadas pelas estruturas acima destacadas (a ser tratada de maneira detida mais à frente), é indiscutível o fato de que a Constituição vigente autoriza expressamente que a iniciativa privada explore, com finalidades filantrópicas ou lucrativas, atividades de educação, não se vislumbrando qualquer dúvida ou discussão jurídica quanto à possibilidade de isso ocorrer de maneira legal.

O conteúdo deste trabalho, portanto, tem por foco averiguar se a redação do art. 19, inciso I, da Lei n.º 9.394/1996, que define as instituições públicas de educação como aquelas “[...] *criadas ou incorporadas, mantidas e administradas pelo Poder Público*”³⁴, permite que a administração se dê indiretamente, com o auxílio de agente privado que se responsabilize pela gestão direta, mediante estratégias de concessão de serviços públicos ou de terceirização.

2.1.3. Os provedores e os destinatários do direito à educação

O art. 6º da nossa Constituição de 1988, dogmática e pluralista, inclui a educação no rol de direitos sociais nele contidos. Porém, o dispositivo não desce a pormenores sobre o conteúdo desse direito ou dos instrumentos aptos a lhe garantir efetividade.

³² BRASIL. Congresso Nacional. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 11.01.2002.

³³ cf. MALISKA. *op. cit.* pp. 181-183.

³⁴ BRASIL. *op. cit. g.n.*

Tais detalhes foram incluídos pelo constituinte na redação dos artigos 205 a 214, da Constituição de 1988, os quais compõem seção do Texto Constitucional distinta daquela onde está localizado o já mencionado art. 6º, dedicada exclusivamente a disciplinar, de maneira detida, o direito à educação como direito fundamental.

De acordo com o art. 205, da Constituição vigente, a educação é um direito de todos. Inspirado na redação do art. 26, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, segundo o qual todo ser humano tem direito à educação³⁵, o dispositivo confere ao direito à educação abrangência tão ampla quanto possível, não admitindo restrições relativas, por exemplo, à idade ou à nacionalidade do sujeito de direito.

O mesmo art. 205 impõe ao Estado e à família, com a colaboração da sociedade, o dever de promover e incentivar a educação. O dispositivo ratifica a amplitude do processo educacional, que deve focar não apenas na instrução formal do indivíduo, mas também em sua formação pessoal (que reclama participação direta da família) e na forma como ele se insere e interage na sociedade.

Evidentemente, a atuação desses diferentes agentes na efetivação do direito à educação se dá de maneiras diversas.

A forma como o Estado cumprirá seu dever de prover a população com serviços de educação é definida pela Constituição de 1988, nas normas que fixam competências, desenham a estrutura de educação pública, instituem instrumentos de financiamento, dentre outros temas. Portanto, são essas disposições constitucionais que dimensionam e fixam os contornos daquele dever estatal³⁶.

Já a colaboração da sociedade, indica MARCOS AUGUSTO MALISKA, pode ser compreendida sob duas perspectivas. A primeira, mais imediata, consistente na própria possibilidade de a iniciativa privada colaborar com o Estado na promoção de serviços de educação. A segunda vai ao encontro da ideia de educação como um processo amplo de formação do indivíduo³⁷, destinado a prepará-lo para a vida em sociedade. Aqui a sociedade, com toda a sua pluralidade, transmuta-se em elemento

³⁵ *cf.* **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. *op. cit.*

³⁶ Nesse sentido, *cf.* MALISKA, Marcos Augusto. Comentários aos arts. 205 a 214, da Constituição Federal de 1988. p. 2043. *In.*: **Comentários à Constituição do Brasil**. Ingo Wolfgang Sarlet; Lenio Luiz Streck; Gilmar Ferreira Mendes (Coord.). 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. pp. 2042-2057.

³⁷ Ver item 2.1.1 deste trabalho.

balizador do processo educacional, contribuindo, portanto, com a formação dos cidadãos³⁸.

Por fim, o envolvimento da família na promoção da educação, destaca JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO³⁹, engendra em um dever fundamental diretamente exigível.

Com efeito, há poucas dúvidas de que a Constituição de 1988 impõe à família o dever de, ao lado do Estado, promover a educação. A previsão expressa no *caput* do art. 205, da Constituição vigente, é reforçada pelo texto dos seus arts. 208, § 3º, 227 e 229, os quais destacam a necessidade de a família assegurar o direito à educação, de educar e de zelar pela frequência dos estudantes à escola.

Portanto, mesmo em face da histórica redução da participação direta da família no processo educacional, é indiscutível que a Constituição de 1988 ainda reserva um papel a ser desempenhado por ela na efetividade do direito à educação junto aos seus destinatários⁴⁰, apesar de não o indicar que papel é esse.

Por isso, a definição das atribuições da família na promoção da educação caberá à pedagogia, responsável por desenvolver e testar métodos educacionais.

INEZ LEMOS, pesquisadora do tema, entende que no processo educacional a contribuição da família implica em mostrar a realidade (e suportá-la) aos educandos, indicando-lhes que a modernidade, que gera progresso e qualidade de vida, também pode ensejar ilusões, incutindo a necessidade de se fazer uma reflexão crítica sobre as reais pretensões pessoais de cada um deles⁴¹.

³⁸ MALISKA. *op. cit.* p. 2043.

³⁹ JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO identifica na Constituição de Portugal a existência de normas que impõem deveres aos cidadãos (por ele designados de deveres fundamentais). Trata-se, segundo o professor português, de técnica legislativa calcada na noção histórica de que o funcionamento adequado de um dado conjunto social pressupõe que os cidadãos cumpram um determinado número de deveres. Ensina o doutrinador lusitano que, ao menos na Constituição de Portugal, esses deveres fundamentais não guardam correspondência com os direitos fundamentais, e, como regra, não são diretamente aplicáveis, de modo que sua efetividade plena demanda a atuação do legislador infraconstitucional. Entretanto, o português faz questão de pontuar o dever de os pais educarem os filhos como uma exceção a essa regra, ou seja, como um dever fundamental diretamente exigível. (*cf.* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2002. pp. 525-530).

⁴⁰ Sob uma perspectiva sociológica (e bastante crítica), LOUIS ALTHUSSER confirma a manutenção do envolvimento da família no processo de formação dos sujeitos, ao afirmar que a reprodução dos meios de produção por meio da ideologia, realizada, na idade média, pelo dueto Igreja-Família, passou, a partir da revolução francesa, a ser desempenhada pelo dueto Escola-Família. (*cf.* ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado (AIE)**. Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro [trad.]. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985. pp. 73-81)

⁴¹ *cf.* LEMOS, Inez. **Pedagogia do consumo: família, mídia e educação**. Belo Horizonte: Autêntica, 2007. pp. 74-76.

Pode-se cogitar de a pedagogia indicar outro(s) papel(éis) a ser(em) desempenhado(s) pela família, por intermédio de métodos diversos. Isso deve ocorrer, todavia, a partir da premissa de que, sob a égide do ordenamento jurídico vigente, a família precisa impreterivelmente participar do processo de efetivação do direito à educação.

A identificação dos sujeitos responsáveis por promover a educação consiste em tarefa útil, dado que o objeto deste trabalho pretende, em última análise, investigar se é juridicamente possível que o Estado e a sociedade estreitem seus laços de colaboração na promoção da educação, de modo que aquele conceda ou terceirize a esta os serviços públicos de educação.

Em suma, há que se verificar se as normas constitucionais que definem os deveres do Estado para com a educação permitem que este conte com a colaboração, sob uma perspectiva mais imediata, da sociedade, incumbindo a esta última a prestação de serviços públicos, e não apenas privados, de educação.

São esses, portanto, os sujeitos a serem observados nas páginas vindouras.

2.1.4. Os princípios que regem a efetivação do direito à educação

O art. 206 da Constituição de 1988 enumera princípios⁴² jurídicos⁴³ que devem nortear o incentivo e a promoção do direito à educação.

O primeiro desses princípios, inscrito no inciso I, do art. 206, é o da igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola.

A toda evidência, essa igualdade de acesso e permanência à escola está alinhada com o princípio da igualdade previsto no *caput* do art. 5º da Constituição de

⁴² São nove os princípios mencionados no referido dispositivo constitucional: o da igualdade de condições para acesso e permanência na escola, o da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, o do pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, o da gratuidade do ensino público, o da valorização dos profissionais da educação escolar, o da gestão democrática do ensino público, o da garantia de padrão de qualidade, o princípio do piso salarial nacional para os professores da educação escolar pública e o da garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida.

⁴³ Não se pretende adentrar aqui o amplo debate existente sobre a natureza jurídica dos princípios jurídicos e das distinções entre eles e as regras jurídicas. Para os fins a que se presta o presente trabalho, basta que se firme a premissa de que seu autor, amparado na doutrina de HUMBERTO ÁVILA, entende que os princípios jurídicos são aquelas “[...] *normas que, sobre prescreverem fins a serem atingidos, servem de fundamento para a aplicação do ordenamento constitucional*” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 43).

1988, e, portanto, à concepção material de igualdade⁴⁴, presente no Texto Constitucional vigente.

Isso se comprova pelo fato de que a igualdade de acesso e permanência na escola é verdadeiro corolário do caráter universal do direito à educação, previsto no art. 205, da Constituição de 1988, e na verificação de que a extensão material da educação a todos só pode ocorrer quando todos possuem iguais condições de acesso aos sistemas de educação.

Essa constatação acarreta consequências importantes no mundo dos fatos, pois se sabe que as desigualdades sociais que marcam a realidade pátria podem criar para alguns maiores empecilhos para acessar a educação.

Infelizmente, ainda é muito comum se deparar com situações nas quais, por exemplo, os pais contam com a força laboral de seus filhos para incrementar a renda familiar⁴⁵. Nesses casos, o acesso das crianças à escola é, por vezes, obstaculizado, e, quando ocorre, costuma se dar em meio a incentivos negativos às suas permanências.

A efetivação do princípio da igualdade de acesso à escola, desse modo, passa pela criação e pela implementação de políticas públicas aptas a viabilizar que famílias, de todas as classes sociais, sejam destinatárias de incentivos positivos quanto a matrículas e frequências de suas crianças em estabelecimentos de educação como prioridade.

ANTONIO ISIDORO PIACENTINI corrobora com essa comprovação, aliás difundida amplamente e há muito tempo, ao defender que a igualdade de condições para acesso e permanência na escola passa pela criação de condições materiais mínimas às famílias, para que possam garantir o acesso e a permanência de seus membros em estabelecimentos de educação sem colocarem em xeque sua renda familiar e sua qualidade de vida⁴⁶.

Por outro viés, ANTONIO JORGE PEREIRA JÚNIOR afirma que o alcance do art. 206, inciso I, da Constituição vigente, é delimitado pela Lei n.º 9.394/1996⁴⁷, em

⁴⁴ Sobre a matéria contida no princípio da igualdade, seus contornos e limites, *cf.*: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁴⁵ E aqui o tema dialoga com o papel da família na promoção da educação, trabalhado no item 2.1.3 deste trabalho.

⁴⁶ PIACENTINI. *op. cit.* pp. 61-62.

⁴⁷ PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Comentários aos arts. 205 e 206, da Constituição Federal de 1988. p. 2229. *In.*: **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Paulo Bonavides, Jorge Miranda e Walber de Moura Agra (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2009. pp. 2.219-2.238.

seu art. 4º, incisos VII e VI, e art. 5º, § 5º, os quais cuidam, respectivamente, do acesso à educação para “*aqueles que não o concluíram na idade própria*” (jovens e adultos) e para o público em geral.

Os dispositivos mencionados no parágrafo acima preveem que o Poder Público deve criar formas alternativas de acesso aos diferentes níveis de educação para o público em geral, bem como acesso público e gratuito aos ensinos fundamental e médio para jovens e adultos, impondo a oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando. Nesse sentido, o inciso IX, do art. 206, da Constituição de 1988, intensifica o princípio contido no inciso I, ao prever que o ensino será ministrado em observância à garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida.

O texto do dispositivo mencionado no parágrafo anterior foi inserido na Constituição vigente pela Emenda Constitucional n.º 108/2020, e decorre de alteração na proposta original, a qual pretendia implementar o princípio da “*proibição do retrocesso, entendida como a vedação da supressão ou diminuição de direitos a prestações sociais educacionais*”⁴⁸.

Segundo a justificativa elaborada pela Senadora Raquel Queiroz, autora da PEC e que instruiu a proposta original, o objetivo do dispositivo era garantir que o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB) não fosse alvo de tentativas de precarização, permitindo a redução do financiamento para a educação básica, dada sua importância para a consecução das diretrizes constitucionais e das políticas públicas atinentes à promoção do direito à educação.

A redação originalmente sugerida, transcrita dois parágrafos acima, sofreu drástica alteração, de modo que o dispositivo passou a complementar o texto do inciso I, do art. 206, impondo que o cidadão usufrua do direito à educação ao longo da vida, frisando a necessidade de garantia a pessoas que não acessaram os sistemas de ensino na idade compreendida como adequada, o façam em outros momentos de suas existências.

O próximo princípio, previsto no inciso II, do art. 206, é o da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber.

⁴⁸ Proposta de Emenda à Constituição nº 15/2015 (numeração na Câmara dos Deputados). Raquel Muniz (autora). Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1198512>>. Acesso em 17.10.2023. No Senado, a Proposta tramitou sob o nº 26/2020.

A norma detalha um determinado aspecto do direito de liberdade previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição de 1988, ao garantir a todas as pessoas físicas e jurídicas de direito privado⁴⁹ envolvidas em processo educacionais, o façam expressando livremente suas convicções acerca do aprender e do ensinar, os resultados de suas pesquisas e os produtos dos seus pensamentos, de sua arte e do seu saber.

Note-se que o princípio inscrito no art. 206, inc. II, da Constituição vigente, declara quatro liberdades específicas: a de aprender, a de ensinar, a de pesquisar e a de divulgar pensamento, arte e saber.

As duas primeiras, ensina JORGE MIRANDA, referem-se à liberdade do professor de transmitir o conhecimento que detém, segundo suas orientações científicas e pedagógicas, sempre em busca da verdade, e à liberdade do aluno de compreender, de forma crítica, as lições e os conteúdos que lhe são ministrados⁵⁰.

A liberdade de pesquisa, afirma MARCOS AUGUSTO MALISKA, atinge todos os níveis de educação, e comporta limitações necessárias para impedir que ela entre em rota de colisão com outros direitos fundamentais⁵¹.

O entendimento do autor prenuncia-se como adequado, posto que a liberdade (inclusive de pesquisa), tomada como um direito fundamental, pode colidir com outros direitos de mesma natureza. Tome-se como exemplo o caso hipotético de professor pesquisador que, sob a justificativa de desenvolver método de alfabetização inovador, aplica castigos físicos a seus alunos, está, na verdade, afrontando os direitos de proteção à criação e a vedação à tortura e ao tratamento degradante, incorrendo assim em conduta antijurídica.

Cabe, portanto, ao Estado, no exercício de sua competência regulamentar, indicar interseções em que a liberdade de pesquisa pode avançar sobre outros direitos fundamentais, erigindo os limites jurídicos.

Por fim, a liberdade de divulgar o pensamento, a arte e o saber, é considerada ampla por MARCOS AUGUSTO MALISKA. Vale dizer: para o autor ela praticamente não comporta limitações, podendo ser posta em atividade livremente. Segundo o ele, a única condição para o exercício da liberdade fixada no art. 206, inciso II, da

⁴⁹ Exceção feita às empresas públicas e sociedades de economia mista, que por integrarem a Administração Pública indireta, experimentam uma mitigação dessa liberdade.

⁵⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV, 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 437.

⁵¹ MALISKA. *op. cit.* p. 166.

Constituição de 1988, consiste na necessidade de a divulgação do saber ser amparada por comprovação científica⁵², não podendo ela servir como ferramenta de propagação de estudos elaborados acriticamente, sem fundamentação⁵³.

O assunto, contudo, comporta ponderações. DANIELA LIMA DE ALMEIDA lembra que por ser uma faceta de um direito fundamental, a liberdade de divulgar manifestação científica ou artística encontra limites expressos no texto da Constituição vigente (a exemplo a vedação ao anonimato e do direito de presta previstos no art. 5º, inc. IV e V da Constituição de 1988), nas leis que limitam o seu exercício (conforme se deduz dos dispositivos que proíbem a violação a direitos de autores e inventores, previstos nas Leis nº 9.609/1998⁵⁴ e 9.610/1998⁵⁵) e ainda no caso de conflito entre direitos fundamentais⁵⁶.

A questão é sensível e complexa, já que, em última análise, perpassa a análise do conteúdo, da finalidade e dos limites do exercício do direito à liberdade de expressão. Por isso mesmo, entende-se que o direito à liberdade de divulgar o pensamento, a arte e o saber, segue a sorte daquele último.

Por isso cabe ressaltar observação feita por JOÃO PAULO CAPELOTTI, para quem “*A intenção do constituinte de refrear o exercício das liberdades comunicativas parece evidente [...]*”⁵⁷. Por isso, sem se discutir pormenorizadamente cada um dos limites oponíveis ao exercício do direito à liberdade de divulgar o pensamento, a arte e o saber, defende-se que ele também está sujeito a todos os limites expressamente previstos na Constituição de 1988, nas leis vigentes no país, e ainda por aqueles impostos casuisticamente, em virtude de eventual conflito com outros direitos fundamentais.

⁵² MALISKA. *ibid.* p. 164.

⁵³ *cf.* Essa conclusão é especialmente importante para o momento histórico em que este trabalho é escrito, o qual sucede em poucos meses período em que diversos “estudos” sobre tratamentos para a COVID-19 foram divulgados. “**Tratamento precoce**” e “**kit covid**”: **a lamentável história do combate à pandemia no Brasil**. Disponível em <<https://jornal.usp.br/ciencias/tratamento-precoce-e-kit-covid-a-lamentavel-historia-do-combate-a-pandemia-no-brasil/>>. Acesso em 08.10.2023.

⁵⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 20.02.1988.

⁵⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 20.02.1988.

⁵⁶ ALMEIDA, Daniela Lima. **Dimensionamento constitucional da liberdade de expressão artística no Brasil**. Dissertação (Mestrado). Fortaleza: Universidade de Fortaleza (UNIFOR), 2015. pp. 96-105.

⁵⁷ CAPELOTTI, João Paulo. **Ridendo castigat mores: tutelas reparatórias e inibitórias de manifestações humorísticas no direito civil brasileiro**. Tese (Doutorado). Curitiba: Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2016. p. 137.

Indo adiante, o princípio do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e a coexistência de instituições públicas e privadas de educação, inscrito no art. 206, inciso III, da Constituição vigente, agrega a liberdade de aprender e de ensinar exposta acima.

Explica ANTONIO JORGE PEREIRA JÚNIOR que esse princípio “[...] *expressa a liberdade de educar a partir de compreensões de mundo distintas*”⁵⁸, reconhecendo, por consequência, a legitimidade de serem utilizados métodos de educação diversos, e de convívio das concepções de educação que norteiam as atividades desenvolvidas no âmbito de escolas públicas e de escolas privadas.

É de se notar que ao garantir o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, pretendeu o constituinte evitar que a escola seja utilizada como instrumento de propagação de uma determinada ideologia ou forma de pensar^{59 60}.

Prevista no inciso VI, da Constituição de 1988, a implementação de modelos de gestão democrática na educação público, na forma da lei, engendra outro princípio que merece ser posto em vista.

Segundo ANTONIO JORGE PEREIRA JÚNIOR, trata-se de princípio-meio, que dá continuidade ao pluralismo previsto no inciso II, da Constituição vigente, permitindo que pais e comunidade escolar participem da gestão dos estabelecimentos de educação de modo a aprimorar o processo de ensino-aprendizagem, com vistas a alcançar o pleno desenvolvimento dos alunos⁶¹.

Avança o autor no raciocínio elucidando que em função do referido dispositivo constitucional, os gestores das escolas públicas devem interagir com a comunidade, com os professores, com os pais e com os demais atores do processo educacional, permitindo a participação ativa de todos, “[...] *enquanto estes, por sua vez, devem*

⁵⁸ PEREIRA JÚNIOR. *op. cit.* p. 2.230.

⁵⁹ O dispositivo em comento pretende, sob um determinado aspecto, evitar que a escola seja utilizada como um Aparelho Ideológico de Estado (AIE), tal como definido por LOUIS ALTHUSSER. (*cf.* ALTHUSSER. *op. cit.*).

⁶⁰ Em 2020, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL exarou uma série de decisões declarando inconstitucionais leis que visavam a impedir professores de abordar temas como diversidade de gênero, orientação sexual, entre outros. Dentre os fundamentos arrolados pela Corte, encontra-se a afronta ao art. 206, inciso III, da Constituição vigente, e ao pluralismo de ideias que deve nortear a promoção da educação. Nesse sentido, ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 5.537. Rel. Min. Roberto Barroso. Diário de Justiça. Brasília: DJe de 17.09.2020; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n.º 467. Rel. Min. Gilmar Mendes. Diário de Justiça. Brasília: DJe de 07.07.2020; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n.º 457. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Diário de Justiça. Brasília: DJe de 03.06.2020.

⁶¹ PEREIRA JUNIOR. *op. cit.* p. 2.237.

*participar da gestão no limite de uma atuação que não prejudique a administração escolar que cumpre finalidade prevista em lei*⁶².

Destarte, para se avançar em direção à educação plena que, para além da instrução formal, se preocupe em cultivar sujeitos críticos, é essencial que as escolas tenham como referência os contextos social e familiar em que seus alunos estão inseridos. E, para que isso ocorra de maneira efetiva, é necessário manter diálogo com todos os atores circundantes que interagem no referido contexto.

O inciso IV, do art. 206, da Constituição de 1988, contém, em sua redação, a gratuidade do ensino público em instituições e estabelecimentos públicos como um dos princípios balizadores da promoção do direito à educação.

Esse princípio, nos termos do que ensina JOSÉ AFONSO DA SILVA, exprime antiga tradição jurídica brasileira e é resultado da internalização de direito previsto no já mencionado art. 26, da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁶³. A par disso, é integrado pelo texto do art. 208, inciso I, da Constituição vigente, o qual prevê que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia à população de educação básica obrigatória gratuita.

Cumpra asseverar que os efeitos da gratuidade do ensino público, disciplinada no art. 206, inciso IV, da Constituição de 1988, espraiam-se por toda a estrutura pública de educação, desde as séries iniciais da educação infantil até o ensino superior.

A observação é útil porque a redação do art. 208, inciso I, do Texto Constitucional, trata exclusivamente da “[...] **educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade** [...]” (g.n.). Tomado literalmente, esse dispositivo poderia ensejar interpretação segundo a qual a gratuidade constitucionalmente celebrada recairia exclusivamente sobre a educação básica, não se estendendo ensino superior. Essa interpretação, entretanto, não resiste se for avaliada sob a perspectiva de que a educação é um direito fundamental⁶⁴, e que a gratuidade consiste em instrumento apto a lhe conferir efetividade. Para garantir a maior extensão possível do direito à educação, é indispensável que a gratuidade alcance todas as suas esferas, não sendo legítimo impor a ela qualquer limitação.

⁶² PEREIRA JUNIOR. *idem*. p. 2.237.

⁶³ cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 858.

⁶⁴ Sobre o tema, ver o item 3.1 deste trabalho.

Esse posicionamento é ratificado por MARCOS AUGUSTO MALISKA, para quem *“todos os estabelecimentos de ensino público, sejam em grau fundamental, médio ou superior, são gratuitos”*⁶⁵⁻⁶⁶.

De acordo com o autor, sob uma perspectiva mais ampla, a gratuidade do ensino público implica a impossibilidade de os alunos incorrerem em qualquer tipo de despesa imposta como condição para fruição dos serviços prestados no interior de estabelecimentos públicos de educação⁶⁷. Tal posicionamento encontra eco no texto da Súmula Vinculante n.º 12 do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, cujo texto prescreve que *“A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da CF”*⁶⁸⁻⁶⁹.

O princípio da valorização dos profissionais da educação escolar foi arrolado no art. 206, inciso V, da Constituição vigente, como um dos princípios regentes da promoção do direito à educação.

Valorizar, explana MARCOS AUGUSTO MALISKA, *“[...] significa prestigiar, incentivar, motivar os profissionais do ensino para que desempenhem da melhor maneira possível, suas atividades docentes”*⁷⁰.

O dispositivo estabelece a valorização do docente, que deve garantida por planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos profissionais das redes públicas, e é agregado pelo inciso VIII, da Constituição de 1988, que impõe também a criação de um piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação pública.

O texto do inciso V, do art. 206, fortalece do previsto no art. 37, inciso II, da Constituição vigente, responsável por vincular a investidura em cargo ou emprego

⁶⁵ MALISKA. *op. cit.* p. 195.

⁶⁶ Em que pese o posicionamento adotado pelo autor, há na jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL precedente que cria exceção ao princípio da gratuidade. Ao julgar a ADI n.º 5.082, o STF entendeu ser constitucional o pagamento de quota mensal por alunos. Para aquela CORTE, tais colégios, integrantes do Sistema de Ensino do Exército, possuem peculiaridades que permitem sua classificação como *“[...] instituições educacionais sui generis [...]”*, mantidas, em alguma medida, pelas quotas mensais dos alunos, cujo pagamento *“[...] não representa ofensa à regra constitucional da gratuidade do ensino público, uma vez que não há ofensa concreta ou potencial ao núcleo de intangibilidade do direito fundamental à educação”*. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 5.082. Rel. Min. Edson Fachin. Diário de Justiça. Brasília: DJe de 02.04.2020). Outra aparente exceção reside no posicionamento do STF segundo o qual as universidades públicas podem cobrar mensalidades em cursos de especialização (cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n.º 597.854. Rel. Min. Edson Fachin. Diário de Justiça. Brasília: DJe de 21.09.2017).

⁶⁷ MALISKA. *op. cit.* p. 196.

⁶⁸ MALISKA. *op. cit.* p. 170.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n.º 12. Diário de Justiça. Brasília: DJe de 11.11.2008.

⁷⁰ MALISKA. *op. cit.* p. 170.

público a prévia aprovação em concurso público. Esse modo de acesso, é claro, não promove, por si só, qualquer valorização do profissional da educação. Quem presta um concurso público não o faz mirando apenas a satisfação pessoal gerada pela aprovação. Pretende, igualmente, ter acesso a cargo criado por lei, integrado a um plano de carreira estável e vantajoso.

Daí a ressalva feita pelo constituinte, no sentido de que a valorização realiza-se, em primeiro lugar, pela instituição de um plano de carreira para os profissionais que venham a integrar os quadros da Administração Pública e cujo acesso se efetua exclusivamente por aprovação em concurso público. Ou seja, o concurso público só se converte em instrumento de valorização do docente quando serve como filtro para destacar de um universo de indivíduos aqueles mais preparados para ocupar cargos que ofertam efetivas vantagens e benesses.

Esse princípio, registre-se, está intimamente conectado com o objeto deste trabalho, ao passo em que tem sido apontado como um empecilho jurídico à concessão e à terceirização de serviços públicos de educação⁷¹, cuja prestação supostamente só poderia ser efetivada por professores aprovados em concurso público.

Sem se adentrar ao mérito do argumento neste momento, pode-se afirmar que a valorização do docente – assim entendida como a norma que impõe a implementação de carreiras vantajosas para esses profissionais, acessíveis mediante concurso público, no caso dos professores da estrutura pública de educação – tem perdido efetividade frente ao volume de contratações temporárias, fundadas no art. 37, inciso IX, da Constituição de 1988, realizadas pelos entes da Federação para suprir carências contidas em seus quadros funcionais.

A providência, que deveria servir para suprir “[...] *necessidade temporária de excepcional interesse público* [...]”, tem sido utilizada de maneira contumaz em alguns casos, e sujeitado os docentes a condições de trabalho pouco vantajosas em relação àquelas atinentes à ocupação de cargos públicos, mediante prévia aprovação em concursos públicos⁷².

⁷¹ Ver item 4.1 deste trabalho.

⁷² Isso ocorre, dentre outras coisas, porque a contratação destinada a suprir necessidade temporária e de excepcional interesse público se dá por tempo determinado. Os sujeitos admitidos por intermédio desse instrumento não gozam, portanto, da estabilidade concedida aos ocupantes de cargos públicos. Além disso, a remuneração dessas pessoas normalmente é inferior àquela paga aos professores admitidos mediante prévia aprovação em concursos públicos.

Tome-se como exemplo a Secretaria de Educação do Estado do Paraná, que, segundo dados fornecidos por ela própria, tinha em seus quadros, no mês de setembro de 2023, 65.973 (sessenta e cinco mil, novecentos e setenta e três) colaboradores, dentre os quais foram contratados, com amparo no art. 37, inciso IX, da Constituição vigente, um total de 28.459 (vinte e oito mil, quatrocentos e cinquenta e nove) pessoas⁷³.

Em outras palavras, no mês de setembro de 2023, pouco mais de 43% (quarenta e três por cento) dos colaboradores da Secretaria de Educação do Estado do Paraná mantinham vínculos de natureza trabalhista, firmados por tempo determinado, após aprovação em processos seletivos simplificados.

O princípio previsto no inciso VIII, da Constituição de 1988, incrementa a diretriz de valorização dos profissionais de educação⁷⁴, determinando a implantação de um piso salarial para os profissionais da educação escolar pública.

Esse dever constitucional, ratificado pela redação dada pela já revogada Emenda Constitucional n.º 53/2006 ao art. 60, inciso III, alínea “e”, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, foi exercida pelo legislador por ocasião da edição da Lei n.º 11.738/2008⁷⁵, responsável por instituir o piso salarial para os profissionais do magistério da educação básica.

Referida lei fixa o piso salarial daqueles profissionais em R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais) para formação em nível médio, na modalidade Normal, prevista no art. 62, da Lei n.º 9.394/1996. Esse é o valor mínimo para a definição do vencimento inicial das carreiras do magistério público da educação básica, pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios (art. 2º, *caput* e § 1º).

O texto normativo também cuida da jornada de trabalho desses profissionais, limitando-a a, no máximo, 40 (quarenta) horas semanais, e, expressamente, destina no mínimo 1/3 (um terço) da jornada para atividades a serem exercidas fora de sala de aula (art. 2º, §§ 1º e 2º).

⁷³ SEED em números. Disponível em http://www4.pr.gov.br/escolas/numeros/frame_geralprofpesvinc.jsp?mes=09&ano=2023. Acesso em 09.10.2023.

⁷⁴ E por isso também guarda correlação com o objeto do presente trabalho, pelos motivos relativos ao princípio da valorização do docente.

⁷⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Lei n.º 11.738, de 16 de julho de 2008. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 11.01.2002.

A lei contemplou, ainda, um regime de transição, tendo estabelecido como data-limite para implementação da integralidade do valor do piso salarial o dia 1º de janeiro de 2010 (art. 3º), e um critério de reajuste anual desse piso (art. 5º).

Em que pese ser concisa, a Lei n.º 11.738/2008 foi amplamente questionada junto ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Por intermédio das ADI's n.º 4.167⁷⁶ e 4.868⁷⁷, governadores de diversos Estados da Federação alegaram a inconstitucionalidade de vários de seus dispositivos.

Nos dois casos, os questionamentos levantados com a Lei n.º 9.394/1996 foram rechaçados⁷⁸⁻⁷⁹ pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que se posicionou favoravelmente à fixação de um piso salarial uniforme e minimamente vantajoso como instrumento de valorização dos profissionais da educação básica, e, por consequência, de fomento à educação

De qualquer modo, é interessante observar que o teor da Lei n.º 9.394/1996, cuja finalidade é dar cumprimento ao princípio previsto no art. 206, inciso VIII, da Constituição de 1988, de modo a implementar o piso nacional da educação, e, por consequência, conferir efetividade ao princípio previsto no inciso V, do mesmo dispositivo constitucional (o princípio da valorização do docente), foi sistematicamente questionado por gestores públicos⁸⁰.

⁷⁶ cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 4.167. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Diário de Justiça. Brasília: DJe de 17.07.2008.

⁷⁷ cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 4.848. Rel. Min. Roberto Barroso. Diário de Justiça. Brasília: DJe de 05.05.2021.

⁷⁸ Na ADI n.º 4.167, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, foram apontadas supostas inconstitucionalidades na fixação do piso salarial a partir do vencimento básico dos professores, na reserva do percentual mínimo de 1/3 da carga horária dos docentes para dedicação a atividades extraclasse e na aplicação escalonada do piso dos professores. Por maioria de votos, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL rechaçou as supostas inconstitucionalidades, fundamentando sua posição sobretudo na possibilidade de a União utilizar sua competência para exarar normas gerais que disponham sobre o piso do vencimento dos professores da educação básica como mecanismo de fomento ao sistema educacional e de valorização profissional.

⁷⁹ A ADI n.º 4.868⁷⁹, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, serviu para se questionar o teor do art. 5º, da Lei n.º 11.738/2008, o qual contém o critério de reajuste do piso remuneratório dos profissionais da educação básica. Essa ação também foi julgada improcedente pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que reconheceu a competência da União para editar atos nacionalmente aplicáveis, destinados a “[...] *uniformizar a atualização do piso nacional do magistério em todos os níveis federativos e cumprir os objetivos previstos no art. 3º, III, da Constituição Federal [...]*”.

⁸⁰ Sem se adentrar ao mérito dos questionamentos, esses questionamentos denotam uma dificuldade do Estado em valorizar seus docentes fazendo uso dos meios e ferramentas tradicionais, fato que tende a acirrar os ânimos entre esses profissionais e a Administração que os emprega, e explica, ao menos parcialmente, a resistência dessa classe laboral à adoção de estratégias de concessão e de terceirização de serviços públicos de educação. Ver item 4.1 deste trabalho.

Por fim, resta tratar do inciso VII, da Constituição vigente, no qual consta como um dos princípios norteadores do direito à educação a garantia de padrão de qualidade.

Apesar de remeter à necessidade de as atividades pedagógicas executadas no País deterem um conjunto de características positivas, capazes de conferir efetividade ao direito à educação e de formar os cidadãos, o Texto Constitucional não define o que considera educação de “qualidade” e não aponta indicadores (jurídicos, gerenciais ou pedagógicos) a serem utilizados para a apurar⁸¹.

Dado o alto grau de indeterminação, a compreensão do conteúdo do dispositivo constitucional demanda avaliação do que a pedagogia tem a indicar sobre a qualidade da educação.

Nesse contexto, a obra de JANAINA ALMEIDA DA COSTA SILVA, dedicada exclusivamente ao tema e intitulada de “Qualidade na Educação”⁸², serve de norte ao presente estudo.

Após trabalhar com conceitos de qualidade (destacando o fato de que este primeiro goza de alto grau de subjetividade⁸³) e educação, a autora os correlaciona, buscando explicar o que se deve ter em vista quando se explora o tema sobre a qualidade na educação.

Sua abordagem demonstra, em primeiro lugar, que a qualidade na educação abrange o que ela denomina de “*pressupostos da educação de qualidade*”⁸⁴, a instituição de indicadores firmes de qualidade da educação, o estabelecimento de metas para a educação, e o enfrentamento de obstáculos à aprendizagem de qualidade.

Além disso, retira-se de seu texto a constatação de que a qualidade na educação pode ser tratada a partir de dois vieses distintos: *i)* a promoção de educação de qualidade, por estabelecimentos públicos e privados de educação; e *ii)* a fiscalização realizada pelo Estado sobre os serviços de educação ofertados por esses estabelecimentos⁸⁵.

⁸¹ Não seria surpresa que a Constituição de 1988, analítica por excelência, contivesse em seu texto esses indicadores.

⁸² *cf.* SILVA, Janaina Almeida da Costa. **Qualidade na educação** [recurso eletrônico]. São Paulo: Cengage, 2016.

⁸³ *cf.* SILVA. *Ibid.* p. 11.

⁸⁴ SILVA. *Ibid.* p. 11.

⁸⁵ *cf.* SILVA. *Ibid.* pp. 13-26.

O primeiro viés parte de observação de que ao se falar de qualidade na educação “[...] devemos ter uma visão polissêmica, já que suas significações nos trazem diversas percepções e avaliações, com diferentes atores individuais e institucionais [...]”⁸⁶.

A autora desenvolve a ideia contida na citação acima transcrita, ao afirmar que “[...] não existe um arquétipo ou uma receita única para uma escola de qualidade”⁸⁷, dado o fato de que cada escola está inserida num contexto social peculiar, devendo a ele se adaptar. Por isso, advoga que, “[...] quem pode definir bem e dar vida às orientações gerais sobre a qualidade na escola, em acordo com os contextos socioculturais locais, é a própria comunidade escolar”⁸⁸.

De qualquer modo, ela admite a necessidade de serem construídos conceitos mínimos do que deve ser entendido por educação de qualidade e destaca o trabalho encabeçado pelo Ministério da Educação e pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), conjuntamente com outras instituições, para o desenvolvimento de indicadores de qualidade relativos à educação brasileira⁸⁹⁻⁹⁰⁻⁹¹.

Em suas palavras, “[...] diante da avaliação por meio de indicadores, associados a outros resultados apresentados pela educação no Brasil, muito se conquistou nos últimos anos [...]”⁹².

O segundo viés se envereda pelos instrumentos de fiscalização postos em execução pelo Estado, visando a aferir essa qualidade. Nesse ponto, afirma a autora, ganham destaque as metas para a educação nacional impostas pela Lei n.º 13.005/2014 (Plano Nacional da Educação), os sistemas de avaliação implementados

⁸⁶ cf. SILVA. *op. cit.* p. 12.

⁸⁷ cf. SILVA. *Ibid.* p. 15.

⁸⁸ cf. SILVA. *Idem.* p. 15.

⁸⁹ cf. SILVA, Ana Paula Soares [et. al.] **Indicadores de qualidade na educação infantil**. Lee Oswald Siqueira [et. al.] (Coord.). Ministério da Educação/Secretaria de Educação Básica. Brasília: MEC/SEB, 2009. Disponível em

<https://www.unicef.org/brazil/media/506/file/Indicadores_da_Qualidade_na_Educacao_Infantil.pdf>.

Acesso em 17.10.2023.

⁹⁰ Cf. RIBEIRO, Vanda Mendes [et. al.]. **Indicadores de qualidade na educação (ensino fundamental)**. Vera Masagão Ribeiro [et. al.] (Coord.). 4. ed. São Paulo: Ação Educativa, 2013. Disponível em

<https://www.unicef.org/brazil/media/2156/file/Indicadores_da_Qualidade_na_Educacao_ensino_fundamental.pdf>. Acesso em 17.10.2023.

⁹¹ CARREIRA, Denise [et. al.]. **Indicadores de qualidade no ensino médio**. Denise Carreira (Coord.). São Paulo: Ação Educativa, 2018. Disponível em

<https://www.unicef.org/brazil/media/1521/file/Indicadores_da_Qualidade_no_Ensino_Medio.pdf>.

Acesso em 17.10.2023.

⁹² SILVA. *Ibid.* p. 20.

(como o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica – SAEB) e o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM)⁹³⁻⁹⁴.

Cabe também registrar a lição de MARCOS AUGUSTO MALISKA, que lembra as imposições realizadas pela Lei n.º 9.394/1996, para que a União (art. 9º, incisos VII e IX), os Estados (art. 10, incisos IV e V) e os Municípios (art. 11, incisos III e IV) autorizem, credenciem e supervisionem cursos de instituições de educação superior e estabelecimentos dos seus sistemas de educação e emitam normas complementares nos limites de suas competências⁹⁵.

Como isso se pode concluir que a fiscalização a ser exercida pelo Estado tem caráter anterior, por meio da regulação e do controle sobre a abertura de cursos e estabelecimentos de educação, e posterior, mediante avaliação da eficiência com que os diversos estabelecimentos de educação exercem suas atividades, feita com base na aferição de indicadores de qualidade.

Esse último princípio perpassa, de modo fundamental, o tema deste trabalho, posto que a adoção de estratégias de concessão e de terceirização de serviços públicos de educação devem se amparar na busca por um incremento na qualidade da educação ofertada à população.

Sob a égide de uma Constituição de inspiração social, só há sentido que o Estado estreite relações com a iniciativa privada e delegue ou repasse a ela parte do seu ônus de suprir a população com serviços públicos de educação em situações em que se projeta a adoção de estratégias como a melhor opção para melhorar a qualidade desses serviços.

2.1.5. O(s) sistema(s) e os níveis de educação e de ensino

A redação dos arts. 205 a 214, da Constituição vigente, é permeada por remissões a elementos de caráter estruturante dos chamados sistemas de educação instituídos no País.

Os incisos do art. 208 ilustram essa afirmação, ao mencionarem a necessidade de o Estado garantir “*educação básica obrigatória*” (inciso I), a

⁹³ SILVA. *op. cit.* pp. 20-22.

⁹⁴ Por estarem relacionados a aspectos mais funcionais dos serviços públicos de educação (afinal, tais avaliações servem como instrumentos de aferição de como os serviços de educação estão sendo prestados), tais temas serão novamente abordados no capítulo seguinte.

⁹⁵ MALISKA. *op. cit.* pp. 173-176.

progressiva universalização do “*ensino médio*”, “*educação infantil*” (inciso IV) e “*ensino noturno regular*” (inciso VI).

A concisão do Texto Constitucional, contudo, enseja um aspecto de desorganização ao tratamento conferido a essas figuras, sobretudo porque, na prática, a estrutura organizacional do sistema nacional de educação se mostra deveras complexa.

Conhecer essa estrutura organizacional é essencial para se ter claros os limites definidos para o objeto da presente pesquisa que, como já afirmado diversas vezes, recai sobre o nível da educação básica.

A compreensão da extensa rede de instituições e recursos que compõem os sistemas de educação erigidos no Brasil demanda uma leitura dirigida da Constituição vigente e da Lei n.º 9.394/1996.

O ponto de partida é o *caput* do art. 211, da Constituição de 1988, cuja redação estabelece que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão, em regime de colaboração, seus sistemas de educação⁹⁶.

O dispositivo em comento fortalece o comando do art. 23, inciso V, da Constituição vigente, que define a promoção da educação como de competência concorrente entre todos os entes da Federação, e permite que cada um deles estruture seu próprio sistema de educação.

Contudo, a percepção do conteúdo e dos limites das competências estabelecidas para cada um dos entes da Federação no que toca à promoção do direito à educação deve ser precedida por uma incursão na Lei n.º 9.394/1993.

É a partir da lei mencionada no parágrafo anterior que se compreende a divisão horizontal, em níveis, realizada pela Constituição de 1988 nos diversos sistemas de educação instituídos, de modo a se ter uma visão precisa do significado de expressões como “ensino básico”, “educação superior”, “ensino infantil”, “ensino fundamental”, “ensino médio” etc.

Ao se examinar a Constituição de 1988 e a Lei n.º 9.394/1996, constata-se que os sistemas de educação a serem organizados, mantidos e desenvolvidos pelos diversos entes da Federação, devem observar determinados níveis, definidos em

⁹⁶ Nem a Constituição de 1988, nem a Lei n.º 9.394/1996 contêm definição normativa do que é um sistema de ensino. A partir de uma interpretação sistemática dos dispositivos desta última, percebe-se que sistema de ensino consiste no conjunto de normas, agentes, instituições, estabelecimentos e recursos que compõem a estrutura instituída por um determinado ente da Federação para ofertar à população serviços de educação pública ou privada.

virtude da complexidade e das peculiaridades dos processos de ensino-aprendizagem ínsitos a cada um deles.

Tais níveis estão dispostos em duas grandes categorias, previstas no art. 21, da Lei n.º 9.394/1996, a saber: *i)* a educação básica; e *ii)* a educação superior.

A educação básica, nos termos do art. 21, inciso I, da Lei n.º 9.394/1996, é formada pela educação infantil, pelo ensino fundamental e pelo ensino médio, que podem ser organizados em séries anuais, períodos semestrais, ciclos, alternância regular de períodos de estudos, grupos não-seriados, com base na idade, na competência e em outros critérios, ou por forma diversa de organização, sempre que o interesse do processo de aprendizagem assim o recomendar.

A educação infantil, primeiro nível estabelecido na legislação, de acordo com a redação do art. 29, da Lei n.º 9.394/1996, é a primeira etapa da educação básica, e tem como público-alvo crianças de até cinco anos, devendo promover o desenvolvimento integral desses indivíduos em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da sociedade. Sua oferta efetua-se em creches, para crianças de até três anos de idade, e em pré-escolas, para crianças de quatro a cinco anos (art. 30, da Lei nº 9.394/1996).

O ensino fundamental consiste na etapa imediatamente posterior ao ensino infantil. Destinado a atender crianças a partir dos seis anos de idade, sua duração é de nove anos, e tem como objetivo a formação básica do cidadão. Essa formação, segundo prevê o art. 32, da Lei n.º 9.394/1996, deve se dar mediante: *i)* o desenvolvimento da capacidade de aprender, tendo como meios básicos o pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo; *ii)* a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade; *iii)* o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem, tendo em vista a aquisição de conhecimentos e habilidades e a formação de atitudes e valores; e *iv)* o fortalecimento dos vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca em que se assenta a vida social.

O ensino médio é a etapa que sucede o ensino fundamental e que se presta a atender os egressos deste último nível educacional. Suas finalidades, dispõe o art. 35, da Lei n.º 9.394/1996, são: *i)* a consolidação e o aprofundamento dos conhecimentos adquiridos no ensino fundamental, possibilitando o prosseguimento de estudos; *ii)* a preparação básica para o trabalho e a cidadania do educando, para continuar aprendendo, de modo a ser capaz de se adaptar com flexibilidade a novas

condições de ocupação ou aperfeiçoamento posteriores; *iii*) o aprimoramento do educando como pessoa humana, incluindo a formação ética e o desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico; e *iv*) a compreensão dos fundamentos científico-tecnológicos dos processos produtivos, relacionando a teoria com a prática, no ensino de cada disciplina.

Essa etapa pode ser cursada em seu formato regular, ou ainda no modelo de educação profissional técnica de nível médio, previsto nos arts. 36-A a 36-D, cuja finalidade é integrar a formação geral do educando com sua preparação para o exercício de profissões técnicas.

No contexto do ensino fundamental e médio, deve-se ressaltar a figura da educação de jovens e adultos, voltada àqueles que não tiveram acesso ou continuidade de estudos nos ensinos fundamental e médio na idade própria (art. 37, da Lei n.º 9.394/1996).

Para garantir o aprendizado dessas pessoas ao longo de suas vidas, os sistemas de educação são obrigados a assegurar, de forma gratuita, oportunidades educacionais apropriadas, preferencialmente sob a forma de educação profissional (art. 37, §§ 1º e 3º, da Lei n.º 9.394/1996).

A educação superior, por seu turno, é a última etapa da educação regular ofertado no Brasil. Dentre outras, são suas finalidades: *i*) estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo (art. 43, inciso I, da Lei n.º 9.394/1996); *ii*) tornar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua (art. 43, inciso II, da Lei n.º 9.394/1996); *iii*) incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando ao desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e da difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive (art. 43, inciso III, da Lei n.º 9.394/1996); *iv*) promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição (art. 43, inciso VII, da Lei n.º 9.394/1996).

Ela é composta por cursos sequenciais abertos a candidatos que cumpram os requisitos exigidos pelas instituições de ensino superior e que tenham concluído o

ensino médio, por cursos de graduação, de pós-graduação⁹⁷ e de extensão, conforme art. 44, da Lei n.º 9.394/1996.

Ainda no que toca aos níveis de ensino, é preciso dar ênfase à educação profissional e tecnológica, prevista no art. 39 a 42-B, da Lei n.º 9.394/1996.

Essa modalidade de educação, cuja finalidade, apesar de não estar expressamente prevista, parece ser muito similar àquela legalmente atribuída ao modelo de educação profissional técnica de nível médio, não consubstancia um nível apartado na estrutura educacional instituída pelo ordenamento jurídico pátrio. Em verdade, ela permeia os diferentes níveis de educação, conforme prevê o art. 39, § 2º, da Lei n.º 9.394/1996, e deve ser “[...] *desenvolvida em articulação com o ensino regular ou por diferentes estratégias de educação continuada, em instituições especializadas ou no ambiente de trabalho*” (art. 40).

Daí porque os incisos do art. 39, § 2º, da Lei n.º 9.394/1996 estabelecem que a educação profissional e tecnológica abrangerá cursos de formação inicial e continuada ou de qualificação profissional, cursos de educação profissional técnica de nível médio, e cursos de educação profissional tecnológica de graduação e de pós-graduação.

Por fim, é preciso dar destaque às figuras da educação especial e da educação bilíngue de surdos, previstas nos arts. 58 e 60-A, da Lei n.º 9.394/1996.

A educação especial é voltada a “[...] *educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação*” (art. 58, *caput*, da Lei n.º 9.394/1996).

Ela perpassa todos os níveis da educação, e garante que o público por ela abarcado seja atendido preferencialmente na rede regular de educação, que deve lhes oferecer currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos, para atender às suas necessidades (art. 59, inc. I, da Lei n.º 9.394/1996), terminalidade específica para aqueles que não puderem atingir o nível exigido para a conclusão do ensino fundamental, em virtude de suas deficiências, e aceleração para concluir em menor tempo o programa escolar para os superdotados (art. 59, inc. II, da Lei n.º 9.394/1996), professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns (art. 59, inc. III,

⁹⁷ Segundo o art. 44, inciso III, da Lei n.º 9.394/1996, os cursos de pós-graduação compreendem programas de mestrado e de doutorado, cursos de especialização, aperfeiçoamento e outros.

da Lei n.º 9.394/1996), educação especial para o trabalho, visando a sua efetiva integração na vida em sociedade (art. 59, inc. IV, da Lei n.º 9.394/1996), e acesso igualitário aos benefícios dos programas sociais suplementares disponíveis para o respectivo nível do ensino regular (art. 59, inc. V, da Lei n.º 9.394/1996).

Já a educação bilíngue de surdos é destinada a alunos surdos e surdos-cegos, com deficiência auditiva sinalizantes, surdos com altas habilidades ou superdotação ou com outras deficiências associadas (art. 60-A, *caput*, da Lei n.º 9.394/1996).

Ela consiste em modalidade de educação oferecida em Língua Brasileira de Sinais (Libras), como primeira língua, e em português escrito, como segunda língua, em escolas bilíngues de surdos, classes bilíngues de surdos, escolas comuns ou em polos de educação bilíngue de surdos (art. 60-A, *caput*, da Lei n.º 9.394/1996).

Tal como ocorre com a educação especial, a educação bilíngue de surdos tem “[...] *início ao zero ano, na educação infantil, e se estenderá ao longo da vida*” (art. 60-A, § 2º, da Lei n.º 9.394/1996), e pode ser combinada com aquela primeira modalidade educacional (art. 60-B, da Lei n.º 9.394/1996)

Os entes da Federação devem organizar seus sistemas de educação em observância a esses níveis e às normas que fixam suas competências, previstas sobretudo no art. 211, da Constituição vigente.

Essas competências, segundo se retira da leitura do referido dispositivo, são, em essência, de três ordens: *i*) regulatórias; *ii*) fiscalizatórias; e *iii*) operacionais, de organização, financiamento, e manutenção de instituições e estabelecimentos de ensino.

O § 1º, do art 211, da Constituição de 1988, imputa à União a atribuição de organizar o sistema federal de educação e dos Territórios e de financiar as instituições de educação federais, além de exercer função redistributiva e supletiva, de forma a garantir oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do educação mediante assistência técnica e financeira aos demais entes da Federação.

Essa competência é complementada pelo art. 9º, da Lei n.º 9.394/1996, que igualmente fixa a competência da União para, dentre outros, elaborar o Plano Nacional de Educação (inciso I), estabelecer competências e diretrizes para a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino superior, que nortearão os currículos e seus conteúdos mínimos, de modo a assegurar formação básica comum (inciso IV), assegurar processo nacional de avaliação de rendimento escolar no ensino fundamental, médio e superior (inciso VI), baixar normas gerais sobre cursos de

graduação e pós-graduação (inciso VII), assegurar processo nacional de avaliação das instituições de educação superior (inciso VIII) e autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de educação. (inciso IV).

Em suma, a União detém competência para emanar normas e instituir instrumentos de avaliação que garantam certo grau de uniformização e de qualidade mínima aos serviços de educação prestados em todos os sistemas de educação do País.

A União também é competente para regular, autorizar e fiscalizar o funcionamento de instituições⁹⁸ de ensino superior e organizar e financiar as instituições e estabelecimentos de educação que compõem o seu sistema de educação – que pode abranger diversos níveis mas, na prática, é composto majoritariamente por instituições de ensino superior.

Os Estados e o Distrito Federal, por sua vez, devem, na forma do art. 211, § 3º, da Constituição vigente, atuar prioritariamente no ensino fundamental e médio, organizando, mantendo e desenvolvendo os órgãos e instituições oficiais de seus sistemas de educação (na forma do art. 10, inciso I, da Lei n.º 9.394/1996).

Note-se que a Constituição de 1988 classifica a atuação de Estados e do Distrito Federal na oferta de vagas de ensino médio como “prioritária”, e não como “exclusiva”. Vale dizer que embora os Estados e o Distrito Federal sejam obrigados a direcionar seus recursos a, preferencialmente, expandir e qualificar a oferta de vagas de ensino fundamental e médio, nada impede que, em caráter subsidiário, tais entes desenvolvam instituições e estabelecimentos de educação nos níveis do ensino infantil e da educação superior. Aliás, o art. 10, inciso IV, da Lei n.º 9.394/1996, prevê expressamente o dever dos referidos entes federativos de autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de educação.

⁹⁸ A Constituição de 1988 e a Lei n.º 9.394/1996 não contêm definição do que são instituições de educação. Há, na Lei de Diretrizes e Bases da Educação, mera referência a instituições de ensino de natureza pública, privada e comunitária (art. 19), as quais compõem os sistemas de ensino da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (arts. 16 a 18). Trata-se de designação que convive com referências normativas à figura dos estabelecimentos de educação. Partindo-se da premissa de que o constituinte e o legislador não incluíram nos textos normativos palavras desprovidas de sentido próprio, parece-nos que o termo instituição de educação se destina a fazer frente a um universo mais amplo, composto por pessoas jurídicas de direito público (tais como autarquias e fundações públicas) e privado, com autonomia jurídica e financeira, que prestam serviços de educação, e por estabelecimentos de educação, assim entendidos como as instalações físicas onde estão localizadas escolas públicas ou privadas.

É precisamente essa possibilidade que explica o número elevado de universidades mantidas por Estados da Federação.

Em paralelo, a Lei n.º 9.394/1996 atribui aos Estados e ao Distrito Federal, dentre outras, as seguintes competências: *i*) organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino (art. 10, inciso I); *ii*) definir, com os Municípios, formas de colaboração na oferta do ensino fundamental (art. 10, inciso II); *iii*) elaborar e executar políticas e planos educacionais, em consonância com as diretrizes e planos nacionais de educação, integrando e coordenando as suas ações e as dos seus Municípios (art. 10, inciso III); *iv*) baixar normas complementares para o seu sistema de ensino (art. 10, inciso V); e *v*) assegurar o ensino fundamental e oferecer, com prioridade, o ensino médio a todos que o demandarem, respeitado o disposto no art. 38 da Lei (art. 10, inciso VI).

Vê-se, uma vez mais, a presença de competências de edição de normas voltadas a regular a execução de atividades educacionais por instituições e estabelecimentos públicos e privados, à fiscalização dessas atividades, e à operação direta de instituições e estabelecimentos públicos de educação, dentro das fronteiras estabelecidas na Constituição de 1988.

Os Municípios, por seu turno, devem atuar prioritariamente na promoção do ensino fundamental e infantil, tal como preconiza o art. 211, § 2º, da Constituição vigente. Para dar efetividade ao comando constitucional, indica a Lei n.º 9.394/1996 que os municípios devem: *i*) organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino, integrando-os às políticas e planos educacionais da União e dos Estados (art. 11, inciso I); *ii*) exercer ação redistributiva em relação às suas escolas (art. 11, inciso II); *iii*) baixar normas complementares para o seu sistema de ensino (art. 11, inciso III); *iv*) autorizar, credenciar e supervisionar os estabelecimentos do seu sistema de ensino (art. 11, inciso IV); *v*) oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição de 1988 à manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 11, inciso V); *vi*) assumir o transporte escolar dos alunos da rede municipal (art. 11, inciso VI); e *vii*) instituir, na forma da lei de que trata o art. 14, Conselhos Escolares e Fóruns dos Conselhos Escolares. (art. 11, inciso VII).

As competências descritas ilustram a necessidade de os entes da Federação abarcados pelos dispositivos legais exercerem atividades de cunho regulatório, fiscalizatório e de operação, conforme os limites previstos na Constituição vigente.

No geral, as competências de cunho regulatório são exercidas por Conselhos de Educação, instituídos legalmente como órgãos de apoio ao Ministério da Educação e Cultura (MEC) e às secretarias estaduais, distritais e municipais responsáveis pela promoção do direito à educação.

A título ilustrativo, menciona-se o teor do art. 7º, *caput*, da Lei n.º 4.024/1961 (com redação conferida pela Lei n.º 9.131/1995), segundo o qual “*O Conselho Nacional de Educação, composto pelas Câmaras de Educação Básica e de Educação Superior, terá atribuições normativas, deliberativas e de assessoramento [...]*” ao MEC.

Já as competências de cunho fiscalizatório são exercidas diretamente⁹⁹ pelo Ministério da Educação e Cultura (MEC) e pelas secretarias estaduais, distritais e municipais.

Nesse sentido, o art. 6º, *caput*, da Lei nº 4.024/1961 (com redação conferida pela Lei n.º 9.131/1995), prevê que o MEC deve exercer as atribuições do Poder Público federal em matéria de educação, “[...], *cabendo-lhe formular e avaliar a política nacional de educação, zelar pela qualidade do ensino e velar pelo cumprimento das leis que o regem*”.

Por fim, as competências de operação, assim compreendidas como o financiamento, a gestão e a manutenção dos serviços de educação, são exercidas pela iniciativa privada, no caso das instituições e estabelecimentos de educação privada, ou pelo Poder Público, no que toca às instituições e estabelecimentos de educação comunitárias, confessionais, filantrópicas e públicas.

As competências operacionais das instituições e estabelecimentos de educação públicos, comunitários, filantrópicos e confessionais, são divididas entre uma série de órgãos e entidades.

O financiamento da estrutura, mediante a destinação de recursos financeiros aptos a fazer frente às despesas a ela inerentes, será realizado pelo Poder Executivo

⁹⁹ A presente nota se deve à necessidade de se erguer ressalva quanto à necessidade de a família dos educandos e a comunidade auxiliarem nas atividades de fiscalização das instituições e estabelecimentos de educação públicos, em observância ao princípio da gestão democrática do ensino público, previsto no art. 206, inciso VI, da Constituição vigente.

local, normalmente por intermédio do orçamento destinado ao Ministério da Educação e Cultura ou às secretarias estaduais, distritais e municipais de educação¹⁰⁰, ou por instituições privadas, mantenedoras das instituições de educação comunitárias, confessionais e filantrópicas.

Já as atividades de gestão e manutenção são diluídas entre entidades do terceiro setor (no caso das instituições de educação comunitárias, filantrópicas e confessionais), famílias, comunidade e, essencialmente, pelas próprias instituições e estabelecimentos de educação e seus professores.

A Lei n.º 9.394/1996 confirma essa conclusão, ao fixar competências específicas para estabelecimentos de educação (art. 12) e para docentes (art. 13).

O texto legal impõe aos estabelecimentos de educação a incumbência de: *i)* elaborar e executar sua proposta pedagógica; *ii)* administrar seu pessoal e seus recursos materiais e financeiros; *iii)* assegurar o cumprimento dos dias letivos e horas-aula estabelecidas; *iv)* velar pelo cumprimento do plano de trabalho de cada docente; *v)* prover meios para a recuperação dos alunos de menor rendimento; *vi)* articular-se com as famílias e a comunidade, criando processos de integração da sociedade com a escola; *vii)* informar pai e mãe, conviventes ou não com seus filhos, e, se for o caso, os responsáveis legais, sobre a frequência e rendimento dos alunos, bem como sobre a execução da proposta pedagógica da escola; *viii)* notificar ao Conselho Tutelar do Município a relação dos alunos que apresentem quantidade de faltas acima de 30% (trinta por cento), percentual permitido em lei; *ix)* promover medidas de conscientização, de prevenção e de combate a todos os tipos de violência, especialmente a intimidação sistemática (*bullying*), no âmbito das escolas; *x)* estabelecer ações destinadas a promover a cultura de paz nas escolas; *xi)* promover ambiente escolar seguro, adotando estratégias de prevenção e enfrentamento ao uso ou dependência de drogas; *xii)* instituir, na forma da lei de que trata o art. 14, os Conselhos Escolares.

Aos docentes cabem as tarefas de: *i)* participar da elaboração da proposta pedagógica do estabelecimento de ensino; *ii)* elaborar e cumprir plano de trabalho, segundo a proposta pedagógica do estabelecimento de ensino; *iii)* zelar pela aprendizagem dos alunos; *iv)* estabelecer estratégias de recuperação para os alunos de menor rendimento; *v)* ministrar os dias letivos e horas-aula estabelecidos, além de

¹⁰⁰ A afirmação abrange também as escolas comunitárias, geridas por entidades do terceiro setor, e que podem ser receptoras de recursos públicos, conforme prevê o art. 213, da Constituição vigente.

participar integralmente dos períodos dedicados ao planejamento, à avaliação e ao desenvolvimento profissional; vi) colaborar com as atividades de articulação da escola com as famílias e a comunidade.

Evidencia-se assim que as instituições e estabelecimentos de educação e os docentes exercem, basicamente, atividades operacionais de cunho administrativo e atividades operacionais de cunho pedagógico, respectivamente.

Em melhores termos, os docentes são legalmente responsáveis por criar, implantar e aperfeiçoar planos, propostas, estratégias e atividades de cunho estritamente pedagógico, voltados diretamente à aprendizagem dos alunos.

As instituições e os estabelecimentos de educação, por intermédio de seus gestores, devem garantir que os recursos financeiros e humanos a eles destinados sejam alocados adequadamente, de modo que os educandos por eles atendidos tenham à disposição a infraestrutura, os serviços, os métodos, os instrumentos necessários a apoiar o desenvolvimento adequado do processo de ensino-aprendizagem, a ser conduzido pelos docentes.

Ter uma visão transversal desse conjunto de competências a serem desenvolvidas pelos diversos entes, públicos e privados, na promoção do direito à educação nos diferentes níveis normativamente instituídos, é essencial para se ter clareza dos limites do objeto pesquisado.

É preciso ter em mente que o presente trabalho não se presta a explorar a possibilidade de qualquer um dos entes que compõem a Federação delegarem à iniciativa privada o exercício de atividades atreladas às suas competências de cunho regulatório e fiscalizatório¹⁰¹.

O financiamento das instituições e estabelecimentos de educação pública, comunitária, filantrópica e confessional, que integra as competências de cunho operacional, também não está em discussão, dado o fato de que a Constituição de 1988 o impõe expressamente ao Estado. A pertinência dessa afirmação, encontra

¹⁰¹ Afora a figura da autorregulação, admitida pela doutrina e pela jurisprudência (cf. DEFANTI, Francisco. **Um ensaio sobre a autorregulação: características, classificações e exemplos práticos**. In.: Revista de Direito Público da Economia (RDPE). ano 16, n. 63, jul./set. 2018. pp. 149-181. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018), tem-se de forma mais ou menos estabelecida que as atividades de regulação (cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 129-141.) e de fiscalização (cf. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. pp. 153-156) são de competência exclusiva do Estado, sendo, ao menos em princípio, vedada a sua delegação. Dada a complexidade dos temas, entende-se que suas análises adequadas mereceriam pesquisas individualizadas e apartadas daquela realizada em função deste trabalho.

absoluto respaldo nos arts. 212 a 213, da Constituição vigente, que serão objeto de análise no capítulo vindouro.

Este trabalho tem pretensão mais modesta, qual seja, a de investigar a possibilidade de a execução direta de atividades operacionais de cunho administrativo e pedagógico, concernentes à educação básica, serem repassadas à iniciativa privada.

Para se compreender adequadamente este objeto de pesquisa, é preciso avaliar aspectos funcionais do direito à educação, explorando sua natureza jurídica de direito fundamental e seus efeitos, bem como os instrumentos (em especial, orçamentários) colocados à disposição do Poder Público para o promover. Esse será o tema do próximo capítulo.

3. EDUCAÇÃO EM PERSPECTIVA FUNCIONAL: ESTADO DA ARTE DA TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E NOVO ESFORÇO PARA A DELIMITAÇÃO DO OBJETO DA PESQUISA

Encerrada a exposição de uma visão ampla do direito à educação a partir de uma perspectiva de seus elementos estruturantes, e desvendado o confuso desenho institucional do sistema de educação constitucionalmente instituído, em seus contornos e potencialidades decorrentes da distribuição horizontal de competências realizada pela cooperação interfederativa em matéria de educação, imposta pelo *caput* do art. 211, da Constituição de 1988, direciona-se à exploração de aspectos distintos, voltados ao funcionamento dos sistemas de educação.

Se no capítulo antecedente anelou-se trazer os elementos necessários para fornecer um vislumbre transversal da estrutura jurídica e institucional pertinente à positivação e à efetivação do direito à educação, neste serão explorados aspectos funcionais desse direito, demonstrando quais efeitos ele gera em face dos seus destinatários, quais instrumentos são postos à disposição daqueles que devem provê-lo e quais dificuldades são enfrentadas por estes últimos ao realizar sua tutela.

Para tanto, serão abordadas algumas facetas do direito à educação a partir de sua natureza de direito fundamental e, no caso da educação pública, de serviço público de caráter essencial, considerados necessários para se finalizar a delimitação do objeto da pesquisa realizada.

Além disso, realizar-se-á uma incursão na Lei nº 13.005/2014 (o chamando Plano Nacional da Educação) e nas metas estratégicas por ela instituídas para o desenvolvimento da educação em âmbito nacional, e ainda em normas e instrumentos de financiamento da educação pública, procurando identificar quais horizontes o gestor público deve tomar como metas para conferir efetividade aquele direito fundamental, e quais ferramentas ele tem à sua disposição para tanto.

Deseja-se, ainda, investigar brevemente indicadores de qualidade da educação, aferindo se a alocação de recursos públicos promovida a partir das políticas levadas a cabo até 2023 tem ocorrido de forma eficiente, ou se existem, de fato, oportunidades para a utilização da concessão e da terceirização de atividades educacionais como uma via apta a promover a tutela eficiente do direito à educação.

3.1 NOTAS SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL E SUA EXIGIBILIDADE

Todo o conteúdo do tema deste trabalho é permeado, indubitavelmente, pelo direito à educação tido como direito fundamental social, o que conduz o trabalho a uma inevitável e breve incursão sobre o tema dos direitos fundamentais e sobre as suas consequências sobre o direito à educação.

Ressalte-se que não há qualquer pretensão de esgotar esse tema, naturalmente complexo. O intuito é o de articular premissas teóricas que, de alguma forma, auxiliem na compreensão do objeto deste trabalho, tal como ele foi delimitado.

O direito à educação está arrolado no art. 6º, do Texto Constitucional, formalmente localizado no Título II, da Constituição vigente, dedicado a tratar dos direitos e garantias fundamentais positivados em nosso ordenamento jurídico. Inquestionável, portanto, que o direito à educação, genericamente tomado, engendra um direito fundamental¹⁰².

Segundo classificação construída por PAULO BONAVIDES, o direito à educação, tal como concebido no já mencionado art. 6º da Constituição de 1988, engendra um direito fundamental de segunda geração, marcado por exigir do Estado determinadas prestações positivas, em oposição aos chamados direitos fundamentais de primeira geração, que impõem ao Estado posição de neutralidade, de não agir, de modo a evitar ofensa à esfera jurídica dos cidadãos¹⁰³.

INGO WOLFANG SARLET, inspirado em autores como GEORG JELLINEK, classifica o direito à educação (que indiscutivelmente é um direito social, cuja tutela adequada reclama o exercício de prestações fáticas por parte do Estado) como um direito fundamental a prestação em sentido estrito¹⁰⁴.

¹⁰² Para INGO WOLFANG SARLET, direitos fundamentais podem ser compreendidos como direitos humanos recepcionados, reconhecidos e assegurados por uma determinada Constituição, nascendo e se desenvolvendo em função dela, sendo, nesse sentido, direitos de pessoas tomadas como membros de um ente público concreto. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. pp. 27-35).

¹⁰³ cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. pp. 564-569.

¹⁰⁴ cf. SARLET. *op. cit.* pp. 198-208. Cumpre ressaltar que o autor não classifica os direitos fundamentais em “gerações”, mas em “dimensões”, de modo a se evitar alguma ideia equivocada de que uns direitos sucederiam outros. A partir dessa premissa, INGO WOLFANG SARLET divide os direitos fundamentais em duas grandes dimensões: os direitos fundamentais como direitos de defesa, que impõem ao Estado uma postura passiva, abstendo-se, como regra, de se imiscuir na esfera de liberdade pessoal dos cidadãos, e os direitos a prestações em sentido amplo. Essa última dimensão, segundo ele, pode ser

A despeito de qual classificação se adote, a constatação de que o art. 6º da Constituição de 1988 compõe o núcleo duro do direito fundamental à educação, tomado em sua acepção genérica, confere a ele o *status* de dispositivo constitucional dotado de fundamentalidade, e assim aplicável diretamente às situações de fato.

Por outro lado, não se pode perder de vista que o direito fundamental à educação, genericamente previsto no art. 6º da Constituição vigente, foi trabalhado de maneira mais detida nos arts. 205 a 214 da Constituição de 1988, localizados em seu Título VIII, que disciplina a ordem social constitucionalmente delineada.

Mesmo que o art. 5º, § 2º do Texto Constitucional preveja que os direitos e garantias fundamentais, expressos em seu Título II, não exclui outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, é fundamental refletir se os arts. 205 a 214 da Constituição de 1988 constituem o núcleo do direito fundamental à educação, mencionado genericamente no art. 6º, da redação constitucional, sendo assim marcados pelo traço da fundamentalidade.

O assunto é oportuno porque trespassa a densidade jurídica dos dispositivos que disciplinam a manutenção e o desenvolvimento da educação e a sua classificação como um direito subjetivo, cuja afronta, por parte do Poder Público, pode ensejar o ajuizamento de ações visando sua tutela¹⁰⁵.

A despeito de não se pretender esmiuçar, nesta oportunidade, o conteúdo de tema tão denso quanto o da eficácia jurídica e da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, deve-se lembrar que, de acordo com o art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988, “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”.

Esse dispositivo, contudo, não dá conta de regular a realidade bem exposta por PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, para quem “*há normas constitucionais,*

subdividida em direitos à proteção (os quais reclamam que o Estado proteja os titulares do direito da intervenção de terceiros), direitos à participação na organização e procedimento (os quais estabelecem a necessidade de os titulares do direito participarem ativamente na organização do Estado e nos procedimentos que a viabilizam) e direitos a prestações em sentido estrito, que, nas palavras do professo gaúcho, consagram “[...] *direitos a prestações por parte de seus destinatários na categoria dos direitos fundamentais a prestações stricto sensu* [...]” (SARLET. *op. cit.* pp. 159-208).

¹⁰⁵ Nesse sentido, vale citar lição de VICTOR ABRAHMOVICH e CHRISTIAN COURTIS: “*Lo que calificará la existencia de un derecho social como un derecho pleno no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino, también, la posibilidad de reclamo ante el incumplimiento: que – al menos en alguna medida – el titular/acreedor esté en condiciones de producir mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación generada por su derecho*”. (ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. p. 144. *In. Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Ingo Wolfgang Sarlet (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 135-167).

*relativas a direitos fundamentais, que, evidentemente, não são autoaplicáveis*¹⁰⁶. O autor indica as normas que versam sobre direitos fundamentais sociais como exemplos de normas que usualmente não são autoaplicáveis¹⁰⁷.

A matéria é destacada por VICTOR ABRAMOVICH e CHRISTIAN COURTIS, para quem o fato de a grande maioria das constituições da América Latina, da Espanha e de Portugal estarem alinhadas ao chamado constitucionalismo social, não impediu que se repetisse de maneira insistente e generalista que as normas nelas inseridas, responsáveis por estabelecer direitos sociais, são apenas normas de caráter programático, que não outorgam direitos subjetivos, de modo que, se desrespeitadas, não permitiriam a judicialização do caso¹⁰⁸.

Na raiz de posicionamento dessa espécie, que advoga serem os direitos fundamentais sociais normas meramente programáticas, sem eficácia plena, e que omissões estatais relativas às prestações positivas reclamadas por um direito fundamental social não geram direito subjetivo, encontra-se argumentos dos mais diversos.

São enumerados por eles, como exemplos, a ausência de competência do Poder Judiciário para planejar políticas públicas, a temeridade em se utilizar uma ação judicial, usualmente alicerçada num caso concreto, para discutir deliberações de alcance geral, a impossibilidade de outras pessoas afetadas por questão similar se manifestarem no processo, e a carência de instrumentos de coercibilidade para forçar o Estado a implementar os planos definidos judicialmente¹⁰⁹.

Entretanto, os mesmos autores destacam que, em virtude da complexidade estrutural que marca os direitos sociais, todos eles apresentam ao menos alguma aplicabilidade imediata, e, como consequência, características ou facetas que o torne exigível judicialmente¹¹⁰.

Apesar de ser reconhecido que a exigibilidade (inclusive judicial) de direitos sociais de cunho prestacional encontra óbices, por vezes, no princípio da reserva do possível e na proporcionalidade de atuação do Estado (que deve estar entre o aquém

¹⁰⁶ GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Direitos fundamentais – tópicos de teoria geral. p. 155. *In.*: MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRASIL, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. pp. 135-191.

¹⁰⁷ GONET BRANCO. *Idem*. p. 155.

¹⁰⁸ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Op. cit.* p. 136.

¹⁰⁹ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Op. cit.* p. 148.

¹¹⁰ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Ibid.* p. 152.

do mínimo existencial, e o além da capacidade institucional pública)¹¹¹, INGO WOLFANG SARLET assevera entender pela “[...] *possibilidade de se reconhecerem, sob determinadas condições, verdadeiros direitos subjetivos a prestações, mesmo independentemente ou para além da concretização do legislador*”¹¹².

A afirmação, que abrange genericamente todos os direitos sociais, ganha contornos intrigantes quando o autor analisa especificamente o direito à educação e o tratamento a ele conferido pelo constituinte entre os arts. 205 e 214, da Constituição de 1988.

Para INGO WOLFANG SARLET, pode-se considerar que os arts. 205 a 208 da Constituição vigente são “[...] *integrantes da essência do direito fundamental à educação, compartilhando, portanto, a sua fundamentalidade material*”¹¹³. Os arts. 211 a 214, segundo ele, conteriam normas de cunho organizacional e procedimental, sem *status* de dispositivos constitucionais fundamentais.

O autor destaca, contudo, que mesmo sendo marcados pela fundamentalidade, os arts. 205 a 208 da Constituição de 1988 não são dotados do mesmo grau de eficácia jurídica.

O art. 205, ao declarar que a educação é um direito de todos e um dever do Estado e da família, a ser promovido e incentivado com a colaboração da sociedade, “[...] *está, na verdade, revelando uma feição notadamente programática e impositiva, não possibilitando, por si só, o reconhecimento de um direito subjetivo* [...]”¹¹⁴. Explica que a norma, a rigor, fixa diretrizes e objetivos genéricos a serem observados pelo Poder Público, consubstanciando-se, por isso, em uma norma de eficácia limitada.

O art. 205, da Constituição de 1988, foi construído a partir de técnica legislativa diversa daquela empregada no art. 207, que consistiria em “[...] *típica garantia institucional fundamental* [...]” de autonomia às universidades, consistindo, por isso, em norma plenamente eficaz, aplicável diretamente¹¹⁵.

O art. 206, conforme visto, tem em seus incisos princípios que servem de balizas para a promoção da educação e do ensino. Alguns desses princípios, afirma INGO WOLFANG SARLET, são dotados de eficácia plena, tal como aquele que garante igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, aquele que

¹¹¹ SARLET. *op. cit.* pp. 349-373.

¹¹² SARLET. *Ibid.* p. 355

¹¹³ SARLET. *op. cit.* p. 339.

¹¹⁴ SARLET. *op. cit.* p. 339.

¹¹⁵ SARLET. *Ibid.* pp. 339-340.

consagra a liberdade de aprendizado, de ensino, de pesquisa e de divulgação do pensamento, da arte e do saber, e aquele que prevê a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais¹¹⁶.

Por fim, o autor passa a analisar a eficácia jurídica do art. 208, da Constituição vigente, cujos incisos contêm diretrizes direcionadas ao Estado, indicando pragmaticamente como deve efetivar o direito à educação.

Nesse ponto, INGO WOLFANG SARLET se ocupa, basicamente, dos incisos I, II e V, os quais preveem: *i)* a educação básica obrigatória e gratuita¹¹⁷; *ii)* a progressiva universalização do ensino médio; e *iii)* o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, que, em resumo, trata da oferta de vagas do ensino superior.

Segundo ele, não se pode afirmar categoricamente que as previsões de acesso ao ensino médio e ao ensino superior geram para os cidadãos direito subjetivo a cursar esses níveis de educação, mas que eventual escassez de vagas poderia justificar o ajuizamento de ações pleiteando tutela do Poder Judiciário¹¹⁸.

Lembra que, ao contrário do que ocorria, à época, com o ensino infantil e fundamental, a Constituição de 1988 não estabelecia expressamente a obrigatoriedade de o Estado promover, gratuitamente, o ensino médio e o superior.

Relativamente ao ensino médio, avalia que, se de um lado, sua promoção é de grande relevância para permitir o acesso das pessoas ao mercado de trabalho e para o efetivo exercício do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, de outro, seria preciso ter em mente que a progressividade da sua universalização não se estenderia infinitamente.

A solução dada ao dilema reside na necessidade de o legislador infraconstitucional estabelecer metas objetivas de universalização do ensino médio, cujo descumprimento injustificado resulta no reconhecimento “[...] *de um direito subjetivo a uma vaga na rede pública ou de cursar o ensino médio em entidade de ensino privada mediante custeio pelo poder público [...] há de ser saudado pelo menos como alternativa a ser levada a sério*”¹¹⁹.

¹¹⁶ SARLET. *Ibid.* p. 340.

¹¹⁷ Em verdade, na edição consultada, o autor avaliou a redação que o dispositivo detinha antes da edição da Emenda Constitucional nº 59/2009, quando se mencionava a obrigatoriedade e a gratuidade do ensino fundamental.

¹¹⁸ SARLET. *op. cit.* pp. 343-344.

¹¹⁹ SARLET. *Idem.* pp. 343-344.

O direito de acesso a vagas do ensino superior, segundo o autor, consiste em direito ainda mais rarefeito. A garantia do mínimo existencial, utilizada como fundamento para se defender a obrigatoriedade de o Estado garantir às pessoas acesso gratuito ao ensino infantil e ao fundamental não detém conteúdo alargado o suficiente para abarcar também o ensino superior, ao menos tomando-se como referência as experiências de direito comparado realizadas por ele à época¹²⁰.

A realidade, contudo, seria outra em relação ao ensino fundamental, apontado como direito público subjetivo cuja afronta pode ensejar o ajuizamento de ações¹²¹.

O fundamento seria a redação do inciso I, do art. 208, da Constituição de 1988, que antes da edição da Emenda Constitucional nº 59/2009 previa o dever do Estado de garantir ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para as pessoas que não tiveram acesso a ele na idade considerada própria, somada ao conteúdo dos §§ 1º e 2º, do próprio art. 208, do Texto Constitucional, os quais classificam o acesso ao ensino obrigatório como direito público subjetivo e tipificam o não oferecimento do ensino obrigatório, pelo Poder Público, como conduta passível de gerar responsabilização¹²².

Assevera que nem mesmo o princípio da reserva do possível pode ser erguido em oposição a essa conclusão, uma vez que o constituinte, visando garantir a efetividade do direito subjetivo das pessoas ao acesso ao ensino fundamental obrigatório, teria cuidado de criar normas aptas a garantir os recursos financeiros para tanto¹²³.

As normas em questão estariam contidas no art. 212, § 3º, da Constituição vigente, segundo o qual os recursos públicos a serem alocados pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, para a efetivação do direito à educação, devem ser prioritariamente distribuídos ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório¹²⁴.

Por tudo isso, sentencia o autor que “[...] *não existe a menor dúvida de que existe, sim, um direito fundamental originário (e subjetivo) à prestação estatal ao ensino fundamental e gratuito em estabelecimentos oficiais*”¹²⁵.

¹²⁰ SARLET. *Ibid.* p. 343.

¹²¹ SARLET. *op. cit.* p. 341.

¹²² SARLET. *op. cit.* p. 341.

¹²³ SARLET. *Ibid.* p. 342.

¹²⁴ SARLET. *Ibid.* p. 342.

¹²⁵ SARLET. *Ibid.* p. 342.

As observações de INGO WOLFGANG SARLET merecem ser avaliadas em face da alteração da redação do art. 208, inciso I, da Constituição de 1988, pela já mencionada Emenda Constitucional nº 59/2009, que expandiu o dever de o Estado ofertar gratuitamente vagas para toda a educação básica, a qual, como se viu, abrange não apenas o ensino fundamental, mas também a educação infantil e o ensino médio.

Se o acesso obrigatório e gratuito, previsto no art. 208, inciso I e §§ 1º e 2º da Constituição de 1988 passou a circunscrever todo o ensino básico, pode-se então concluir que, a partir da edição da Emenda Constitucional nº 59/2009, o acesso à educação infantil e ao ensino médio, a exemplo do que já ocorria com o ensino fundamental, também se tornaram direitos fundamentais originários e subjetivos, podendo ser reclamados perante o Poder Judiciário.

MARCELO HUGO DA ROCHA corrobora essa posição, indicando que o cumprimento da exigência contida no art. 208, inciso I, da Constituição de 1988, exige, por parte do Poder Público, a oferta obrigatória, contínua e gratuita de ensino básico de qualidade, e que no caso de não cumprimento deste dever, “[...] *qualquer membro da sociedade ou as instituições que a representam podem cobrar a omissão estatal por meio da judicialização da política pública educacional*”¹²⁶.

RICARDO SCHNEIDER RODRIGUES segue a mesma linha, defendendo que, partindo-se da premissa de que a caracterização de um direito subjetivo pressupõe a possibilidade de ele ser exigido judicialmente, então o direito fundamental à educação, positivado em nossa Constituição, engendra um direito fundamental social subjetivo, tanto em virtude da literalidade do art. 208, inciso I, c/c §§ 1º e 2º, da Constituição de 1988, quanto por reconhecimento por parte da doutrina e da jurisprudência pátrias¹²⁷.

E vai além, ao declarar que após a edição da Emenda Constitucional nº 59/2009, é preciso realizar leitura conjunta dos incisos I e II, do art. 208, da Constituição vigente, de modo que a progressiva universalização do ensino médio, prevista neste último inciso, deve ser vista como instrumento apto a garantir a

¹²⁶ ROCHA, Marcelo Hugo da. **Direito à educação digna e ação civil pública**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 36.

¹²⁷ cf. RODRIGUES, Ricardo Schneider. **Os tribunais de contas e o mínimo existencial em educação: fundamentos para uma atuação forte**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. pp. 144-145.

obrigatoriedade do ensino médio, imposta pela nova redação daquele primeiro inciso¹²⁸.

O posicionamento em questão – de que o direito fundamental social subjetivo à educação abrange toda a educação básica – está bem assentado na jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O direito de acesso à pré-escola tem sido classificado por aquela Corte como um direito fundamental subjetivo desde antes da edição da Emenda Constitucional nº 59/2009, conforme se retira de decisões que obrigam o Poder Público a tomar atitudes concretas no sentido de ampliar a oferta de vagas na educação infantil¹²⁹.

No tocante ao ensino médio, encontra-se referência realizada pelo Ministro Luiz Fux em seu voto condutor do acórdão prolatado no âmbito do Recurso Extraordinário nº 1.008.166, onde se lê que a educação básica, em todas as suas etapas, “[...] constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata”¹³⁰.

Esse precedente, aliás, serviu como *leading case* para a elaboração do Tema 548, no qual o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL fixou tese segundo a qual a educação básica, em todas as suas fases, “[...] constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata”¹³¹.

Tudo isso indica que, conforme disciplina constitucional relacionada ao tema e análise realizada acerca dela pela doutrina e pela jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, o acesso a todos os níveis do ensino básico engendra um direito fundamental social subjetivo de eficácia plena.

Portanto, sempre que o Estado deixar de ofertar vagas em creches, na pré-escola, no ensino fundamental ou no ensino médio, poderá o titular do direito à educação provocar o Poder Judiciário, para que este determine a implementação de medidas concretas destinadas a conferir efetividade àquele direito, e ainda para responsabilizar as autoridades competentes.

¹²⁸ RODRIGUES. *Ibid.* p. 156.

¹²⁹ *cf.* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 594.018-7. Rel. Min. Eros Grau. **Diário de Justiça**. Brasília: DJe de 07.08.2009.

¹³⁰ *cf.* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 1.008.166. Rel. Min. Luiz Fux. **Diário de Justiça**. Brasília: DJe de 20.04.2023.

¹³¹ *cf.* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 548. *Leading case* RE nº 1.008.166. Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5085176&numeroProcesso=1008166&classeProcesso=RE&numeroTema=548>>. Acesso em 18.02.2024.

Essa conclusão tem impacto direto na delimitação do objeto da pesquisa desenvolvida, que tem como objetivo central avaliar a possibilidade de serviços públicos de educação básica serem repassados à iniciativa privada, por intermédio de estratégias de concessão ou terceirização.

Em um contexto em que a oferta de educação básica é obrigatória, passível de ser reclamada junto ao Poder Judiciário e de ensejar a responsabilização de quem não cumpre adequadamente esse dever, é indispensável ter à disposição instrumentos aptos a permitir uma ampliação ordenada e eficiente da promoção de serviços públicos de educação.

Demais disso, não se pode ignorar a superveniência de situações nas quais a Administração Pública se veja impossibilitada de efetivar as prestações constitucionalmente dela exigidas em matéria de educação por intermédio de ferramentas mais usuais, sendo compelida a escolher entre fazer uso de estratégias menos ortodoxas ou se omitir da execução daquelas prestações, o que, no universo da educação básica, não é uma opção juridicamente viável, conforme visto.

Por isso, escolheu-se restringir o objeto da pesquisa realizada ao campo da educação básica, direito fundamental social subjetivo dos sujeitos que pretendem fazer uso dos sistemas públicos de educação, e que deve ser promovido pelo Estado, em caráter obrigatório e gratuito, sob pena de responsabilização dos agentes competentes.

3.2. NOTAS SOBRE A EDUCAÇÃO COMO SERVIÇO PÚBLICO

A investigação proposta, a respeito da possibilidade de se repassar à iniciativa privada, por intermédio de estratégias de concessão de serviços públicos e terceirização, atividades referentes aos serviços públicos de educação, demanda, ainda, a exposição das razões que conduzem à classificação dessas atividades como um serviço público.

A figura do serviço público é essencial para o direito público. LÉON DUGUIT a apontava como sendo o elemento fundante de um Estado não despótico. Esse modelo de Estado demandaria o desenvolvimento de uma interdependência social

entre governantes e governados, centrada na noção de que aqueles só podem governar de maneira legítima se atuarem para suprir necessidades destes últimos¹³².

Segundo ele¹³³, serviço público é qualquer atividade cuja realização deve ser assegurada, regulada e controlada por quem está no poder, porque a realização desta atividade é essencial para a concretização e desenvolvimento da interdependência social, e que é de tal natureza que só pode ser completamente alcançada através da intervenção da força governante¹³⁴.

A toda evidência, essa noção de serviço público sofreu variações de toda sorte, a depender do tempo e do local onde tal figura foi, é ou será analisada.

MARCELLO CAETANO entendia que serviço público é o modo de “[...] *actuar da autoridade pública e fim de facultar, por modo regular e contínuo, a quantos deles careçam, os meios idôneos para a satisfação de uma necessidade coletiva individualmente sentida*”¹³⁵. Ele defendia que tais necessidades coletivas surgem no tecido social como consequências indispensáveis da existência em sociedade ou por efeito da criação, no seio de grupos sociais, de processos aptos a servir de instrumentos para a satisfação de necessidades individuais generalizadas¹³⁶.

Por isso, pontuava o autor que são serviços públicos as atividades que reúnem, naturalmente, três características: *i)* eles devem satisfazer uma necessidade coletiva individualmente sentida; *ii)* eles devem ser destinados à prestação de utilidades concretas aos indivíduos; e *iii)* eles devem se apresentar como serviços administrativos, ou seja, como devem ser atribuições de pessoa jurídica de direito público¹³⁷.

Esses dois tradicionais conceitos, apesar de não sintetizarem toda complexidade que circunda o tema já há muito debatido¹³⁸, ressaltam três supostas

¹³² cf. DUGUIT, Léon. **Traté de Droit Constitutionnel**. 3. ed. T. II. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & C^{sie}, 1928. pp. 59-81.

¹³³ cf. O autor em questão é apontado como fundador da chamada escola do serviço público. Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 687, em nota de rodapé

¹³⁴ DUGUIT. *op. cit.* p. 61. No mesmo sentido, cf. DUGUIT, Leon. **Las transformaciones del derecho publico y privado**. Adolfo G. Posada, Ramón Jaén e Carlos G. Posada (Trad.). Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L, s.a. pp. 27-48.

¹³⁵ CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 1ª ed. Brasileira. T. II. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1970 p. 985.

¹³⁶ cf. CAETANO. *op. cit.* pp. 983-984.

¹³⁷ cf. CAETANO. *Ibid.* p. 985.

¹³⁸ A ressalva é feita, em nota de rodapé, por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: “A noção de serviço público não é simples. Pelo contrário, a locução em causa deu margem a que fosse tomada em diferentes acepções: subjetiva, objetiva e formal [...]. É que dita noção, outrora considerada, na França, como “pedra angular do Direito Administrativo”, teve diferentes préstimos jurídicos, inteiramente

características dos serviços públicos especialmente relevantes para as reflexões trazidas a este texto.

A primeira delas consiste no fato de que os serviços públicos seriam prestações aptas a satisfazer necessidades concretas da população.

Esse traço é notável porque, como se pode concluir do posicionamento de MARÇAL JUSTEN FILHO, acaba por excluir do campo dos serviços públicos as atividades puramente legislativas e jurisdicionais¹³⁹, bem como aquelas “[...] *inerentes à organização política do Estado, que traduzam o monopólio estatal da violência e outras competências reflexas* [...]”¹⁴⁰, relacionadas com o art. 1º, da Constituição de 1988, responsável por decretar que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.

MARÇAL JUSTEN FILHO qualifica as necessidades concretas a serem satisfeitas, quando menciona que não apenas o Estado, mas também a sociedade civil, poderia prestar serviços públicos, uma vez que ambos teriam o compromisso de promover direitos fundamentais¹⁴¹.

Tal ideia é expressamente encampada por VITOR RHEIN SCHIRATO, para quem os serviços públicos têm “[...] *a finalidade de satisfazer direitos fundamentais que exigem do Estado uma atuação positiva e material* [...]”¹⁴².

Sob a perspectiva desses autores, portanto, a prestação de serviços públicos pressupõe que o Estado confira efetividade a direitos fundamentais, mediante a satisfação de necessidade concreta dos titulares desses direitos. E o cotejo do tratamento conferido pelo ordenamento jurídico ao direito à educação indica que sua prestação detém tal característica.

Com efeito, já se viu que a Constituição vigente classifica a educação como direito fundamental. Sua promoção é um dever do Estado (art. 205, da Constituição de 1988), a ser cumprido mediante uma série de prestações concretas, que consistem, dentre outras, em instituir sistemas públicos de educação no âmbito da

distintos dos que na atualidade cumpre. *Tanto foi utilizada como noção fundamentadora de todo o Direito Público ou em particular do Direito Administrativo, como veio a ser adotada como critérios para repartição de competências entre a jurisdição administrativa e o Conselho de Estado da França*”. (BANDEIRA DE MELLO, *op cit.* p. 687, em nota de rodapé).

¹³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 596.

¹⁴⁰ JUSTEN FILHO. *Ibid.* p. 597.

¹⁴¹ JUSTEN FILHO. *Ibid.* p. 596.

¹⁴² SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. Doutorado (Tese). São Paulo: Universidade de São Paulo (USP), 2011. p. 107

União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (conforme diretrizes do art. 208, da Constituição de 1988).

Com fundamento na Constituição de 1988, é dever do Estado, portanto, implantar a infraestrutura necessária para acolher os educandos, realizar a manutenção e a segurança desses equipamentos públicos, contratar profissionais com a qualificação adequada, adquirir insumos, dentre outras providências aptas a criar as condições necessárias para que os titulares do direito à educação possam dele fruir.

Destarte, não há dúvidas de que ao cumprir o dever imposto pelo art. 205, da Constituição de 1988, o Estado está dando efetividade a um direito fundamental e satisfazendo uma necessidade concreta, de forma que, sob esse prisma, tal atividade se equipara a um serviço público.

A segunda das características presentes nos conceitos transcritos de serviços públicos é que ambos partem da premissa de que algumas atividades são serviços públicos inatos. Em resumo, aquelas prestações necessárias a garantir uma “interdependência social” entre governantes e governados, ou ainda aquelas destinadas a satisfazer necessidades coletivas individualmente sentidas são, *a priori*, serviços públicos.

Todavia, a ideia de que existiriam atividades ontologicamente classificáveis como serviços públicos comporta questionamentos.

No início do século XX, GASTON JÉZE já afirmava que não existem serviços públicos propriamente ditos, e que determinadas prestações são definidas como serviços públicos conforme a intenção dos governantes, que legislativamente a submetem a um regime jurídico diverso daquele que regem o exercício de atividades meramente privadas¹⁴³.

¹⁴³ cf. JÉZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**. Julio N. San Millán Almagro (Trad.). T. II. pp. 18-26. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1948. Por muito incisivo, cumpre destacar o seguinte trecho do texto: “*Planteada em esta forma, la cuestión se manifiesta con toda su importancia: es necesario saber, em determinado caso, si existe o no um servicio público propiamente dicho. ¿A qué criterio, pues, es preciso atenderse? I – En nuestra opinión, corresponde averiguar la intención de os governantes, solamente en lo relativo a la actividad administrativa considerada. Se habla única y exclusivamente de servicios públicos cuando las autoridades de un país, en determinada época, deciden satisfacer las necesidades de interés general mediante el procedimiento del servicio público. La intención de los governantes es lo único que deve considerarse. La opinión de tales o cuales autores no tiene ninguna importancia, siendo indiferente la opinión personal del jurista que resuelve la dificultad.*” (JÉZE. *Ibid.* pp. 18-19).

Em solo pátrio, essa acepção foi encampada, por exemplo, por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, que inclui em sua definição de serviço público “[...] *toda atividade material que a lei atribui ao Estado* [...]”¹⁴⁴.

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, ao propor seu conceito de serviço público, indica expressamente que ele está atrelado a atividades indicadas na Constituição vigente ou em Lei¹⁴⁵.

VITOR RHEIN SCHIRATO segue a mesma linha, ao afirmar que os serviços públicos são marcados, dentre outras coisas, por consubstanciarem “[...] *obrigações positivas impostas ao Estado pela ordem jurídica* [...]”¹⁴⁶.

Mesmo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, que alinha sua definição de serviços públicos a “[...] *atividades que o Estado assume como pertinente a seus deveres* [...]”¹⁴⁷ deixando transparecer a ideia de que essas atividades seriam inerentes a deveres do Estado, admite que a Constituição de 1988 indica prestações que são, obrigatoriamente, serviços públicos¹⁴⁸.

A possibilidade de enquadramento formal de uma determinada atividade como um serviço público, em virtude de expressa previsão constitucional ou legal é especialmente aplicável às atividades de educação, sobretudo quando se considera as previsões contidas nos arts. 205 e 208, da Constituição vigente, que, conforme visto, impõem prestações positivas e materiais ao Estado, visando a efetivação do direito à educação.

Nesse sentido, é menos importante debater se a educação consiste em atividade ontologicamente classificável como um serviço público, e mais relevante se constatar que, segundo a ordem jurídica vigente no Brasil, tais tarefas são formalmente impostas ao Estado, para serem executadas segundo um regime jurídico próprio, que extrapola aquele aplicável ao exercício de meras atividades econômicas.

¹⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 134.

¹⁴⁵ “[...] *serviços públicos são as atividades de prestação de utilizadas econômicas a indivíduos determinados, colocados pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade*”. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 157).

¹⁴⁶ SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. Doutorado (Tese). São Paulo: Universidade de São Paulo (USP), 2011. p. 107.

¹⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO. *op. cit.* p. 687.

¹⁴⁸ *cf.* BANDEIRA DE MELLO. *op. cit.* 702.

Logo, também sob essa perspectiva, o tratamento conferido pelo ordenamento jurídico às ações de educação se aproxima de uma noção de serviço público.

Por fim, a terceira característica marcante, posta nos conceitos de serviços públicos construídos por LEÓN DUGUIT e MARCELLO CAETANO, reside no fato de ambos classificam tais atividades como atribuições entregues a pessoas jurídicas de direito público.

Isso pode conduzir à conclusão de que os serviços públicos precisam, necessariamente, ser prestados diretamente pelo Estado e sob seu monopólio. Essa assertiva, contudo, é equivocada por duas razões.

Primeiramente porque o art. 175, da Constituição de 1988, prevê expressamente que os serviços públicos a cargo do Estado podem ser prestados diretamente por ele, ou mediante delegação, sob regime, dentre outros, de concessão de serviços públicos¹⁴⁹.

Em situações como essa, lembra EGON BOCKMANN MOREIRA, a titularidade dos serviços permanece integralmente inserida na esfera jurídica do Estado, que meramente delega o encargo de executar essas atividades diretamente à população, outorgando-lhe a gestão e o domínio imediato dos bens necessários para tanto¹⁵⁰

Além disso, como bem lembra CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, há atividades que, apesar de estarem inseridas no espectro de atuação do Estado, sendo, nesse caso classificadas como serviços públicos, também podem ser exploradas pela iniciativa privada¹⁵¹.

¹⁴⁹ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. (BRASIL. *op. cit.*).

¹⁵⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviços públicos: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral)**. São Paulo: Malheiros, 2010. pp. 23-24. No mesmo sentido, *cf.*: MASSAGÃO, Mário. **Natureza jurídica da concessão de serviço público**. São Paulo: Saraiva & Cia., editores, 1933. p.65.

¹⁵¹ “Com efeito, cumpre distinguir, de um lado, os serviços públicos privativos do Estado – que são os referidos no art. 21, XI e XII, bem como quaisquer outros cujo exercício suponha necessariamente a prática de atos de império, os quais devem ser prestados pela União, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão – e, de outro lado, os serviços públicos não privativos do Estado. Nesta última categoria ingressam os serviços que o Estado deve desempenhar, imprimindo-lhes regime de Direito Público, sem, entretanto, proscrever a livre iniciativa do ramo de atividades em que se inserem”. (BANDEIRA DE MELLO. *op. cit.* p. 703).

O autor destaca que, em sua opinião, existem quatro espécies de atividades sobre os quais o Estado não detém exclusividade, dentre as quais ele enumera justamente os serviços de educação¹⁵².

FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES adota posição similar e detalha melhor esse aspecto da discussão, lembrando que a Constituição de 1988 estabelece uma cisão dos serviços de educação em dois campos abrangentes: aquele fundado pelo art. 205, que trata da educação como um dever do Estado, e o amparado pelo art. 209, que permite a prestação de serviços de educação pela iniciativa privada¹⁵³.

Ele afirma que isso acarreta a existência de dois regimes jurídicos distintos: um para o que ele designa de “*serviço [público] social de educação*”, e outro para o que ele chama de “*educação como atividade econômica em sentido estrito (ainda que fortemente regulada)*”¹⁵⁴.

Sem flertar com a tarefa hercúlea de trazer a este trabalho, de maneira pormenorizada, toda a produção doutrinária e jurisprudencial acerca do conceito de serviços públicos, o exposto até aqui admite que se chegue a uma conclusão mais modesta, qual seja, a de que sob a luz do ordenamento jurídico brasileiro, atividades de educação prestadas nas estruturas públicas de educação podem ser classificadas como serviços públicos.

Permite também que se observe a existência de uma cisão entre serviços públicos de educação propriamente ditos, prestados pelo Estado, a partir da infraestrutura por ele implementada, e serviços (públicos não privativos, para alguns¹⁵⁵) ou atividades econômicas de educação¹⁵⁶⁻¹⁵⁷, exercidas pela iniciativa

¹⁵² cf. BANDEIRA DE MELLO. *idem*. p. 703.

¹⁵³ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria público-privada**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 181.

¹⁵⁴ GUIMARÃES. *Idem*. p. 181.

¹⁵⁵ Essa é a rotulação conferida a essas atividades por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. cf. BANDEIRA DE MELLO. *op. cit.* p. 703.

¹⁵⁶ O tema é controverso, uma vez que a classificação da atividade como serviço público, ainda que não privativo, tem consequências jurídicas consideráveis, a exemplo da equiparação do dirigente de instituição privada de educação a autoridade coatora, cujos atos, em tese, podem ser questionados por intermédio de mandado de segurança (cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 68.374, Rel. Min. Antonio Neder. **Diário de Justiça**. Brasília: DJe de 15.06.1973 – com a ressalva de que o precedente foi construído à luz da Constituição de 1969 –; BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4). AC nº 5003550-51.2019.4.04.7000, Rel. p/ Acórdão Des. Vânia Hack de Almeida. **Diário de Justiça**. Porto Alegre: DJe de 10.11.2021). Isso se deve à conclusão de que mesmo prestados por particulares, serviços públicos se submetem ao regime jurídico de direito público, com todos os ônus e bônus que daí decorrentes. Por outro lado, ao classificar tais serviços como meras atividades, afasta-se a incidência do regime jurídico de direito público propriamente dito, para se falar exclusivamente na implementação de um regime jurídico privado regulado pelo Estado.

¹⁵⁷ Serviços de educação são, por excelência, serviços de relevância pública, sejam elas prestados pelo Estado (na forma de serviços públicos) ou pela iniciativa privada (no âmbito das atividades econômicas). Sobre o conceito de serviços de relevância pública, vale citar a lição de EROS ROBERTO

privada, sob autorização do art. 209, da Constituição de 1988, reguladas e fiscalizadas pela Administração Pública.

Essas observações encontram eco na jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. É o que se retira da ementa do acórdão proferido na ADI nº 1.007, de relatoria do Ministro Eros Grau, onde se lê que “*Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser desenvolvidos pelo setor privado [...]*”¹⁵⁸.

Naquela oportunidade, questionou-se o teor de lei editada pelo Estado de Pernambuco, destinada a fixar a data de vencimento das mensalidades a serem pagas por todos os alunos de estabelecimentos privados integrantes do sistema estadual de educação.

Por maioria de votos, a ação foi julgada procedente, sob o fundamento de que ao versar sobre a o vencimento de mensalidades, a lei estadual estaria tratando de matéria contratual, e, com isso, avançado indevidamente sobre a competência exclusiva da União, prevista no art. 22, inciso I, da Constituição vigente.

Isso não impediu, contudo, que o Relator do caso registrasse em seu voto que as atividades de educação “*são, porém, sem sombra de dúvida, serviço público*”, de caráter não privativo do Estado, podendo, portanto, ser explorados pela iniciativa privada sem a necessidade de existência de instrumento de concessão de serviços públicos.

As constatações acima, de que atividades de educação não estão sob monopólio do Estado, mas que, quando prestadas por este último, indubitavelmente se revestem como serviços públicos, têm especial pertinência acadêmica para a o tema deste trabalho.

GRAU: “Serviços de relevância pública são serviços contidos na área da atividade econômica, própria do setor privado, não obstante de ‘relevância pública’ (isto é, ‘serviços de relevância pública’). [...]. Com isso, no entanto, estaríamos a excluir a possibilidade de atribuir-se o predicado ‘serviços de relevância pública’ a serviços públicos, o que não parece admissível. Pois é certo que, havendo política pública de saúde, que é dever do Estado (Const., art. 196), o serviço (e as ações) de saúde, quando prestado pelo Estado, deve ser entendido como serviço público. E o artigo 197 da Constituição define como de relevância pública as ações e serviços de saúde. Assim, tanto a serviços (a determinados serviços) que não são concebidos como serviço público, prestados pelo setor privado, quanto a serviços públicos prestados pelo Estado ou pelo setor privado, em regime de concessão ou permissão, pode ser atribuído o predicado axiológico de ‘serviço de relevância pública’”. (GRAU, Eros Roberto. **Conceito de “Relevância Pública” na Constituição de 1988**. p. 74. In.: Revista de Direito Sanitário. vol. 5, n. 2, julho de 2004. pp. 68-76).

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.007. Rel. Min. Eros Grau. **Diário de Justiça**. Brasília: DJe de 24.02.2006.

Em primeiro lugar porque fundamentam a razão pela qual as atividades de educação são e serão tratadas nestas páginas como serviços públicos, submetidas a regime jurídico peculiar, decorrente do tratamento conferido ao tema pela Constituição e pela legislação vigentes.

Em segundo lugar porque confirmam a existência de uma divisão jurídico-institucional entre os serviços de educação prestados pelo Estado, e aqueles explorados pela iniciativa privada, conforme permissivo contido no art. 209, da Constituição de 1988, sem a intermediação de instrumentos de concessão de serviços públicos.

Considerando-se o fato de que o objeto da pesquisa levada a cabo pretende analisar a viabilidade de se repassar à iniciativa privada, por intermédio de iniciativas de concessão de serviços públicos e de terceirização, atividades integrantes dos serviços públicos de educação, é logicamente irrelevante tratar dos serviços ofertados pela iniciativa privada, os quais prescindem a adoção de quaisquer dessas estratégias, nos termos do que pontuou acima.

Por isso, as investigações realizadas para subsidiar a elaboração do presente texto focaram exclusivamente nos serviços públicos de educação propriamente ditos, assim entendidos como aqueles prestados diretamente pelo Estado, em estabelecimentos públicos de educação.

Com isso, tem-se justificados os contornos dados ao tema definido e que norteou a elaboração deste texto, qual seja, a apuração da possibilidade de serviços públicos de educação, prestados no nível da educação básica, serem transferidos à iniciativa privada, por intermédio de estratégias de concessão de serviços públicos e de terceirização.

Essa delimitação, contudo, não é suficiente. Faz-se necessário ressaltar as razões jurídicas e pragmáticas que conferem alguma relevância à pesquisa realizada. É com esse objetivo que os subtópicos a seguir serão estruturados.

3.3. O PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO E AS METAS ESTRATÉGICAS PARA A EDUCAÇÃO

A Constituição de 1988, em virtude do previsto em seu art. 208, inciso I, e seus parágrafos 1º e 2º, confere à oferta da educação básica gratuita, pelo Estado,

natureza jurídica de legítimo direito fundamental social subjetivo, exigível judicialmente.

Esse direito, nos termos dos arts. 206, inciso VII, e 211, da Constituição vigente, deve ser prestado em cooperação entre os diversos entes da Federação, mediante a execução de políticas e ações que garantam padrões de quantidade e qualidade impostos (art. 208, inciso I, e art. 209, inciso VII).

No capítulo 2 deste trabalho, explorou-se, de maneira sintética o arranjo jurídico-institucional estruturado pela Constituição de 1988, a ser utilizado para ofertar educação à população, permitindo ao Estado cumprir o seu desiderato.

Entretanto, não se observou, até o momento da finalização da pesquisa que subsidiou a elaboração deste texto, qualquer indicativo de como a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem cooperar, de modo a garantir o funcionamento articulado de toda a estrutura anteriormente exposta.

Com efeito, em obra divulgada em 2014 pelo Ministério da Educação (MEC), registrou-se que o contraste entre a clareza com que responsabilidades dos diversos entes da Federação em matéria educacional são definidas, e a escassez de diretrizes a respeito de como eles deveriam cooperar, criava “[...] *lacunas de articulação federativa que resultam em descontinuidade de políticas, desarticulação de programas, insuficiência de recursos, entre outros problemas que são históricos no Brasil*”¹⁵⁹.

A necessidade de se estabelecer normas norteadoras da cooperação interfederativa em matéria de educação tem tratamento, desde a edição da Emenda Constitucional nº 59/2009¹⁶⁰, no art. 214, da Constituição vigente, segundo o qual cabe ao legislador instituir Plano Nacional de Educação com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e o desenvolvimento da educação em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas.

¹⁵⁹ BRASIL. Presidência da República. Ministério da Educação. Secretaria de Articulação com os Sistemas de Ensino. **Planejando a próxima década: conhecendo as 20 metas do Plano Nacional de Educação**. Brasília: Ministério da Educação/Secretaria de Articulação com os Sistemas de Ensino (MEC/SASE), 2014. p. 8.

¹⁶⁰ BRASIL. Congresso Nacional Emenda Constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 12.11.2009.

De acordo com o dispositivo, o plano, com duração de dez anos, deve ter em vista a erradicação do analfabetismo, a universalização do atendimento escolar, a melhoria da qualidade da educação, a formação para o trabalho, a promoção humanística, científica e tecnológica do País, e o estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto.

O referido plano foi editado no ano de 2014, com a publicação da Lei nº 13.005/2014¹⁶¹, que institui o Plano Nacional de Educação vigente.

A referida lei conta com quatorze artigos que versam sobre a vigência do Plano Nacional de Educação (PND), as suas diretrizes, os órgãos e entidades responsáveis por acompanhar sua execução, os instrumentos de que eles dispõem para tanto, dentro outros aspectos organizacionais.

Entretanto, seu anexo único é que se mostra especialmente relevante para este trabalho. Nele constam vinte metas estratégicas para a educação do País¹⁶², separadas didaticamente pelo MEC em cinco blocos distintos.

O primeiro bloco, composto pelas metas 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9, 10 e 11, diz respeito às chamadas “metas estruturantes para a garantia do direito à educação básica com qualidade”. De acordo com o MEC, elas “[...] dizem respeito ao acesso, à universalização da alfabetização e à ampliação da escolaridade e das oportunidades educacionais”¹⁶³.

O segundo bloco, integrado pelas metas 4 e 8, trata da redução das desigualdades e da valorização da diversidade na educação, e tem por objetivo estender a educação à população de jovens e adultos do campo, de localidades pobres, compostas majoritariamente por população negra, e a portadores de deficiências, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação¹⁶⁴.

O terceiro bloco, no qual então inseridas as metas 15, 16, 17 e 18, é direcionado à valorização dos profissionais da educação, e versa sobre estratégias

¹⁶¹ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 26.06.2014.

¹⁶² Por apreço à brevidade, opta-se por não enumerar no trabalho as metas.

¹⁶³ BRASIL. *op. cit.* p. 9.

¹⁶⁴ BRASIL *Ibid.* pp. 11-12.

aptas a viabilizar a criação e o incremento de planos de carreira, a majoração de salários, a melhoria das condições de trabalho desses profissionais, etc.¹⁶⁵.

O quarto bloco, que agrupa as metas 12, 13 e 14, refere-se ao ensino superior, e tem por meta ampliar a formação de profissionais que atuam na educação básica e em outros segmentos, visando promover um incremento na geração de renda e no desenvolvimento socioeconômico¹⁶⁶.

Por fim, o quinto bloco, dentro do qual se encontram as metas 19 e 20, tem por conteúdo o financiamento da educação e de melhorias em seus instrumentos¹⁶⁷.

São todas metas que, conforme visto, perpassam a estrutura de todos os sistemas de educação do País, e, por isso mesmo, procuram conferir alguma uniformidade à atuação de todos os entes da Federação. Isso não significa, todavia, que suas implementações sejam simples.

Para ilustrar essa afirmação, tome-se como exemplo as Metas 1, 2 e 3, do Plano Nacional de Educação:

A primeira pretendia universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de quatro a cinco anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até três anos até o final da vigência do PNE.

Para tanto, o próprio Plano Nacional de Educação previa a necessidade implementação de estratégias destinadas a manter e ampliar, em regime de colaboração e respeitadas as normas de acessibilidade, um programa nacional de construção e reestruturação de escolas e de aquisição de equipamentos, visando à expansão e à melhoria da rede física de escolas públicas de educação infantil (estratégia 1.5).

A segunda meta aspirava universalizar o ensino fundamental de nove anos para toda a população de seis a quatorze anos e garantir que pelo menos 95% (noventa e cinco por cento) dos alunos concluam essa etapa na idade recomendada, até o último ano de vigência do PNE.

Para atingir essa meta, o PNE enumera, dentre outras estratégias, aquelas destinadas a promover atividades de desenvolvimento e estímulo a habilidades

¹⁶⁵ BRASIL. *Ibid.* pp. 12-13.

¹⁶⁶ BRASIL *Ibid.* p. 13.

¹⁶⁷ BRASIL *Ibid.* p. 14.

esportivas nas escolas, interligadas a um plano de disseminação do desporto educacional e de desenvolvimento esportivo nacional (estratégia 2.13).

A terceira meta, por seu turno, desejava universalizar, até 2016, o atendimento escolar para toda a população de quinze a dezessete anos e elevar, até o final do período de vigência do PNE, a taxa líquida de matrículas no ensino médio para 85% (oitenta e cinco por cento).

Tendo esse alvo em vista, o PNE incentivou a adoção de ações aptas a redimensionar a oferta de ensino médio nos turnos diurno e noturno e a distribuição territorial das escolas de ensino médio, de forma a atender a toda a demanda, de acordo com as necessidades específicas dos(as) alunos(as) (estratégia 3.11).

Projetar pôr em execução essas poucas políticas, em todo o território nacional, demonstra o tamanho do esforço institucional e financeiro reclamado do Poder Público para executar o Plano Nacional de Educação.

Inclua-se nesse exercício de projetar a extensão da competência entregue ao Estado todas as metas e estratégias indicadas no Plano Nacional de Educação, e a conclusão dele decorrente é a de que a tutela do direito fundamental social da educação, tal como posto na Constituição de 1988, é tarefa desafiadora para o Estado brasileiro.

O PNE, conforme visto, foi editado em 2014, e o fim de sua vigência avizinha. Sem adentrar à análise de quais resultados foram efetivamente alcançados¹⁶⁸, é de se registrar que, já à época, não era possível cogitar que a sua execução fosse ocorrer sem a instituição de uma política de coordenação de ações bem definida, que se espraiasse por todos os níveis da Federação.

As Metas nº 19 e 20 indicavam ainda a utilidade de se fazer uso de instrumentos de financiamento eficientes, que suprissem os órgãos e entidades que compõem os sistemas públicos de educação com os recursos financeiros necessários para realizar investimentos, adquirir insumos, contratar pessoal, dentre outros.

Não há razões que conduzam à crença de que essa realidade foi alterada. Pelo contrário. A constatação de que várias das metas contidas no Plano Nacional de Educação vigente (a ser exposta adiante) ainda não foram atingidas reforça a imprescindibilidade de o Estado contar com ferramentas eficientes de coordenação

¹⁶⁸ Isso será feito no item X.X do trabalho

interfederativa de ações e de financiamento da educação pública, para buscar cumprir os planos nacionais de educação vindouros.

Em face dessa constatada carência institucional, passa-se a explorar as principais normas constitucionais, legais e infralegais que tratam da cooperação interfederativa e do financiamento da educação pública no Brasil.

3.4. A COOPERAÇÃO INTERFEDERATIVA EM MATÉRIA EDUCACIONAL E O FINANCIAMENTO DA EDUCAÇÃO PÚBLICA

Cumpre ainda tratar brevemente das normas constitucionais, legais e infralegais que versam sobre o financiamento da educação pública. Pretende-se, com isso, expor, de maneira sintética, os instrumentos financeiros que o Poder Público tem à disposição para prestar os serviços públicos aptos a conferir efetividade ao direito subjetivo à educação básica, visando a atingir as metas estratégicas definidas na Lei nº 13.005/2014.

Essa exposição deve ser inaugurada com o cotejo do texto do art. 212, da Constituição de 1988, responsável determinar que a União, Estados, o Distrito Federal e Municípios, apliquem determinadas parcelas de suas receitas anuais provenientes de impostos (compreendidas, aqui, também as receitas advindas de transferências voluntárias e obrigatórias) na manutenção e no desenvolvimento da educação.

De acordo com esse dispositivo, é vedado à União aplicar menos de 18% (dezoito por cento) das receitas anteriormente mencionadas em ações destinadas a manter e desenvolver o sistema público de educação. Estados, Distrito Federal, e Municípios, por seu turno, devem aplicar, no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento) das receitas por eles arrecadas¹⁶⁹.

Tem-se, então, que a Constituição obrigou o Estado a investir um volume mínimo de recursos financeiros nos sistemas públicos de educação, procurando assim garantir efetividade aos arts. 205 e 211 da Constituição, os quais estabelecem o dever do Poder Público de promover a educação e a necessidade de os entes da Federação cooperarem para conferir efetividade a esse direito fundamental social.

¹⁶⁹ “Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”. (Brasil. *op. cit.*).

Esses percentuais, prevê o § 8º, do mesmo art. 212, poderão ser redefinidos em virtude da extinção ou da substituição de impostos, de modo a se garantir a vinculação de receitas aptas a viabilizar a manutenção e o desenvolvimento da educação¹⁷⁰.

O dispositivo traz clara exceção à regra do art. 167, inciso IV, da Constituição vigente, a qual veda a vinculação de receitas de impostos a órgãos, fundo ou despesa¹⁷¹, e tem como fundamento a cooperação interfederativa em matéria de educação, imposta pelo *caput* dos já mencionados arts. 205 e 211, da Constituição de 1988.

O art. 212, da Constituição vigente, tem como premissa a distribuição horizontal de competências por ela realizada entre os diversos entes da Federação, relativas ao direito à educação, por intermédio da qual cada um deles “[...] *incumbe-se, em relação ao sistema como um todo, de responsabilidades condizentes com a sua capacidade tributária e experiência consolidada*”, como destaca DAIESSE QUÊNIA JAALA SANTOS BOMFIM¹⁷².

Seus §§ 1º e 2º, estabelecem balizas para a aferição da observância dos percentuais previstos em seu *caput*. O §1º prevê expressamente que a parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada para efeito do cálculo previsto no dispositivo. O §2º, por sua vez, autoriza que se inclua nesse cálculo os valores repassados pelo Poder Público a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas¹⁷³.

O § 4º, do art. 212, por sua vez, confere tratamento especial aos programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, da

¹⁷⁰ “Art. 212. [...] § 8º Na hipótese de extinção ou de substituição de impostos, serão redefinidos os percentuais referidos no *caput* deste artigo e no inciso II do *caput* do art. 212-A, de modo que resultem recursos vinculados à manutenção e ao desenvolvimento do ensino, bem como os recursos subvinculados aos fundos de que trata o art. 212-A desta Constituição, em aplicações equivalentes às anteriormente praticadas.”

¹⁷¹ “Art. 167. São vedados: [...] IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo”. (Brasil. *op. cit.*).

¹⁷² BOMFIM, DAIESSE Quênia Jaala Santos. **O custo da educação pública no Brasil: uma visão contemporânea sobre investimento e qualidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 31.

¹⁷³ Que, conforme visto no item 2.1.2 deste trabalho, compõem a estrutura privada de educação.

Constituição vigente, indicando que eles serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.

A fiscalização, a avaliação e o controle das despesas realizadas pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios preconiza o § 9º, do art. 212, da Constituição de 1988, serão fixados em leis específicas.

Constata-se que a disciplina é relativamente vaga, focada exclusivamente em garantir que os entes da Federação, de um lado, contribuam financeiramente com a promoção do direito à educação conforme suas possibilidades (conferindo assim aplicabilidade ao art. 211, § 6º, da Constituição vigente, segundo o qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem exercer ação redistributiva em relação a suas escolas), e, de outro, detenham os recursos financeiros necessários para executar as políticas e ações educacionais por eles planejadas.

Entretanto, os comandos contidos nos §§ 5º a 7º, do art. 212, bem como o art. 212-A, da Constituição de 1988, estabelecem instrumentos específicos de financiamento da educação pública, quais sejam, o salário-educação, e o chamado Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB).

São instrumentos que sustentam o que DAIESSE QUÊNIA JAALA SANTOS BOMFIM aponta como uma política de financiamento da educação pública pautada pela vinculação de recursos a fundos públicos, que se prestam a permitir uma distribuição racional desses recursos junto às diversas estruturas públicas de educação¹⁷⁴.

Contudo, antes de se tratar desses mecanismos de financiamento da educação pública, faz-se necessário tecer alguns comentários sobre o Fundo Nacional do Desenvolvimento da Educação (FNDE), entidade autárquica¹⁷⁵ que cumpre importante papel na organização e na gestão daqueles instrumentos.

Criado pela Lei nº 5.537/1968¹⁷⁶ e vinculado ao Ministério da Educação e Cultura (MEC), o FNDE tem por finalidade captar recursos financeiros e direcioná-los para o financiamento de projetos de ensino e pesquisa, inclusive alimentação escolar

¹⁷⁴ cf. BOMFIM. *op. cit.* p. 37.

¹⁷⁵ Ver item 2.1.5.

¹⁷⁶ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 5.537, de 21 de novembro de 1968. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 21.11.1968.

e bolsas de estudo, observadas as diretrizes do planejamento nacional da educação (art. 2º).

A importância do FNDE para a financiamento da educação pública nacional fica cristalina ao se invocar o art. 3º, da Lei nº 5.537/1968, de onde se retira que a autarquia detém, dentre outras, competência para: *i)* financiar os programas de ensino superior, médio e primário, promovidos pela União, e conceder a assistência financeira aos Estados, Distrito Federal, Territórios, Municípios e estabelecimentos particulares (alínea “a”); *ii)* financiar programas de ensino profissional e tecnológico (alínea “d”); e *iii)* prestar assistência técnica e financeira, conforme disponibilidade de dotações orçamentárias, para aperfeiçoar o processo de aprendizagem na educação básica pública, por intermédio da melhoria da estrutura física ou pedagógica das escolas (alínea “e”);

Essa última competência – a prestação de assistência técnica e financeira destinada a aperfeiçoar o processo de aprendizagem na educação básica pública –, conforme prevê o § 8º, da Lei nº 5.537/1968, é exercida com a disponibilização de bens, materiais pedagógicos e capacitação aos sistemas de educação e de gestão dos programas educacionais, e ainda de instrumentos administrativos, visando promover a eficiência na execução das ações e projetos educacionais, inclusive em procedimentos licitatórios.

A dicção do art. 4º, da Lei nº 5.537/1968 fornece o instrumental de que o FNDE dispõe fazer frente às suas competências e para cumprir seus deveres. Para além dos recursos orçamentários que lhe forem conferidos, compõe o arcabouço financeiro os recursos decorrentes de incentivos fiscais, 20% (vinte por cento) do Fundo Especial da Loteria Federal, 30% (trinta por cento) da arrecadação líquida da Loteria Esportiva Federal, recursos provenientes do salário-educação, dentre outros.

Isso faz do FNDE um centro de execução de políticas públicas de educação e de gestão e distribuição de recursos financeiros destinados a manter e a desenvolver a educação pública brasileira.

Não por outra razão, autarquia tem papel determinante na gestão da receita decorrente da arrecadação do salário-educação e na definição dos critérios para

divisão dos recursos do FUNDEB, conforme previsões das Leis nº 9.424/1996¹⁷⁷, 9.766/98¹⁷⁸, e 14.113/2020¹⁷⁹, e no Decreto nº 10.656/2021¹⁸⁰.

A análise desses instrumentos financeiros será realizada a partir de agora.

3.4.1. O salário-educação

O salário-educação tem fundamento no art. 212, § 5º, da Constituição vigente¹⁸¹, que o instituiu para servir como fonte adicional de financiamento da educação básica.

Ele é uma contribuição social, com alíquota de 2,5% (dois e meio por cento) incidente sobre o total das remunerações pagas ou creditadas por empresas a seus empregados segurados pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS)¹⁸².

Estabelece o art. 1º, da Lei nº 9.766/1998, que estão isentos de recolher essa contribuição a União, os Estados, o Distrito Federal e dos Municípios, suas respectivas autarquias e fundações.

A isenção também socorre as instituições públicas de educação de qualquer grau, as escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, devidamente registradas e reconhecidas pelo competente órgão de educação, e que atendam ao disposto no inciso II do art. 55 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, as organizações de fins culturais que, para este fim, vierem a ser definidas em regulamento, e as organizações hospitalares e de assistência social, desde que atendam, cumulativamente, aos requisitos estabelecidos nos incisos I a V do art. 55 da Lei nº 8.212, de 1991.

De acordo com o § 6º, do art. 212, da Constituição de 1988, o resultado líquido da arrecadação deve ser dividido em quotas a serem distribuídas, proporcionalmente,

¹⁷⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Lei n.º 9.424, de 24 de dezembro de 1996. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 26.12.1996.

¹⁷⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Lei n.º 9.766, de 18 de dezembro de 1998. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 19.12.1998.

¹⁷⁹ BRASIL. *op. cit.*

¹⁸⁰ BRASIL. *op. cit.*

¹⁸¹ “Art. 212. [...] A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei”.

¹⁸² É o que prevê o art. 15, da Lei nº 9.424/96: “art 15. O Salário-Educação, previsto no art. 212, § 5º, da Constituição Federal e devido pelas empresas, na forma em que vier a ser disposto em regulamento, é calculado com base na alíquota de 2,5% (dois e meio por cento) sobre o total de remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, assim definidos no art. 12, inciso I, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991” (BRASIL. *op. cit.*).

entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Esse dispositivo é regulamentado pelo art. 15, § 1º, da Lei nº 9.424/1996, que define como os recursos provenientes dessa arrecadação devem ser divididos num plano mais genérico.

A leitura do dispositivo da Lei nº 9.424/1996, mencionado no parágrafo anterior, indica que um terço do montante dos recursos provenientes da arrecadação do salário-educação consiste na chamada quota federal, e será entregue ao FNDE, para que este providencie o financiamento de programas e projetos voltados para a universalização do ensino fundamental, de forma a propiciar a redução dos desníveis sócio-educacionais existentes entre Municípios, Estados, Distrito Federal e regiões brasileiras.

O restante será dividido entre as Secretarias de Educação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em parcelas mensais a serem creditadas automaticamente.

A divisão das quotas devidas aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, prevê o *caput* do art. 2º, da Lei nº 9.766/1998, deve ser ocorrer de forma proporcional ao número de alunos matriculados no ensino fundamental nos respectivos sistemas de educação, conforme apurado pelo censo educacional realizado pelo MEC¹⁸³.

A circulação desses recursos será realizada em contas próprias, abertas a critério de cada ente federado junto ao FNDE, nos termos do que estabelece o parágrafo único do já mencionado art. 2º, da Lei nº 9.766/1998.

¹⁸³ O tema foi objeto de controvérsia, em virtude de alteração promovida pela Lei nº 10.832/2003 à redação do art. 15, § 1º e inc. II, da Lei nº 9.294/1996 e do art. 2º, da Lei nº 9.766/1998, com o objetivo de vincular a distribuição dos recursos do salário-educação não apenas em função do número de alunos matriculados no ensino fundamental dos sistemas de educação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mas também em virtude da origem da fonte de arrecadação, de modo a beneficiar Entes Federativos com maior capacidade arrecadatória (BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 10.832 de 29 de dezembro de 2003. Diário Oficial da União. Brasília: DOU de 30.12.2003). O tema foi levado ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL que, ao julgar a ADPF nº 188, considerou, por maioria votos, que tal alteração legislativa era inconstitucional, no caso em tela “[...] *interpretação conforme do conjunto normativo compreendido pelo art. 15, § 1º, da Lei federal nº 9.424, de 1996, e do art. 2º da Lei federal nº 9.766, de 1998, ambas alteradas pela Lei nº 10.832, de 2003, [para] determinar que as cotas estaduais e municipais cabíveis, a título de salário-educação, sejam integralmente distribuídas, observando-se tão somente a proporcionalidade do número de alunos matriculados de forma linear [...]*”, sob o fundamento de que “*À luz da Emenda Constitucional 53/2006, é incompatível com a ordem constitucional vigente a adoção, para fins de repartição das quotas estaduais e municipais referentes ao salário-educação, do critério legal de unidade federada em que realizada a arrecadação desse tributo, devendo-se observar unicamente o parâmetro quantitativo de alunos matriculados no sistema de educação básica*”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n.º 188/DF. Rel. Min. Edson Fachin. Diário de Justiça. Brasília: DJe de 22.09.2022).

A receita oriunda do salário-educação não pode ser utilizada para o pagamento de aposentadorias e pensões, conforme preconiza o art. 212, § 7º, da Constituição vigente, e a fiscalização sobre a aplicação adequada desses recursos será realizada pelo MEC, que o fará por intermédio do FNDE, segundo previsão do art. 7º, da Lei nº 9.766/1998.

Desse pequeno apanhado de normas, é possível depreender a importância do salário-educação para o financiamento da educação pública brasileira.

Com efeito, a destinação da receita decorrente da arrecadação dessa contribuição social foi definida de maneira ampla: o financiamento da educação básica pública. Nesse universo cabem diversas políticas e ações educacionais concretas que podem ser subsidiadas com aqueles recursos. Em contraste, as normas vigentes aparentemente impõem uma única limitação à utilização desse dinheiro, qual seja, o pagamento de aposentadorias e pensões a agentes públicos ligados aos sistemas públicos de educação.

Isso significa que o salário-educação é uma importante fonte de financiamento para investimentos em infraestrutura escolar, não abarcada pelos recursos do FUNDEB, conforme se verá.

Por outro lado, é preciso registrar que o critério de distribuição das cotas do salário educação entre os Estados, o Distrito Federal e os Municípios tem potencial para retirar efetividade desse instrumento.

Ao estabelecer que os recursos serão divididos de forma proporcional ao número de alunos matriculados no ensino fundamental dos respectivos sistemas de educação, o *caput* do art. 2º, da Lei nº 9.766/1998, tende a beneficiar localidades mais populosas.

Todavia, não se pode descartar a hipótese de Estados, e, sobretudo, Municípios menos populosos carecerem de um volume maior de investimentos para melhorar seus indicadores de qualidade na área da educação.

Para ilustrar a hipótese, tome-se como exemplo o exemplo do Município de Congonhinhas, no Estado do Paraná. Segundo dados do censo demográfico realizado no ano de 2022, o Município em questão tem população de oito mil trezentos e trinta e seis pessoas¹⁸⁴. No mesmo ano, o censo escolar realizado pelo Instituto Nacional

¹⁸⁴ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Censo demográfico (2022)**. Prévia da população dos Municípios com base nos dados do Censo Demográfico coletados até 25.12.2022. Disponível em

de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), indicou que havia oitocentos e oitenta alunos matriculados em escolas estaduais e municipais localizadas em Congonhinhas, cursando o ensino fundamental regular¹⁸⁵.

As avaliações realizadas pelo mesmo INEP no Município, em 2021¹⁸⁶, indicaram que o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB) aferido entre os alunos matriculados em escolas públicas instaladas naquela localidade, cursando os anos finais (da 5ª à 9ª série) do ensino fundamental era 4,2¹⁸⁷.

O resultado está sensivelmente abaixo daquele apurado na capital Curitiba, onde o IDEB dos alunos matriculados em escolas públicas cursando os anos finais do ensino fundamental era 5,3¹⁸⁸.

Nesse contexto, é razoável afirmar que o Município de Congonhinhas, quando comparado ao Município de Curitiba, demanda um volume proporcionalmente maior de investimentos em educação, de modo a compensar o *déficit* em matéria educacional apurado em suas fronteiras.

Entretanto, em 2022, o Município de Curitiba, com população de 1.871.789 (um milhão, oitocentos e setenta e um mil, setecentos e oitenta e nove)¹⁸⁹ pessoas, tinha 131.531 (cento e trinta e um mil quinhentos e trinta e um) alunos matriculados em escolas estaduais e municipais nele instaladas, cursando o ensino fundamental regular¹⁹⁰.

A partir da leitura desses dados, pode-se concluir que o Município de Curitiba, proporcionalmente recebeu mais recursos oriundos do salário-educação do que o

<https://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2022/Previa_da_Populacao/PR_POP2022.pdf>. Acesso em 10.11.2023.

¹⁸⁵ BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). **Censo escolar (2022)**. Resultados finais (redes estaduais e municipais) – DOU Anexo I | Censo Escolar 2022. Disponível em <<https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/pesquisas-estatisticas-e-indicadores/censo-escolar/resultados>>. Acesso em 10.11.2023.

¹⁸⁶ Até o momento da elaboração deste texto, o INEP ainda não havia divulgado dados relativos ao IDEB de 2022.

¹⁸⁷ Plataforma QEdU. Disponível em <<https://qedu.org.br/municipio/4106001-congonhinhas/ideb>>. Acesso em 10.11.2023.

¹⁸⁸ Plataforma QEdU. Disponível em <<https://qedu.org.br/municipio/4106902-curitiba/ideb>>. Acesso em 10.11.2023.

¹⁸⁹ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Censo demográfico (2022)**. Prévia da população dos Municípios com base nos dados do Censo Demográfico coletados até 25.12.2022. Disponível em <https://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2022/Previa_da_Populacao/PR_POP2022.pdf>. Acesso em 10.11.2023.

¹⁹⁰ BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). **Censo escolar (2022)**. Resultados finais (redes estaduais e municipais) – DOU Anexo I | Censo Escolar 2022. Disponível em <<https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/pesquisas-estatisticas-e-indicadores/censo-escolar/resultados>>. Acesso em 10.11.2023.

Município de Congonhinhas, mesmo tendo indicadores de qualidade de educação melhores do que este último, e, portanto, demandar investimentos proporcionalmente menores em educação.

Esse tipo de distorção consiste em indicativo de que o critério baseado no número de alunos matriculados se mostra precário para a efetivação do direito à educação. Tal constatação está a ensejar a revisão legislativa do texto da Lei nº 9.766/1998, para se corrigir o critério de distribuição do montante decorrente da arrecadação do salário-educação, procurando direcionar recursos proporcionalmente maiores a localidades que demandam maiores investimentos em educação, de modo a dar aplicabilidade à função redistributiva prevista no art. 211, § 6º, da Constituição de 1988.

O segundo dado passível de ser colhido da concisa exposição das normas que regem o salário-educação é a importância do FNDE em sua gestão.

O art. 15, § 1º, da Lei nº 9.424/1996, expressamente atribui a essa entidade a função de distribuir os recursos do salário-educação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

O inciso I, do dispositivo mencionado no parágrafo anterior, lido conjuntamente com o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.766/1998, prevê que a distribuição dos recursos deve se dar mediante a gestão e a aplicação do montante alusivo à quota federal em programas e projetos voltados à universalização do ensino fundamental, somadas ao repasse dos créditos mensais relativos às quotas estaduais e municipais.

A Lei nº 9.766/1998, em seu art. 7º, ainda atribui ao FNDE competências de cunho fiscalizatório, destinadas a acompanhar a adequação da aplicação dos recursos decorrentes do salário-educação.

Isso confirma a afirmação feita anteriormente, no sentido de que a estrutura institucional do FNDE cumpre papel central na gestão e distribuição de recursos financeiros destinados a manter e a desenvolver a educação pública brasileira, ao menos no que toca aqueles relacionados ao salário-educação.

3.4.2. O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB)

O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB) foi instituído pela Emenda Constitucional nº 53/2006¹⁹¹, que alterou a redação do art. 60, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, e substituiu o antigo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério (FUNDEF).

Em 2020, o FUNDEB foi reestruturado pela Emenda Constitucional nº 108/2020¹⁹², que o incluiu em caráter perene no Texto Constitucional, mediante a adição do art. 212-A à Constituição vigente.

Atualmente, ele é formado por vinte e sete fundos de natureza contábil (26 fundos estaduais e 1 do Distrito Federal), compostos por recursos direcionados pelos Estados, pelo Distrito Federal, pelos Municípios, e, em caráter complementar, pela União.

Sua finalidade constitui-se em “[...] *um mecanismo de redistribuição desses recursos, levando em consideração o tamanho das redes de ensino, e, dessa forma, buscando equalizar as oportunidades educacionais do país*”¹⁹³. Conforme cartilha explicativa disponibilizada pelo FNDE, em 2020 o FUNDEB redistribuiu R\$ 17 bilhões a Estados, Municípios e Distrito Federal¹⁹⁴.

O FUNDEB dispõe de montante vultoso de recursos, cuja importância pode ser deduzida de dado fornecido por DAISSE QUÊNIA JAALA SANTOS BOMFIM, ao ressaltar o fato de que “*o Fundeb atualmente representa 63% do investimento público em educação básica*”¹⁹⁵. Esse número, correspondente à realidade observada no ano de 2022, tende a crescer cerca de 50% (cinquenta por cento) até 2026, de acordo com a autora¹⁹⁶.

¹⁹¹ BRASIL. Congresso Nacional. Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 20.12.2006.

¹⁹² BRASIL. Congresso Nacional. Emenda Constitucional nº 108, de 26 de agosto de 2020. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 27.08.2020.

¹⁹³ BRASIL. Ministério da Educação e Cultura (MEC). Fundos Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE). Diretoria de Gestão de Fundos e Benefícios. **Novo FUNDEB**. p. 9. Disponível em <<https://www.gov.br/fnde/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/financiamento/fundeb/CartilhaNovoFundeb2021.pdf>>. Acesso em 11.11.2023.

¹⁹⁴ BRASIL. *Idem*. p. 9.

¹⁹⁵ BOMFIM. *op. cit.* p. 62.

¹⁹⁶ BOMFIM. *Idem*. p. 62.

Esses números são indicativos de que a cartilha explicativa disponibilizada pelo FNDE não exagera ao sentenciar que “o *Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação e de Valorização dos Profissionais da Educação* é a principal fonte de financiamento da educação básica do país”¹⁹⁷.

Para cumprir seu fundamental papel no financiamento da educação básica, o FUNDEB é dotado de estrutura jurídico-institucional complexa, com linhas gerais traçadas pelo já mencionado art. 212-A, da Constituição vigente, e detalhada na Lei nº 14.113/2020¹⁹⁸ e no Decreto nº 10.656/2021¹⁹⁹.

A redação do inciso II, do art. 212-A²⁰⁰, prescreve que os Estados e o Distrito Federal precisam cooperar com os fundos que compõem o FUNDEB, direcionando-lhes 20% (vinte por cento) dos recursos arrecadados do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD), do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA).

Os Estados e o Distrito Federal precisam ainda direcionar ao FUNDEB 20% (vinte por cento) dos repasses que a União lhes fizer em virtude da arrecadação de impostos não previstos no art. 153 da Constituição de 1988, do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e do Imposto sobre Rendas e Proventos de qualquer Natureza (IRPF e IRPJ), originalmente cedidos ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal.

O mesmo dispositivo constitucional dita que os Municípios devem contribuir com o FUNDEB canalizando aos seus fundos 20% (vinte por cento) da receita arrecadada em função dos repasses da União de suas quotas do Imposto Territorial Rural (ITR) e Imposto sobre Rendas e Proventos de qualquer Natureza (IRPF e IRPJ), originalmente cedidos ao Fundo de Participação dos Municípios, e dos repasses dos Estados de suas parcelas do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) e do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

O inciso III, do art. 212-A, da Constituição vigente, prevê que tais recursos serão distribuídos entre cada Estado e seus Municípios, proporcionalmente ao número de alunos das diversas etapas e modalidades da educação básica presencial

¹⁹⁷ BRASIL. *Ibid.* p. 9.

¹⁹⁸ BRASIL. *op. cit.*

¹⁹⁹ BRASIL. *op. cit.*

²⁰⁰ “Art. 212-A [...] II - os fundos referidos no inciso I do caput deste artigo serão constituídos por 20% (vinte por cento) dos recursos a que se referem os incisos I, II e III do caput do art. 155, o inciso II do caput do art. 157, os incisos II, III e IV do caput do art. 158 e as alíneas “a” e “b” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159 desta Constituição”.

matriculados nas respectivas redes, nos âmbitos de atuação prioritária. O dispositivo deve ser lido concomitantemente com o previsto no inciso X, “a”, do mesmo art. 212-A, da Constituição de 1988, o qual delega ao legislador a competência para regulamentar, dentre outros assuntos, “[...] *a distribuição proporcional de seus recursos, as diferenças e as ponderações quanto ao valor anual por aluno entre etapas [...]*”.

Essa competência foi exercida por ocasião da edição da Lei nº 14.113/2020, que em seu art. 4^a, § 2^o, prevê que a “[...] *complementação da União destina-se exclusivamente a assegurar recursos financeiros aos Fundos [...]*”.

Conclui-se, então, que acaso a contribuição realizada por Estados, pelo Distrito Federal, e pelos Municípios, não seja suficiente para reunir um montante de recursos considerado adequado para garantir a manutenção e o desenvolvimento de serviços de educação num patamar mínimo de qualidade, surge para a União o dever de complementar esses valores²⁰¹.

Essa complementação ocorre na forma do art. 212-A, inciso V, da Constituição vigente, o qual fixa um patamar anual mínimo pra ela: 23% (vinte e três por cento) do total de recursos presente nos fundos que compõem o FUNDEB.

Esse complemento não é realizado em sua totalidade em um único momento. Ele é dividido em três etapas, que são deflagradas à medida em que se mostrarem necessárias, a saber: *i)* 10% (dez por cento) no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, sempre que o valor anual por aluno (VAAF) não alcançar o mínimo definido nacionalmente; *ii)* 10,5% (dez e meio por cento) em cada rede pública de ensino municipal, estadual ou distrital, sempre que o valor anual total por aluno (VAAT) não alcançar o mínimo definido nacionalmente; e *iii)* 2,5% (dois e meio por cento) nas redes públicas que, cumpridas condicionalidades de melhoria de gestão impostas pela lei, alcançarem evolução de indicadores a serem definidos, de atendimento e melhoria da aprendizagem com redução das desigualdades, nos termos do sistema nacional de avaliação da educação básica.

²⁰¹ “No Brasil, o financiamento da educação provém de recursos tanto da União quanto dos Estados, Distrito Federal (DF) e Municípios. A Constituição Federal (CF) determina que, no mínimo, 18% da receita de impostos arrecadados pela União e, no mínimo, 25% da receita de impostos arrecadados pelos Estados, DF e Municípios sejam destinados à educação pública. Desse total, 20% de alguns impostos listados pela Constituição Federal compõem a receita do FUNDEB. Quando esses 20% não são suficientes para garantir a oferta de uma educação de qualidade, conceituada por indicadores nacionais, a União complementa esse caixa para assegurar os padrões mínimos de manutenção e desenvolvimento da Educação Básica”. (BRASIL. *op. cit.* p. 11).

Para compreender a forma como essa complementação é feita e distribuída entre os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, é preciso estar familiarizado com os conceitos de Valor Anual por Aluno (VAAF) e de Valor Anual Total por Aluno (VAAT).

O VAAF, prescreve o art. 6º, inciso I, da Lei nº 14.133/2016, é a razão entre os recursos recebidos pelo Estado, pelo Distrito Federal ou pelo Município, em virtude da divisão intraestadual dos recursos do FUNDEB, e o número de alunos matriculados em seus respectivos sistemas de educação.

O VAAT, por sua vez, é o resultado da divisão entre os recursos recebidos pelo Estado, pelo Distrito Federal ou pelo Município, em virtude da divisão intraestadual dos recursos do FUNDEB, acrescidos de eventual complementação feita pela União a título de VAAF, e ainda das complementações contidas nos incisos do art. 13, da Lei nº 14.133/2021, e o número de alunos matriculados nos respectivos sistemas de educação.

Até o dia 31 de dezembro de cada exercício financeiro, a União deve divulgar o Valor Anual Mínimo por Aluno (VAAF-MIN), previsto no art. 12, §§ 1º e 2º, da Lei nº 14.133/2020²⁰², e o Valor Anual Total Mínimo por Aluno (VAAT-MIN), disciplinado pelo art. 13, §§ 1º e 2º, da mesma Lei.²⁰³

São referências financeiras relativas aos anos iniciais do ensino fundamental urbano, calculadas com base na distribuição intraestadual dos recursos contidos nos fundos do FUNDEB, acrescida pela União (no caso do VAAT-MIN), e que servem de

²⁰² “Art. 12. A complementação-VAAF será distribuída com parâmetro no valor anual mínimo por aluno (VAAF-MIN) definido nacionalmente, na forma do Anexo desta Lei. § 1º O valor anual mínimo por aluno (VAAF-MIN) constitui valor de referência relativo aos anos iniciais do ensino fundamental urbano, observadas as diferenças e as ponderações de que tratam os arts. 7º e 10 desta Lei, e será determinado contabilmente a partir da distribuição de que trata o art. 11 desta Lei e em função do montante destinado à complementação-VAAF, nos termos do inciso I do caput do art. 5º desta Lei. § 2º Definidos os Fundos beneficiados, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, com a complementação-VAAF, os recursos serão distribuídos entre o governo estadual e os seus Municípios segundo a mesma proporção prevista no art. 11 desta Lei, de modo a resultar no valor anual mínimo por aluno (VAAF-MIN)”. (BRASIL *op. cit.*)

²⁰³ “Art. 13. A complementação-VAAT será distribuída com parâmetro no valor anual total mínimo por aluno (VAAT-MIN), definido nacionalmente, na forma do Anexo desta Lei. § 1º O valor anual total mínimo por aluno (VAAT-MIN) constitui valor de referência relativo aos anos iniciais do ensino fundamental urbano, observadas as diferenças e as ponderações de que tratam os arts. 7º e 10 desta Lei, e será determinado contabilmente a partir da distribuição de que tratam os arts. 11 e 12 desta Lei, consideradas as demais receitas e transferências vinculadas à educação, nos termos do § 3º deste artigo, e em função do montante destinado à complementação-VAAT, nos termos do inciso II do caput do art. 5º desta Lei. § 2º Os recursos serão distribuídos às redes de ensino, de modo a resultar no valor anual total mínimo por aluno (VAAT-MIN)”. (Brasil. *op. cit.*)

balizas para a distribuição de recursos de FUNDEB no ano exercício financeiro seguinte.

Estando de posse dessas referências, deve-se realizar a distribuição intraestadual dos recursos depositados nos fundos do FUNDEB por Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, observando-se o critério estabelecido no art. 212-A, inciso III, e no art. 11, da Lei nº 14.113/2020.

Se após essa distribuição, verificar-se que o VAAF-MIN não foi alcançado, surge o dever de a União realizar a complementação do VAAF, na ordem de 10% (dez por cento) do total de recursos distribuído no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal.

Realizada essa primeira complementação, se for apurado que algum sistema de educação estadual, distrital ou municipal, ainda não alcançou o VAAT-MIN, deverá a União realizar, em favor desse sistema de educação, a complementação do VAAT, equivalente a 10,5% (dez e meio por cento) dos recursos a por ela distribuídos ao FUNDEB até aquele momento, acrescidos das complementações previstas nos incisos do art. 13, da Lei nº 14.133/2021.

É preciso tratar, ainda, da terceira etapa de complementação que a Constituição de 1988 obriga a União a fazer em função do FUNDEB. Ela consiste em uma segunda complementação do valor anual por aluno, atrelada pelo art. 6º, inciso III, da Lei nº 14.113/2020 à sigla VAAR.

Ao contrário do que ocorre com as demais etapas de complementação devidas pela União, esta não está vinculada à constatação de algum *déficit* financeiro entre determinadas referências financeiras e a efetiva distribuição de recursos do FUNDEB. O aporte desses recursos, pela União, deve ocorrer em favor daqueles sistemas públicos de educação que cumpram condições de melhoria de gestão e alcancem a evolução de indicadores de melhoria da aprendizagem e redução das desigualdades, previamente definidos.

Segundo o art. 14, § 1º, da Lei nº 14.133/2020, essas condições devem contemplar: *i*) provimento do cargo ou função de gestor escolar de acordo com critérios técnicos de mérito e desempenho ou a partir de escolha realizada com a participação da comunidade escolar dentre candidatos aprovados previamente em avaliação de mérito e desempenho; *ii*) participação de pelo menos 80% (oitenta por cento) dos estudantes de cada ano escolar periodicamente avaliado em cada rede de ensino por meio dos exames nacionais do sistema nacional de avaliação da educação

básica; *iii*) redução das desigualdades educacionais socioeconômicas e raciais medidas nos exames nacionais do sistema nacional de avaliação da educação básica, respeitadas as especificidades da educação escolar indígena e suas realidades; *iv*) regime de colaboração entre Estado e Município formalizado na legislação estadual e em execução, nos termos do inciso II do parágrafo único do art. 158 da Constituição vigente e do art. 3º da Emenda Constitucional nº 108/2020; e *v*) referenciais curriculares alinhados à Base Nacional Comum Curricular, aprovados nos termos do respectivo sistema de ensino.

Vale ressaltar, nesse ponto, que o modelo de redistribuição de recursos do FUNDEB e de complementações a serem realizadas pela União foi consideravelmente modificada pela Emenda Constitucional nº 108/2020, que, como bem observa DAIESSE QUÊNIA JAALA BOMFIM, avançou na correção de distorções geradas pelo modelo antigo, e, por consequência, na redução de desigualdades sociais²⁰⁴.

Antes de ser reconstruído por meio da edição do art. 212-A, da Constituição de 1988, havia a previsão de que o FUNDEB apenas distribísse recursos entre Estados e seus Municípios, proporcionalmente ao número de alunos das diversas etapas e modalidades da educação básica presencial. Inexistia, portanto, instrumento como a complementação do VAAT, que considera desigualdades apresentadas por sistemas de educação específicos, e que permite a alocação direta de recursos do FUNDEB nesses sistemas.

O efeito dessa omissão era similar aquele apontado no item 3.4.1 deste trabalho, concernente à distribuição dos recursos do salário-educação. Muitas vezes, regiões com indicadores de qualidade mais altos, recebiam um volume maior de recursos oriundos do FUNDEB pelo mero fato de serem mais populosas, e, por consequência, mais alunos matriculados e seus sistemas de educação.

Outro ponto de avanço reside no aumento considerável do volume da complementação mínima devida pela União, que passou de 10% (dez por cento) para 23% (vinte e três por cento).

Registre-se, aliás, que nos termos do art. 212-A, inciso VIII, da Constituição vigente, a complementação devida pela União, no âmbito do FUNDEB, suportará, no

²⁰⁴ *cf.* BOMFIM. *op. cit.* pp. 59-63

máximo, 30% (trinta por cento) do volume máximo de recursos que ela deve investir em educação, por força do seu art. 212.

Outro ponto de avanço, ainda, a imposição feita pelo art. 212-A, inciso XI, da Constituição vigente, segundo a qual proporção não inferior a 70% (setenta por cento) dos recursos de cada um dos fundos do FUNDEB deve ser destinada ao pagamento dos profissionais da educação básica em efetivo exercício.

Por outro lado, está sujeito a censuras o art. 7º, *caput*, c/c § 3º, inc. I, da Lei nº 14.113/2021, segundo o qual nem todas as matrículas realizadas em escolas comunitárias, confessionais e filantrópicas, podem ser contabilizadas para o cálculo de distribuição dos recursos oriundos do FUNDEB. Ao incluir no critério de divisão desses valores apenas as matrículas em educação infantil, o legislador pune os entes da Federação que investem em estabelecimentos dessa natureza visando uma ampliação nas vagas para ensino fundamental e médio. Como resultado, o gestor público se vê compelido a alocar recursos apenas na estrutura pública de educação, visando manter ou majorar sua fatia do FUNDEB, deixando de dar efetividade ao contido no ar. 213 da Constituição vigente.

Por fim, deve-se destacar o teor do inciso VII, do art. 212-A, da Constituição de 1988, o qual estende a proibição de retenção de recursos públicos prevista no art. 160, do Texto Constitucional, às contribuições dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e às complementações devidas pela União, ao FUNDEB. De acordo com o referido dispositivo, eventual omissão dos entes da Federação em direcionar ao FUNDEB os recursos previstos na Constituição de 1988 é classificada como crime de responsabilidade, e ensejar a punição dos agentes competentes.

Note-se, entretanto, que o bom funcionamento desse instrumental depende da definição de premissas e metodologias técnicas e financeiras. Esse papel, segundo prevê o art. 18, da Lei nº 14.113/2021, cabe à Comissão Intergovernamental de Financiamento para a Educação Básica de Qualidade.

É preciso ainda destacar o protagonismo do FNDE para garantir o bom funcionamento do FUNDEB.

O art. 6º, do Decreto nº 10.656/2021, atribui ao FNDE, dentre outras, as competências de promover a divulgação de orientações técnicas sobre a operacionalização do FUNDEB e de dados sobre a previsão, a realização e a utilização dos valores financeiros repassados, e de oferecer apoio técnico relacionado aos procedimentos e aos critérios de aplicação dos recursos do FUNDEB, perante os

Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as instâncias responsáveis pelo acompanhamento, pela fiscalização e pelo controle interno e externo.

Em outras palavras, cabe ao FNDE divulgar os critérios balizadores para a distribuição dos recursos do FUNDEB e para a sua boa gestão e aplicação, e orientar Estados, Distrito Federal e Municípios a como fazê-lo.

3.5. RESULTADOS OBTIDOS PELA EDUCAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

O Texto Constitucional institui uma complexa estrutura jurídico-institucional, designada de Sistema Público de Educação, composta por diversos órgãos e entidades dispersos em todos os níveis federativos, e que, apesar de deterem competências específicas²⁰⁵, devem funcionar de maneira articulada, buscando viabilizar e aplicar os recursos necessários para que o Estado confira efetividade ao direito fundamental social à educação.

Direito fundamental social que, ao menos no nível da educação básica, está positivado em normas de eficácia plena e consiste em direito subjetivo, conferindo aos seus titulares a possibilidade de procurar a tutela do Poder Judiciário nos casos em que o Estado falhar na sua prestação.

A efetivação desse direito se dá por intermédio de prestações positivas, que, no ordenamento jurídico brasileiro, detêm natureza de serviços públicos, devendo ser prestadas em observância a regime jurídico próprio, diverso do regime jurídico de direito privado.

Para tutelar adequadamente o direito à educação básica, os órgãos e entidades que compõem os diversos sistemas de educação pública²⁰⁶ instituídos no país devem balizar suas políticas e ações no Plano Nacional de Educação e nas metas estratégicas por ele indicadas.

Visando atingir essas metas, órgãos e entidades contam com recursos financeiros que lhes são repassados por intermédio de diferentes instrumentos de financiamento da educação pública, alguns deles previstos na própria Constituição vigente, cujo funcionamento também tem por efeito promover a redistribuição de parte das receitas aferidas pelos entes da Federação em virtude da arrecadação de

²⁰⁵ Ver item 2.5.1 deste trabalho.

²⁰⁶ Os diversos sistemas de educação pública, organizados e mantidos pelos entes da Federação, compõem o chamado Sistema Público de Educação.

impostos, de modo a permitir a sua alocação racional, visando a melhoria equitativa da educação básica em todo o País.

Ocorre que, a despeito de sua aparente imponente, esse arranjo jurídico-institucional não é imune a críticas.

Em que pese o art. 212 da Constituição de 1988 vincular às políticas e ações de cunho educacional percentuais das receitas tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que, num primeiro momento, parecem ser significativos, na prática se verifica que, em comparação com outros países, o Brasil investe um volume relativamente baixo de recursos em educação.

Recentemente, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) publicou o *Education at a Glance 2023*, um relatório com dados e indicadores que permitem a comparação entre sistemas educacionais de diversos países²⁰⁷.

Segundo a publicação, em 2020, o Brasil investiu, em média US\$ 4.306,00 por aluno matriculado em estabelecimentos públicos de educação, desde o ensino fundamental até o ensino superior. Esse número é inferior àquele investido por países como a Costa Rica (US\$ 5.851,00) e o Chile (US\$ 7.233,00), e está abaixo da média de investimentos dos países que compõem a OCDE (US\$ 11.560,00)²⁰⁸.

As ferramentas de financiamento da educação pública, instituídas na Constituição de 1988, também apresentam limitações e deficiências.

Os recursos do FUNDEB e do salário-educação não podem ser utilizados para fazer frente a despesas com aposentadorias e pensões (art. 212, § 7º, da Constituição vigente, e art. 29, da Lei nº 14.113/2021). Além disso, o art. 7º, *caput*, c/c § 3º, inc. I, da Lei nº 14.113/2021, implementa incentivo negativo à alocação de recursos públicos em escolas comunitárias, confessionais e filantrópicas, ao não computar as vagas de ensino fundamental e médio preenchidas em estabelecimentos dessa natureza no cálculo de distribuição do FUNDEB.

Deve-se também apontar para a omissão das autoridades públicas em dar cumprimento às estratégias nº 20.6 a 20.8 do Plano Nacional de Educação, bem como ao recente § 7º, do art. 212, da Constituição vigente, os quais determinam a implantação do Custo Aluno Qualidade (CAQ).

²⁰⁷ cf. OECD (2023), **Education at a Glance 2023: OECD Indicators**. Paris: OECD Publishing, 2023. Disponível em <<https://doi.org/10.1787/e13bef63-en>>. Acesso em 12.11.2023.

²⁰⁸ OECD. *op. cit.* p. 278.

A Lei nº 13.005/2014 define o CAQ como parâmetro a ser utilizado para o financiamento da educação de todas etapas e modalidades da educação básica.

Ele deve ser aferido a partir do cálculo e do acompanhamento regular dos indicadores de gastos educacionais com investimentos em qualificação e remuneração do pessoal docente e dos demais profissionais da educação pública, em aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino e em aquisição de material didático-escolar, alimentação e transporte escolar.

Segundo DAIESSE QUÊNIA JAALA SANTOS BOMFIM, trata-se de ferramenta importante para a política de financiamento da educação pública, uma vez que busca inverter a lógica que hoje define como os investimentos se dão, “[...] *partindo das necessidades reais das escolas para estabelecer o valor que o Brasil precisa investir por aluno, em cada etapa e modalidade, e não mais a partir do quociente entre o valor total vinculado à educação e o número de matrículas*”²⁰⁹.

Cuidando especificamente do FUNDEB, DAISSSE QUÊNIA JAALA BOMFIM pede atenção para o fato de que “[...] *apesar de ter avançado em relação à sistemática anterior [do FUNDEF] falhou no sentido de garantir uma educação pública de qualidade [...]*”²¹⁰.

Ainda que a autora esteja se referindo ao modelo do FUNDEB anterior à reforma promovida pela Emenda Constitucional nº 108/2020, a ausência de dados relativos à eficiência dessa ferramenta de financiamento após a sua reestruturação, somada ao curto período decorrido desde esse evento, permite que se conclua no sentido de que essa realidade ainda não foi alterada.

Além disso, há na estrutura atual do FUNDEB pontos que comportam críticas. Nesse sentido, merece nota o contido no art. 29, da Lei nº 14.113/2020, o qual, conforme visto, impede que o restante dos recursos contidos nos fundos do FUNDEB seja utilizado para financiar despesas não consideradas como de manutenção e de desenvolvimento da educação básica, conforme art. 71, da Lei nº 9.394/1996.

Tal vedação pode gerar inconvenientes, uma vez que segundo o art. 71, da Lei nº 9.394/1996, não são consideradas despesas de manutenção do desenvolvimento da educação básica aquelas realizadas com obras de infraestrutura, ainda que levadas a efeito para beneficiar direta ou indiretamente a rede escolar.

²⁰⁹ BOMFIM. *op. cit.* p. 106.

²¹⁰ BOMFIM. *Ibid.* p. 56.

Pode-se dizer que essa vedação não é desejável num contexto em que o cumprimento das metas de expansão e universalização de serviços de educação previstas no PNE reclama fortes investimentos em infraestrutura.

Não bastasse tais limitações e inadequações observadas no âmbito dos instrumentos de financiamento da educação pública, cabe ressalva relativamente a como esses recursos são alocados.

Com efeito, desde a década de 1990, o Brasil busca substituir seu modelo de administração pública burocrática, pautada por uma organização hierárquica e conduzida por decisões essencialmente políticas, por um *standard* de administração pública gerencial, direcionada à eficiência à busca por resultados.

Entretanto, CRISTIANO CELONE e ILTON NORBERTO ROBIL FILHO lembram que, apesar de todos os esforços institucionais, o Brasil, dado o modelo de administração pública por ele adotado, “[...] *ainda é pautado majoritariamente no paradigma burocrático*”²¹¹.

Esse estado de coisas pode ensejar a tomada de decisões, em matéria de política educacional, pouco eficientes, o que, na prática, implica em má utilização dos recursos públicos disponíveis para conferir efetividade ao direito fundamental público subjetivo à educação básica.

Por conta disso, há no Brasil um sentimento arraigado de que as escolas privadas são mais eficientes no controle de seus custos do que as escolas públicas, o que as permite alcançar melhores índices e notas em avaliações formais²¹².

De qualquer forma, é preciso questionar se, apesar de todos os entraves, a educação pública brasileira tem alcançado bons resultados. E, ao se verificar os dados oficiais produzidos por ocasião do acompanhamento do cumprimento das metas estabelecidas no Plano Nacional de Educação, a resposta parece ser negativa.

²¹¹ CELONE, Cristiano; ROBIL FILHO, Ilton Norberto. **A garantia constitucional da responsabilidade gerencial no Brasil e na Itália: responsabilidade por resultados dos dirigentes públicos nos sistemas brasileiro e italiano e as relações entre órgãos políticos e administrativos**. p. 474. In.: Revista da Presidência, v. 21, pp. 452-481, 2020.

²¹² Ainda que no contexto de outro país (a Argentina), MIGUEL ÁNGEL RIVAS faz um contraponto interessante a essa noção, ao lembrar que “[...] *mientras las escuelas privadas son más eficientes en el manejo de los costos que las públicas, es importante antes destacar que estas últimas a menudo deben atender a costosas metas Sociales, tales como las de equidad o acceso, que la mayoría de los establecimientos privados no asumen*”. (RIVAS, Miguel Ángel **El derecho de aprender vs. el derecho de enseñar: una puja por los recursos públicos**. Buenos Aires: Lumen, 2013. p. 278).

Para ilustrar essa afirmação se realizará abaixo a exposição de informações colhidas na plataforma “PNE em Movimento”²¹³, mantida pelo Governo Federal, na qual estão depositados dados dos relatórios de acompanhamento das metas do PNE, estruturados pelo INEP.

A referência será o relatório de acompanhamento com linha base fixada em 2018, último disponibilizado na plataforma.

Essas informações se referem a cinco metas do primeiro bloco²¹⁴ presente no Plano Nacional de Educação, pertencente às chamadas metas estruturantes para a garantia do direito à educação básica com qualidade, quais sejam, as de número 1, 2, 3, 5 e 7²¹⁵.

Os dados relativos às três primeiras dão conta do avanço do Brasil em relação às metas de universalização da oferta de serviços de educação pública no nível do ensino básico. As informações concernentes às duas últimas, por sua vez, servem para ilustrar a qualidade da educação pública ofertada no Brasil.

A Meta 1 do Plano Nacional de Educação, vale lembrar, pretendia universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de quatro a cinco anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até três anos até o final da vigência deste PNE.

Considerando o fato de que o objeto deste trabalho se restringe ao ensino básico, ofertado a pessoas dos quatro aos dezessete anos, é especialmente interessante avaliar se, em 2018, a meta de universalização da educação infantil para crianças de quatro e cinco anos.

Em 2018, a meta prevista era de que 100% (cem por cento) da população nessa faixa etária frequentasse creche ou escola. Contudo, naquele ano apenas 81,4% (oitenta e um e quatro décimos por cento) desse público estava matriculado em estabelecimentos de educação infantil. O Estado com pior resultado era Rondônia, onde apenas 56,9% (cinquenta e seis e nove décimos por cento) das crianças pertencentes ao público-alvo frequentavam creches e escolas infantis. O Piauí tinha o

²¹³ PNE em Movimento. Disponível em <https://simec.mec.gov.br/pde/grafico_pne.php#onepage>. Acesso em 12.11.2023.

²¹⁴ Ver item 3.3 deste trabalho.

²¹⁵ As metas do Plano Nacional de Educação foram enumeradas e explicadas no item 3.3 deste trabalho.

melhor resultado, tendo atingido 93,9% (noventa e três e nove décimos por cento) da meta.

A Meta 2 do PNE, por seu turno, aspirava universalizar o ensino fundamental de nove anos para toda a população de seis a quatorze anos e garantir que pelo menos 95% (noventa e cinco por cento) dos alunos concluíssem essa etapa na idade recomendada, até o último ano de vigência do PNE.

A primeira parte da meta, atinente à universalização da oferta do ensino fundamental, estava muito próxima de ser atingida em 2018. Segundo dados, 98,4% (noventa e oito e quatro décimos por cento) dos alunos com idade coincidente com o intervalo fixado frequentavam ou já haviam concluído o ensino fundamental à época. Mesmo o Estado com o pior resultado, o Amapá, apresentava aproveitamento interessante de 95,6% (noventa e cinco e seis décimos por cento).

Todavia, a segunda parte da meta, relativa à conclusão do ensino fundamental dentro da idade recomendada, não apresentava resultados tão bons. Em 2018, apenas 66,7% (sessenta e seis e sete décimos por cento) das com pessoas com menos de dezesseis anos já haviam concluído o ensino fundamental.

Nem mesmo São Paulo, Estado com o melhor resultado, conseguiu cumprir a meta, tendo atingido somente 85,5% (oitenta e cinco e meio por cento) dos resultados buscados. O pior resultado foi obtido pelo Estado de Alagoas, no qual apenas 43,3% (quarenta e três e três décimos por cento) da população com até dezesseis anos já havia vencido aquele nível de ensino.

Por fim, a Meta 3 do PNE buscava universalizar, até 2016, o atendimento escolar para toda a população de quinze a dezessete anos e elevar, até o final do período de vigência deste PNE, a taxa líquida de matrículas no ensino médio para 85% (oitenta e cinco por cento). E aqui são observados os números mais ruins.

Até 2018, apenas 84,3% (oitenta e quatro e três décimos por cento) dos jovens entre quinze e dezessete anos frequentavam qualquer nível do ensino básico ou já haviam concluído o ensino médio no Brasil.

Nesse quesito, o pior resultado foi observado no Estado do Mato Grosso do Sul, que ofertava ou havia ofertado ensino médio para apenas 77,9% (setenta e sete e nove décimos por cento) da sua população. Mesmo os números do Estado do Piauí, primeiro colocado, não empolgavam: 88,6% (oitenta e oito e seis décimos por cento).

Quando a avaliação se restringe a jovens com idade entre quinze e dezessete anos que frequentavam ou já haviam finalizado o ensino médio, os números caem para apenas 55,3% (cinquenta e cinco e três décimos por cento) do público-alvo.

Os indicadores mais alarmantes dessa meta foram observados no Estado de Alagoas (37,4%), e os menos preocupantes no Estado do Mato Grosso (63,3%).

É de se notar, portanto, que até 2018, nem mesmo as metas mais básicas de universalização dos serviços públicos de educação foram atingidas, com destaque para os números observados no nível do ensino médio, mostrando um quadro especialmente inquietante.

Ao se passar à análise dos dados atinentes às metas ligadas à qualidade dos serviços de educação ofertados, o panorama não se altera significativamente.

A META 5, do Plano Nacional de Educação, talvez encarte o desejo mais básico de um país civilizado em matéria de educação: alfabetizar, até o término da vigência do Plano, todas as crianças, fazendo-as cursar o ensino básico até o terceiro ano do ensino fundamental. Em outras palavras, espera-se que, até 2024, todos os brasileiros tenham domínio minimamente qualificado sobre competências de leitura, escrita e matemática.

Ainda que exista tempo para se trabalhar visando o cumprimento da referida meta, é de se apontar que, até 2018, esse objetivo não estava próximo de ser atingido.

Os dados disponibilizados na plataforma PNE em Movimento mostram que 22,2% (vinte e dois e dois décimos por cento) da população brasileira não detinha, em 2018, proficiência adequada em leitura.

Os indicadores menos adequados foram coletados no Estado do Maranhão, onde 44,3% (quarenta e quatro e três décimos por cento) dos cidadãos não sabiam ler adequadamente. O número contrasta com o Estado de Minas Gerais, que, em 2018, contava com apenas 9,3% (nove e três décimos por cento) da população sem domínio suficiente sobre a leitura²¹⁶.

Os mesmos dados dão conta de que, em 2018, 34,5% (trinta e quatro e meio por cento) dos brasileiros não sabiam escrever adequadamente²¹⁷.

²¹⁶ Cumpre ressaltar que a legislação e o Plano Nacional de Educação vigentes não contêm definição legal do que significa ~ler adequadamente~. Os parâmetros utilizados para se mensurar esse indicador são oriundos da Pedagogia e definidos por técnicos.

²¹⁷ A observação realizada na nota de rodapé anterior se aplica também a essa situação.

Aqui, o destaque negativo é o Estado do Pará, onde 65,7% (sessenta e cinco e sete décimos por cento) da população apresentou dificuldades para escrever. Os melhores resultados foram observados em Santa Catarina, onde esse número caía para 13,4% (treze e quatro décimos por cento).

A informações obtidas junto plataforma “PNE em Movimento” indicam, por fim, que em 2018 o Brasil sustentava a assustadora marca de 57,1% (cinquenta e sete e um por cento) de seus cidadãos com conhecimentos insuficientes em matemática.

Regionalmente, os indicadores apontaram que, à época, 83,7% (oitenta e três e sete décimos por cento) dos maranhenses não tinham proficiência em matemática. O Estado com números mais adequados, por seu turno, foi Minas Gerais, onde 37,4% (trinta e sete e quatro décimos por cento) da população apresentou domínio aquém do necessário na referida matéria.

Tais informações denotam que, apesar do avanço experimentado desde a promulgação da Constituição de 1988, o Brasil ainda não conseguiu vencer sequer a chaga do analfabetismo, o que, na melhor das hipóteses, revela a necessidade de se repensar as políticas e ações educacionais levadas a cabo nos sistemas públicos de educação.

Por fim, a META 7, do Plano Nacional de Educação, impôs o fomento da qualidade da educação básica em todas as etapas e modalidades, com melhoria do fluxo escolar e da aprendizagem para se atingir as seguintes médias nacionais para o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB): 6,0 nos anos iniciais do ensino fundamental; 5,5 nos anos finais do ensino fundamental; 5,2 no ensino médio.

Esses resultados tampouco foram alcançados até o ano de 2018, no qual se aferiu IDEB de 5,2 para os anos iniciais do ensino fundamental, 4,2 para os anos finais do ensino fundamental, e 3,7 para o ensino médio.

Dados coletados na Plataforma QEd²¹⁸ denotam que, em 2021, esses números melhoraram, subindo para 5,8, 5,1 e 4,2, respectivamente.

Ressalta-se que esse avanço foi impulsionado sobretudo pelos resultados obtidos pela estrutura privada de educação. Em 2021, a estrutura pública de educação obteve IDEB de 5,5 para os anos iniciais do ensino fundamental, 4,9 para os anos finais do ensino fundamental, e 3,9 para o ensino médio.

²¹⁸ Plataforma QEd. Disponível em <<https://gedu.org.br/brasil/ideb>>. Acesso em 12.11.2023.

Mais uma vez se está diante de resultados abaixo do que fora estabelecido nas metas fixadas no PNE, fato que reforça a noção de que a estrutura e os instrumentos postos à disposição dos gestores públicos para prestar serviços públicos de educação podem ser melhor utilizados, buscando-se os alocar de maneira mais eficiente para ampliar e qualificar a educação pública brasileira.

Tais resultados, aliás, são ratificados pelo Programa Internacional de Avaliação de Alunos (PISA), gerido pela OCDE. Esse sistema de avaliação é estruturado para medir o nível de conhecimento de alunos de quinze e dezesseis anos nas áreas de leitura, matemática e ciências.

No relatório da última avaliação realizada pela PISA, em 2018, os resultados obtidos pelo Brasil foram de 413 pontos para leitura, 384 pontos para matemática e 404 pontos para ciências²¹⁹.

Para se mensurar o quão baixo é esse desempenho, na avaliação divulgada pelo próprio Governo Federal, informa-se que o Brasil teve os piores desempenhos para matemática e ciências dentre os países da América do Sul, ao lado da Argentina e do Peru. Em atividades escolares de leitura, o resultado não foi muito melhor, já que o Brasil foi o 2º pior país da América do Sul, juntamente com a Colômbia²²⁰.

Todos esses dados ratificam a observação feita por RICARDO SCHNEIDER RODRIGUES, segundo o qual, em se tratando da efetivação do direito à educação, *“há um descompasso [...] entre aquilo que estabelece a Constituição de 1988 e a realidade observada”*²²¹.

Com efeito, é indiscutível que, apesar de a Constituição vigente ter instituído amplo e complexo arranjo jurídico-institucional de órgãos, entidades e instrumentos postos a serviço do gestor público responsável por garantir que a população tenha acesso a serviços públicos de educação de qualidade, as metas legalmente estabelecidas no Plano Nacional de Educação não estão sendo atingidas.

Ainda que se ignore as oportunidades de melhoria na disciplina constitucional, legal e infralegal que trata, sobretudo, das regras de cooperação interfederativa e dos

²¹⁹ OECD (2019). **PISA 2018 Results (Volume I): What Students Know and Can Do, PISA**. Paris: OECD Publishing, 2019. pp. 57-62. Disponível em <<https://doi.org/10.1787/5f07c754-en>>. Acesso em 12.11.2023.

²²⁰ cf. BRASIL. Ministério da Educação (MEC). Pisa 2018 revela baixo desempenho escolar em Leitura, Matemática e Ciências no Brasil. Disponível em <<http://portal.mec.gov.br/ultimas-noticias/211-218175739/83191-pisa-2018-revela-baixo-desempenho-escolar-em-leitura-matematica-e-ciencias-no-brasil>>. Acesso em 12.11.2023.

²²¹ RODRIGUES. *op. cit.* p. 89.

instrumentos de financiamento da educação pública (são vários e, em teoria, são eficazes, conforme visto), é inegável que o incremento quantitativo e qualitativo da educação pública reclama a construção de políticas e a execução de ações diversas daquelas levadas a cabo até o momento.

É nesse contexto que se defende o posicionamento esposado neste trabalho.

A transferência da gestão de instituições públicas de educação à iniciativa privada, por intermédio de estratégias de concessões de serviços públicos e de terceirização, oportuniza uma realocação de recursos destinados à educação que pode gerar vantagens financeiras e operacionais ao Poder Público.

Para citar um exemplo de vantagem financeira, os contratos de concessão servem, muitas vezes, como instrumentos de financiamento de ativos públicos a longo prazo. Isso sucede pelo fato de que os investimentos de capital, necessários para implantar a infraestrutura necessária à prestação de serviços públicos, é custeada por recursos do parceiro privado, os quais serão amortizados durante todo o prazo de vigência da concessão, à medida em que ele se remunera pela prestação dos serviços concedidos.

Quanto ao incremento em qualidade, é inegável o fato de que a estrutura privada de educação conta com inúmeros recursos de caráter pedagógico, tecnológico, de gestão, dentre outros, que as permitem alcançar bons resultados nas avaliações formais realizadas quanto à qualidade dos serviços que elas prestam.

Diante desse fato é válido cogitar a utilização de instrumentos que viabilizem a transferência ágil desses recursos da iniciativa privada para a estrutura pública de educação, e, mais importante ainda, o funcionamento integrado dessas ferramentas detidas pela iniciativa privada, tão dificultado pelos contratos de empreitada, que, como regra, inviabilizam a contratação de soluções complexas, compostas por prestações diversas.

Antes de se explorar a potencialidade da utilização dessas estratégias nos sistemas públicos de educação, é preciso investigar se o ordenamento jurídico permite que isso ocorra. Imprescindível, pois, averiguar se as normas jurídicas vigentes admitem que serviços públicos de educação sejam transferidos à iniciativa privada, por intermédio de contratos de concessão de serviços e de terceirização.

4. A CONCESSÃO E A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ENSINO NO BRASIL

Os resultados obtidos pelo Brasil em relatórios de acompanhamento das metas contidas no Plano Nacional de Educação e no Programa Internacional de Avaliação de Alunos (PISA) indicam que a efetivação do direito fundamental à educação e a ampliação da oferta de serviços públicos de educação com qualidade, em que pese serem missões prementes do Estado brasileiro, estão aquém do que o ordenamento jurídico reclama. Essa incumbência estatal tem encontrado óbices em problemas da estrutura e dos sistemas públicos de educação.

Os investimentos realizados pelo Estado brasileiro, conforme visto, estão abaixo daqueles observados em outros países. O volume de recursos financeiros imprescindíveis para se viabilizar o implemento de infraestrutura e de servidores públicos necessários esbarra nas dificuldades orçamentárias já há muito enfrentadas pelo País.

Além disso, a alocação eficiente dos poucos recursos existentes por vezes não consegue superar certa carência de planejamento, pessoal especializado e de um ambiente institucional com a maturidade técnica suficiente.

Foi (e é), sob essas circunstâncias que a criação, o desenvolvimento e o emprego de instrumentos que permitem a atuação de agentes privados no seio dos sistemas públicos de educação, mediante transferências dos serviços públicos de educação, se deram.

Ao longo das últimas décadas o Estado brasileiro construiu um elogiável histórico de promoção de ações e políticas pautadas pela formalização de parcerias com a iniciativa privada visando prover a população com serviços públicos de educação, no âmbito da pré-escola e do ensino superior.

Desde a década de 1990 os Municípios de São Paulo²²² e de Porto Alegre²²³ (para citar dois exemplos) fazem uso de instrumentos jurídicos diversos, aptos a permitir a utilização da capacidade instalada de instituições privadas dedicadas ao

²²² cf. FRANCO, Dalva de Souza; DOMICIANO, Cassia Alessandra; ADRIÃO, Theresa Maria de Freitas. **Privatização das creches em São Paulo e seus efeitos sobre a qualidade da oferta**. Teoria e Prática da Educação. v. 22, n. 3, setembro/dezembro de 2019. Maringá/PR: Universidade Federal de Maringá, 2019.

²²³ cf. SUSIN, Maria Otilia Kroeff. **A educação infantil em Porto Alegre: um estudo de caso das creches comunitárias**. Dissertação (Mestrado). Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), 2005. pp. 33-44.

atendimento da educação infantil, principalmente sem fins lucrativos, para alocar alunos oriundos da rede pública de educação.

Mais recentemente, os Estados de Minas Gerais²²⁴ e do Paraná²²⁵ lançaram mão de termos de cooperação e contratos administrativos para se apropriar da *expertise* de entidades privadas na gestão de escolas de ensino médio regular e no provimento de aulas relativas a disciplinas de conteúdo específico, as quais compõem o currículo de cursos de ensino médio profissionalizante em tempo integral.

Além disso, são amplamente conhecidos o Programa Universidade Para Todos (PROUNI)²²⁶ e o Fundo de Financiamento Estudantil (FIES)²²⁷, idealizados e executados pela União, os quais têm por objetivo democratizar o acesso da população ao ensino superior, mediante a uso da capacidade instalada de faculdades, centros universitários e universidades privadas.

Todas essas iniciativas pressupõem, em algum grau, um avanço da atuação dos agentes privados no sentido de prover, manter e melhorar a oferta de serviços de educação no Brasil.

Contudo, é inegável que essas mesmas iniciativas foram desenvolvidas num ambiente de forte resistência à utilização de recursos (financeiros, humanos, físicos, etc.) da iniciativa privada visando a prestação desses serviços públicos de educação.

Há, evidentemente, críticas de cunho pedagógico e gerencial ao que, em certas ocasiões, é chamado de privatização do ensino público, estruturadas sobretudo por estudiosos da pedagogia, conforme se retira de parte dos trabalhos desenvolvidos pelo Grupo de Estudos e Pesquisas em Políticas Educacionais (GREPPE), ligado à

²²⁴ Em 2021, o Estado de Minas Gerais publicou os editais de chamamento público nº 4/2021, 5/2021 e 6/2021, destinados a selecionar propostas de Organizações da Sociedade Civil (OSCs), objetivando a celebração de Termos de Colaboração com a Secretaria de Estado da Educação para gestão compartilhada da Escola Estadual Coronel Adelino Castelo Branco, da Escola Estadual Francisco Menezes Filho e da Escola Estadual Maria Andrade Resende. Ainda que não se tenha logrado êxito em localizar cópia dos referidos instrumentos, sabe-se que os três chamamentos públicos lograram êxito em selecionar projetos e tiveram seus resultados finais homologados. Os documentos estão disponíveis em

<https://acervodenoticias.educacao.mg.gov.br/component/gmg/documents?category_id=16899>.

Acesso em 28.06.2023.

²²⁵ Pregão Eletrônico nº 980/2021, com edital publicado em 15.10.2021, que originou a ata de registro de preços assinada em 19.11.2021, e ao contrato nº 067/2022, firmado junto à Secretaria de Estado da Educação do Paraná. Documentos disponíveis em <<http://www.transparencia.pr.gov.br/pte/compras/licitacoes/inicio?windowId=35e>>. Acesso em 28.06.2023.

²²⁶ cf. BRASIL. Ministério da Educação. **PROUNI**. Disponível em <<https://acessounico.mec.gov.br/prouni>>. Acesso em 28.06.2023.

²²⁷ cf. BRASIL. Ministério da Educação. **FIES**. Disponível em <<https://acessounico.mec.gov.br/fies>>. Acesso em 28.06.2023.

Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), e coordenado pelas professoras THERESA MARIA DE FREITAS ADRIÃO e SELMA BORGHI VENCO²²⁸.

Apenas para elucidar o conteúdo dessas críticas, THERESA MARIA DE FREITAS ADRIÃO alerta para o fato de que entidades do terceiro setor incumbidas de gerir escolas muitas vezes não estão preparadas para tanto, e que, em virtude de normalmente serem mantidas com recursos oriundos de sujeitos da iniciativa privada, acabam deixando que estes últimos influenciem na definição e na implantação de políticas educacionais alinhadas aos seus interesses econômicos²²⁹.

Não se ignora que tais críticas devam ser consideradas por estudiosos de outras áreas, e, principalmente, pelo gestor público que cogite encampar algum projeto de transferência de atividades ligadas aos serviços públicos de educação a sujeitos estranhos à estrutura da Administração Pública, de modo a avaliar se a opção por ele aventada se mostra a mais eficiente no caso concreto.

Todavia, apontamentos de cunho pedagógico e gerencial transbordam dos contornos deste trabalho, o qual almeja analisar a questão sob o viés do Direito. E, o que se pretende é deduzir e analisar as principais críticas de cunho jurídico, erguidas com o objetivo de se contrapor a iniciativas tendentes à concessão de serviços públicos de educação e à terceirização dessas mesmas atividades, identificando se, e com qual intensidade, elas são procedentes.

Para alcançar esse objetivo, é preciso, em primeiro lugar, enumerar as principais críticas jurídicas respeitantes ao objeto ora estudado, o que se passa a fazer a partir deste momento.

4.1. RESISTÊNCIA À CONCESSÃO E À TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE EDUCAÇÃO: ATIVIDADE-FIM, PRESTÍGIO AO CONCURSO PÚBLICO E RISCO À GRATUIDADE

Em que pese a escassez de material que verse sobre o tema, em linhas gerais é possível deduzir três argumentos jurídicos marcados por algum protagonismo,

²²⁸ cf. **Grupo de Estudos e Pesquisas em Políticas Educacionais (GREPPE)**. Disponível em <<https://www.greppe.fe.unicamp.br/pt-br>>. Acesso em 29.06.2023.

²²⁹ cf. ADRIÃO, Theresa Maria de Freitas. **Dimensões da privatização da Educação Básica no Brasil: um diálogo com a produção acadêmica a partir de 1990**. Brasília: ANPAE, 2022. pp.251-255.

contrários à transferência de serviços públicos de educação à iniciativa privada, mediante estratégias de concessão de serviços públicos ou de terceirização

O primeiro tem por premissa a classificação desses serviços como atividades-fim do Estado.

Ao serem classificados dessa forma, tais serviços integrariam um núcleo duro de atividades que, necessariamente, precisam ser executadas diretamente pela Administração Pública, o que inviabilizaria seu repasse a terceiros.

Essa noção está presente no tratamento midiático dado, vez ou outra, a tentativas de transferência à iniciativa privada de tarefas ligadas aos serviços públicos de educação, ocasiões nas quais atividades ligadas ao magistério são rotuladas, de forma pouco criteriosa, como atividades-fim, e apontadas como não sujeitas à terceirização²³⁰.

Nessas situações, o termo terceirização dificilmente é empregado de maneira adequada, ou seja, como processo de contratação de empresas prestadoras de serviços, para que seus empregados executem algum tipo de prestação em favor da Administração Pública, colaborando com esta última. Em textos jornalísticos, não é incomum que a expressão terceirização acabe ganhando significado inflado, passando a designar qualquer estratégia de transferência de atividades, da Administração Pública, para terceiro.

Entretanto, mesmo em oportunidades em que o tratamento conferido à terceirização está alinhado à boa técnica jurídica, o panorama não muda. TARSO CABRAL VIOLIN faz questão de explicitar textualmente o que ele chama de terceirização ilícita de atividade-fim, a partir de situação hipotética por ele cogitada, na qual uma escola realiza a contratação de professores²³¹.

²³⁰ Cf.: **6 possíveis efeitos da terceirização na educação**. Sindicato dos Especialistas de Educação do Ensino Público Municipal de São Paulo (SINESP). p. 03.04.2017. Disponível em <<https://www.sinesp.org.br/noticias/aconteceu-no-sinesp/1824-6-possiveis-efeitos-da-terceirizacao-na-educacao>>. Acesso em 28.06.2023; **Governo do Paraná aprofunda privatização do ensino público, analisam profissionais da educação**. Brasil de Fato. p. 18.04.2022. Disponível em <<https://www.brasilefatopr.com.br/2022/04/18/governo-do-parana-aprofunda-privatizacao-do-ensino-publico-analisam-profissionais-da-educacao>>. Acesso em 28.06.2023.

²³¹ “*Enfim, a terceirização na Administração Pública apenas será lícita se as atividades repassadas para terceiros forem relativas a atividades-meio do órgão ou entidade estatais [sic], e ainda se inexistente a pessoa e a subordinação direta (lembrando que normalmente a doutrina trabalhista ainda acrescenta a onerosidade e a não-eventualidade ou continuidade)*. Dora Maria de Oliveira Ramos exemplifica a contratação de professores para uma escola ou de médicos para um hospital como terceirização ilícita, pois há o repasse de atividades-fim do tomador terceirizado”. (VIOLIN, Tarso Cabral. **Estado, Ordem Social e Privatização: as terceirizações ilícitas da Administração Pública por meio das organizações sociais, OSCIPs e demais entidades do 'terceiro setor'**. p. 377. Raízes Jurídicas, v. 4, p. 369-380, 2008. Curitiba: Universidade Positivo (UNICEMP), 2008).

No campo jurisprudencial, menciona-se, a título ilustrativo, o acórdão prolatado no Agravo de Instrumento nº 0086785-91.2022.8.19.0000, que tramitou perante o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO²³².

O recurso foi interposto pelo Município de Porto Real, em face de decisão que deferiu pedido de tutela cautelar de urgência em Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

A ação, segundo se deduz da decisão acima mencionada, teve por lastro apreciação pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro sobre o Contrato nº 006/2013, formalizado entre o Município de Porto Real e a empresa Braservice Soluções em Serviços Ltda, ocasião na qual se concluiu que o contrato de terceirização seria ilegal “[...] *em relação aos cargos de auxiliares administrativos, agentes administrativos, inspetores de alunos e auxiliares de sala por serem cargos ligados à atividade-fim do Município*” (g.n).

Em virtude do posicionamento do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro emitiu recomendações ao Município de Porto Real nos anos de 2020 e 2021, no sentido de que a irregularidade fosse sanada mediante a rescisão do contrato em questão, e para que fossem tomadas as providências necessárias para se realizar concurso público destinado a contratar servidores aptos a cumprir aquelas funções.

O Município, por sua vez, teria requerido a prorrogação dos prazos impostos pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nas duas ocasiões, e ainda se omitiu em comparecer à reunião na qual seriam discutidas as condições de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) apto a disciplinar o saneamento do problema, o que motivou a propositura da Ação Civil Pública em questão.

Em análise perfunctória, o juízo de origem deferiu decisão cautelar, determinando que o Município de Porto Real apresentasse, no prazo de sessenta dias, cronograma contemplando a rescisão do Contrato nº 006/2013, a eventual substituição dos empregados da empresa prestadora de serviços por contratados temporários selecionados mediante realização de processo seletivo simplificado, e o mapeamento das necessidades locais relacionadas a cargos a serem criados visando a realização de concurso público.

²³² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0086785-91.2022.8.19.0000. Rel(a) Des(a) Helda Lima Meirelles. Diário Oficial de Justiça. Rio de Janeiro: DJ de 21.03.2023.

Ao analisar o agravo de instrumento interposto, a relatora do caso, Desembargadora Helda Lima Meirelles, do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, entendeu que a irresignação do Município de Porto Real não estaria marcada pela probabilidade do direito por ele reclamado, pois havia evidências suficientes de que o ente público agiu em desconformidade com o ordenamento jurídico, e apoiou-se na conclusão do Tribunal de Contas Local de “[...] *que as atividades de auxiliar administrativo, assistente administrativo, inspetor e auxiliar de sala foram objeto de terceirização ilícita, visto estarem ligadas à atividade-fim do Município*”.

Outro precedente que contém o mesmo argumento consta do Acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, no âmbito do Processo TC-010245/989/18.

Naquela oportunidade, o TCE/SP examinou o Pregão Presencial nº 19/2014, e, em especial, o Contrato nº 108/2014, firmado entre o Município de Cosmópolis e a empresa Esplêndida Ensino: Educação e Cultura-ME, cujo objeto fora formalmente registrado como “[...] *prestação de serviços de assessoria técnica, consultoria para o desenvolvimento, planejamento, coordenação e acompanhamento do ensino de língua inglesa aos professores e alunos da Rede Municipal de Educação Infantil*”.

Ao avaliar o contrato, o relator do processo, Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo, firmou entendimento no sentido de que a contratação teria sido ilícita porque “*a natureza dos serviços prestados pela empresa correspondeu a típicas atividades de magistério [...]*”²³³, caracterizando assim terceirização de atividade-fim do Município de Cosmópolis.

Ainda que tais precedentes não sejam paradigmáticos, tal como são aqueles provenientes das Cortes Superiores brasileiras, ilustram o ponto de vista de quem classifica serviços públicos de educação como atividades-fim do Estado, e utilizam esse dado como um impeditivo para que a execução dessas atividades seja transferida à iniciativa privada.

²³³ BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Processo TC-010245/989/18. Rel. Cons. Sidney Estanislau Beraldo. Diário Oficial. São Paulo: DO de 14.11.2020.

O segundo argumento reforça o primeiro, e decorre de uma interpretação restritiva dos arts. 37, inciso II²³⁴, e 206, inciso V, da Constituição de 1988²³⁵.

Os referidos dispositivos constitucionais erigiram a regra do concurso público para a admissão de professores aptos a ocupar cargos públicos, com especial destaque para o art. 206, inciso V, que arrola a valorização dos profissionais da educação escolar como um princípio, a ser efetivado mediante a instituição de “[...] *planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas*”.

Estes dispositivos constitucionais, a depender de como são interpretados, constituem argumento a impor condição *sine qua non* de aprovação em concurso público para que profissionais da educação atuem em escolas dos sistemas públicos de educação.

A consequência dessa condição situar-se-ia na impossibilidade de autorizar que profissionais admitidos por entidades não integrantes da Administração Pública, que não selecionam seus colaboradores mediante realização de concursos públicos, fossem alocados para prestar atividades em unidades escolares das redes públicas de educação, o que, na prática, reforçaria o *status* de atividade-fim genericamente atribuído a esse tipo de serviço, e, por consequência, a impossibilidade de eles serem prestados por terceiros.

SELMA BORGHI VENCO e FLÁVIO SOUSA destacaram que, segundo pesquisa realizada por eles, observou-se, no âmbito das escolas estaduais brasileiras, uma adoção crescente de “[...] *estratégias para contornar o não provimento dos cargos para professores com medidas paliativas, [...]*”²³⁶.

Sob o ponto de vista do Direito, parte da doutrina indica o dever de a Administração Pública realizar concurso público como óbice para a terceirização de

²³⁴ “Art. 37. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;”(BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988).

²³⁵ “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...]V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;”. (BRASIL. *op. cit.*)

²³⁶ VENCO, Selma Borghi; SOUSA, Flávio. **O crepúsculo da função pública: distopia ou realidade?** p. 171. In: *Revista Educación, Política y Sociedad*. v. 6, n. 1. Madri: Universidad Autónoma de Madrid (UAM), 2021. pp. 149-176.

atividades abrangidas por quaisquer de suas carreiras funcionais. É o que se retira de texto assinado por MARCOS DE OLIVEIRA VASCONCELOS JÚNIOR.

Segundo o autor a terceirização, a rigor, é vedada pelo ordenamento jurídico, e essa proibição é fundamentada justamente no art. 37, inciso II, da Constituição vigente, o qual impõe a regra do concurso público. Essa determinação constitucional, explica o autor, comportaria apenas as exceções previstas na própria Constituição de 1988, quais sejam, a contratação temporária e a nomeação para cargos em comissão.²³⁷

Dentre os poucos comentários ao texto do art. 206, inciso V, da Constituição vigente e ao específico caso da educação e do ensino, cita-se aquele realizado por MARCOS AUGUSTO MALISKA, para quem “*são direitos do profissional da educação, além de outros, o ingresso no serviço público por concurso público [...]*”²³⁸.

É de se notar que o autor não realiza qualquer diferenciação entre profissionais da educação que ocupam cargos públicos e aqueles contratados por entidades estranhas à Administração Pública, podendo-se deduzir que, segundo ele, só está apto a prestar serviços públicos de educação quem for aprovado em concurso público.

No campo jurisprudencial, esse entendimento é tangenciado por vários acórdãos do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA²³⁹ que condenam a preterição de candidatos aprovados em concurso público para o cargo de professor, em detrimento da contratação de profissionais por outros meios (em especial mediante contratação temporária, fundada no art. 37, inciso IX, da Constituição de 1988²⁴⁰) para exercer a mesma função.

²³⁷ VASCONCELOS JÚNIOR, Marcos de Oliveira. **A terceirização na administração pública e os serviços públicos de saúde**. p. 82. In.: CONPEDI/UNICURITIBA. (Org.). Direitos Sociais e Políticas Públicas II. 1ed.Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 77-92.

²³⁸ MALISKA, MARCOS AUGUSTO. Comentários ao art. 206, inciso V, da Constituição Federal de 1988. p. 2047. In.: **Comentários à Constituição do Brasil**. SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. pp. 2044-248.

²³⁹ Cf.: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 18.685/DF. Rel. Min. Hermann Benjamin. Brasília: Diário Oficial de Justiça. DJe de 09.09.2017; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 19227/DF. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília: Diário Oficial de Justiça. DJe de 30.04.2013.

²⁴⁰ “Art. 37. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;” (BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988).

É o que se retira de trecho do voto elaborado pelo Ministro Herman Benjamin, no Recurso Especial nº 1764202/PI²⁴¹.

O precedente contido no voto decorre de recurso interposto pelo Estado do Piauí, em face de decisão proveniente do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PIAUÍ, que manteve sentença prolatada em Mandado de Segurança que reconheceu o direito de candidatos aprovados em concurso público para professores, respeitado o número de vagas, serem nomeados para ocuparem os respectivos cargos. Segundo relatado pelo Ministro, o Tribunal *a quo* teria entendido que houve preterição indevida à nomeação dos candidatos aprovados, em preferência à realização de uma série de contratações temporárias de professores, durante o período de validade do concurso.

Ao analisar os argumentos do Estado do Piauí, o Ministro Herman Benjamin asseverou que o provimento de cargo vago, durante o prazo de validade de concurso público em que foram aprovados candidatos, por intermédio de contratação precária (por ele classificada como “terceirização”), consiste em ato administrativo nulo, por desvio de finalidade, e que pretere indevidamente a ordem de classificação de concurso público válido.

Partindo da premissa de que os serviços públicos de educação são atividades-fim do Estado, estes deveriam, na opinião do relator, ser prestados preferencialmente por servidores que titularizam cargos públicos em função de aprovação prévia em concurso de provas e, excepcionalmente, por sujeitos contratados temporariamente, com fundamento no art. 37, inciso IX, da Constituição de 1988.

E, conforme se deduz da inteligência do acórdão, dada a ausência de autorização constitucional expressa, tais serviços públicos nunca poderiam ser executados por sujeito não selecionado diretamente pela Administração Pública, mediante concursos públicos ou processos seletivos simplificados.

O terceiro argumento é o de que a transferência de serviços públicos de educação, mediante contratos de concessão ou de terceirização, a agentes da iniciativa privada, resultaria na cobrança de mensalidades ou outros valores em face dos alunos, o que afrontaria a gratuidade do ensino assegurada pelo art. 206, inciso IV, da Constituição vigente.

²⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.764.202/PI. Rel. Min. Herman Benjamin. Brasília: Diário Oficial de Justiça. DJe de 16.11.2018.

A manutenção da gratuidade do ensino público, em todos os níveis do sistema nacional de educação, é preocupação esposada por juristas como JOSÉ AFONSO DA SILVA. Para o autor, tentativas de justificar o pagamento de quaisquer valores como condição para se usufruir dos serviços públicos de educação nada mais são do que uma forma de racionalizar um viés ideológico sobre o qual o ensino privado deve se sobrepôr e ser mais abrangente que o ensino público²⁴².

O autor afirma que ao defender a escola particular, em oposição à escola pública, e ainda a realização de pagamentos para se utilizar a estrutura do ensino oficial, procura-se acabar com a diferença entre o ensino público e o privado, passando a ser indiferente às pessoas se matricular em uma estrutura de ensino ou em outra²⁴³.

O argumento da impossibilidade de serem cobrados dos alunos que fazem uso dos sistemas públicos de educação quaisquer valores que sirvam como condicionante para a utilização adequada dos serviços públicos de educação, segundo TARSO CABRAL VIOLIN, inviabilizaria a transferência desses serviços, a qualquer título, para terceiros.

Segundo defende este autor, o repasse dessas atividades a pessoa jurídica não integrante da Administração Pública não poderia ser instrumentalizado nem por meio de processos de terceirização (dado que se trata de atividades-fim do Estado), nem mediante a formalização de contratos de concessão, uma vez que a cobrança de tarifas junto ao usuário dos serviços ofenderia a regra da gratuidade do ensino público, prevista no art. 206, inciso IV, da Constituição de 1988²⁴⁴⁻²⁴⁵.

Note-se que todos esses argumentos são construídos a partir de conceitos como atividades-fim, atividades-meio, terceirização, delegação, concurso público, gratuidade, bastante sedimentados no âmbito do direito público brasileiro, o que, num primeiro momento, confere a eles certo grau de naturalidade.

Essa naturalidade, contudo, merece ser sabatinada. Mostra-se fundamental realizar o aprofundamento da discussão a fim de se verificar se as análises que dão

²⁴² cf. SILVA. *op. cit.* p. 860.

²⁴³ SILVA. *Idem.* p. 860.

²⁴⁴ cf. VIOLIN, Tarso Cabral. **A terceirização ou concessão de serviços públicos sociais - a privatização de creches municipais.** In.: Informativo de Direito Administrativo Responsabilidade Fiscal (IDAF), n. 13, ago/2002. Curitiba: Zênite, 2002. pp. 25.

²⁴⁵ O autor ressalta, contudo, a possibilidade de execução indireta de atividades como alimentação, limpeza, vigilância, dentre outras prestadas dentro de unidades escolares de educação infantil, as quais ele considera atividades-meio. Esse raciocínio será problematizado no item 1.2.1 deste trabalho.

origem aos argumentos acima são constituídas de baldrames consistentes e foram construídas a partir do emprego adequado dos conceitos nela utilizados.

É o que se passa a fazer a partir desse ponto do texto.

4.2. CRÍTICA À RESISTÊNCIA: ELEMENTOS QUE AUTORIZAM A DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE EDUCAÇÃO NO BRASIL

Com o respeito que estão a merecer os operadores do Direito que eventualmente encabeçam os fundamentos contrários à delegação de serviços públicos de educação acima deduzidos, deve-se afirmar que todos eles são passíveis de críticas e apresentam hiatos que, em alguma proporção, fragilizam-nos.

Como se verá adiante, constata-se que tais posições refletem concepções alusivas a outros momentos históricos, nos quais a compreensão dos limites impostos ao Estado e à Administração Pública para transferir a terceiros certas tarefas que, a princípio, estariam sob os seus cuidados, e ainda das formas e instrumentos que permitem esses repasses, era diversa.

Demais disso, ao se debruçar sobre os conceitos jurídicos utilizados nos argumentos em questão, percebe-se que é cabível criticar a precisão com a qual eles foram empregados.

4.2.1. A complexidade dos serviços públicos de educação e a execução indireta das atividades-meio

Recapitulando, o primeiro argumento antagônico à execução indireta de atividades integrantes dos serviços públicos de educação, por terceiros, é o de que tais serviços caracterizam atividade-fim do Estado, sendo, portanto, defesos a qualquer tipo de transferência.

A identificação do núcleo de atividades sob monopólio do Estado, impossíveis de serem repassadas a pessoas físicas ou jurídicas que não compõem a Administração Pública, é tarefa marcadamente complexa, dado que, conforme se retira da obra da MARIA JOÃO ESTORNINHO, seus contornos seguem a sorte das

alterações que a própria noção de Estado sofreu durante os séculos²⁴⁶, e, consecutivamente, das opções e características que marcam cada ordenamento jurídico.

Em face a essa complexidade, a tentativa de realizar uma divisão estanque entre atividades-meio e atividades-fim do Estado, atribuindo-se a esta última classe a pecha de não sujeição a processos de transferência a terceiros, perde sentido, nos termos em que se sustentará a seguir.

De qualquer maneira, mesmo em face da aplicação deste critério de classificação das atividades do Estado e da Administração Pública, a conclusão pela impossibilidade de atribuir a execução indireta de qualquer atividade pertencente aos serviços públicos de educação, é questionável.

A corrente defensora da aplicação deste critério aduz que as chamadas atividades acessórias ou atividades-meio consistiriam em tarefas administrativas, inerentes a qualquer estrutura burocrática, e que, por isso mesmo, não apresentam a exigência de serem executadas diretamente por integrantes da Administração Pública, sendo possível, portanto, repassá-las a terceiros.

A execução de providências meramente administrativas, de acordo com as bases do referido critério, seria apenas um meio para a consecução das chamadas atividades-fim do Estado, as quais integrariam um núcleo duro de competências exercíveis exclusivamente por ele.

Ainda que tais conceitos não estejam bem delineados em normas constitucionais e legais, pode-se aferir alguma noção do conteúdo jurídico ordinariamente conferido a tais conceitos quando se lê a Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017, editada pelo antigo Ministério do Planejamento, Orçamento, e Gestão, do Governo Federal²⁴⁷.

O art. 9º desse ato regulamentar contém o rol de atividades cuja contratação junto a terceiros, pela Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, é vedada, indicando que tais tarefas estariam atreladas a um conjunto de providências tipicamente estatais.

²⁴⁶ cf. ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. pp. 23-80.

²⁴⁷ BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Instrução Normativa nº 5, de 25 de maio de 2017. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 26.05.2017.

O dispositivo em comento estabelece que não podem ser objeto de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional: *i)* atividades que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; *ii)* as atividades consideradas estratégicas para o órgão ou entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias; *iii)* as funções relacionadas ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e *iv)* as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

Nota-se de pronto que se cuida de atividades umbilicalmente ligadas ao *ius imperium*, que envolvem poder decisório ou fiscalizatório, relacionadas, em alguma proporção, ao exercício do poder de polícia e a competências regulamentares e sancionatórias.

Tarefas com essas características, sem dúvida, podem ser identificadas no funcionamento interno de estabelecimentos de educação. Como destaca HÉLIO JANMY TEIXEIRA²⁴⁸, ao se observar o ambiente escolar, constata-se a existência de quatro áreas de atividades, por ele designadas de: *i)* atividades de direção; *ii)* atividade-fim; *iii)* atividades de suporte à atividade-fim; e *iv)* atividades de apoio geral.

Consoante sua opinião, atividades de direção são aquelas que demandam “[...] *coordenação e organização geral da escola, assistência da direção, coordenação pedagógica, coordenação da área, secretaria geral e outras*”²⁴⁹.

As atividades-fim, por seu turno são aquelas envolvidas “[...] *diretamente com a tarefa educacional, exercida pelos professores; compreende também atividades de apoio ao trabalho da sala de aula, como monitoria*”²⁵⁰.

As atividades de suporte às atividades fim, explica o autor, abarcam os “[...] *serviços de biblioteca, elaboração técnica de material didático e outras*”²⁵¹.

Por fim, as atividades de apoio geral são aquelas voltadas para a “[...] *administração de recursos e meios necessários ao funcionamento da escola;*

²⁴⁸ TEIXEIRA, Hélio Janmy. **Da administração geral à administração escolar**. 1ª ed. 3º reimp. São Paulo: Editora Edgard Blucher Ltda, 2016. p. 5.

²⁴⁹ TEIXEIRA. *op. cit.* p. 5.

²⁵⁰ TEIXEIRA. *Idem.* p. 5.

²⁵¹ TEIXEIRA. *Idem.* p. 5.

abrangem os serviços de recursos humanos, finanças, material, merenda, zeladoria e outras"²⁵².

O mesmo autor condena ainda o que define como "*perversa separação entre o pedagógico e o administrativo*", destacando que as necessidades que se impõem para a boa execução das atividades-fim das escolas conformam o modo de execução das atividades de direção, das atividades de suporte às atividades-fim e às atividades de apoio em geral²⁵³.

Ainda que a técnica utilizada por HÉLIO JANMY TEIXEIRA não seja oriunda do Direito, mas sim da Ciência da Administração, resta clara a sugestão do pesquisador de que o exercício da educação compreende a prestação de um intrincado plexo de atividades que muitas vezes se sobrepõem e criam relações de interdependência.

Dessa realidade, pode-se retirar duas conclusões relativas aos serviços de educação: não é viável impor a esses serviços uma divisão estanque entre atividades essencialmente pedagógicas e atividades de cunho administrativo, e é possível observar, no âmago do emaranhado de atividades que compõem esses serviços, tarefas de apoio ao processo de ensino-aprendizagem.

A primeira prenuncia que a análise dos serviços públicos de educação sob o prisma da classificação entre atividades-fim e atividades-meio tende a ser uma tarefa ingrata²⁵⁴.

A segunda dá ensejo a uma zona de certeza positiva no sentido de que parte das atividades que compõem os serviços públicos de educação são essencialmente burocráticas, direcionadas a criar as condições para que o processo educacional se desenvolva de maneira adequada no interior dos estabelecimentos de educação.

Nessa zona de certeza positiva, nitidamente estão incluídos os serviços de segurança, de manutenção predial, de limpeza e jardinagem, de alimentação, a gestão administrativa e financeira da escola, etc.

Em outras palavras, a observação apurada das tarefas desenvolvidas nas unidades escolares, em virtude da prestação dos serviços públicos de educação, conduz à constatação de que algumas dessas providências podem ser classificadas

²⁵² TEIXEIRA. *op. cit.* p. 5.

²⁵³ TEIXEIRA. *Idem.* p. 5

²⁵⁴ Em verdade, a utilização do critério de classificação em questão é questionável, podendo-se dizer que ela perdeu sentido, conforme se verá nos itens 4.2.2 e 4.2.3 deste trabalho.

como atividades-meio, passíveis, portanto, de serem executadas indiretamente, por terceiros estranhos à Administração Pública.

Essa conclusão, ao que parece, inspirou a condução do voto proferido pelo Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo, do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, no Processo TC-019659.989.20-6²⁵⁵.

Estavam em pauta, na ocasião, a utilização de recursos ordinários interpostos pelo Município de Sumaré e pela empresa MV Serviços Ltda, em face de decisão da própria Corte de Contas que julgou irregular o Contrato nº 74/18, firmado entre ambos, cujo objeto era a “[...] *prestação de serviços de assistência a alunos portadores de deficiências físicas e múltiplas matriculados na Rede Municipal de Ensino de Sumaré* [...]”.

Um dos fundamentos da decisão recorrida era o de que o objeto do contrato promovia a terceirização irregular de atividades educacionais típicas, de competência exclusiva do Município e de cargos e/ou funções que compunham seu quadro de pessoal.

Ao se manifestar sobre o tema, o Relator consignou que, segundo o Termo de Referência do edital que precedeu à contratação, as atividades a serem prestadas pelos colaboradores da empresa contratada eram de assistência à alimentação, à higiene bucal e íntima, à utilização do banheiro, à locomoção, à administração de medicamentos (desde que com prescrição médica e mediante autorização expressa dos pais ou responsáveis) e à comunicação dos alunos.

Anotou ainda que a oferta desses serviços de apoio especializado é imposta ao Estado pela Lei nº 9.394/1996, a qual, todavia, não as classifica expressamente como atividades-fim do Poder Público. Por essa razão, afirmou que a contratação dos referidos serviços não guardaria relação direta com típicas atividades educacionais do estado, e que, por isso, ela não caracterizou terceirização indevida, posto que as tarefas repassadas à iniciativa privada não seriam atividades-fim do Estado, mas sim atividades-meio.

Chama a atenção o fato de que, nesse caso, os profissionais disponibilizados pelo prestador de serviços deveriam desempenhar tarefas que os obrigavam a ter contato direto com os alunos. Ainda que o relator do caso não tenha consignado expressamente em seu voto, pode-se dizer que esses profissionais estavam inseridos

²⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Processo TC-019659.989.20-6. Rel. Cons. Sidney Estanislau Beraldo. Diário Oficial. São Paulo: DO de 14.11.2020.

em atividades educacionais, pois, no mínimo, orientavam os alunos sob seus cuidados a como se portar durante a execução daquelas tarefas²⁵⁶.

Entretanto, tais atividades foram consideradas pelo TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO como prestações acessórias, destinadas a apoiar as atividades-fim das unidades escolares da rede pública de educação de Sumaré. Atividades-meio, portanto, aptas a serem repassadas a sujeitos que não integram a estrutura do Estado e da Administração Pública.

A racionalidade utilizada precedente em tela serve para ilustrar que ante a utilização do discutível critério de divisão das tarefas estatais entre atividades-fim e atividades-meio, a conclusão a que se chega é que parte das tarefas que compõem o serviço público de educação comportam execução indireta.

Importante registrar que há projetos em curso no país que amparam essa conclusão.

Tome-se como exemplo o Contrato de Concessão nº 01/2012²⁵⁷, firmado entre o Município de Belo Horizonte e a SPE INOVA BH S.A, sociedade de propósito específico não integrante da Administração Pública Municipal, que passou a figurar como concessionária “[...] *das OBRAS e SERVIÇOS não pedagógicos das UNIDADES DE ENSINO, na forma regulada pelo CONTRATO [...]*”²⁵⁸.

A concessão administrativa, firmada em 2012, tem prazo de vigência originalmente fixado em vinte anos, e ensejou a construção de trinta e duas Unidades Municipais de Ensino Infantil (UMeIs) e cinco Escolas Municipais de Ensino Fundamental (EMs).

Para além das obras, a concessionária assumiu também o ônus de equipar todas as unidades escolares e de as munir com serviços administrativos²⁵⁹, de segurança, de manutenção em utilidades de água, esgoto, energia elétrica, gás, infraestrutura de rede de dados local, higiene e limpeza, lavanderia e rouparia e manutenção e conservação predial e de ativos, de jardinagem e de controle de pragas²⁶⁰.

²⁵⁶ Relativamente à diferença entre educação e ensino, ver o item 2.1 deste trabalho.

²⁵⁷ Esse caso será melhor detalhado no capítulo 4 deste trabalho.

²⁵⁸ Contrato de Concessão nº 01/2012. Disponível em <<https://prefeitura.pbh.gov.br/transparencia/acoes-e-programas/parcerias-publico-privadas/educacao>>. Acesso em 29.06.2023.

²⁵⁹ Tais como a gestão de documentos, a organização e a gestão de bibliotecas, dentre outras atividades não pedagógicas.

²⁶⁰ Segundo BRUNO DA COSTA LUCAS RODRIGUES, o repasse de tais atividades não pedagógicas à iniciativa privada teve como um de seus resultados um aumento de 25% (vinte e cinco por cento) no

Há notícias de que a Associação dos Municípios da Região da Foz do Rio Itajaí (AMFRI) está encabeçando projeto similar, a ser desenvolvido no âmbito dos Municípios de Balneário Camboriú, Luiz Alves e Camboriú, no Estado de Santa Catarina.

De acordo com reportagem datada de 01.11.2022, veiculada no sítio eletrônico da Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú, o projeto pretende implementar um modelo de gestão compartilhada das escolas, por meio do qual o parceiro privado assumiria atividades de administração, estrutura, manutenção e segurança, mantendo sob gestão direta da Administração Pública apenas as tarefas de administração pedagógica²⁶¹.

O projeto, nos termos de informações coletadas em reportagens locais²⁶², já venceu algumas etapas iniciais, tendo realizado duas análises de campo em momentos distintos, mediante visitas a unidades escolares dos municípios que serão atendidos.

É possível detectar que, em ambos os casos, os responsáveis pelos projetos tomaram o cuidado de manter sob gestão e execução direta da Administração Pública as tarefas de cunho essencialmente pedagógico, consideradas atividades-fim, conforme anotado anteriormente. Contudo, isso não impediu o avanço dos projetos.

Observou-se, no caso de Belo Horizonte, o efetivo repasse de prestações não pedagógicas integrantes dos serviços públicos de educação a sujeito integrante da iniciativa privada. Todas elas passíveis de serem classificadas como atividades-meio.

Isso demonstra que as objeções à execução indireta, por pessoas jurídicas de direito privado não integrantes da estrutura da Administração Pública, de atividades ligadas à educação pública, justificada com base na utilização da classificação das

tempo dedicado pelos diretores das unidades escolares sob gestão privada a atividades essencialmente pedagógicas. (RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. **Avaliação do impacto da utilização de parceria público-privada para construção e operação de unidades municipais de educação infantil em Belo Horizonte**. Dissertação (Mestrado). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas (FGV) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, 2015. pp. 98-101).

²⁶¹ **Reunião na AMFRI apresenta projeto da PPP de educação infantil em BC, Luiz Alves e Camboriú.** p. em 01.11.2022. Disponível em <https://www.bc.sc.gov.br/imprensa_detalhe.cfm?codigo=34143>. Acesso em 29.06.2023.

²⁶² **Cf. Missão técnica da PPP da Educação Infantil é finalizada com êxito.** p. em 07.11.2022. Disponível em <<https://www.cim-amfri.sc.gov.br/noticias/index/ver/codMapaltem/158997/codNoticia/751134>>. Acesso em 29.06.2023; **Equipe técnica do projeto da PPP da AMFRI visita 25 unidades infantis de Balneário Camboriú.** p. em 13.03.2023. Disponível em <https://www.bc.sc.gov.br/imprensa_detalhe.cfm?codigo=34976>. Acesso em 29.06.2023.

competências estatais em atividades-fim e atividades-meio, descrita anteriormente, não é totalmente imune à críticas.

Esse cenário de análise deve ser ampliado e perscrutado com o intuito de avaliar a viabilidade técnico-jurídica de se aplicar tal classificação às atividades exercíveis pelo Estado, e, portanto, a qualquer parcela dos serviços públicos de educação.

4.2.2. Relativização da dicotomia atividades-fim X atividades-meio

DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS assevera que diferenciar atividades-fim de atividades-meio é exercício “[...] *pertinente no direito administrativo, na medida em que é imprescindível discutir se a terceirização poderá atingir, no âmbito do Estado, atividades que constituem o cerne de sua existência*”²⁶³.

Essa afirmação, viu-se anteriormente, parece sintetizar uma concepção sobre o tema arraigada na doutrina e na jurisprudência pátrias.

A naturalização desse raciocínio, todavia, contrasta com a ausência de normas constitucionais que indiquem, ainda que timidamente, a divisão entre atividades-fim e atividades-meio do Estado.

A Constituição de 1988, não se nega, confere conteúdo e fixa limites a um certo núcleo de prestações que necessariamente precisam ser executadas diretamente pelo Estado. A comprovar tal afirmativa, o art. 21, da Constituição de vigente, indica a existência de monopólio da União sobre exploração dos serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados (inc. XXIII).

Em paralelo, há também previsão constitucional de que os serviços públicos a cargo da Administração Pública poderão ser prestados diretamente, ou mediante delegação instrumentalizada em, por exemplo, concessão (art. 175²⁶⁴), apontando a possibilidade de repasse dessas atividades a terceiros.

O Decreto-Lei nº 200/1967, ao traçar as linhas gerais da organização da administração pública federal (e que serve de referência para a organização da

²⁶³ RAMOS. *op cit.* p. 128.

²⁶⁴ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” (Brasil. *op. cit.*)

administração pública de estados e municípios), tampouco dá indícios de alguma incorporação legislativa de tal critério. Pelo contrário. Em seu art. 10, § 7º, incentiva a prestação indireta de quaisquer atividades de cunho executivo, por terceiros.

Há, por certo, normas inspiradas na divisão entre atividades-fim e atividades-meio.

Além da já mencionada Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017, editada pelo antigo Ministério do Planejamento, Orçamento, e Gestão, do Governo Federal, pode-se citar a redação original do revogado art. 39, da Constituição do Estado do Paraná.

Retira-se do referido dispositivo normativo que “é [ou melhor, era] vedada a contratação de serviços de terceiros para a realização de atividades que possam ser regularmente exercidas por servidores públicos”²⁶⁵. Vale dizer: competências funcionais legalmente entregues a servidores públicos são consideradas atividades-fim do Estado, sendo defeso a este último as terceirizar.

Todavia, nenhuma dessas referências legais faz menção expressa à classificação ora criticada.

Essa constatação naturalmente lança dúvidas sobre a origem de tal critério de classificação e de sua aplicação no que concerne a atividades do Estado e da Administração Pública.

Em pesquisa realizada no repositório oficial de jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, com a utilização dos verbetes “terceirização” e “atividade-fim”, detectou-se a existência de um número considerável de precedentes decorrentes de recursos interpostos para atacar decisões da Justiça do Trabalho²⁶⁶, indicando ser esta ramificação especializada do Poder Judiciário a origem da classificação em apreço.

²⁶⁵ BRASIL. Paraná. Assembleia Constituinte. Constituição do Estado do Paraná. **Diário Oficial do Estado**. Curitiba: DOE de 05.10.1989. Disponível em <<https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/exibirAto.do?action=iniciarProcesso&codAto=9779&codItemAto=97592>>. Acesso em 18.11.2023.

²⁶⁶ A pesquisa realizada retornou quatrocentos e onze resultados. Dentre os resultados, foram avaliados os precedentes exarados a partir de 2014, os quais resultaram na dedução exposta no texto. A título ilustrativo, cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 635.546. Rel. Min. Marco Aurélio. **Diário de Justiça**. Brasília: DJe de 19.05.2021; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário nº 791.932. Rel. Min. Alexandre de Moraes. **Diário de Justiça**. Brasília: DJe de 06.03.2019; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 713.221. Rel. Min. Luiz Fux. **Diário de Justiça**. Brasília: DJe de 15.04.2014.

DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS confirma essa hipótese, lembrando que a vedação à terceirização de atividades-meio foi expressamente consignada no item III, da Súmula nº 331 do TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, no movimento de alteração do seu posicionamento inicial (cristalizado na Súmula nº 256, a qual vedava a terceirização em relações de trabalho)²⁶⁷.

FLÁVIO AMARAL GARCIA acompanha a opinião da autora mencionada no parágrafo anterior, afirmando que “[...] *o responsável pela fixação desse critério [de diferenciação entre atividades-fim e atividades-meio] como norteador das terceirizações foi a Justiça do Trabalho*”²⁶⁸.

LUÍS ROBERTO BARROSO e PATRÍCIA PERRONE CAMPOS MELLO lembram que o tema foi objeto de avaliação pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324²⁶⁹, e do Recurso Extraordinário nº 958.252, por intermédio dos quais se questionou, basicamente, que “[...] *o Tribunal Superior do Trabalho (TST) formulara, sobre a matéria, a Súmula 331, que vedava a terceirização de atividade-fim [...]*”²⁷⁰.

Assina-se que mesmo no âmbito da Justiça do Trabalho, esse critério de classificação não mais persiste.

A divisão foi considerada impertinente pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL que, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324. Nesse precedente se firmou a posição de que em relações trabalhistas, a imposição de limitações à terceirização viola os princípios da legalidade, da livre iniciativa, da livre concorrência e da segurança jurídica, sendo possível realizar a terceirização de quaisquer tarefas, independentemente de elas serem consideradas atividades-fim ou atividades-meio das empresas²⁷¹.

Em voto proferido no âmbito do Recurso Extraordinário nº 958.252 (julgado conjuntamente com a já mencionada ADPF nº 324), o relator, Ministro Luiz Fux, consignou que “[...] *o critério criado pela referida Súmula [nº 331, do TST], baseado*

²⁶⁷ RAMOS. *op. cit.* pp. 58-63.

²⁶⁸ GARCIA, Flávio Amaral. **A relativização da distinção atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à Administração Pública**. p. 4. Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE). n. 19, set-nov. 2009. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2009. pp. 1-26.

²⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Diário de Justiça. Brasília: DJe de 06.09.2019.

²⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto; CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. O Supremo e a terceirização: livre iniciativa e novas estratégias de produção. p. 279. *In.*: **Os grandes julgamentos do supremo**. Abhner Youssif Mota Arabi, Fernando Maluf, José Roberto de Castro Neves (org.). Luiz Fux (coord.). Rio de Janeiro: GZ, 2020. pp. 279-295.

²⁷¹ BRASIL. *op. cit.*

na divisão entre atividades-meio e fim, gera divergências entre os próprios juízes obreiros no que concerne às hipóteses de terceirização por eles autorizadas”.

Em outro julgado, fundamentado no julgamento da ADPF nº 324, o Ministro Gilmar Mendes seguiu a mesma linha de apreciação, e asseverou que o critério em tela padeceria de conteúdo jurídico, posto que o cotejo de julgados decorrentes da Justiça do Trabalho demonstraria alto grau de subjetividade em sua aplicação. Para ele, sob o prisma jurídico, a divisão entre atividades-fim e atividades-meio, “[...] *revela-se como um não critério, na medida em que dele não se pode retirar normatividade, em razão da falta de definição segura das suas hipóteses de aplicação*”²⁷².

Esse entendimento, destacado de importantes precedentes do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, é sintetizado por LUÍS ROBERTO BARROSO e PATRÍCIA PERRONE CAMPOS MELLO, para quem os julgamentos da ADPF nº 324 e do RE nº 958.252, demonstraram que os conceitos de atividade-fim e de atividade-meio “[...] *não são unívocos e, na prática, ensejam interpretações conflitantes, muitas delas tendentes a caracterizar um conjunto desproporcional de atividades como atividades-fim*”²⁷³.

Restando inquestionável a derrocada da diferenciação entre atividades-fim e atividades-meio, no âmbito das relações de trabalho, deve-se registrar o fato de que não foram encontrados dados que indiquem o fundamento para que o referido critério, instituído pela Justiça do Trabalho, passasse a ser aplicado no âmbito do direito público e da Administração Pública brasileira.

Pode-se especular sobre os motivos que levaram à propagação de tais concepções no âmbito da Administração Pública. Dentre eles, o processo de globalização, aliado ao fato de ser ele apontado como uma das causas comuns para a crise do Estado – e que culminou com a Reforma Administrativa promovida no Brasil na década de 90²⁷⁴ – e a reestruturação das formas de produção do mercado que deu

²⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5.685. Rel. Min. Gilmar Mendes. Diário de Justiça. Brasília: DJe de 21.08.2020.

²⁷³ BARROSO. *op. cit.* pp. 287-288.

²⁷⁴ “A Primeira Guerra Mundial e a Grande Depressão foram o marco da crise do mercado e do Estado Liberal. Surge em seu lugar um novo formato de Estado, que assume um papel decisivo na promoção do desenvolvimento econômico e social. A partir desse momento, o Estado passa a desempenhar um papel estratégico na coordenação da economia capitalista, promovendo poupança forçada, alavancando o desenvolvimento econômico, corrigindo as distorções do mercado e garantindo uma distribuição de renda mais igualitária. Não obstante, nos últimos 20 anos esse modelo mostrou-se superado, vítima de distorções decorrentes da tendência observada em grupos de empresários e funcionários, que buscam utilizar o Estado em seu próprio benefício, e vítima também da aceleração do desenvolvimento tecnológico e da globalização da economia mundial, que tornam a competição

origem ao fenômeno da terceirização²⁷⁵ nas relações de trabalho, talvez tenha viabilizado o espraiar indevido da referida classificação.

Independente de qual tenha sido a causa da extensão do critério para o Direito Público, fato é que sua queda no âmbito da Justiça do Trabalho conduz a um questionamento no que se refere à insistência em sua utilização.

Em verdade, a diferenciação entre atividades-fim e atividades-meio, no âmbito do direito público sempre foi questionável, como bem leciona FLÁVIO AMARAL GARCIA²⁷⁶.

O autor apresenta cinco reflexões que servem de norte para se concluir que a diferenciação entre atividades-fim e atividades-meio não é adequada ao Direito Público.

A primeira advertência se assenta no já mencionado fato de que o parâmetro em questão foi instituído pela Justiça do Trabalho. Para ele, essa estrutura especializada do Poder Judiciário não seria competente para fixar limites dessa natureza, e, ao fazê-lo, estaria avançando sobre a competência do Poder Legislativo²⁷⁷.

O segundo argumento parte da comprovação de que a classificação ignora o fato de que a Administração Pública brasileira, amparada em autorização constitucional expressa (art. 175), há muito repassa a terceiros, mediante a formalização de concessões e permissões, o ônus de prestar toda sorte de serviços públicos que, a princípio, podem ser considerados atividades-fim do Estado. O critério, portanto, ignoraria as diferenças entre processos de terceirização e de delegação contratual, tornando-se assim imprestável para o Direito Público²⁷⁸.

entre nações muito mais aguda". (BRASIL. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995. p. 15).

²⁷⁵ "Esse período marcou a derrocada do Estado Liberal e o florescimento do Estado Social de Direito, ao seio do qual desenvolve-se a terceira revolução industrial, marcada pela robotização, pela informática e pela exploração da energia nuclear. Em substituição ao 'fordismo', o modo de produção hoje prevaiente é o 'toyotismo', ou 'japonização' da empresa moderna, método adotado pela Toyota que elimina estoques e os custos consequentes, a partir da máxima just in time. A nova organização do trabalho leva à redução das estruturas empresariais, com demissões em massa de trabalhadores (o chamado desemprego estrutural), flexibilização das leis trabalhistas, contratações temporárias e de meio período e contratação de serviços de empresas (terceirização). Essa nova forma de organização da produção, trazida pela terceira revolução industrial, insere-se no contexto da globalização da economia, fenômeno identificado com a intensa integração dos mercados, mediante a formação de blocos econômicos que incrementam o comércio mundial graças à diminuição das barreiras alfandegárias". (RAMOS. *op. cit.* p. 34).

²⁷⁶ GARCIA, *op. cit.* pp. 1-26.

²⁷⁷ GARCIA. *Ibid.* pp. 6-9.

²⁷⁸ GARCIA. *Ibid.* pp. 9-10.

A terceira reflexão aborda a própria imprecisão do conceito. Para FLAVIO AMARAL GARCIA, a tarefa de identificar a atividade-fim de uma determinada estrutura cabe primordialmente à Ciência da Administração, não sendo possível ao gestor público exercê-la adequadamente apenas com o ferramental jurídico. Para ilustrar seu ponto de vista, o autor faz uso, dentre outros, de exemplo no qual uma determinada concessionária de energia elétrica contratou a execução de reforma de rede e subestações de energia elétrica, tendo sido condenada por supostamente terceirizar atividade-fim²⁷⁹.

A quarta ponderação recai sobre o distanciamento entre o critério, essencialmente teórico, e o mundo dos fatos, pois, na prática, o dinamismo das relações econômicas e sociais tem obrigado tanto a iniciativa pública quanto a privada²⁸⁰, a avançarem com o repasse a terceiros de tarefas que, *a priori*, seriam consideradas suas atividades-fim²⁸¹.

O último considerando sugere a omissão do critério no tocante ao tratamento de hipóteses onde apenas uma parcela das atividades-fim de uma determinada estrutura fosse repassada a terceiros, situação que, segundo o autor, não merece o mesmo tratamento jurídico de ocasiões nas quais o repasse alcança a integralidade das atividades-fim (o que colocaria em xeque até mesmo a necessidade de aquela estrutura permanecer existindo)²⁸².

Ao que parece, tais críticas merecem ser acolhidas.

Com efeito, a ausência de normas constitucionais encampando o critério indica que é carecedor de conteúdo jurídico. Essa marcante escassez de matéria prima jurídica, somada ao distanciamento entre o seu caráter teórico e o mundo dos fatos (reconhecido pelo STF, conforme visto), reveste sua aplicação de imprecisão e subjetividade.

²⁷⁹ GARCIA. *op. cit.* pp. 10-14.

²⁸⁰ No âmbito da iniciativa privada, vale citar, a título ilustrativo, as palavras de LUÍS ROBERTO BARROSO e PATRÍCIA PERRONE CAMPOS MELLO: "*Na década de 70, o capitalismo entra em crise no mundo ocidental e a necessidade de fazer face a novas circunstâncias impõe às empresas a busca por novas estratégias de produção. Nesse contexto, avanços em tecnologia da informação, em transporte e em logística e a influência do toyotismo levam à consolidação de um novo modelo de produção. De modo geral, as empresas passam a optar por manter sob sua condução apenas o núcleo de sua atividade-fim, que constitui o seu diferencial, e terceirizam não apenas suas atividades-meio, mas igualmente outras partes das suas atividades-fim, em que entendem ter desempenho menos importante*". (BARROSO. *op. cit.* p. 284.).

²⁸¹ GARCIA. *Ibid.* pp. 14-16.

²⁸² GARCIA. *Ibid.* p. 17.

No que diz respeito ao Direito Público e às atividades da Administração Pública, a aplicação do critério é ainda mais preocupante, pois há autorização normativa para que competências em princípio classificáveis como atividades-fim sejam repassadas a terceiros a exemplo dos serviços públicos delegáveis mediante concessão e permissão, na forma do art. 175, da Constituição de 1988.

O avanço das rotinas e processos por meio dos quais a Administração Pública repassa a terceiros o ônus de exercer atividades que, originalmente, incumbem-lhe, é um dado posto, motivado por diversas razões (dificuldades orçamentárias, limitação de recursos humanos, assimetria de informações em relação à iniciativa privada, etc.), e que transborda dos limites artificiais propostos pela diferenciação entre atividades-fim e atividades-meio.

Sob o prisma desse critério, uma autarquia municipal²⁸³, responsável pelos serviços de fornecimento, coleta e tratamento de água e esgoto não poderia contratar, perante terceiros, a construção de obras de rede de distribuição de água e/ou de coleta de esgoto.

Para viabilizar esse tipo de atividade, o Legislativo municipal deveria criar cargos na estrutura da entidade autárquica para que, após a realização do respectivo concurso público, admitisse em seu quadro de servidores profissionais com as diversas qualificações necessárias para se planejar e executar, adequadamente, empreendimentos daquele tipo.

Mostrar-se-ia forçoso, ainda, adquirir e manter em seu inventário de bens todos os equipamentos e ferramentas necessários para executar obras de rede de distribuição de água e/ou de coleta de esgoto, bem como todos os materiais e insumos, a serem acomodados e geridos em estoque próprio.

Em resumo, far-se-ia necessário conferir à entidade autárquica acima ventilada hipoteticamente uma estrutura agigantada, para que pudesse desempenhar todas as suas atividades-fim. Perspectiva essa relativamente natural sob o contexto de um Estado Social puro, típico do início do século XX²⁸⁴, mas que destoa da realidade que se impõe atualmente, tanto para sujeitos que atuam exclusivamente em

²⁸³ O exemplo não é teórico, posto que entidades desse tipo integram, de fato, a Administração Pública brasileira. Tome-se como exemplo a “Empresa Municipal de Água e Saneamento de Balneário Camboriú” (EMASA), a qual, a despeito de sua designação, foi instituída pela Lei Municipal nº 2.498/2005 sob a forma de uma entidade autárquica (art. 1º).

²⁸⁴ cf.: GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **O exercício da função administrativa e o direito privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. pp. 54-60.

âmbito privado, quanto para os órgãos e entidades que compõem a Administração Pública e que atuam, total ou parcialmente, sob o regime jurídico de direito público.

No direito privado, lembram LUÍS ROBERTO BARROSO e PATRÍCIA PERRONE CAMPOS MELLO que, atualmente, a terceirização é um fenômeno global, e que insistir na adoção de um modelo de produção mais ortodoxo e menos flexível do que esse implica em impor grande desvantagem competitiva às empresas. Ao obstaculizar a terceirização, está-se a lançar essas empresas no campo daquilo que é obsoleto e comprometer seu desempenho comercial²⁸⁵.

No direito público, BERNARDO STROBEL GUIMARÃES lembra que o chamado Estado Social puro sofreu alterações e absorveu características de outro modelo teórico de Estado²⁸⁶, no qual a Administração Pública cede o desempenho de atividades executivas para centrar-se em tarefas estratégicas, de planejamento, regulação, gestão e fiscalização²⁸⁷.

Por conta disso, e dado o fato de que o próprio STF já indicou que o critério em apreço é imprestável para servir como baliza de aferição de (i)legalidade de processos de terceirização típicos das relações trabalhistas, infere-se que a diferenciação entre atividades-fim e atividades-meio não é adequada para impor limites ao repasse de atividades do Estado e da Administração Pública para terceiros.

Cabe ressaltar que não se está aqui negando a existência de um núcleo de atividades que inarredavelmente precisam ser prestadas diretamente pelo Estado, de modo a justificar a sua própria manutenção.

Anota-se que a tese se alinha à lição de PEDRO GONÇALVES, para quem a existência de um espaço público, resguardado exclusivamente ao ente Estatal e

²⁸⁵ cf. BARROSO. *op. cit.* p. 285.

²⁸⁶ Inspirado em autores portugueses (cf. PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coleção Teses. Coimbra: Livraria Almedina, 1996. pp. 122 e ss.; ESTORNINHO. *op. cit.* p. 44 e ss), o autor designa esse modelo estatal de “Estado Pós-Social”, por ele explicado da seguinte forma: “Basicamente, a modificação relativa ao período se dá em relação à forma pela qual a Administração é responsável pelas tarefas de interesse social. Se na vigência do paradigma do Estado Social usualmente a Administração desempenhada seu papel atuando em concreto, com a emergência do paradigma Pós-Social ela passa primordialmente a exercer competências de coordenação e direção, destinadas a que os atores privados consigam oferecer em níveis adequados à sociedade os bens e serviços de interesse desta” (GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **O exercício da função administrativa e o direito privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 61).

²⁸⁷. Sobre o tema, cf. VIEIRA SANTOS, Fernando Pedro. **A crise do Estado Social: a desconstrução do pensamento de um Estado Prestador na Proteção Social, no âmbito do Rendimento de Inserção Social, a partir do século XXI**. Dissertação (Mestrado). Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018. pp. 28 e ss. Disponível em <<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/85776/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em 18.11.2023.

separado do espaço de atuação dos sujeitos de direito privado, persiste mesmo com as transformações experimentadas pela noção de Estado e pelo Direito.

Para o autor, apesar de se conviver, hoje, com movimentos de “*privatização no espaço público*” e de “*publicização no espaço privado*”, eles não são suficientes para transformar a realidade social numa “*área cinzenta*”, na qual tudo é, ao mesmo tempo, público e privado. Em sua opinião, a dicotomia entre público e privado permanece, e é observável na realidade, onde se visualiza a existência de tarefas e entidades públicas, regidas pelo direito público, e tarefas e entidades privadas, regidas pelo direito privado²⁸⁸.

Cumprido esclarecer, ainda, que não se está a sugerir que o modelo político de Estado Social foi sucedido ou superado por algum outro²⁸⁹. A Constituição Brasileira de 1988 foi indubitavelmente idealizada com o objetivo de fazer do Brasil um Estado Social que, apesar de naturalmente mutável, mantém seu matiz característico.

Está-se, pois, a alertar para o fato de que o surgimento de outro modelo político de Estado, com arcabouço institucional pautado em premissas distintas, foi acompanhado pela idealização de outro *standard* administrativo de Estado, pautado pelo conceito de administração gerencial, que inspirou a Reforma Administrativa levada a efeito na década de 1990²⁹⁰, responsável por introduzir no ordenamento jurídico brasileiro normas destinadas não a corrigir e ampliar os conceitos clássicos de administração pública burocrática²⁹¹.

²⁸⁸ “*Ora, apesar das novas dificuldades resultantes do que vem sendo designado como “governança partilhada entre actores públicos e privados” e de alguns movimentos, aparentemente contraditórios, de “privatização no espaço público” e de “publicização no espaço privado”, defendemos que a continuação das dicotomias tradicionais entre público e privado permanece, ela também, como uma marca da actualidade. Com efeito, a evolução ocorrida não converteu o espaço social numa “área cinzenta” em que, ao mesmo tempo, “tudo é público e privado”. Não é isso que a realidade nos mostra nem o que a “intuição social” percepção. Não obstante as inquestionáveis transformações, os variados sinais de aproximação os múltiplos contatos entre público e privado, aquelas duas variáveis continuam a explicar uma estruturação basicamente dualista da ordem jurídica. Permanece, por conseguinte, que nos apresenta tarefas públicas/tarefas privadas, entidades públicas/entidades privadas e direito público/direito privado*”. (GONÇALVES, Pedro. **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridades por entidades privadas com funções administrativas**. Coimbra: Almedina, 2005. pp. 227-228.

²⁸⁹ A complexidade desse tema é de tal envergadura que comportaria a elaboração de outra tese.

²⁹⁰ cf. BRASIL. Congresso Nacional. Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 05.06.1998.

²⁹¹ cf. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Os primeiros passos da reforma gerencial do Estado de 1995**. p. 187. In.: D’INCAO, Maria Angela; MARTINS, Hermínio (org.). Democracia, Crise e Reforma: Estudos sobre a era Fernando Henrique Cardoso. São Paulo: Paz e Terra, 2010. pp. 171-212. Disponível em <<https://bresserpereira.centrodeconomiapolitica.org/index.php/academic-papers/8416-2834>>. Acesso em 30.03.2024.

Tais normas que, no afã de alinhar a estrutura da Administração Pública Brasileira a esse arquétipo teórico de “Estado Gerencial”²⁹², resultaram numa redução do núcleo duro de competências a serem exercidas exclusivamente pela Administração Pública, dentre as quais figura o dever de prover a população com serviços públicos de educação, conforme se demonstrará a seguir.

De toda forma, afirma-se que a diferenciação entre atividades-fim e atividades-meio é inepto para se delimitar adequadamente os espaços de atuação exclusiva e concorrente do Estado e da iniciativa privada, e, portanto, para indicar se a execução de serviços públicos de educação pode ser repassada, total ou parcialmente, a terceiros.

4.2.3. Superação da dicotomia atividades-fim X atividades-meio

Toda a celeuma que traz a dicotomia entre atividades-fim e atividades-meio não é suficiente a dar baldrames aos objetivos deste trabalho, que está a exigir a busca de soluções. É preciso apontar outro critério que seja mais aderente à realidade jurídica e fática do País, e que permita avaliar, com maior segurança, a possibilidade de a execução de serviços públicos de educação ser transferida a terceiros.

Para isso, é inevitável a adoção de algumas premissas de ordem teórica, aptas a sedimentar o percurso para a compreensão de um critério consentâneo com a contemporaneidade das necessidades administrativas da sociedade.

Primeiramente, deve-se atentar para observação feita por PEDRO GONÇALVES em sua análise acerca do que designa de “*teoria das responsabilidades públicas*”²⁹³. Segundo o autor, a delimitação da esfera de atuação do Estado pode ser feita mediante definição do que o Estado pode fazer, ou por meio da identificação do que o Estado deve fazer. Para ele, as duas vias possuem pontos de partida distintos: a primeira se baseia na existência presumida de limites à intervenção do Estado no tecido social; a segunda se funda na ideia de que o Estado não pode promover a privatização (aqui tomada em seu sentido amplo²⁹⁴) de quaisquer atividades originalmente colocadas sob os seus cuidados.

²⁹² BRESSER-PEREIRA. *op. cit.* p. 173.

²⁹³ Cf.: GONÇALVES. *op. cit.* p. 238.

²⁹⁴ Ao que parece, o autor faz uso das expressões “privatização” e “estratégias de privatização” para se referir a qualquer movimento realizado pelo Estado no sentido de repassar à iniciativa privada a execução de tarefas que estavam originalmente aos seus cuidados. Trata-se de concepção muito

Em vista de que o objetivo deste texto consiste precisamente em explorar os limites que estratégias de repasse de serviços públicos de educação, pela Administração Pública, a terceiros, enfrentam em face do ordenamento jurídico, estabelece-se como premissa trilhar o segundo caminho apontado pelo professor português, tal como ele próprio o fez em sua obra.

Além disso, é preciso ter clareza quanto ao contexto em que a averiguação dos espaços de atuação exclusiva da Administração Pública será efetuada.

Viu-se que autores como BERNARDO STROBEL GUIMARÃES²⁹⁵, e, na doutrina portuguesa, VASCO MANUEL PASCOAL DIAS PEREIRA DA SILVA²⁹⁶ e MARIA JOÃO ESTORNINHO²⁹⁷, advertem para ao fato de que a crise enfrentada pelo Estado Social ensejou o surgimento de um novo modelo político de Estado que, ao menos no campo teórico, traz consigo um contorno distinto para o conjunto de competências exclusivas do aparelho estatal.

A leitura da obra MARIA JOÃO ESTORNINHO esclarece que o núcleo de atividades a serem necessariamente executadas pelo Estado é mutável, tal como o os contornos que o próprio Estado adotou durante a história²⁹⁸.

Em síntese, a autora lembra que, sob a égide do Estado Liberal implementado após a revolução francesa, intentou-se limitar a atuação do Estado por meio da instituição do princípio da legalidade. O Poder Público foi moldado para não intervir no domínio privado, resguardando assim os direitos à liberdade, à igualdade e à propriedade, de que gozavam os integrantes da sociedade civil, cabendo-lhe o exercício de um plexo de atividades muito restrito²⁹⁹.

No Estado Social essa realidade se altera drasticamente. Nele o Poder Público é chamado para atuar positivamente, executando, ele próprio, políticas e ações necessárias para conferir efetividade ao que hoje se denomina como direitos

aderente ao conceito de “privatização em sentido amplo”, cunhado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “[...] o objetivo único é demonstrar a existência de a aceitabilidade de conceitos amplos de privatização e a multiplicidade de técnicas de privatização. Trata-se [a privatização], na realidade, de um **conceito ou de um processo em aberto**, que pode assumir diferentes formas, todas se amoldando ao objetivo de reduzir o tamanho do Estado e fortalecer a iniciativa privada e os modos privados de gestão dos serviços públicos”. (DI PIETRO. *op. cit.* p. 8).

²⁹⁵ cf. GUIMARÃES. *op. cit.* pp. 60 e ss.

²⁹⁶ cf. PEREIRA DA SILVA. *op. cit.* pp. 122 e ss.

²⁹⁷ cf. ESTORNINHO. *op. cit.* p. 44 e ss.

²⁹⁸ cf. ESTORNINHO. *Ibid.* pp. 23-80.

²⁹⁹ cf. ESTORNINHO. *Ibid.* pp. 29-34.

fundamentais de segunda geração. O Estado experimenta um alargamento de sua estrutura e de seu rol de competências³⁰⁰.

O modelo político de Estado idealizado após a crise do Estado Social, por sua vez, é marcado por uma análise crítica da dimensão que a estrutura estatal tomou e por propor uma redução das atribuições a serem originalmente executadas pelo Poder Público, mediante repasse para agentes privados³⁰¹.

O Estado deixaria assim de ser responsável por executar diretamente uma série de serviços, para, alternativamente, assumir o ônus de garantir que esses serviços sejam adequadamente ofertados à população³⁰².

As transformações propostas para as atribuições estatais, absorvidas pelo Estado Português, são sintetizadas por PEDRO GONÇALVES como o “*eclipse do Estado*”³⁰³, observado “[...] *no terreno de uma ‘reforma de emagrecimento’ [...]*”³⁰⁴ da máquina pública, que abandona o papel de provedora direta de diversos serviços públicos, e passa a atuar como garantidora de que eles sejam colocados à disposição da população.

Já se anotou³⁰⁵ que o presente trabalho não se presta a advogar a superação do Estado Social no Brasil ou a implementação, total ou parcial, desse novo modelo político de Estado em solo pátrio. O texto considera apenas o fato posto de que, como observa LUIZ CARLOS BRESSER-PEREIRA, o desenvolvimento desse novo modelo político estatal foi acompanhado da remodelação do arquétipo administrativo do Estado e pelo despontar do conceito de administração gerencial, que influenciou a Reforma Administrativa promovida no Brasil na década de 1990.

Tal reforma teve por base o chamando Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), divulgado em 1995, concebido pelo recém-criado Ministério da

³⁰⁰ cf. ESTORNINHO. *Ibid.* pp. 35-41.

³⁰¹ cf. ESTORNINHO. *Ibid.* pp. 47-57.

³⁰² É o que explica BERNARDO STROBEL GUIMARÃES: “*Todavia, o tempo da Administração compreendida como o paradigma do faire elle-même também teve seu fim. E a característica mais destacada desse processo foi a retirada da Administração do papel de protagonista antes a ela reservado no Estado Social. Assim, diversas tarefas assumidas e executadas por ela foram deixadas à iniciativa privada, ainda que o Estado não tenha abdicado de garantir-lhes por vias indiretas. A transformação essencial desse momento histórico diz, portanto, com a alteração do papel reservado à Administração. Ela deixou de ser a responsável por prover concretamente e de maneira imediata muitos bens e serviços antes a ela acometidos, tendo migrado para uma responsabilidade de garantia sobre tais atividades.* (GUIMARÃES. *op. cit.* p. 60).

³⁰³ cf. GONÇALVES. *op. cit.* p. 238.

³⁰⁴ GONÇALVES. *op. cit.* p. 241.

³⁰⁵ Ver item 4.2.2 deste trabalho.

Administração Federal e Reforma do Estado, no início do primeiro governo do ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso.

Suas diretrizes, afirma o autor, refletem uma coalização entre movimentos de centro-esquerda e centro-direita, observada no final do século XX, na América Latina, no Leste Europeu, na Ásia e mesmo em países desenvolvidos, destinada a promover uma “[...] *reforma [administrativa] do Estado para torná-lo menor, mais voltado para as atividades que lhe são específicas, que envolvem poder de Estado [...]*”³⁰⁶

A reforma, segundo afirmou LUIZ CARLOS BRESSER-PEREIRA, não visava a constituição de um Estado neoliberal, moldado à luz do Estado mínimo do século XIX, mas sim um Estado Social-Liberal apto a “[...] *proteger direitos sociais e promover o desenvolvimento econômico*”³⁰⁷, fortalecido com ferramentas gerenciais aptas a complementar os processos de administração burocrática, de modo a permitir que o exercício de suas competências estratégicas e a execução de políticas sociais se dessem de forma mais eficiente.

Expectava-se melhorar a governabilidade do Estado, ensejar um incremento em governança, de modo a aumentar sua capacidade de promover e financiar “[...] *a educação e [a] saúde, o desenvolvimento tecnológico e científico, e, assim, ao invés de simplesmente proteger suas economias nacionais, estimulá-las a serem competitivas internacionalmente*”³⁰⁸.

Sabe-se que o Plano Diretor da Reforma do Estado “[...] *era uma peça mais acadêmica e política do que técnica [...]*”³⁰⁹, e que as propostas de aplicação do documento apresentadas pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, sofreram forte resistência política e tiveram baixa adesão³¹⁰. Além disso, o próprio LUIZ CARLOS BRESSER-PEREIRA admite que para pôr em uso toda a reforma proposta, são necessárias décadas de trabalho³¹¹.

³⁰⁶BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma do estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. pp. 17-18. *In.*: Cadernos do MARE da reforma do estado. v. 1. Brasília: Ministério da Administração Pública Federal e da Reforma do Estado, 1997. 1-58.

³⁰⁷ BRESSER-PEREIRA, *op. cit.* p. 59.

³⁰⁸BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *op. cit.* pp. 17-18..

³⁰⁹ MIRANDA, Daniel Estevão Ramos de. **A contribuição de Bresser-Pereira para a (re)construção intelectual do Estado brasileiro**. p. 114. *In.*: Revista Agenda Política. V. 10, n. 2. São Carlos: Universidade de São Carlos (UFSCar), mai-ago. 2022. pp. 112-137.

³¹⁰ *cf.* MARTINS, Humberto Falcão. **Uma teoria da fragmentação de políticas públicas: desenvolvimento e aplicação na análise de três casos de políticas de gestão pública**. Doutorado (Tese). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas (FGV), 2003. pp. 141-162.

³¹¹ *cf.* BRESSER-PEREIRA. *op. cit.* p. 174.

Contudo, não se pode negar que seu conteúdo está refletido largamente no conteúdo da Emenda Constitucional nº 19/1998 que, malgrado todos os obstáculos, promoveu uma reforma na Administração Pública brasileira, colaborando com a revisão do conjunto de competências exclusivas desta última, que se distanciou do “[...] *papel de executor ou prestador direto de serviços, mantendo-se entretanto no papel de regulador e provedor ou produtor destes [...]*”³¹², como consta do PDRAE

É importante não perder de vista esse contexto, de modo a se evitar uma leitura fragmentada e descontextualizada da realidade jurídico-institucional da Administração Pública brasileira, tendente a imputar a ela um plexo de competências maior do que aquele que a Constituição de 1988 lhe reserva.

Estando claras as premissas que nortearão o desenvolvimento das linhas vindouras, volta-se à doutrina de PEDRO GONÇALVES, que identifica as responsabilidades a serem obrigatoriamente executadas pelo Estado Português³¹³.

Ele o faz, primeiramente, destacando as chamadas missões públicas essenciais, genuínas ou naturais, cuja execução justifica a própria existência do Estado³¹⁴, indicando como tal as competências típicas de soberania e de emprego da força.

Ao lado destas missões, adiciona as tarefas impostas ao Estado pela Constituição da República Portuguesa, tais como a prestação de serviços de segurança pública e de televisão, segurança social, saúde, ensino e desporto.

Entretanto, faz ressalva no tocante a este último gênero de responsabilidades do Estado Português, ao professorar que nem todas essas tarefas (consideradas por ele obrigatórias e necessárias) estão sob monopólio estatal. Para que a execução se dê exclusivamente pelo Estado, defende ele, é necessário que a Constituição vigente imponha isso expressamente. Afirma que exceto nos casos em que a Constituição vigente consagra uma dada atividade como espaço exclusivo de intervenção pública, o fato de uma determinada tarefa “[...] *se revelar como de execução obrigatória pelo Estado não exclui estratégias de ativação das capacidades privadas e mesmo certas formas de privatização*”³¹⁵.

³¹² BRASIL. *op. cit.* p. 18.

³¹³ GONÇALVES. *op. cit.* pp. 243-245.

³¹⁴ O autor se refere a essas missões do Estado como a “[...] *sua mais profunda razão de ser e que, nessa medida, apresentam mesmo natureza pré-constitucional*”. (GONÇALVES. *ibid.* p. 242).

³¹⁵ GONÇALVES. *op. cit.* p. 245.

Tem-se então desenhado um critério para definição de quais competências do Estado não são passíveis de execução por terceiros. Sempre que uma prestação, positiva ou negativa, estiver atrelada ao exercício da soberania do Estado ou ao emprego da força, ou ainda quando a Constituição que funda o regime jurídico expressamente lhe incumbir de executar determinada atividade, em caráter de exclusividade, não será possível que ele repasse o ônus de prestar essa tarefa a terceiro.

Não se pode ignorar, todavia, que este critério foi construído por doutrinador estrangeiro, tomando por base o conteúdo e as fronteiras do ordenamento jurídico de seu País.

É preciso avaliar se esse critério pode ser incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, e, em caso positivo, quais adaptações precisariam ser implantadas. Para isso é importante que a análise siga o recorte teórico sugerido pelo próprio PEDRO GONÇALVES.

Ao se trilhar o mesmo caminho por ele percorrido, percebe-se, de pronto, que a Constituição 1988 atribuiu ao Estado competências de caráter exclusivo.

Para além do exemplo rapidamente mencionado acima, acerca do monopólio da União sobre exploração dos serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados (art. 21, inc. XXIII, da Constituição de 1988), é de se destacar que a Constituição vigente atribui à União, em caráter de exclusividade, as tarefas de emitir moeda e de manter serviço postal e o correio aéreo nacional (art. 21, incisos VII e X³¹⁶), de refinar petróleo nacional ou estrangeiro (art. 177, inciso II³¹⁷) e a desapropriação de imóveis rurais para fins de reforma agrária (art. 184³¹⁸)

Para que não restem dúvidas, o constituinte originário também tomou a cautela de declarar algumas funções que, tipicamente, só podem ser exercidas pelo Estado, a exemplo da criação de leis e do exercício da jurisdição (art. 2º, art. 44 e seguintes e art. 92 e seguintes³¹⁹), e da organização das forças armadas (art. 142) e das forças de segurança pública (art. 144³²⁰).

³¹⁶ BRASIL. *op. cit.*

³¹⁷ BRASIL. *idem.*

³¹⁸ BRASIL. *idem.*

³¹⁹ BRASIL. *idem.*

³²⁰ BRASIL. *idem.*

Pode-se afirmar, portanto, que também no Brasil, o Estado e a Administração Pública são incumbidos de executar tarefas em caráter de exclusividade, em virtude de mandamento inscrito na Constituição vigente.

Por outro lado, a identificação das atribuições exclusivas do Estado e implícitas na Constituição de 1988, é tarefa mais complexa.

Repita-se que a própria noção de Estado se transforma com o tempo, influenciando assim na dimensão do conjunto de atividades que lhe são inerentes. Por isso é logicamente impossível se identificar, com absoluta precisão, tudo o que um Estado em constante mutação³²¹ precisa executar diretamente apenas porque é Estado.

Porém, é inegável que a Administração Pública brasileira teve seu rol de competências exclusivas diminuído pela Reforma Administrativa dos anos 1990, a partir de diretrizes constantes do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE).

Tais diretrizes estão dispostas num critério de classificação das atividades do Estado e da Administração Pública que consta desse documento, estruturado exatamente por conta da necessidade de se definir quais tarefas ficariam sob monopólio deste aparato público, e quais poderiam ser repassadas a outros sujeitos.

De acordo com o PDRAE, é possível observar, no âmbito do Estado nele descrito, quatro setores, divididos de acordo com as atividades a serem exercidas por cada um deles: o núcleo estratégico, o setor de atividades exclusivas, o setor de serviços não exclusivos, e o setor de produção de bens e serviços para o mercado³²².

Prevê o PDRAE que o Estado e a Administração Pública deteriam o monopólio das atividades que compõem o núcleo estratégico (tarefas atinentes ao governo, tomado em sentido amplo, como decisões de cunho estratégico, a elaboração de leis e políticas públicas, o exercício da jurisdição, etc.³²³) e o setor de atividades exclusivas (no qual estão contidas competências regulamentares, fiscalizatórias, e de fomento, a cobrança de impostos, a polícia, a previdência social básica, a fiscalização do

³²¹ As se consultar as já mencionadas obras de MARIA JOÃO ESTORNINHO (*cf.*: ESTORNINHO. *op. cit.* pp. 23-80) e, no Brasil, de BERNARDO STROBEL GUIMARÃES (*cf.*: GUIMARÃES. *op. cit.* pp. 17-66), percebe-se que a concepção de Estado e a definição de suas competências e seus limites, sofrem transformações constantes decorrentes de processos históricos, políticos e sociais. São, por isso, carregadas de complexidade que podem causar problemas a quem pesquisa o tema.

³²² BRASIL. *op. cit.* pp. 52-53

³²³ BRASIL. *op. cit.* pp. 52-53

cumprimento de normas sanitárias, a compra de serviços de saúde pelo Estado, o controle do meio ambiente, o subsídio à educação básica, dentre outros)³²⁴.

As prestações atinentes ao setor dos serviços não exclusivos e de produção de bens e serviços para o mercado, por seu turno, poderiam ser executadas tanto pelo Estado quanto pela iniciativa privada³²⁵.

Ainda que se trate de divisão de tarefas proposta sob um perfil meramente teórico, e que a baixa adesão às diretivas do PDRAE conduza a ponderações sobre quanto ela foi efetivamente posta em prática no Brasil, causa espanto que a doutrina e a jurisprudência a ignorem por completo e insistam na aplicação mecânica da diferenciação entre atividades-fim e atividades-meio. Sobretudo porque a Administração Pública decorrente da reforma promovida pela Emenda Constitucional nº 19/1998 tem contornos e competências definidas a partir dessa fôrma teórica, sendo razoável aceitar que sua adesão à realidade é, quando menos, superior à proposta pela cisão entre atividades-fim e atividades-meio.

Em verdade, observa-se que as atividades indicadas como pertencentes aos setores do núcleo estratégico e das atividades exclusivas coincidem, em larga medida, com as competências consideradas por PEDRO GONÇALVES como missões públicas essenciais, genuínas ou naturais do Estado, as quais devem ser por ele executadas para justificar sua existência.

Já as tarefas inerentes aos setores dos serviços não exclusivos e de produção de bens para o mercado podem ser correlacionadas com aquelas passíveis de receber tratamento específico pelo constituinte, que pode ou não as incluir no rol de atividades exclusivas do Estado.

Veja-se que a combinação entre modelo teórico desenhado por PEDRO GONÇALVES, o conteúdo da Constituição de 1988 e dos estudos que deram ensejo à Reforma Administrativa levada a efeito na década de 1990, fornecem um critério mais sólido de identificação das atividades que compõem um núcleo duro de competências exclusivas do Estado e da Administração Pública brasileiros, não sujeitas à execução por terceiros.

De acordo com esse critério, seriam tarefas sob responsabilidade exclusiva do Estado e da Administração Pública aquelas que se enquadrarem nos espectros dos setores do núcleo estratégico ou de atividades exclusivas do Estado, e ainda

³²⁴ BRASIL. *op. cit.* p. 52.

³²⁵ BRASIL. *Idem.* p. 53.

aquelas que sejam expressamente colocadas sob monopólio do Aparelho Estatal pela Constituição de 1988.

Por outro lado, poderiam ser entregues os cuidados de terceiros as atividades contidas nos setores dos serviços não exclusivos do Estado e de produção de bens e serviços para o mercado; e cuja execução, em caráter de exclusividade, não tenha sido expressamente atribuída ao Estado pela Constituição vigente.

A construção que tencionou definir critério a ser utilizado em substituição à diferenciação entre atividades-fim e atividades-meio implica em outros desdobramentos, qual seja o de verificar se, de acordo com ele, os serviços públicos de educação podem ou não ser executados por terceiros estranhos ao Aparelho Estatal.

Realça-se, desde logo, que a leitura da Constituição de 1988 indica que inexistente fixação de competência exclusiva do Estado e da Administração Pública para prestação dos serviços públicos de educação. Pelo contrário

O art. 209, da Constituição vigente³²⁶, prevê expressamente que o exercício de atividades de educação é livre à iniciativa privada.

O art. 208³²⁷, por sua vez, estabelece que o dever do Estado com a educação será cumprido garantindo-se a educação básica, obrigatória e gratuita, dos quatro aos dezessete anos de idade e para aqueles que a ela não tiveram acesso na idade própria.

O dispositivo acima detalha o cumprimento do dever impondo à Administração Pública a progressiva universalização do ensino médio, o atendimento educacional especializado para portadores de deficiência (preferencialmente na rede regular de ensino), a educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até cinco anos de idade, o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um, a oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; e o atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

Merece destaque também o art. 211³²⁸, o qual imputa à União os deveres de organizar o sistema federal de ensino e dos Territórios, de financiar as instituições de

³²⁶ BRASIL. *op. cit.*

³²⁷ BRASIL. *idem.*

³²⁸ BRASIL. *idem.*

ensino públicas federais e exercer, em matéria educacional, função redistributiva supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

A par disso, fixa como competência dos Municípios a atuação prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil, e imputa aos Estados e ao Distrito Federal a obrigação de atuarem prioritariamente no ensino fundamental e médio.

De acordo com a sua redação, todos os estes da Federação devem cuidar para que a educação básica pública atenda prioritariamente o ensino regular e exercer ação redistributiva em suas escolas.

Não há, note-se, qualquer menção à necessidade de os deveres do Estado com a educação serem cumpridos mediante execução direta, pelo próprio aparato Estatal, das atividades a ele referentes. Igualmente não há previsão no sentido de que a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em seus sistemas públicos de educação, só possa ser executada de maneira direta, sem a possibilidade de repasse de atividades executivas a terceiros.

Observa-se que, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem organizar seus sistemas de educação, em regime de colaboração, financiar o acesso à educação básica para aqueles que a ela não o fizeram na idade adequada (e, no caso da União, as instituições de educação públicas federais), promover a universalização do ensino médio, da oferta de ensino noturno, do atendimento educacional a portadores de deficiência e instituir programas suplementares de material didático, transporte, alimentação escolar e assistência à saúde, por exemplo.

As ações mencionadas indicam que os deveres exclusivos do Estado em relação aos serviços públicos de educação residem num extrato estratégico da sua promoção, cujo cumprimento materializa-se com a instituição de diretrizes, de planos de ação, de políticas de financiamento e de suporte aos alunos, de gestão e fiscalização, etc.

As atividades exclusivas do Estado correspondem, portanto, às competências de cunho regulatório, fiscalizatório, e, no âmbito das competências operacionais, àquelas de financiamento e organização da educação³²⁹.

³²⁹ Ver 2.1.5 deste trabalho,

Tais deveres estão sintetizados no art. 206, inciso IX, da Constituição de 1988³³⁰, que celebra expressamente o dever de o Estado garantir o direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida.

Entra em cena o já destacado modelo político estatal que implementou alterações no modelo de Estado Social, propondo à Administração Pública deixar de atuar como executora direta de uma série de atividades, e passar a servir como um fiador de que a população terá à sua disposição serviços públicos de qualidade passíveis de serem fruídos.

Trata-se do dever de garantir o acesso da população à educação, e que pode ser efetivado mediante prestação direta dos serviços públicos, ou por meio de concessão, nos termos do art. 175, da Constituição de 1988.

Cogita-se, ainda, outro argumento de origem constitucional, oposto à possibilidade de serviços públicos de educação serem executados por terceiros, estranhos à estrutura do Estado e da Administração Pública, com germe numa interpretação restritiva do art. 209 da Constituição vigente.

Em tese, pode-se afirmar, com certa dose de convicção, que ao tornar o ensino livre à iniciativa privada, o constituinte originário teria implicitamente fixado apenas duas modalidades de prestação de serviços: pelo mercado ou entidades do terceiro setor, na forma de atividades privadas de interesse público, mediante pagamento de remuneração pelos usuários, ou diretamente pelo Poder Público, na forma de serviços públicos, gratuitamente. Não existiria um regime híbrido, no qual a promoção da educação tomasse forma de serviço público, mas fosse provida indiretamente pelo Estado, mediante execução direta por terceiro.

Esse argumento, entretanto, carece de fundamentos mais robustos.

Outras atividades de cunho executivo foram expressamente classificadas pelo constituinte originário como atividades sob monopólio do Estado (a exemplo dos serviços de emissão de moeda e postais e o correio aéreo nacional). O mesmo não ocorre com os serviços públicos de educação, fato que, do ponto de vista técnico-jurídico, enseja a presunção de que não se pretendeu impor limites quaisquer à possibilidade de tal serviço público ser executado por terceiro.

Demais disso, seria um contrassenso admitir que um serviço público pode se transmutar em uma atividade de mercado, a ser executada em regime de competição

³³⁰ BRASIL. *op. cit.*

por estabelecimentos privados de ensino, mas que esse mesmo serviço público não poderia ser objeto de execução indireta, mediante utilização do instrumento jurídico adequado.

No que diz respeito ao tratamento constitucional vigente, repisa-se, que não há fixação de competência exclusiva do Estado para prestação dos serviços públicos de educação. Pelo contrário.

Igualmente, ao subsumir os serviços públicos de educação aos setores postos no PDRAE, repara-se que os serviços públicos de educação não são atividades sob monopólio do Estado e da Administração Pública.

LUIZ CARLOS BRESSER-PERREIRA, idealizador do plano, entendia, à época, que a educação compõe o setor de serviços não exclusivos. Nesse setor cabe ao Estado, em caráter de exclusividade, as atividades de planejamento, regulação, fiscalização e financiamento. Mas, segundo ele, a execução dos serviços pode ser compartilhada entre os setores público e privado³³¹.

É bem verdade que, para ele³³²⁻³³³, a assunção dessas atividades por terceiros se daria por meio do que ele designa de processos de publicização³³⁴, os quais consistem no repasse de atividades do Estado para entidades do terceiro setor, as quais, segundo o autor, consistiriam nas gestoras naturais do que ele chama de propriedade pública não estatal, alternativa à propriedade pública e à privada.

De qualquer modo, essa suposta restrição à qualidade do sujeito apto a ser o executor direto dos serviços de educação pública (a ser analisada mais a frente) serve, neste momento, apenas para afirmar que tais atividades podem ser executadas por terceiros.

³³¹ “No meio, entre as atividades exclusivas de Estado e a produção de bens e serviços para o mercado, temos hoje, dentro do Estado, uma série de atividades na área social e científica que não lhe são exclusivas, que não envolvem poder de Estado. Incluem-se nesta categoria as escolas, as universidades, os centros de pesquisa científica e tecnológica, as creches, os ambulatórios, os hospitais, entidades de assistência aos carentes, principalmente aos menores e aos velhos, os museus, as orquestras sinfônicas, as oficinas de arte, as emissoras de rádio e televisão educativa ou cultural, etc.. Se o seu financiamento em grandes proporções é uma atividade exclusiva do Estado – seria difícil garantir educação fundamental gratuita ou saúde gratuita de forma universal contando com a caridade pública - sua execução definitivamente não o é. Pelo contrário, estas são atividades competitivas, que podem ser controladas não apenas através da administração pública gerencial, mas também e principalmente através do controle social e da constituição de quase-mercados.” (PEREIRA. *op. cit.* p. 25).

³³² PEREIRA. *Ibid.* pp. 25-28.

³³³ O PDRAE também adota essa linha. *cf.* BRASIL. *op. cit.* p. 54-55.

³³⁴ A expressão talhada pelo autor padece de conteúdo jurídico e será problematizada no item 4.2.6 deste trabalho.

A conclusão a que se chega, portanto é a de que os serviços públicos de educação estão inseridos no espectro de atividades pertencentes ao setor de serviços não exclusivos do Estado, fato que, somado à ausência de disposição constitucional que expressamente os tenha colocado sob monopólio estatal, indica que não compõem o núcleo duro de atividades a serem por ele prestadas diretamente, admitindo-se, portanto, que podem ser objeto de execução indireta, por terceiros.

4.2.4. Superação do obstáculo erguido pelo dever de realizar concurso público

Ainda que os serviços públicos de educação não sejam atividades que demandem execução direta pela Administração Pública, é preciso avaliar se sua transferência, a terceiros, não afrontaria o art. 206, inciso V, e o art. 37, inciso II, da Constituição de 1988³³⁵, caracterizando assim burla à regra do concurso público.

A discussão trazida anteriormente³³⁶ iniciou-se de forma mais abrangente, sob o argumento de que seria vedado à Administração Pública terceirizar quaisquer atividades inerentes às atribuições dos cargos que compõem seus quadros funcionais.

Para os defensores desta tese³³⁷, a existência de cargos vagos na estrutura funcional da Administração Pública impediria que suas atribuições fossem desempenhadas por terceiros estranhos aos quadros do funcionalismo público, vinculados a este último por contratos de prestação de serviços, já que o art. 37, inciso II, da Constituição vigente, cria obrigação para o Poder Público de providenciar a mão de obra necessária para executar essas atividades mediante realização de concursos públicos.

A primeira crítica que este argumento comporta é a de que ele desconsidera – ou, quando menos, não abarca – os processos de delegação de serviços públicos, mediante concessão ou permissão.

Com efeito, ainda que essa posição possa fazer frente a processos de terceirização, o repasse de atribuições que, muitas vezes, são abrangidas por cargos que compõem as categorias funcionais dos quadros pertencentes à Administração Pública, inerentes à prestação de serviços públicos, ocorre diuturnamente pela

³³⁵ BRASIL. *op. cit.*

³³⁶ Ver item 4.1 deste trabalho.

³³⁷ *cf.* VASCONCELOS JUNIOR. *op. cit.* p. 77-92.

Administração Pública, com autorização expressa do art. 175 da Constituição de 1988³³⁸⁻³³⁹.

Além disso, aqueles que vislumbram na regra do concurso público óbice à terceirização de atividades que integram os serviços públicos de educação ignoram que a doutrina e a jurisprudência pátrias admitem, há algum tempo, a execução indireta de uma série de prestações que compõem aquelas atividades. Esse dado foi registrado no item 3.2.1 deste trabalho, no qual se demonstrou que prestações consideradas atividades-meio em serviços públicos de educação são quotidianamente repassados a agentes privados.

Por outro lado, é preciso salientar que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já declarou, em mais de uma oportunidade, que o repasse a entidades privadas e do terceiro setor, de atribuições abrangidas por categorias funcionais da Administração Pública, mesmo que a título de execução indireta (e não de delegação), não é contrário à ordem jurídica.

O Ministro Luiz Fux, ao elaborar o voto acompanhado pela maioria dos membros do plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923³⁴⁰, validou a possibilidade de serviços públicos sociais serem prestados por intermédio de entidades do terceiro setor (nos termos da Lei nº 9.637/1998³⁴¹), e ainda consignou que o entendimento de que essas entidades, ao selecionarem seus empregados por processos seletivos, que não observam os rigores de um concurso público não caracteriza afronta ao art. 37, inciso II, da Constituição de 1988.

³³⁸ BRASIL. *Ibid.*

³³⁹ Em um exemplo, a União e a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária, responsáveis por explorar a infraestrutura aeroportuária nacional (art. 21, inciso XII, alínea “c”, da Constituição vigente e art. 2º, da Lei nº 5.862/1972) podem optar por fazê-lo diretamente, empregando servidores e empregados públicos admitidos por meio de concursos públicos, ou mediante autorização, concessão ou permissão de serviços públicos, nos termos da Constituição de 1988. Não se vislumbra ilegalidade nesse caso, e tal possibilidade vem sendo explorada à exaustão em tempos recentes, conforme se retira do sítio eletrônico da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), o qual dá conta de que, atualmente, há dezenove blocos de aeroportos sob gestão de concessionárias por todo o país. (cf. BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 5.862 de 12 de dezembro de 1972. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 13.12.1972; **Concessões de aeroportos**. Disponível em <<https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes>>. Acesso em 02.07.2023).

³⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.923. Rel. Min. Ayres Brito. Min. Rel. do acórdão Luiz Fuz. **Diário de Justiça**. Brasília: DJe de 17.12.2015.

³⁴¹ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 18.05.1998.

Tal precedente serviu de fundamento para o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.685³⁴², no qual foram analisados questionamentos quanto à constitucionalidade da Lei nº 13.429/2017³⁴³ (que alterou a Lei nº 6.019/1974³⁴⁴), que regulamentou o trabalho temporário, e, por consequência, os processos de terceirização entre prestadores e tomadores de serviços, inclusive quando estes últimos são órgãos e entidades da Administração Pública.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes enfrentou diretamente a suposta incompatibilidade entre os processos de terceirização no âmbito da Administração Pública e o dever de realizar concurso público e chegou à conclusão de que ela não é procedente.

Para o Ministro, a execução direta ou indireta de atividades, mediante emprego de servidores públicos ou contratação de terceiros, pela Administração Pública, são opções igualmente válidas. Deduz-se do voto que cabe ao gestor público, mediante exercício de sua competência discricionária, decidir qual delas se mostra mais eficiente diante do caso concreto, não existindo entre elas quem seja preferencial ou hierarquicamente superior³⁴⁵.

O raciocínio, por óbvio, leva em conta os processos de terceirização, no âmbito da Administração Pública, num extrato genérico, não sendo avaliada uma ou outra atividade específica. Entretanto, não há razões jurídicas que amparam a possibilidade de conferir à terceirização de serviços públicos de educação caráter

³⁴² BRASIL. *op. cit.*

³⁴³ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 31.03.2017.

³⁴⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 22.06.1993.

³⁴⁵ “Quanto à regra do concurso público, a meu ver, a legislação encontra-se em consonância com todo o arcabouço constitucional sobre a matéria e observa os preceitos devidos. É claro que a utilização de serviço temporário pela administração pública não pode configurar, jamais, burla a exigência de concurso público. No entanto, observada a legislação pertinente, deve o gestor, no exercício de sua competência, optar pela melhor forma de atender o interesse público e a eficiência administrativa, podendo se utilizar da contratação de empresas de serviço temporário. Aqui, a lógica é a mesma da descentralização da administração pública por meio da contratação de organizações sociais que compõe o terceiro setor. [...] Da mesma forma, digo eu, a contratação de empresa que forneça serviço temporário não afasta a observância dos demais princípios do art. 37 da Constituição. A terceirização da atividade não implica burla a regra do concurso público, na medida em que não implica a investidura em cargo ou emprego público. Sua utilização, no entanto, deve observar todos os princípios que regem a administração pública, não podendo ser desvirtuada”. (BRASIL. *op. cit.* pp. 24-25).

excepcional. Ao menos não à toda a extensão de atividades que compõem tais serviços³⁴⁶.

Ainda que se possa cogitar de a terceirização da integralidade dos serviços públicos de educação ser obstada por outros fundamentos jurídicos³⁴⁷, tem-se que a Constituição não abriga qualquer previsão que situe a prestação direta desses serviços em patamar obrigatório ou preferencial em relação à execução indireta dessas atividades.

O texto do art. 206, inciso V, da Constituição vigente, não prevê vedação à possibilidade de as atividades referentes aos serviços públicos de educação serem prestadas por profissionais contratados por interposta pessoa, mediante contratos de prestação de serviços. O dispositivo guarda em si o intuito do legislador de valorizar o profissional ocupante de cargo público de professor. O servidor público, admitido após aprovação em concurso público, que é o responsável por executar as atividades pedagógicas integrantes do serviço público de educação quando o Estado toma para si a tarefa de os prestar diretamente³⁴⁸.

Teoricamente, ambas (a execução direta de serviços públicos de educação pela Administração Pública, ou sua execução indireta, mediante formalização de contratos de prestação de serviços públicos) seriam alternativas à disposição do gestor público. O elemento norteador da decisão a ser tomada discricionariamente por ele é o mesmo mencionado pelo Ministro Gilmar Mendes na ADI nº 5.685³⁴⁹: a eficiência. Superados outros obstáculos, a opção pela execução direta ou indireta de tais serviços, no caso concreto, seria definida a partir da identificação de qual delas seria mais eficiente.

Vê-se, portanto, que tomado isoladamente, o dever de realizar concurso público, previsto no art. 37, inciso II, da Constituição de 1988, não obsta que se leve a efeito processos de terceirização, e, com mais razão, de concessão de serviços públicos que recaiam sobre atividades concernentes aos serviços públicos de educação.

³⁴⁶ A ressalva quanto à extensão da possibilidade de se terceirizar serviços públicos de educação ficará mais clara no item 4.2.6 deste trabalho.

³⁴⁷ O tema é objeto de análise no item 4.2.5 deste trabalho.

³⁴⁸ Valorização que, cumpre lembrar, não decorre da mera aprovação do indivíduo em concurso público, mas do acesso que esse fato promove a carreiras públicas bem estruturadas, vantajosas do ponto de vista funcional e financeiro. Não há no art. 206, inc. V, da Constituição de 1988, qualquer indicativo de desvalorização do professor que não ocupa cargo público; nenhum indício de que a atuação daquele é preferencial e relação à deste Ver item 2.1.4 deste trabalho.

³⁴⁹ BRASIL. *op. cit.*

4.2.5. Superação do obstáculo erguido pela gratuidade do serviço público de educação

O último argumento contrário à execução de serviços públicos de educação por terceiros traduz, como visto, o receio de que a prestação dessa atividade por outra forma que não diretamente pelo Estado e pela Administração Pública implique em cobrança de valores dos usuários do serviço, o que afrontaria o art. 206, inciso IV, da Constituição de 1988.

O argumento parte do pressuposto de que atividades integrantes dos serviços públicos de educação, por um lado, não podem ser objeto de execução indireta, mediante contratos de prestação de serviços, e, de outro, não seriam compatíveis com o sistema de remuneração dos contratos de concessão, os quais, segundo o raciocínio desenvolvido por quem encampa a tese, pressupõem a remuneração da concessionária através da cobrança de tarifas diretamente dos usuários³⁵⁰.

Tal premissa, contudo, não se sustenta diante dos fatos e das normas jurídicas que regem o tema.

Rememora-se, mais uma vez, que a doutrina e a jurisprudência pátrias admitem a terceirização de todas as tarefas que integram os serviços públicos de educação passíveis de serem classificadas como atividades-meio. E tais providências não resultam no pagamento de tarifas ou outros valores por parte daqueles que são diretamente beneficiados pelas atividades, pois, nessas circunstâncias, os prestadores de serviços são remunerados diretamente pela Administração Pública.

Sob outra perspectiva, a suposta incompatibilidade entre o sistema de remuneração dos contratos de concessão e o caráter gratuito dos serviços engendra crítica datada. Remete ao período em que todos os contratos de concessão eram regidos exclusivamente pela Lei nº 8.987/1995³⁵¹, cuja disciplina concebe, expressamente, apenas ajustes concessionários com sistemas de remuneração pautados pelo pagamento de tarifas pelos usuários.

Essa realidade foi profundamente alterada a partir de 2004, com a edição da Lei nº 11.079/2004³⁵², responsável por instituir a figura da concessão administrativa,

³⁵⁰ VIOLIN. *op. cit.* pp. 25.

³⁵¹ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 14.02.1995

³⁵² BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Diário Oficial da União. Brasília: DOU de 31.12.2004.

contrato com sistema de remuneração do concessionário fundado no pagamento de contraprestação pública, pelo Poder Concedente³⁵³.

Em virtude da inserção dos contratos de concessão administrativa no ordenamento jurídico pátrio, FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES cogitou a transferência da gestão de unidades escolares a entes privados, uma vez que este instituto permitiria a delegação dos serviços públicos de educação sem a cobrança de tarifas dos usuários³⁵⁴.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO vai além, e admite que o repasse a terceiros de serviços sociais (a exemplo da educação) podem ocorrer tanto por meio de concessões administrativas, quanto por intermédio de instrumentos de parceria junto ao terceiro setor, a exemplo dos termos de colaboração e dos termos de fomento³⁵⁵.

Esse raciocínio é construído justamente a partir da condição de que esses serviços públicos devem ser prestados de forma gratuita à população, o que impediria a cobrança de tarifas, e, conseqüentemente, obstaria que suas execuções se dessem de maneira indireta, por intermédio de concessões de serviço público tradicionais ou patrocinadas.

Dada a impossibilidade de se adotar tais modelos contratuais, só seria viável à Administração Pública promover as eventuais delegações de serviços públicos de educação mediante parcerias com o terceiro setor, ou ainda por intermédio de contratos de concessão administrativa, os quais não impõem o pagamento de quaisquer valores aos usuários diretos dos serviços.

Nota-se, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro fornece, ao gestor público, instrumentos que permitem a transferência, total ou parcial, de serviços públicos de educação a terceiros, sem que isso implique na cobrança de valores junto

³⁵³ FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES afirma expressamente que o contrato de concessão administrativa tem cabimento em hipóteses nas quais a concessão do serviço é incompatível com a fixação de uma política tarifária: “A partir, então, de necessidades econômicas e financeiras da Administração no tocante forma de arranjar ajustes pra a execução de projetos estruturantes, surgiram as PPPs e, mais especificamente, a concessão administrativa, como via para alargar o seu espectro de possibilidades negociais. A concessão administrativa surge como decorrência da aplicação da lógica concessionária a prestações (serviços e obras) tomadas direta ou indiretamente pela própria Administração. Por um lado, estende a lógica concessionária a atividades juridicamente incompatíveis com o sistema tarifário, e, por outro, disponibiliza à Administração via para o custeio integral do serviço público tarifáveis por contraprestações públicas”. (GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria público-privada**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 166).

³⁵⁴ cf. GUIMARÃES. *Ibid.* pp. 177-181.

³⁵⁵ DI PIETRO. *op. cit.* p. 48.

aos usuários destes serviços. A devida autorização encontra-se o art. 206, inciso IV, da Constituição vigente³⁵⁶, e a necessária gratuidade dos serviços públicos de educação não impedem que ele seja executado por terceiros.

4.2.6. A concessão e a terceirização de serviços públicos de educação básica à luz da Constituição de 1988

Suplantar os argumentos contrários à transferência, total ou parcial, da execução dos serviços públicos de educação por terceiros, não implica reflexamente na possibilidade de o Poder Público fazê-lo, no nível da educação básica, sem enfrentar qualquer limitação ou condição que não seja o mero exercício de suas competências discricionárias.

A aplicação das normas vigentes deve ocorrer nos estritos contornos fixados pela Constituição de 1988, ensejadores da necessidade de se realizar apontamentos a respeito de quais serviços podem efetivamente ser objeto de transferência, pelo Estado, de quais modelos de transferência são admitidos pela Constituição de 1988, e ainda de quais são os sujeitos legitimados para executar esses serviços.

O exercício da educação pode tomar, basicamente, dois formatos jurídicos distintos³⁵⁷. Se a educação for planejada e executada direta e exclusivamente pela iniciativa privada, em observância às normas gerais editadas pelo Poder Público e mediante prévia autorização, aquela se transmutará em atividade a ser prestada em regime de competição no mercado. Se planejada e executada pelo Estado, tomará a forma de prestação de serviço público.

Não há que se falar, evidentemente, no repasse do primeiro gênero de atividades, mencionado no parágrafo anterior, aos agentes privados. Eles são os titulares e executores naturais dessas tarefas, cabendo ao Estado, em virtude do previsto no art. 209, da Constituição vigente³⁵⁸ (reforçado pelo art. 7º, da Lei nº 9.394/1996³⁵⁹) regular³⁶⁰ o exercício da atividade, impondo limites, indicando os rumos

³⁵⁶ BRASIL. *op. cit.*

³⁵⁷ O tema é tratado de maneira mais detida no item 3.2 deste trabalho.

³⁵⁸ BRASIL. *op. cit.*

³⁵⁹ BRASIL. *op. cit.*

³⁶⁰ “[...] a regulação (estatal) da economia compreende medidas legislativas, administrativas ou convencionais, abstratas ou concretas, por meio das quais o Poder Público, de forma restritiva ou indutivada autonomia dos agentes privados, controla ou influencia o seu comportamento, buscando evitar, com isso, a lesão a interesses sociais protegidos pela Constituição e/ou conduzindo-os a fins sociais desejáveis”. (DEFANTI, Francisco. **Um ensaio sobre a autorregulação: características,**

pelos quais deverá se dar a execução e induzindo comportamentos nos agentes privados, para que suas atuações estejam alinhadas às políticas nacionais de educação e tenham condições de contribuir com a efetivação do direito fundamental à educação.

Só se cogita a transferência, mediante concessão ou terceirização, das atividades cuja execução direta estão, num primeiro momento, no rol de deveres do Estado, ou seja, os serviços públicos de educação.

Em sendo a atividade a ser repassada a terceiro um serviço público, prevê a Constituição vigente, em seu art. 175, que isso pode ocorrer mediante a formalização de concessão ou permissão de serviços públicos. Invocar este dispositivo constitucional é importante porque dele decorre da constatação de que a Constituição de 1988 não autoriza que a transferência em questão se dê, como regra, mediante meros processos de terceirização, a serem instrumentalizados em contratos de prestação de serviços.

O fundamento para tanto pode ser extraído da lição de ALMIRO DO COUTO E SILVA, para quem a prestação de um serviço público por um particular está atrelada à delegação desse serviço³⁶¹, e não à mera terceirização. No mesmo sentido, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO afirma que, “a delegação de serviços públicos é gênero do qual a concessão, a permissão e a autorização de serviços públicos constituem espécies [...]”³⁶²,

A rigor, a formalização de um contrato de prestação de serviços entre a Administração Pública e um particular não gera vínculo de delegação de serviços públicos³⁶³, mas de simples colaboração do particular para com a execução de

classificações e exemplos práticos. p.152. In.: Revista de Direito Público da Economia (RDPE). ano 16, n. 63, jul./set. 2018. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018. pp. 149-181).

³⁶¹ “Dentro da nossa tradição jurídica, ‘exercício de função pública por particulares’ significa o desempenho de atividade de interesse geral pelos indivíduos ou por pessoas jurídicas de direito privado, mediante delegação do poder público, sob regime jurídico especial. Consiste, portanto, geralmente, em prestação de serviço público”. (SILVA, Almiro do Couto e. **Privatização no Brasil e novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço Público “à brasileira”**. p. 45. In.: Revista de Direito Administrativo. n. 230, Out/Dez. 2022. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas [FGV]. pp. 45-74).

³⁶² ARAGÃO. *op. cit.* p. 533.

³⁶³ “Na sua forma descentralizada de prestação de serviço público, o poder público transfere a sua titularidade, ou simplesmente a sua execução, por outorga ou delegação, a entidade da Administração Indireta ou a particular. Haverá transferência da titularidade e da execução do serviço se a entidade para a qual for transferido tiver personalidade jurídica de direito público (autarquias e fundações públicas de direito público). Se for pessoa jurídica de direito privado, integrante da Administração Indireta (fundações públicas de direito privado, empresas públicas e sociedades de economia mista) ou não (basicamente concessionários e permissionários), a transferência será apenas da execução do serviço. [...] Já pela **delegação**, o Estado transfere por contrato (concessão) ou ato administrativo

atividades que, sem ele, precisariam ser providenciadas pela própria Administração Pública.

Essa diferenciação é explicada por MARÇAL JUSTEN FILHO, ao expor que os contratos administrativos podem ser divididos em duas espécies: os contratos de colaboração e os contratos de delegação³⁶⁴.

As concessões de serviços públicos (incluindo as parcerias público-privadas regidas pela Lei nº 11.079/2004) compõem a espécie dos contratos de delegação. Por seu turno, as compras e alienações comuns de bens, e as contratações de obras e serviços de apoio, pela Administração, consubstanciam os contratos de colaboração.

Em contratos de colaboração, o particular é responsável por um conjunto de prestações mais ou menos homogêneas, e que, em geral, não se espraiam para o campo da concepção da solução contratada. Ainda que alguns regimes de execução desses contratos³⁶⁵, estabelecidos em lei, permitam a ingerência da iniciativa privada no planejamento do objeto a ser executado, a maior parte da carga decisória, concernente à forma de execução do objeto, cabe à Administração Pública.

À vista disso, os serviços objeto destes contratos não são prestados “*por conta e risco*” dos particulares³⁶⁶, a exemplo do que acontece nas concessões e permissões de serviços públicos. Eles são executados nos termos do encargo previamente definido pela própria Administração Pública, e remunerados nos termos das condições constantes da proposta financeira apresentada por ocasião do procedimento licitatório, integrante do próprio contrato.

Não há, portanto, transferência do ônus de executar um serviço público que, originalmente, deveria ser prestado pela Administração Pública em favor da população³⁶⁷, mas tão-somente o repasse de atividades que precisam ser levadas a

(*permissão ou autorização*) a execução de serviço a particular sob as condições regulamentares e controle do Estado”. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: 2013. pp. 532-533).

³⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 79.

³⁶⁵ *cf.* art. 6º, incisos XXXII e XXXIII, e demais dispositivos da Lei nº 14.133/2021 que tratam das figuras da contratação integrada e semi-integrada. (BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Diário Oficial da União. Brasília: DOU de 1º.04.2021).

³⁶⁶ A figura dois contratos de eficiência, previstos no art. 6º, inciso LIII, da Lei nº 14.133/2021 pode ser considerada uma exceção, já que, nesse caso, a remuneração do particular estará atrelada à eficiência com que ele presta o objeto. Entretanto, esse tipo de contrato não se presta a transferir a terceiro a prestação de um serviço público, mas sim a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia à Administração Pública, na forma de redução de despesas correntes. (BRASIL. *op. cit.*)

³⁶⁷ *cf.* art. 2º, incisos II, III e IV, da Lei nº 8.987/95 (BRASIL. *Op. cit.*)

cabo para que o Estado siga cumprindo suas finalidades, por sujeito que colabore com a Administração.

A ausência de autorização constitucional expressa, somada à natureza jurídica dos serviços públicos de educação básica, cuja execução indireta, por particulares, reclama sua delegação, conduz à conclusão de que a utilização de contratos de prestação de serviços, destinada a transferir a terceiros serviços públicos de educação, é, como regra, inviável.

Classifica-se essa impossibilidade como uma regra porque se vislumbra a existência de duas situações nas quais seria praticável a terceirização de serviços públicos de educação básica.

É indiscutivelmente factível para a Administração Pública contratar a execução indireta de uma parcela das atividades inerentes ao funcionamento de estabelecimentos públicos de educação, de caráter acessório³⁶⁸, mantendo sob seus cuidados diretos, posições e atribuições de cunho diretivo e decisório, garantindo assim que o contato entre a administração estratégica das unidades escolares e a administração local seja realizado por servidores ligados à Administração Pública. Essa hipótese coincide com a menção, acima comentada, de terceirização das atividades-meio das unidades escolares, admitida pela doutrina e pela jurisprudência.

Ademais, concebe-se que excepcionalmente a Administração Pública contrate capacidade instalada³⁶⁹ de instituições privadas de educação, para absorver demanda excedente da rede pública de educação.

Diz-se excepcional porque a Constituição de 1988 é cristalina ao impor o dever de o Estado estruturar, organizar e manter sistemas públicos de educação aptos

³⁶⁸ Há, neste ponto, apropriação da doutrina de direito civil, que propõe uma divisão entre obrigações principais e acessórias. Como bem ensina SÍLVIO DE SALVO VENOSA, “*Há obrigações que nascem e existem por si mesmas, independentes. Há outras que surgem unicamente para agregar a outras, isto é, são obrigações acessórias. Sua existência está na razão de ser da obrigação principal e em torno dela gravitam*” (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 128). No contexto dos serviços públicos de educação, ocupariam a posição de obrigações principais as atividades de cunho essencialmente pedagógico. Aquelas executadas com o condão meramente de garantir que aquelas primeiras sejam devidamente cumpridas, teriam caráter acessório. Não se ignora, é claro, que essa classificação não é precisa o suficiente para evitar a identificação de zonas de incertezas. Mas, na ausência de um critério melhor, optou-se por adotar esse, que reconhecidamente detém conteúdo jurídico e é aplicado pelos operadores do Direito.

³⁶⁹ A expressão em tela não foi cunhada pelo Direito, mas pela Ciência da Administração, e indica a produtividade máxima de uma determinada organização. Nesse texto, contratar capacidade instalada significa pagar estabelecimentos privados de educação para que eles atendam, em suas vagas ociosas, alunos que originalmente seriam recebidos nas estruturas públicas de educação.

a atender a parcela da população que não pode (ou não quer) contratar esses serviços de educação junto à iniciativa privada.

A oferta de educação básica gratuita e de qualidade, viu-se, é direito fundamental social subjetivo, e eventual descontinuidade desses serviços, decorrente de conduta do Estado, gera para seus titulares a possibilidade de buscar a tutela do Poder Judiciário³⁷⁰.

Não há no Brasil qualquer margem para que o Estado abdique da obrigação de manter sistemas e estabelecimentos públicos de ensino básico, substituindo a totalidade dessa estrutura pela contratação de vagas junto à rede privada de educação, num modelo análogo ao sistema de *vouchers* adotado em outros países³⁷¹. Quisesse o constituinte oferecer essa opção ao gestor público, não teria ele erguido evidente divisão entre a estrutura pública de educação, a quem cabe prover a população com serviços públicos de educação, e a estrutura privada de educação, que explora economicamente a atividade³⁷².

Incumbe ao Estado prezar pela manutenção dos sistemas públicos de educação, em especial nos níveis que compõem a execução básica, observando todas as diretrizes e deveres previstos nos arts. 206 e 208 Constituição de 1988, inclusive no que diz respeito à implementação de um padrão de qualidade. Encargo cujo cumprimento, não raramente, é embaraçado por toda sorte de obstáculos enfrentados pela Administração Pública.

Limitações orçamentárias³⁷³, vedações à realização de concursos públicos, ausência de qualificação de servidores públicos ou de eventuais candidatos a ocupar cargos públicos, incompatibilidade entre a estabilidade das carreiras funcionais do Estado e a sazonalidade de cursos ofertados, dentre outros elementos de cunho fático podem colocar em xeque a capacidade de o Poder Público ofertar o número adequado de vagas em unidades escolares.

Em conjecturas como estas, o Estado pode se encontrar diante de dilema entre contratar a capacidade instalada de instituições privadas de educação ou não lograr êxito no atendimento adequado da população que procura os serviços públicos de educação básica.

³⁷⁰ Ver item 3.1 deste trabalho.

³⁷¹ O tema será tratado no capítulo 5 deste trabalho.

³⁷² Ver item 2.1.2 deste trabalho.

³⁷³ Ver item 3.5 deste trabalho.

Nessas circunstâncias, entende-se que o gestor público deve primar pela observância ao art. 208, inciso I, c/c §§ 1º e 2º, da Constituição vigente, e envidar todos os esforços para ofertar serviços públicos de educação básica, ainda que por intermédio de ferramenta inusual, cuja utilização, em princípio, não seria autorizada pela legislação vigente.

Em outras palavras, entende-se que a prioridade do gestor público deve ser conferir efetividade ao direito fundamental social à educação básica, estando ele autorizado, em caráter excepcional, a realizar procedimentos voltados à seleção de estabelecimentos privados de educação dispostos a atender em suas dependências alunos oriundos da estrutura pública de educação, e que carece de vaga em algum dos níveis que compõem a educação básica.

Essa possibilidade excepcional encontra fundamento, dentre outros, no art. 22, *caput*, do Decreto-Lei nº 4.657/1942³⁷⁴ (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), segundo o qual a interpretação e a aplicação de normas sobre gestão pública devem ocorrer tendo-se em mira “[...] *os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados*”³⁷⁵. Ora, se a realidade que se impõe ergue obstáculos que não permite a tutela do direito fundamental à educação de outra forma que não por intermédio da terceirização, há que se reconhecer a possibilidade de utilização pontual desta ferramenta.

Obviamente, as contratações deverão ser planejadas para que os serviços prestados pelos estabelecimentos privados se deem em observância a todas as obrigações impostas pela Constituição de 1988³⁷⁶ e pela Lei nº 9.394/1996³⁷⁷.

Os estabelecimentos privados selecionados deverão igualmente garantir a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento crítico, a arte e o saber, a valorização da experiência extraescolar e a vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais (art. 206, incisos II, X e XI, da

³⁷⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 09.09.1942.

³⁷⁵ Sobre o conteúdo e a aplicação do art. 22, do Decreto-Lei nº 4.657/1942, *cf.*: JORDÃO, Eduardo. **Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro**. In.: Revista de Direito Administrativo. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas (FGV), nov./2018. pp. 63-92. Disponível em <<https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77650/74313>>. Acesso em 02.06.2024.

³⁷⁶ BRASIL. *op. cit.*

³⁷⁷ BRASIL. *op. cit.*

Constituição vigente³⁷⁸), tanto para alunos já atendidos pela estrutura privada de educação, quanto para aqueles oriundos da estrutura pública.

Além disso, é essencial que a Administração Pública controle a remuneração a ser paga por ela diretamente aos estabelecimentos privados de educação, assegurando-se de que ela seja suficiente para garantir que os alunos advindos da estrutura pública de educação tenham acesso a material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde, sem que nenhum valor seja cobrado deles, de modo a garantir a observância do art. 206, inciso IV, e do art. 208, VII, da Constituição de 1988³⁷⁹.

Por fim, deve-se ter sempre em vista o caráter paliativo desse tipo de solução³⁸⁰, cabendo registrar tal conjuntura, a título de justificativa, no respectivo processo de contratação pública, juntamente com uma descrição detalhada das providências que vêm sendo tomadas para a substituir por uma solução de cunho mais perene.

Afora a delegação dos serviços públicos de educação mediante concessão de serviços públicos, e as hipóteses restritas de terceirização de atividades que os integram, deve-se registrar a legitimidade de formalizar, junto a entidades do terceiro setor, instrumentos análogos aos convênios, tais como termos de colaboração e termos de fomento.

As entidades do terceiro setor foram indicadas no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE) como as executoras naturais dos serviços públicos de cunho social.

³⁷⁸ BRASIL. *op. cit.*

³⁷⁹ BRASIL. *op. cit.*

³⁸⁰ A título ilustrativo, veja-se trecho da justificativa constante do Termo de Referência que instruiu o Edital de Chamamento Público nº 02/2021, publicado pelo Município de Salvador/BA com o objetivo de credenciar entidades educacionais privadas que ofertassem educação infantil e/ou 1º ano do ensino fundamental no âmbito do Município: “[...] a Constituição da República, assim como diversos diplomas infraconstitucionais, a exemplo da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e o Estatuto da Criança e do Adolescente, reconhecem como direito subjetivo fundamental da criança e do adolescente o acesso universal e gratuito à educação, em todos os níveis, incumbindo o Estado e a família de sua efetivação, com absoluta prioridade, de maneira que, a despeito das concretas dificuldades de cumprimento das metas de oferta de vagas na Educação Infantil e Pré-Escola, as crianças e suas famílias não podem esperar. Diante de tal impasse, e tendo como base a Lei Municipal nº 9.410/2018, que institui o Projeto Pé na Escola, regulamentada pelo Decreto Municipal nº 30.734, de 19 de dezembro de 2018, **a solução para garantir as vagas necessárias para a Educação Infantil é complementar as vagas que ainda não estão sendo ofertadas pela rede pública, em caráter provisório, até a disponibilização das vagas pelo poder público, mediante cooperação com instituições de ensino da rede privada, com ou sem finalidade lucrativa, com remuneração a ser arcada pelo Poder Público.**”(g.n). Disponível em <<http://educacao3.salvador.ba.gov.br/documentos/>>. Acesso em 03.07.2023.

Inspirado nessa premissa, o constituinte derivado expressamente introduziu no ordenamento jurídico a figura das escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, admitindo que a elas fossem direcionados recursos públicos típicos das escolas públicas (art. 213 da Constituição vigente³⁸¹).

Se as entidades integrantes do terceiro setor estão autorizadas a criar escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, estabelecimentos estes que compõem a estrutura privada de educação e podem ser subsidiadas com recursos públicos³⁸², essas pessoas jurídicas podem figurar como delegatárias dos serviços públicos de educação básica, e gerir estabelecimentos públicos de educação, por intermédio de algum dos instrumentos previstos na Lei nº 13.019/2014³⁸³.

Essa possibilidade, aliás, enseja um último questionamento: quem seriam os sujeitos legitimados para serem delegatários dos serviços públicos de educação? A questão se põe porque, segundo LUIZ CARLOS BRESSER-PEREIRA³⁸⁴⁻³⁸⁵, a assunção de atividades sociais por terceiros, pertencentes ao setor dos serviços não exclusivos do Estado, não se instrumentalizaria em processos de privatização (em sentido amplo), mas sim no que ele designa de processos de publicização, os quais consistiriam na transferência desses serviços a entidades do terceiro setor, supostas gestoras naturais do que ele chama de propriedade pública não estatal, alternativa à propriedade pública e à privada.

A opção feita pelo autor se pauta na ausência, segundo ele, de uma justificativa para que tais atividades fossem essencialmente privadas, uma vez que elas “[...] são, frequentemente, atividades fortemente subsidiadas pelo Estado, além de contarem com doações voluntárias da sociedade”³⁸⁶.

Em face desse recorte, deve-se complementar o questionamento anteriormente feito, e ponderar se apenas as entidades do terceiro setor estariam legitimadas para prestar serviços públicos de educação básica em substituição ao próprio Estado. A resposta a esse questionamento é negativa.

³⁸¹ BRASIL. *op. cit.*

³⁸² Ver item 2.1 deste trabalho.

³⁸³ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 01.08.2014.

³⁸⁴ PEREIRA. *Ibid.* pp. 25-28.

³⁸⁵ O PDRAE também adota essa linha. *cf.* BRASIL. *op. cit.* p. 54-55.

³⁸⁶ PEREIRA. *op. cit.* p. 25.

A leitura conjunta do art. 213, da Constituição vigente³⁸⁷, e do art. 19, da Lei nº 9.394/1996³⁸⁸, indica que as chamadas escolas comunitárias, filantrópicas ou confessionais, são unidades escolares decorrentes da união de esforços entre a Administração Pública e as entidades do terceiro setor. São instituições de educação geridas por entidades do terceiro setor selecionadas pela Administração Pública, mas mantidas, total ou parcialmente, com recursos do erário.

No que diz respeito a essas espécies de estabelecimentos de educação, não há dúvidas de que apenas entidades do terceiro setor estão aptas a administrá-las. Tal fato não impede, entretanto, que a delegação de serviços públicos de educação básica, se dê junto a sociedades empresárias ou outros sujeitos de direito privado.

No ordenamento jurídico brasileiro, “*as pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado*” (art. 40, do Código Civil). Da mesma forma, não há previsão legal que reconheça a existência de bens que não sejam públicos (arts. 98 e 99 do Código Civil) ou privados (arts. 99 a 97 do Código Civil).

Resumidamente, o direito brasileiro não concebe a “propriedade pública não estatal”, tampouco admite a existência de sujeitos com personalidade jurídica que fique entre o público e o privado, para praticar as atividades de gestão desse patrimônio.

Isso denota que os processos de publicização, defendidos de maneira contundente no PRDAE, são instrumentos de ordem gerencial, pertinentes à Ciência da Administração, e carecem de conteúdo jurídico alinhado às normas vigentes.

No que se refere especificamente à educação, o constituinte e o legislador infraconstitucional definiram precisamente quais incentivos seriam destinados às entidades do terceiro setor, as quais, conforme visto, são as únicas legitimadas para instituir e gerir escolas comunitárias, filantrópicas e confessionais, subsidiadas com recursos públicos. Não foi previsto, todavia, qualquer direito de exclusividade ou preferência às entidades do terceiro setor para ocuparem o papel de delegatárias dos serviços públicos de educação.

Além disso, tanto as entidades do terceiro setor, quanto as sociedades empresárias, podem prestar as chamadas atividades privadas de interesse público, quando as executam, em nome próprio. Logo, podem figurar como executoras diretas dos serviços públicos de educação básica. Do contrário, instalar-se-ia conjuntura onde

³⁸⁷ BRASIL. *op. cit.*

³⁸⁸ BRASIL. *op. cit.*

a delegação de serviços públicos sociais seria restrita a um determinado conjunto de sujeitos de direito privado, em detrimento de outro, o que ressaltaria o caráter de ilegalidade da situação cogitada.

Por estas razões, entende-se que a delegação dos serviços de educação pública pode ser feita a qualquer sujeito de direito privado que se mostre apto a os executar com eficiência e em observância à legislação vigente.

5. EXPERIÊNCIAS NACIONAIS E INTERNACIONAIS EM PARCERIAS ENTRE OS SETORES PÚBLICO E PRIVADO EM EDUCAÇÃO

A Constituição de 1988 permite a transferência de serviços públicos de educação a terceiros estranhos à Administração Pública, por intermédio de contrato de concessão e terceirização, conforme visto no capítulo anterior.

Essa estratégia, é claro, deve observar determinadas condições e limites, impostos pelo próprio ordenamento jurídico.

Nesse campo, destaca-se a necessidade da adoção de contratos de concessão administrativa ou outra modalidade que venha a ser criada, hábil a garantir que a remuneração do parceiro privado não enseje o pagamento de tarifas pelos usuários diretos do serviço público de educação, circunstância que afrontaria a gratuidade da educação pública prevista no art. 206, inciso IV, da Constituição de 1988³⁸⁹.

É preciso ter em vista, também, que a utilização de contratos de terceirização deve estar restrita às hipóteses de viabilização de prestações acessórias dos serviços de educação pública, ou ainda para excepcional contratação de capacidade instalada de estabelecimentos privados de educação, visando a absorção temporária de demanda impossível de ser absorvida pela estrutura pública de educação.

De toda forma, o esforço argumentativo feito até aqui culmina na viabilidade teórica de a Administração Pública fazer uso de instrumentos pouco convencionais

³⁸⁹ Por isso não se cogita, neste trabalho, a delegação de serviços públicos de educação, por intermédio de permissões. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO conceitua a permissão de serviços públicos como [...] *ato unilateral e precário, intuitu personae, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando, à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários*" (BANDEIRA DE MELLO. *op cit.* p. 775. *g.n*). Ainda que a Lei nº 8.987/95 (BRASIL. *op. cit.*) confira às permissões uma natureza jurídica distinta daquela apontada pelo jurista anteriormente citado (a de contratos de adesão, *cf.* art. 40, *caput*), ela sujeita essa espécie de instrumento jurídico a todas as suas disposições, do que se pode concluir que o sistema de remuneração dos permissionários de serviços públicos deve observar as diretrizes dos seus arts. 9º a 13, sendo baseado na cobrança de tarifas dos usuários. Por fim, importa salientar que a Lei nº 11.079/2004 (BRASIL. *op. cit.*), responsável por instituir a figura da concessão administrativa, cujo sistema de remuneração é fundado no pagamento de contraprestações diretamente pela Administração Pública (e não na cobrança de tarifas dos usuários) não disciplina qualquer modalidade de permissão de serviços públicos com estrutura remuneratória análoga. Tudo isso conduz à conclusão de que o uso da permissão de serviços públicos, tal como o instituto é disciplinado atualmente pelo ordenamento jurídico, pressupõe a cobrança de tarifas do usuário, o que inviabiliza seja ela empregada para a delegação de serviços públicos de educação, por força do art. 206, inc. IV, da Constituição de 1988. Esse óbice, todavia, pode ser superado caso o legislador infraconstitucional crie uma espécie de permissão de serviço público que remunere o permissionário a partir de outras fontes de recursos que não a cobrança de tarifas.

(os contratos de concessão e terceirização) para expandir e qualificar os serviços públicos de educação ofertados à população.

Essa alternativa, cumpre ressaltar, encontra eco nas práticas observadas em outros países e em algumas iniciativas observadas em solo pátrio, as quais encampam o posicionamento adotado neste trabalho.

É sobre esses temas que o texto passa a se debruçar a partir deste ponto.

5.1. EXPERIÊNCIAS DE OUTROS PAÍSES EM PARCERIAS ENTRE OS SETORES PÚBLICO E PRIVADO EM EDUCAÇÃO

Apesar de serem pouco debatidas no Brasil, as estratégias de composição de parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privada, visando a expansão da oferta de serviços de educação e a qualificação dessas atividades, podem ser observadas em diversos países.

Em 2009, HARRY ANTHONY PATRINOS, FELIPE BARRERA-OSORIO E JULIANA GUÁQUETA lançaram o livro *“The Role and Impact of Public-Private Partnerships in Education”*, onde, na introdução, afirmam que, nas duas décadas anteriores à publicação, observou-se um grande incremento na participação da iniciativa privada na educação ao redor de todo o mundo, em comunidades de perfis distintos, de alta e baixa renda familiares³⁹⁰.

Na obra referencial³⁹¹, os autores analisam noventa e duas iniciativas de parcerias entre o Estado e agentes privados, firmadas em quarenta e sete países distintos, todas voltadas à promoção de serviços educacionais³⁹².

Segundo eles, ao se avaliar o objeto dessas parcerias, é possível classificá-las em sete tipos diferentes de contratos, a saber: os contratos de serviços de gestão (*management services*), os contratos de serviços técnico-profissional (*professional services*), os contratos de serviços de suporte (*support services*), os contratos de

³⁹⁰ PATRINOS, Harry Anthony; BARRERA-OSORIO, Felipe; GUÁQUETA, Juliana. **The role and impact of public-private partnerships in education**. Washington DC: The International Bank of Reconstruction and Development/The World Bank 2009. p. 2.

³⁹¹ Neste ponto do trabalho, cabe ressalva de ordem metodológica, relativa ao critério norteador da seleção deste referencial. Em virtude do amplo espectro de países em que se observa a formação de algum tipo de parceria entre os setores públicos e privados, destinada a promover o direito à educação, e das dificuldades de se selecionar aqueles com arquétipos jurídicos próximos da realidade brasileira, optou-se por fazer uso de baliza teórica que aborda o tema de forma transversal, sintetizando os pontos comuns das diversas experiências numa espécie de glossário de conceitos observados em âmbito supranacional.

³⁹² cf. PATRINOS. *op. cit.* p. 15.

serviços de operação (*operational services*), os contratos de serviços educacionais (*education services*), os contratos de disponibilização de instalações (*facility availability*), e os contratos de disponibilização de instalações e serviços educacionais (*both facility availability and education services*)³⁹³.

Os contratos de serviços de gestão imputam ao contratado as obrigações de realizar a direção, a gestão financeira e de pessoal de unidades escolares públicas, além dos seus planejamentos de longo prazo³⁹⁴.

Já os contratos de serviços técnico-profissionais costumam ter por objeto o treinamento de professores, a entrega de livros didáticos, a definição do currículo escolar, a concessão de certificados de qualidade e outros serviços complementares³⁹⁵.

Os autores explicam que os contratos de serviços de suporte envolvem atividades não instrucionais, tais como manutenção predial, transporte e alimentação de alunos³⁹⁶.

Merecem nota ainda os contratos de disponibilização de instalações, empregados para repassar à iniciativa privada os encargos de financiar e contratar a construção de escolas. Tais acordos não se confundem com os contratos de empreitada, posto que são utilizados pelo Poder Público como instrumentos de financiamento de ativos no longo prazo, uma vez que delegam ao parceiro privado o ônus de financiar as obras, as quais serão remuneradas segundo um fluxo de pagamentos diferidos no tempo, custeados com recursos públicos³⁹⁷.

Note-se que os instrumentos acima mencionados são contratos de prestação de serviços de caráter acessório, que criam e sustentam o ambiente propício para que as atividades de cunho pedagógico possam ser executadas de maneira adequada.

Os contratos de serviços de operação, por outro lado, têm objetos mais complexos, permitindo que um sujeito de direito privado opere integralmente escolas públicas. Nesse caso, o particular não se limita a prestar serviços acessórios, mas também contrata a equipe responsável por executar todas as atividades inerentes ao

³⁹³ cf. PATRINOS. *Ibid.* pp. 9-14.

³⁹⁴ cf. PATRINOS. *op. cit.* p. 10.

³⁹⁵ cf. PATRINOS. *Idem.* p. 10.

³⁹⁶ cf. PATRINOS. *op. cit.* p. 10.

³⁹⁷ cf. PATRINOS. *Ibid.* p. 12.

processo de ensino-aprendizagem, incluindo aquelas de caráter técnico-pedagógico³⁹⁸.

Quanto à abrangência do escopo contratado, devem ser destacados os contratos de serviços educacionais os quais, afirmam os autores, diferem-se dos contratos de serviços de operação porque, ao invés submeter escolas públicas à tutela integral de um agente privado, servem como instrumento para que o Poder Público contrate capacidade instalada de escolas privadas existentes, encaminhando a elas alunos que, normalmente, seriam atendidos em estabelecimentos públicos de educação³⁹⁹.

Por fim, os contratos de disponibilização de instalações e serviços educacionais, que, a despeito da designação, consistem, na combinação entre os contratos de disponibilização de instalações (*facility availability*) e de serviços de operação (*operational services*). Alertam os autores que apesar de, até o momento da publicação do livro, não se ter observado a utilização dessa espécie de contrato em parcerias envolvendo o segmento da educação, tais ajustes poderiam ser vantajosos tanto para o Poder Público, que viabilizaria investimentos de capital necessários para expandir sua infraestrutura educacional, quanto para a iniciativa privada, que teria condições integrar o processo construtivo à organização e prestação dos serviços educacionais⁴⁰⁰, tornando-os mais eficientes e lucrativos.

Todos esses contratos, sugerem os autores, são empregadas por diversos países, que selecionam a(s) espécie(s) contratual(ais) adequada(s) aos seus anseios a partir das peculiaridades locais e do quão arraigada é, em seus territórios, a cultura de uso de parcerias com o setor privado para prover a população com serviços de educação.

O grau de envolvimento entre o Poder Público e a iniciativa privada no segmento da educação, no âmbito de diferentes países, é objeto de uma escala de aferição construída pelos autores⁴⁰¹.

A referida escala é dividida em seis patamares, quais sejam: *i)* países onde não há parcerias entre o setor público e o privado (*Lacks*); *ii)* países onde as parcerias são nascentes (*Nascent*); *iii)* países onde as parcerias são emergentes (*Emerging*);

³⁹⁸ cf. PATRINOS. *Ibid.* p. 11.

³⁹⁹ cf. PATRINOS. *Idem.* p. 11.

⁴⁰⁰ PATRINOS. *op. cit.* pp. 13-14.

⁴⁰¹ PATRINOS. *Ibid.* pp. 16-18.

iv) países onde há um número moderado de parcerias (*Moderate*); v) países onde o setor privado assume a linha de frente na promoção de serviços de educação (*Engaged*); e vi) países onde a educação é promovida integralmente pelo setor privado (*Integral*)⁴⁰².

Os autores explicam, em linhas gerais, as características das relações entre os setores público e privado travadas nos países que compõem cada um desses patamares.

No primeiro nível estão países que mantêm sistemas de educação estritamente públicos, onde o Estado cuida da regulação, do financiamento e da provisão de todos os serviços educacionais⁴⁰³.

No segundo constam os países cujos ordenamentos jurídicos admitem que serviços de educação sejam executados também pela iniciativa privada, e que escolas privadas coexistam com escolas públicas⁴⁰⁴.

No terceiro nível se situam os países que não apenas permitem que serviços de educação sejam prestados em instituições privadas, mas, igualmente, instituem e fornecem subsídios financeiros e técnicos a essas instituições, viabilizando que elas absorvam determinada parcela da demanda por esse tipo de atividade⁴⁰⁵.

O quarto nível é composto por países que firmam contratos de serviços educacionais com escolas privadas, afiançando-lhes contraprestações monetárias para que atendam parcela da população que, originalmente, buscaria as estruturas públicas de educação⁴⁰⁶.

O quinto nível é integrado por países que fazem uso de contratos de serviços de operação, permitindo que instituições privadas operem integralmente escolas públicas, contratando todo o pessoal necessário (inclusive aquele responsável por executar atividades pedagógicas), prestadores de serviços, fornecedores de material pedagógico e outros insumos, mantendo a Administração Pública na condição de ente regulador e de fiscal e financiador desses contratos⁴⁰⁷.

⁴⁰² PATRINOS. *Ibid.* p. 16.

⁴⁰³ PATRINOS. *Idem.* p. 16.

⁴⁰⁴ PATRINOS. *Idem.* p. 16.

⁴⁰⁵ PATRINOS. *op cit.* p. 16.

⁴⁰⁶ PATRINOS. *Idem.* p. 16.

⁴⁰⁷ PATRINOS. *Idem.* p. 16.

E no sexto nível estão reunidos os países que não mantêm estruturas públicas de educação, repassando à iniciativa privada o papel de única provedora dos serviços de educação, regulados e fiscalizados pelo Poder Público⁴⁰⁸.

Há, como se vê, uma gama de modelos de parcerias entre os setores público e privado na promoção da educação, utilizados por países que experimentam diferentes níveis de intensidade no tocante à utilização desses vínculos colaborativos e à inserção da iniciativa privada no segmento educacional. Isso torna frustrada qualquer tentativa de avaliar a integralidade dessas experiências, ao menos quanto à objetividade que se pretende dar a esse trabalho.

Além disso, é preciso ter em vista que o Brasil já incorporou uma parcela desses modelos, empregando-os sem grandes dúvidas acerca da legitimidade, da legalidade e dos limites que as políticas erguidas experimentam.

O art. 209 da Constituição vigente, que autoriza a iniciativa privada a executar serviços educacionais, demonstra, a um só tempo, que o Brasil não pode ser enquadrado no primeiro nível (*Lacks*) da escala criada por HARRY ANTHONY PATRINOS, FELIPE BARRERA-OSORIO E JULIANA GUÁQUETA, e que já avançou sobre o segundo nível (*Nascent*).

A redação do art. 213, da Constituição vigente, por sua vez, estabelece que o Estado está autorizado a subsidiar o funcionamento de escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, mediante repasse de recursos públicos, comprovando que o Brasil adota práticas que o situam no terceiro nível (*Emerging*) da referida escala.

Esse estado de coisas mostra que eventual inovação reclama a compreensão de modelos de contratos e parcerias firmados por países que se localizam em patamares mais altos daquela escala. Por isso ganham importância a figura das *charter schools* presentes nos Estados Unidos da América, e que inspiraram o programa “Escolas Concessionadas” (Escuelas Concesionadas [EC]), desenvolvido na Colômbia, e o sistema de *vouchers*, adotado em países como a Holanda e o Chile.

HARRY ANTHONY PATRINOS, FELIPE BARRERA-OSORIO E JULIANA GUÁQUETA descrevem o sistema de *charter schools* como aquele em que uma escola pública é contratada a um operador privado, para que ele a gerencie por

⁴⁰⁸ PATRINOS. *Idem*. p. 16.

completo⁴⁰⁹, a exemplo do que se constata por ocasião da formalização de contratos de operação.

A KIPP (*Knowledge is Power Program*), maior rede de escolas *charter* dos Estados Unidos da América, explica o modelo *charter* a partir de cinco características centrais⁴¹⁰.

A primeira e principal peculiaridade é a de que as *charter schools* são escolas públicas por definição e na prática. São reguladas pelas mesmas normas incidentes sobre escolas públicas geridas diretamente pelo Estado e seus estudantes se submetem aos mesmos instrumentos de avaliação aplicados aos alunos de escolas públicas tradicionais.

A segunda individualidade reside no fato de que as escolas *charter* são mantidas por recursos públicos como qualquer outra escola pública.

O terceiro predicado fica por conta de as matrículas em *charter schools* serem gratuitas e de amplo acesso à população. Não há requisitos específicos ou formalidades especiais para realizar matrícula em uma escola *charter* (a exemplo da realização de exames de admissão). Quando o número de interessados é maior do que a capacidade de uma determinada escola, a definição de quem ocupará as vagas disponíveis é feita via sorteio.

O quarto traço está contido no compromisso das *charter schools* em obter bons resultados pedagógicos. Essas escolas são constantemente fiscalizadas pelo Poder Público, e seus indicadores de qualidade, previamente estabelecidos nos contratos firmados entre o operador privado e a Administração Pública, são criteriosamente avaliados. Escolas *charter* que não atingem bons resultados podem ter suas atividades encerradas.

A última particularidade tem por base o esforço empregado pelas escolas *charter* em organizar e ofertar aos alunos atividades extracurriculares, tais como esportes, teatro, dança, música, dentre outras, aptas a complementar o processo de ensino-aprendizagem essencialmente acadêmico.

RODRIGO NOBRE FERNANDEZ, TACIANE COUTINHO DA ROSA, ANDRÉ CARRARO, CLAUDIO DJISSEI SHIKIDA e ÁUREA REGINA EVANGELISTA SOARES FRANCO DE CARVALHO lembram que as entidades responsáveis por

⁴⁰⁹ cf. PATRINOS. *op. cit.* pp. 24-25.

⁴¹⁰ KIPP. **What is a charter school?** Disponível em <<https://www.kipp.org/schools/charter-schools/>>. Acesso em 26.11.2023.

operar as *charter schools* são selecionadas por intermédio de procedimentos concorrenciais.

A formalização dos contratos de serviços de operação, por sua vez, pressupõe a apresentação de planos de trabalho à Administração Pública contratante, instrumento que, por um lado, confere ao parceiro privado liberdade para definir os instrumentos e métodos a serem utilizados na operação das unidades escolares, e, por outro, permite um acompanhamento mais próximo por parte do Estado fiscalizador⁴¹¹.

Ao tratar dos resultados obtidos por tais escolas, esses autores registram que *“as pesquisas indicam que é notável o progresso dos alunos charter em disciplinas como leitura e matemática, principalmente daqueles que anteriormente obtinham resultados pouco satisfatórios”*⁴¹², razão pela qual indicam o modelo como uma alternativa para a realidade brasileira⁴¹³.

Inspirada nesse modelo, a cidade de Bogotá, na Colômbia, lançou em 1999 o programa chamado “Escolas Concessionadas”. Como sublinha FELIPE BARRERA-OSÓRIO, o programa resultou na formalização de contratos de concessão, por intermédio dos quais foi repassada à iniciativa privada a operação de vinte e cinco escolas públicas, por um período de quinze anos⁴¹⁴.

Esses contratos estabeleciam o dever de o Estado providenciar a infraestrutura das escolas, a serem instaladas em áreas de extrema pobreza da cidade, ou, ainda, em locais onde a procura pela educação primária ou secundária era superior ao número de vagas ofertadas por escolas públicas⁴¹⁵.

Qualquer aluno residente nos bairros onde havia essas escolas poderiam solicitar sua matrícula. A definição de quais alunos seriam beneficiados com uma vaga partia de resultados de testes aplicados pela Administração Pública. Os alunos reprovados eram encaminhados às escolas públicas convencionais.

⁴¹¹ FERNANDEZ, Rodrigo Nobre; ROSA, Taciane Coutinho da; CARRARO, André; SHIKIDA, Claudio Djissey; CARVALHO, Áurea Regina Evangelista Sores Franco de. **Parcerias público-privadas: uma alternativa para a educação brasileira**. p. 394. In.: Planejamento e Políticas Públicas. n. 52, jan./jun.2019. pp. 381-408. Disponível em <<https://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/885>>. Acesso em 02.12.2023.

⁴¹² FERNANDEZ. *op. cit.* p. 395.

⁴¹³ FERNANDEZ. *idem.* p. 395.

⁴¹⁴ BARRERA-OSÓRIO, Felipe. **The impact of private provision of public education: empirical evidence from Bogotá's concession schools**. p. 2. In.: World Bank Policy Working Paper. n. 4121. fev./2006. pp. 1-30.

⁴¹⁵ BARRERA-OSÓRIO. *op. cit.* p. 2.

Após selecionar os alunos, o Poder Público remunerava o ente privado com um valor pré-acordado por estudante atendido em período integral na unidade educacional (cerca de US\$ 520,00, à época)⁴¹⁶.

O autor relata que, durante os anos de 2004 e 2005, um grupo de colaboradores do Banco Mundial visitou escolas públicas, escolas privadas e escolas concessionadas, instaladas na cidade de Bogotá, e conversou com gestores, professores e alunos.

Naquela oportunidade, observou-se que as escolas concessionadas detinham infraestrutura similar à das escolas privadas, superior à das escolas pública convencionais, e que a relação entre professores e alunos era aberta e construtiva⁴¹⁷.

O autor relata, ainda, que as escolas concessionadas se mostraram importantes para compensar problemas familiares e baixa nutrição, experimentados pelos alunos por elas atendidos⁴¹⁸.

O modelo em questão se pauta claramente pela possibilidade de a Administração Pública fazer uso de contratos para transformar agentes da iniciativa em protagonistas da gestão e da operação de escolas públicas.

Logo, são empregados em países que se encontram no quinto nível (*Engaged*) da escala criada por HARRY ANTHONY PATRINOS, FELIPE BARRERA-OSORIO E JULIANA GUÁQUETA, com rotinas de grande proximidade e interação entre o Poder Público e a iniciativa privada para a promoção de serviços de educação.

Além disso, sobressai que as duas experiências são pautadas pela formalização de contratos de serviços operacionais, utilizados para transferir à iniciativa privada a gestão integral de escolas públicas, mediante pagamento de contraprestação devida pelo próprio Estado, e não pelos alunos que frequentam tais unidades educacionais.

Sob perspectiva distinta, o sistema de *vouchers* tem como fundamento contratos de serviços educacionais. Os países que o adotam não repassam a gestão de escolas públicas. Apenas contratam capacidade instalada de escolas privadas, para atender, às expensas do erário, a população que não pode pagar pelo uso da estrutura privada de educação.

⁴¹⁶ BARRERA-OSÓRIO. *Idem*. p. 2.

⁴¹⁷ BARRERA-OSÓRIO. *Ibid.* pp. 2-3.

⁴¹⁸ BARRERA-OSÓRIO. *Ibid.* 3-4.

RODRIGO NOBRE FERNANDEZ, TACIANE COUTINHO DA ROSA, ANDRÉ CARRARO, CLAUDIO DJISSEI SHIKIDA e ÁUREA REGINA EVANGELISTA SOARES FRANCO DE CARVALHO explicam o modelo, que funciona a partir da formalização de contratos entre a Administração Pública e escolas privadas⁴¹⁹, obrigando a primeira a remunerar entes privados para que atendam, em suas estruturas, alunos oriundos das estruturas públicas de educação, e, em contrapartida, “[...] a escola privada fornece todo o serviço pedagógico para os alunos desse programa, ficando a cargo dos pais dos alunos a escolha da escola”⁴²⁰.

Segundo HARRY ANTHONY PATRINOS, FELIPE BARRERA-OSORIO E JULIANA GUÁQUETA, na Holanda, país que também adota o sistema de *vouchers*, 69% (sessenta e nove por cento) das matrículas na educação se dão em escolas privadas. Na Bélgica, em igual situação, esse número é de 54% (cinquenta e quatro por cento)⁴²¹.

Na América Latina, o primeiro país a implementar esse modelo, foi o Chile. Em 2009, afirmam os mesmos autores, 94% (noventa e quatro por cento) das escolas privadas do Chile recebiam recursos decorrentes de *vouchers*⁴²².

Outro país sul-americano que empregou os *vouchers* foi a Colômbia, ao criar o “PACES”, programa destinado a atender ingressantes na educação secundária, de famílias de baixa renda, moradoras de bairros integrantes estratos socioeconômicos baixos.

Os resultados desse programa foram analisados, sob viés estatístico, por JOSHUA ANGRIST, ERIC BETTINGER e MICHAEL KREMER. Naquela oportunidade, concluíram que todos os métodos por eles utilizados apontaram para um ganho substancial nas taxas de aprovação e no desempenho dos alunos beneficiados pelos *vouchers*⁴²³.

⁴¹⁹ Importa frisar que os sistemas de *vouchers* implementados mundo afora experimentam diferentes graus de ingerência do Estado na definição dos estabelecimentos de educação que receberão alunos. Há sistemas que deixam a escolha por conta dos próprios alunos e suas famílias, funcionando como verdadeira política de bolsas. Nesses casos, a Administração Pública funciona quase que como mera financiadora dos serviços de educação contratados pelos alunos. Por outro lado, há sistemas mais rígidos, nos quais o Estado define qual escola é a mais indicada para receber determinado aluno. Aqui há maior proximidade entre a Administração Pública e o estabelecimento de educação, figurando aquela como verdadeira contratante deste.

⁴²⁰ FERNANDEZ. *op. cit.* p. 393.

⁴²¹ PATRINOS. *op. cit.* p. 19.

⁴²² PATRINOS. *Idem.* p. 19.

⁴²³ ANGRIST, Joshua; BETTINGER, Eric; KREMER, Michael. **Long term consequences of secondary school vouchers: evidence from administrative records in Colombia.** p. 19. *In.*: National Bureau of Economic Research. Nber working paper series. Workind Paper 10713.

Por se basearem na formalização de contratos de serviços educacionais, tais programas são observados em países que se localizam no quarto nível (*Moderate*) da escala criada por HARRY ANTHONY PATRINOS, FELIPE BARRERA-OSORIO E JULIANA GUÁQUETA, tendendo ao sexto nível (*Integral*).

As *charter schools* e os sistemas *vouchers* são, portanto, exemplos de experiências sedimentadas em países, com resultados positivos na promoção e na qualificação dos serviços de educação.

Não são imunes a críticas, a exemplo daquelas constantes de trabalho publicado por MARTIN CARNOY e LARA SIMIELLI. Nele foram avaliadas evidências levantadas sobre os resultados obtidos por países que as adotam, e registrou-se, dentre outros, um suposto impacto nulo ou muito pequeno das *charter schools* sobre o desempenho de seus alunos e um conjectural impacto baixo ou inconclusivo da utilização do sistema de *vouchers* em diversos países que o adotaram⁴²⁴.

Entretanto, não podem ser ignoradas por ocasião do debate que antecede a criação de políticas públicas e a assimilação de ações capazes de universalizar a educação no Brasil e de melhorar os indicadores de qualidade do país nessa área, sobretudo porque o quadro jurídico-institucional posto pela Constituição de 1988, conforme visto⁴²⁵, proporciona que sejam adotadas medidas inspiradas nessas experiências.

Destaque-se, aliás, que apesar de serem escassas, há no Brasil iniciativas inspiradas nesses modelos, e implementadas mediante utilização de contratos que guardam muitas similaridades com aqueles descritos por HARRY ANTHONY PATRINOS, FELIPE BARRERA-OSORIO e JULIANA GUÁQUETA⁴²⁶.

Em melhores termos, a Administração Pública brasileira, atenta à necessidade de conferir efetividade ao direito fundamental social à educação, e ciente das dificuldades erguidas pelos mais diversos fatores políticos, financeiros e administrativos, tem empreendido esforços para avançar na escala mencionada neste item do trabalho, com o objetivo de aproximar a iniciativa privada para, quando

Massachussets: Cambridge, Ago./2004. pp. 1-33. Disponível em <https://www.nber.org/system/files/working_papers/w10713/w10713.pdf>. Acesso em 02.12.2023.

⁴²⁴ cf. CARNOY, Martin; SIMIELLI, Lara. **Escolas *charter* e *vouchers*: o que dizem as evidências sobre subsídios públicos para entidades privadas em educação?** In.: Dados para um Debate Democrático na Educação (D³e). Disponível em <<https://d3e.com.br/relatorios/evidencias-sobre-escolas-charters-e-vouchers/>>. Acesso em 02.12.2023.

⁴²⁵ Ver Capítulo 4 deste trabalho.

⁴²⁶ cf. PATRINOS. *Ibid.* pp. 9-14.

necessário, encontrar nela um parceiro que auxilie no cumprimento do seu dever constitucional.

Alguns desses esforços possuem características ilustrativas, que evidenciam seu alinhamento às práticas observadas em âmbito internacional, e que podem servir como ponto de partida para a estruturação de projetos e políticas públicas mais alinhados à realidade jurídico-institucional pátria.

5.2. EXPERIÊNCIAS NACIONAIS DE PARCERIAS ENTRE OS SETORES PÚBLICO E PRIVADO NA PROMOÇÃO DA EDUCAÇÃO

O funcionamento adequado do sistema educacional brasileiro pressupõe uma proximidade entre os setores público e privado, posto que a Constituição de 1988 prevê envolvimento, direto ou indireto da iniciativa, na promoção de serviços educacionais.

Essa proximidade se dá, inicialmente, no campo da regulação e, principalmente, da fiscalização, pela Administração Pública, dos serviços de educação explorados economicamente por pessoas jurídicas de direito privado, em regime de competição.

Rememora-se que o art. 209, da Constituição vigente, autoriza a iniciativa privada a ofertar à população, a título gratuito ou oneroso, serviços educacionais. Segundo dados do Censo Escolar, em 2022, 19% (dezenove por cento) das matrículas registradas no âmbito da educação básica se deram em escolas privadas⁴²⁷.

O art. 213, por sua vez, estabelece a possibilidade de o Poder Público subsidiar escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, as quais detêm natureza privada. Dados levantados pelo Fórum Nacional das Instituições Filantrópicas (FONIF) indicam que em 2016 o Brasil contava com 3.624 (três mil seiscentas e vinte e quatro) escolas filantrópicas de educação básica, que atendiam 1,2 milhão de alunos e ofereciam 250.843 (duzentas e cinquenta mil oitocentas e quarenta e três) bolsas de estudo⁴²⁸.

⁴²⁷ BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). **Censo escolar da educação básica 2022: resumo técnico**. Brasília, 2023. p. 15.

⁴²⁸ Fórum Nacional das Instituições Filantrópicas (FONIF). **Pesquisa: a contrapartida do setor filantrópico para o Brasil (2018)**. Brasil: 2018. pp. 38-46.

Salienta-se que a vicinalidade entre a Administração Pública e a iniciativa privada, em matéria de educação, não se encerra com isso.

A utilização de contratos administrativos empregados pela Administração Pública para demandar da iniciativa privada toda sorte de bens, serviços e obras destinados a abastecer os sistemas públicos de educação, é prática arraigada na Administração Pública brasileira, e alguns programas mantidos pelo governo federal são ilustrativos nesse sentido.

Tome-se como exemplo o Programa Nacional do Livro e do Material Didático (PNLD), regulamentado pelo Decreto nº 9.099/2017⁴²⁹. Por intermédio dele, o FNDE adquire livros e materiais didáticos de diversos autores e editoras, previamente qualificados e escolhidos por secretarias e estabelecimentos de educação, e os doa aos órgãos e entidades interessados⁴³⁰.

O Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), instituído pela Lei nº 11.947/2009⁴³¹, é outro bom exemplo. Destina-se a realizar repasses de recursos do Governo Federal para estabelecimentos de educação federais e para secretarias estaduais e municipais de educação, destinados a subsidiar “[...] *ações de educação alimentar e nutricional e da oferta de refeições* [...]”⁴³². Como contrapartida, prevê o art. 14, da Lei nº 11.947/2009, que no mínimo 30% (trinta por cento) dos valores repassados pelo FNDE em virtude do PNAE deverão ser utilizados na aquisição direta, sem licitação, de gêneros alimentícios junto à agricultura familiar e a empreendedores familiares rurais⁴³³.

⁴²⁹ BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 9.099, de 18 de julho de 2017. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 19.07.2017.

⁴³⁰ cf. BRASIL. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE). **Programas do Livro**. Disponível em <<https://www.gov.br/fnde/pt-br/acao-a-informacao/acoes-e-programas/programas/programas-do-livro>>. Acesso em 03.12.2023.

⁴³¹ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 17.06.2009.

⁴³² BRASIL. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE). **Programa Nacional de Alimentação Escolar PNAE**. Disponível em <<https://www.gov.br/fnde/pt-br/acao-a-informacao/acoes-e-programas/programas/pnae>>. Acesso em 21.02.2024.

⁴³³ “Art. 14. *Do total dos recursos financeiros repassados pelo FNDE, no âmbito do PNAE, no mínimo 30% (trinta por cento) deverão ser utilizados na aquisição de gêneros alimentícios diretamente da agricultura familiar e do empreendedor familiar rural ou de suas organizações, priorizando-se os assentamentos da reforma agrária, as comunidades tradicionais indígenas, as comunidades quilombolas e os grupos formais e informais de mulheres. § 1o A aquisição de que trata este artigo poderá ser realizada dispensando-se o procedimento licitatório, desde que os preços sejam compatíveis com os vigentes no mercado local, observando-se os princípios inscritos no art. 37 da Constituição Federal, e os alimentos atendam às exigências do controle de qualidade estabelecidas pelas normas que regulamentam a matéria*”. (Brasil. *op. cit.*)

Adicione-se, ainda, o Pacto Nacional pela Retomada de Obras da Educação, fundado pela Lei nº 14.719/2023⁴³⁴, o qual propõe a retomada e a conclusão de 5.641 (cinco mil seiscentas e quarenta e uma) obras na área da educação⁴³⁵, mediante repactuação de valores a serem repassados pelo FNDE para subsidiar obras, e que, invariavelmente, resultará na realização de novos procedimentos licitatórios e na formalização de novos contratos administrativos de obras e serviços de engenharia por todos o País.

Esse cenário comprova que a Administração Pública brasileira é uma contumaz utilizadora de contratos de serviços de suporte e disponibilização de instalações⁴³⁶ e que o Brasil tem práticas e políticas públicas educacionais compatíveis com aquelas encabeçadas por países que compõem os três primeiros níveis da escala criada por HARRY ANTHONY PATRINOS, FELIPE BARRERA-OSORIO E JULIANA GUÁQUETA⁴³⁷.

Seu sistema educacional contempla a convivência entre estabelecimentos públicos e privados de educação, e a Constituição de 1988 estabelece a possibilidade de o Poder Público subsidiar as atividades prestadas por algumas escolas privadas. É também indiscutível que o ordenamento jurídico põe, à disposição do gestor público, instrumental suficiente para ele adquirir, junto à iniciativa privada, a infraestrutura e os insumos necessários para prover os estabelecimentos públicos de educação.

Expôs-se, neste trabalho, o entendimento de que, no Brasil, a participação da iniciativa privada na oferta de serviços de educação não pode alcançar o ponto de tornar dispensável a manutenção de estruturas públicas de educação, o que resultaria em situar o País no último nível da escala exposta.

O art. 205 da Constituição vigente imputa ao Estado, e não à iniciativa privada, o dever de promover a educação, reforçando-o com a imposição da necessidade de o ente estatal prover a população com serviços de educação gratuitos e de qualidade, durante todo o ciclo da educação básica, prevista no art. 208, inciso I, da Constituição de 1988.

⁴³⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 14.179, de 1º de novembro de 2023. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 03.11.2023.

⁴³⁵ BRASIL. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE). **Pacto Nacional pela Retomada de Obras de Educação**. Disponível em <<https://www.gov.br/fnde/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/programas/par/pacto-nacional-pela-retomada-de-obras-da-educacao/retomada-de-obras>>. Acesso em 03.12.2023.

⁴³⁶ Utiliza-se, aqui, a classificação exposta no item 5.1 deste trabalho.

⁴³⁷ PATRINOS. *op. cit.* p. 16.

Adiciona-se ainda que ao autorizar a criação de estabelecimentos privados de educação, o constituinte originário fixou a viabilidade de elas coexistirem com estabelecimentos públicos de educação.

Soma-se a esses argumentos jurídicos o fato de que o Brasil é um país marcado por desigualdades sociais, cuja correção demanda a atuação direta do Estado. Há diversos rincões e povoados com imensa demanda por educação de qualidade, mas que, sob a lógica financeira que norteia a atuação privada, provavelmente seriam deixados em segundo plano, por representarem projetos menos rentáveis.

Por isso, insiste-se: é dever do Estado prezar pela manutenção dos sistemas públicos de educação, em especial nos níveis que compõem a execução básica, observando todas as diretrizes e deveres previstos nos arts. 206 e 208, da Constituição de 1988.

Essa conclusão não prejudica, todavia, o debate sobre as parcerias entre a Administração Pública e a iniciativa privada, voltadas à oferta de serviços públicos de educação básica, ocupar parte da lacuna existente entre o limite acima exposto e o estado da arte da colaboração costumeiramente travada pelos setores em tela, permitindo que o Brasil adote práticas condizentes com o quarto e quinto nível da escala criada por HARRY ANTHONY PATRINOS, FELIPE BARRERA-OSORIO E JULIANA GUÁQUETA⁴³⁸.

Os casos a seguir expostos são iniciativas observadas no passado recente no Brasil, convergem para essa possibilidade, e foram selecionados por encartarem parcerias que, em grande medida, aproximam-se das características observadas nos modelos pertinentes ao quarto e ao quinto nível da escala mencionada no parágrafo anterior. Por isso, suas análises são fundamentais.

5.2.1. Contratação de capacidade instalada de escolas privadas e o Projeto Pé na Escola, do Município de Salvador

Retomando o conteúdo exposto no item 5.1, deste trabalho, o quarto nível da escala criada por HARRY ANTHONY PATRINOS, FELIPE BARRERA-OSORIO E JULIANA GUÁQUETA é composto por países onde há um número moderado de

⁴³⁸ PATRINOS. *op. cit.* p. 16.

parcerias (*Moderate*) empregadas pelo Poder Público para contratar escolas privadas dispostas a atender, em suas estruturas, parte da demanda de serviços educacionais apresentada aos sistemas públicos de educação, remunerando-as por tais serviços.

Para tanto, costumam ser utilizados os chamados contratos de serviços educacionais, que têm por objeto, basicamente, a contratação de capacidade instalada de escolas privadas, às quais são terceirizadas as obrigações que, originalmente, seriam cumpridas por estabelecimentos públicos de educação.

Viu-se que, no Brasil, a utilização de contratos de terceirização, no campo da educação, sofre severa limitação por força da disciplina constitucional, que permite se lançar mão desses instrumentos apenas quando o objeto do contrato consiste em obrigações meramente acessórias ao processo e ensino-aprendizagem, ou, ainda, quando essa ferramenta é a *ultima ratio* à disposição do Estado para conferir efetividade ao direito fundamental social da educação e ofertar serviços públicos de educação em quantidade adequada à população⁴³⁹.

Esse estado de coisas enseja dificuldade de localizar iniciativas com tais contornos, levadas a efeito pelos entes da Federação.

Dentre os poucos casos observados, merece destaque o Projeto Pé na Escola, encabeçado pelo Município de Salvador e instituído pela Lei Municipal nº 9.410/2018⁴⁴⁰.

A redação do art. 1º, da referida lei, prevê que o projeto tem por finalidade garantir atendimento escolar a crianças entre seis meses e cinco anos de idade, não matriculados na estrutura pública municipal de educação, em estabelecimentos privados⁴⁴¹.

A iniciativa se volta ao cumprimento da meta 1, do PNE e da meta 1, do Plano Municipal de Educação de Salvador⁴⁴², as quais, conjugadas, estabelecem a necessidade de o Município universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola

⁴³⁹ Ver item 4.2.6 deste trabalho.

⁴⁴⁰ SALVADOR. Câmara Municipal. **Lei Municipal nº 9.410, de 13 de dezembro de 2018**. Salvador, 2018. Disponível em <<https://leismunicipais.com.br/a/ba/s/salvador/lei-ordinaria/2018/941/9410/lei-ordinaria-n-9410-2018-institui-o-projeto-pe-na-escola-destinado-ao-atendimento-de-criancas-na-faixa-etaria-de-6-seis-meses-a-5-cinco-anos-e-da-outras-providencias>>. Acesso em 05.12.2023.

⁴⁴¹ “Art. 1º Fica instituído o Projeto Pé na Escola, destinado ao atendimento de crianças na faixa etária entre 6 (seis) meses e 5 (cinco) anos, não matriculadas na Rede Pública ou em instituições que possuam Termo de Colaboração celebrado com o Município de Salvador”. (SALVADOR. *op. cit.*)

⁴⁴² cf. SALVADOR. Câmara Municipal. **Lei Municipal nº 9.105, de 29 de julho de 2016**. Salvador, 2016. Disponível em <<https://leismunicipais.com.br/a/ba/s/salvador/lei-ordinaria/2016/911/9105/lei-ordinaria-n-9105-2016-aprova-o-plano-municipal-de-educacao-de-salvador-e-da-outras-providencias>>. Acesso em 05.12.2023.

para crianças de quatro a cinco anos, e expandir, até 2026, o a educação infantil em creches para no mínimo 60% (sessenta por cento) das pessoas com menos de três anos.

O cumprimento dessas metas demanda um volume considerável de investimentos, com a construção de novos estabelecimentos de educação, a aquisição de equipamentos e mobiliário, a contratação de pessoal, etc.

A realização desses investimentos, por evidente, pressupõe a existência de recursos financeiros, o que se apresenta como um grande limitador, dada a precariedade do quadro financeiro-orçamentário pelo qual o País atravessa⁴⁴³. Ademais, a desejada alocação de recursos financeiro pode enfrentar diferentes tipos de óbices, como a aprovação de leis que criem cargos para professores e outros profissionais, o tempo necessário para se executar obras, dentre outros.

Ao largo disso, o PNE e o Plano Municipal de Educação de Salvador não escusam a Administração Pública municipal de cumprir as metas neles estabelecidas e de conferir a efetividade adequada ao direito fundamental social à educação, nem mesmo em situações nas quais tais obstáculos se impõem.

Para evitar que os gestores municipais sejam responsabilizados com base no art. 208, § 2º, da Constituição vigente, o legislador instituiu o Programa Pé Na Escola que, na forma do art. 1º, § 1º, da Lei Municipal nº 9.410/2018, permite que os alunos por ele beneficiados sejam atendidos em estabelecimentos privados de educação até que “[...] *seja disponibilizada matrícula em unidades educacionais da Rede Pública ou conveniada*”.

O art. 3º, do Decreto Municipal nº 30.734/2018⁴⁴⁴ (que regulamenta a lei mencionada no parágrafo anterior) define os limites jurídicos do programa, ao prever a possibilidade de o Município de Salvador contratar vagas junto a estabelecimentos privados de educação “*quando as vagas nas Redes Municipal e Conveniada de*

⁴⁴³ Sobre a crise financeira-orçamentária do Brasil e suas razões, cf. HARADA, Kiyoshi. Por que faltam recursos públicos no Brasil? *In.*: **Revista Consultor Jurídico**. Brasil: 1º de julho de 2021. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-01/kiyoshi-harada-faltam-recursos-publicos-brasil/>>. Acesso em 05.12.2023

⁴⁴⁴ SALVADOR. Prefeitura Municipal de Salvador. Decreto Municipal nº 30.734, de 19 de dezembro de 2018. Salvador, 2018. Disponível em <<https://leismunicipais.com.br/a/ba/s/salvador/decreto/2018/3073/30734/decreto-n-30734-2018-regulamenta-a-lei-municipal-n-9410-de-14-de-dezembro-de-2018-que-institui-o-projeto-pe-na-escola-destinado-ao-atendimento-de-criancas-na-faixa-etaria-de-6-meses-a-5-anos-e-da-outras-providencias>>. Acesso em 05.12.2023.

Ensino não forem suficientes para atender à demanda na educação infantil em determinado bairro ou localidade do Município [...]”.

Assim, o Programa Pé na Escola tem em sua base a contratação de capacidade instalada de estabelecimentos privados de educação, visando o atendimento de demanda por serviços públicos de educação infantil não absorvidos pela estrutura pública municipal de educação, e pelo período necessário para que essa estrutura seja ampliada.

Essa afirmativa é corroborada pela justificativa contida no Edital de Credenciamento nº 002/2023, publicado pelo Município de Salvador com o objetivo de selecionar escolas aptas e dispostas a atender ao programa. Consta da justificativa que o impasse criado entre as metas de ampliação e universalização do ensino infantil e as limitações políticas, orçamentárias e temporais impostas ao Município de Salvador, tornam conveniente a contratação de vagas junto a estabelecimentos privados de educação “[...] *em caráter provisório, até a disponibilização destas pelo poder público [...]*”⁴⁴⁵.

Note-se que o trecho transcrito da justificativa vai ao encontro da hipótese que excepcionalmente autoriza a terceirização de serviços públicos de educação quando esta é a última alternativa à disposição do gestor público para conferir efetividade ao direito fundamental social da educação, defendida neste trabalho.

A redação do art. 3º, do Decreto Municipal nº 30.734/2018 (legislativamente amparada pelo teor do art. 3º, da Lei Municipal nº 9.410/2018⁴⁴⁶), indica ainda que o instrumento jurídico a ser empregado para formalizar a parceria entre o Município de Salvador e as instituições privadas selecionadas é o contrato administrativo, tipicamente utilizado em estratégias de terceirização no âmbito da Administração Pública.

Mas, antes de se adentrar às características desses contratos, convém ressaltar que o art. 2º, § 2º, da Lei Municipal nº 9.410/2018 prevê que só podem ser firmados com estabelecimentos de educação previamente credenciados. Tem-se aqui

⁴⁴⁵ SALVADOR. Prefeitura Municipal de Salvador. Secretaria Municipal da Educação. Comissão Setorial Permanente de Licitação. **Edital de Credenciamento nº 002/2023**. p. 4. Disponível em <<http://educacao3.salvador.ba.gov.br/adm/wp-content/uploads/2023/02/Credenciamento-P%C3%A9-na-Escola.pdf>>. Acesso em 05.12.2023.

⁴⁴⁶ “As instituições educacionais que **firmarem contrato** com a Secretaria Municipal da Educação, nos termos do Projeto Pé na Escola, ficarão obrigadas a [...]”. (SALVADOR. *op. cit.* g.n).

a indicação do procedimento a ser seguido para se selecionar os estabelecimentos privados de educação a serem contratados: o credenciamento.

A figura é explicada por CARLOS ARI SUNDFELD como uma hipótese que justifica a realização de contratações por inexigibilidade de licitação. Para ele, “[...] o credenciamento não pressupõe qualquer disputa, que é desnecessária, pois todos os interessados aptos serão aproveitados”⁴⁴⁷. Ilustra o raciocínio exemplo de situação hipotética em que a Administração Pública pretende credenciar médicos, clínicas ou hospitais privados para atender à população. Nesse caso, explica ele, se o que se pretende é credenciar todos os interessados que preencham um rol de requisitos mínimos, não há por que promover qualquer disputa entre eles, sendo, assim, afastada a necessidade de se realizar procedimento licitatório⁴⁴⁸.

Sem dúvidas, há situações nas quais a solução da necessidade pública passa por contratar (ou ao menos ter a possibilidade de contratar) o maior número possível de fornecedores privados.

Em circunstâncias como essas, não há necessidade de se excluir do processo de contratação eventuais interessados com a finalidade de definir um número determinado de particulares selecionados para contratar com a Administração Pública. Por consequência lógica, não se afere qualquer utilidade na instauração de um procedimento que induza os interessados a competirem pela oportunidade de contratar com a Administração Pública.

Não se vislumbra, em hipóteses análogas à descrita acima, a possibilidade de se realizar licitação. É nessas conjunturas que o credenciamento, concebido como ferramenta de seleção do maior número possível de potenciais interessados em contratar com a Administração Pública, costuma ser utilizado⁴⁴⁹.

O credenciamento, nos termos da lição de MARÇAL JUSTEN FILHO, tem início com a edição de um regulamento, no qual sejam estabelecidos “[...] o objeto e

⁴⁴⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 42.

⁴⁴⁸ SUNDFELD. *Idem*. p. 42.

⁴⁴⁹ Nesse sentido, veja-se precedente do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: “O credenciamento é hipótese de inviabilidade de competição não expressamente mencionada no art. 25 da Lei 8.666/1993 (cujos incisos são meramente exemplificativos). Adota-se o credenciamento quando a administração tem por objetivo dispor da maior rede possível de prestadores de serviços. [...] Nessa situação, a inviabilidade de competição não decorre da ausência de possibilidade de competição, mas sim da ausência de interesse da administração de restringir o número de contratados” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3.567/2014 – Plenário. Rel. Min. José Múcio Monteiro. **Diário Oficial da União**: Brasília, DOU de 16.12.2014).

*as condições da futura contratação, os requisitos exigidos dos particulares interessados em contratar e todos os procedimentos pertinentes à contratação*⁴⁵⁰.

No caso concreto, observa-se que o credenciamento publicado pelo Município de Salvador contém prazo máximo para que potenciais interessados requisitem sua inserção no mencionado banco de fornecedores da Administração Pública, qual seja, 10 de março de 2023⁴⁵¹. Além disso, há previsão de que a vigência dos contratos a serem firmados em decorrência do referido credenciamento está atrelada ao término do ano calendário de 2023⁴⁵², indicando que, em caso de continuidade do programa, em 2024 deve ocorrer a publicação de um novo edital de chamamento público, visando a constituição de um novo credenciamento.

Estabelecimentos privados de educação interessados em se credenciar, segundo prevê o referido edital, devem encaminhar, dentro do prazo estipulado, os documentos de habilitação arrolados no item 6, do Termo de Referência anexado ao Edital de Chamamento Público nº 002/2023, além de projeto político pedagógico alinhados às diretrizes nacionais e municipais sobre a educação infantil, cópias do regimento escolar e do calendário escolar anual.

Importante destacar que o processo de seleção não contém regras que diferenciem estabelecimentos de educação que tenham fins lucrativos daqueles com caráter filantrópico. Todos poderiam se credenciar e serem contratados pelo Município de Salvador.

Os estabelecimentos com documentos em consonância com o exigido são credenciados junto ao banco de fornecedores do Município de Salvador, e contratados dentro do prazo de dez dias úteis, contados da homologação dos seus credenciamentos. Os contratos firmados têm vigência atrelada ao término do ano calendário.

O item 12.2, do Termo de Referência anexado ao Edital de Chamamento Público nº 002/2023, prevê que o encaminhamento de alunos para os estabelecimentos de educação contratados pressupõe o esgotamento das vagas disponibilizadas pela estrutura pública de educação no bairro ou localidade pertinente,

⁴⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. pp. 74-78.

⁴⁵¹ SALVADOR. *op. cit.* p. 4, item 4.2.

⁴⁵² SALVADOR. *Ibid.* p. 1, item V.

e leva em consideração o endereço de interesse dos responsáveis pela criança, em relação à proximidade da unidade escolar.

Ao receber criança beneficiada pelo programa, o estabelecimento privado de educação deve guardá-la e protegê-la, zelando “[...] *pela garantia dos direitos da criança, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente e oferecer educação de qualidade, em conformidade com o estabelecido no ordenamento jurídico*” (conforme redação do item 11.1, do Termo de Referência anteriormente mencionado)⁴⁵³.

Para além deste dever geral de guarda e proteção, o estabelecimento privado de educação assume um rol bastante extenso de obrigações, dentre as quais se destacam a inclusão em seu currículo da temática História e Cultura Afro-Brasileira, o fornecimento dois fardamentos por ano letivo, para cada criança, o oferecimento de alimentação durante o horário em que a criança estiver sob seus cuidados, e a disponibilização de todo o material didático, paradidático e de consumo, considerados necessários para o desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem.

Em contrapartida, o Município de Salvador se compromete a remunerar o estabelecimento privado de educação, mediante o pagamento de anuidades nos valores de R\$ 3.955,65 (três mil novecentos e cinquenta e cinco reais e sessenta e cinco centavos) por vaga de atendimento parcial em creche, R\$ 6.042,00 (seis mil e quarenta e dois reais) por vaga de tempo integral em creche, e R\$ 5.187,00 (cinco mil cento e oitenta e sete reais) por vaga de recepção parcial em pré-escola.⁴⁵⁴

A execução das atividades contratadas junto aos estabelecimentos privados de educação, deve ser fiscalizada por Comissão de Monitoramento e Avaliação, instituída por ato do Secretário Municipal de Educação e composta por cinco servidores da Secretaria Municipal da Educação, a qual deverá analisar os relatórios de atividades encaminhados pelos contratados e realizar visitas *in loco*, para checagem do desempenho dos contratados.⁴⁵⁵

O Termo de Referência anexado ao Edital de Chamamento Público nº 002/2023, indica que o Município de Salvador pretendia, com o referido credenciamento, ofertar à população até 15.000 (quinze mil) vagas, voltadas a crianças com idade entre dois e cinco anos⁴⁵⁶.

⁴⁵³ cf. SALVADOR. *op. cit.* Acesso em 20.02.2024.

⁴⁵⁴ cf. SALVADOR. *op. cit.* Acesso em 20.02.2024.

⁴⁵⁵ cf. SALVADOR. *op. cit.* Acesso em 20.02.2024.

⁴⁵⁶ cf. SALVADOR. *op. cit.* Acesso em 20.02.2024.

Esse número, destacam MARLENE OLIVEIRA DOS SANTOS e ROSILENE GUIMARÃES DOS SANTOS, é inferior às 23.000 (vinte e três mil) vagas projetadas para o primeiro ano de execução do projeto (2019). Entretanto, as autoras observam que os valores ofertados pelo Município de Salvador, para o ano de 2023, cresceram. As ofertas iniciais de R\$ 2.804,82 (dois mil oitocentos e quatro reais e oitenta e dois centavos) e de R\$ 3.506,45 (três mil quinhentos e seis reais e quarenta e cinco centavos) relativas ao atendimento parcial em creches e pré-escolas, respectivamente, aumentaram para os já mencionados R\$ 3.955,65 (três mil novecentos e cinquenta e cinco reais e sessenta e cinco centavos) e 5.187,00 (cinco mil cento e oitenta e sete reais)⁴⁵⁷.

Para as autoras, esse crescimento na alocação de recursos direcionados a atender o Programa Pé na Escola contrasta com a ausência de informações transparentes sobre a qualidade dos serviços de educação prestados pelos estabelecimentos contratados, o que anuncia a existência de uma falha na definição dos mecanismos de fiscalização desses contratos, conforme se verá a seguir.

De toda sorte, a majoração das remunerações afixadas às escolas, tomada isoladamente, não é problema, já que os valores pagos para atendimento de alunos em meio período, em creches e pré-escolas, estão abaixo do VAAF-MIN⁴⁵⁸ definido pela Portaria Interministerial nº 3/2023⁴⁵⁹, para o ano de 2023, fixado em R\$ 5.212,90 (cinco mil duzentos e doze reais e noventa centavos).

Além disso, pode-se ter um panorama acerca do desempenho dos estabelecimentos contratados ao se consultar os dados levantados por ocasião do Censo Escolar, disponíveis no sítio eletrônico do INEP⁴⁶⁰ e na Plataforma QEdu⁴⁶¹.

Isso não significa, todavia, que o Programa Pé na Escola seja imune a críticas.

Do ponto de vista jurídico, chama a atenção, primeiramente, o fato de que não foram encontrados dados ou notícias de qualquer plano do Município de Salvador

⁴⁵⁷ cf. SANTOS, Marcele Oliveira dos; SANTOS, Rosilene Guimarães dos. **Privatização da educação infantil: análise do projeto pé na escola no Município de Salvador-Bahia**. In.: Revista Poésis. v. 17, n. 31, Tubarão (SC): Universidade do Sul de Santa Catarina, jan./jun. 2023. pp. 1-23.

⁴⁵⁸ O conceito de Valor Anual Mínimo por Aluno (VAAF-MIN) está explicado no item 3.4.2 deste trabalho.

⁴⁵⁹ BRASIL. Ministério da Educação. Ministério da Fazenda. Portaria Interministerial nº 3 de 28 de agosto de 2023. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 29.08.2023. Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-3-de-28-de-agosto-de-2023-506349275>>. Acesso em 09.12.2023.

⁴⁶⁰ BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). **Censo Escolar**. Disponível em <<https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/pesquisas-estatisticas-e-indicadores/censo-escolar>>. Acesso em 09.12.2023.

⁴⁶¹ QEdu. Disponível em <<https://qedu.org.br/>>. Acesso em 09.12.2023.

para, progressivamente, expandir a estrutura pública de educação. Apesar de a Administração Pública reconhecer que o Projeto Pé na Escola foi concebido para servir como medida de contingência, dotada de caráter precário, não se obteve informações de planejamento ou de execução de uma política de viés perene, apropriada para substituí-lo.

Constata-se, assim, que o Programa Pé na Escola engendra iniciativa pautada na terceirização de serviços públicos de educação que, apesar de estar justificada na impossibilidade temporária de o Município de Salvador conferir a efetividade ao direito fundamental social da educação, não convive com um conjunto definido de ações que, no curto, médio ou longo prazo, sucedam-na, o que se mostra inadequado.

Além disso, ao se proceder à leitura atenta da minuta de contrato juntada ao Edital de Chamamento Público nº 002/2023⁴⁶², percebe-se que ela padece de dois elementos que poderiam contribuir, sobremaneira, com o sucesso do Programa Pé na Escola.

A ausência de um quadro de indicadores de desempenho objetivos, norteadores da execução dos serviços de educação pelos estabelecimentos contratados, bem como a fiscalização dessas atividades pela Comissão de Monitoramento e Avaliação nomeada pelo Secretário Municipal de Educação, é preocupante.

Em que pese a minuta de contrato conter um rol razoavelmente extenso de obrigações a serem cumpridas por esses estabelecimentos, não há a fixação de resultados a serem obtidos ou a definição de critérios a serem utilizados pela Administração Pública para avaliar a performance dos estabelecimentos de educação por ela contratados.

Não há, desta maneira, incentivos para que esses estabelecimentos não se restrinjam a fazer o mínimo necessário, lógica censurável tão arraigada nos contratos

⁴⁶² cf. SALVADOR. *op. cit.* Acesso em 20.02.2024.

administrativos⁴⁶³ regidos pelas Leis nº 8.666/1993⁴⁶⁴ e 14.133/2021⁴⁶⁵, o que, no campo da educação, pode resultar na precariedade dos serviços prestados.

A minuta de contrato tampouco estabelece diretrizes e formalidades a serem observadas no que diz respeito à recepção de alunos beneficiados pelo Programa Pé na Escola em estabelecimentos privados de educação e ao acompanhamento do seu desempenho escolar.

Isso significa que os estabelecimentos contratados pelo Município de Salvador não possuem qualquer obrigação expressa no sentido de receber adequadamente os alunos encaminhados pela Secretaria Municipal da Educação, cuidando para que eles se adaptem ao ambiente de escolas essencialmente privadas.

Não há nessa minuta de contrato deveres delimitados quanto ao acompanhamento do desempenho dos alunos beneficiado pelo Programa Pé na Escola, sobretudo em comparação com os alunos atendidos em virtude da demanda privada.

Esse estado de coisas está refletido na escassez de dados sobre do rendimento apresentado pelos alunos atendidos pelo Programa.

Não se sabe se seu convívio com os profissionais, os colegas e com a estrutura privada de educação é positivo, tampouco se o aprendizado é equivalente ao daquelas originalmente atendidas pela estrutura privada, ou ainda se está além ou aquém daquele experimentado por discentes da estrutura pública de educação.

⁴⁶³ O raciocínio é bem ilustrado por RENATO GERALDO MENDES, que, ao tratar da economicidade das soluções a serem contratadas pela Administração Pública, com fundamento nas Leis nº 8.666/93 e 10.520/2002, ensina o seguinte: “*É indispensável que a descrição do objeto garanta a esperada economicidade. Mas, que fique claro, tudo que for agregado, além do mínimo necessário para garantir a satisfação da necessidade, representará um aumento no preço final da solução e poderá ser tido como ilegal. Há, então, uma relação direta entre qualidade e preço. Com efeito, o preço é determinado por um padrão de qualidade. Normalmente, o que determina os diferentes preços são os diversos padrões de qualidade. Dessa forma, sempre que se ganha em qualidade, perde-se em economia. [...] Ora, se o padrão mínimo de qualidade definido é suficiente para garantir a satisfação da necessidade, para investir contra a economicidade é indispensável que haja justificativa plausível. Ou seja, para aumentar o padrão de qualidade da solução, é necessária uma justificativa aceitável, pois tal aumento implicará a redução da economicidade. Será aceitável justificativa quando o aumento da qualidade for imprescindível para a redução do eventual risco envolvido em face da peculiaridade*”. (MENDES, Renato Geraldo. **O processo de contratação pública: fases, etapas e atos**. Curitiba: Zênite, 2012. pp. 136-137).

⁴⁶⁴ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 22.06.1993.

⁴⁶⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 01.04.2021.⁴⁶⁶ **Salvador avança na Educação Infantil com novas unidades de ensino e mais vagas**. Bahia em Revista, 30/08/2022. Disponível em <<https://bahiaemrevista.com.br/salvador-avanca-na-educacao-infantil-com-novas-unidades-de-ensino-e-mais-vagas/>>. Acesso em 10.12.2023.

Isso indica que o modelo adotado pelo Município de Salvador comporta aprimoramentos.

Sua contribuição para a universalização dos serviços públicos de educação infantil, no âmbito do Município de Salvador, a par de tudo isso, é inegável. Segundo dados divulgados pela imprensa local, em 2022 o programa resultou na oferta de 13.893 (treze mil oitocentas e noventa e três) vagas, sendo 7.267 (sete mil duzentas e sessenta e sete) em creches e 6.626 (seis mil seiscentas e vinte e seis) em pré-escolas.

Além disso, permitiu que naquele mesmo ano o Município de Salvador investisse na construção de três novos Centros Municipais de Educação Infantil (CMEIs)⁴⁶⁶.

Tem-se assim que apesar da escassez de dados sobre o programa, aqueles encontrados por ocasião da pesquisa demonstram que a iniciativa do Município de Salvador logrou êxito em colher bons resultados.

5.2.2. Contratação de serviços educacionais a serem prestados remotamente e a experiência do Estado do Paraná

O art. 36-A, da Lei nº 9.394/1996, prevê que o ensino médio poderá não apenas atender a formação geral dos estudantes, mas também prepará-los para o exercício de profissões técnicas⁴⁶⁷.

Esse dispositivo funda a educação profissional técnica de nível médio que, na forma do art. 36-B, da mesma lei, pode ser desenvolvida de maneira articulada com o ensino médio regular, ou ainda de forma subsequente, em cursos destinados a quem já tenha concluído o ensino médio⁴⁶⁸.

A meta 11, do PNE, imputa ao Estado brasileiro o dever de buscar, até 2024, *“triplicar as matrículas da educação profissional técnica de nível médio, assegurando*

⁴⁶⁶ **Salvador avança na Educação Infantil com novas unidades de ensino e mais vagas**. Bahia em Revista, 30/08/2022. Disponível em <<https://bahiaemrevista.com.br/salvador-avanca-na-educacao-infantil-com-novas-unidades-de-ensino-e-mais-vagas/>>. Acesso em 10.12.2023.

⁴⁶⁷ “Art. 36-A. Sem prejuízo do disposto na Seção IV deste Capítulo, o ensino médio, atendida a formação geral do educando, poderá prepará-lo para o exercício de profissões técnicas.” (BRASIL. *op. cit.*).

⁴⁶⁸ “Art. 36-B. A educação profissional técnica de nível médio será desenvolvida nas seguintes formas: I - articulada com o ensino médio; II - subsequente, em cursos destinados a quem já tenha concluído o ensino médio.” (BRASIL. *op. cit.*).

a qualidade da oferta e pelo menos 50% (cinquenta por cento) da expansão no segmento público”.

Trata-se de meta audaz, potencializada pela alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.415/2017⁴⁶⁹, que modificou o formato do ensino médio regular, determinando que sua oferta se dê por intermédio da conjugação entre conteúdos constantes da Base Nacional Curricular Comum (BNCC) e itinerários formativos variados, a serem organizados pelos sistemas e estabelecimentos de educação.

Esse novo formato, em última análise, fomenta o desenvolvimento de cursos de educação técnica profissional de nível médio na modalidade articulada, de modo que as disciplinas essencialmente técnicas sejam componentes dos itinerários formativos variados, a serem ministradas de forma conjunta e complementar aos conteúdos da BNCC.

A referida meta se mostra tão arrojada para realidade brasileira que o Estado do Paraná enfrentou problemas para atacá-la. A solução encontrada foi contar com o auxílio da iniciativa privada.

Em 2022, a Secretaria de Estado da Educação e do Esporte do Paraná firmou com entidade privada um contrato administrativo⁴⁷⁰, cujo objeto consiste na prestação de serviços continuados na oferta de disciplinas técnicas, não constantes da Base Nacional Curricular Comum, em cursos de educação profissional.

Esse objetivo contempla a produção, a ministração e a transmissão de disciplinas técnicas presenciais mediadas por tecnologia, síncronas, com sistemas de interatividade e disponibilização de monitores, para estudantes do ensino técnico profissional integrado ao Ensino Médio na rede estadual de educação do Paraná.

Para compreender as escolhas feitas pelo Estado do Paraná é preciso ter claras as dificuldades por ele enfrentadas.

Consta do Termo de Referência anexado ao Edital do Pregão Eletrônico nº 980/2021⁴⁷¹ que a expansão da oferta de cursos de educação profissional técnica de nível médio era dificultada pelos arranjos produtivos de cada região do Estado do

⁴⁶⁹ cf. BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.415, de 16 de fevereiro de 2017. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 17.02.2017.

⁴⁷⁰ PARANÁ. Secretaria de Estado da Educação e do Esporte. **Contrato nº 067/2022**. Disponível em <<http://www.transparencia.pr.gov.br/pte/compras/licitacoes/inicio?windowId=35e>>. Acesso em 13.12.2023.

⁴⁷¹ PARANÁ. Secretaria de Estado da Educação e do Esporte. **Edital de Pregão Eletrônico nº 980/2021**. Disponível em <<http://www.transparencia.pr.gov.br/pte/compras/licitacoes/inicio?windowId=35e>>. Acesso em 13.12.2023.

Paraná, os quais são determinantes na geração de demanda por certos cursos, e pela sazonalidade marcante dessa procura, pela escassez de instrumentos jurídicos que viabilizassem a contratação de profissionais com formação apropriada para ministrar disciplinas técnicas desses cursos, nesse contexto de constante mutação.

Retira-se do Termo de Referência em questão que a busca por cursos de educação profissional técnica de nível médio, junto ao sistema público de educação estadual, não é uniforme. Essa característica, sublinha o documento, se deve ao fato de que o Paraná é um Estado plural, com matrizes econômicas diversas em suas diferentes regiões. Essa diversidade, indica o Termo de Referência, marca a demanda por cursos capazes de formar seus alunos para atuarem junto a esses distintos segmentos.

Essa variedade, destaca o Termo de Referência, convive também com uma sazonalidade na procura dos cursos. Os arranjos produtivos que compõem a matriz econômica do Estado do Paraná estão em constante transformação, e as características e competências dos profissionais aptos a atuar nesses seguimentos mudam incessantemente. Para elucidar a afirmação, o Termo de Referência menciona os cursos técnicos de secretariado executivo e enfermagem que, há pouco tempo, eram bastante procurados, mas atualmente apresentam quantidade acentuada de vagas ociosas.

Pautado nessas razões de fato, indica o Termo de Referência que realizar concursos públicos destinados a selecionar e contratar os professores para ministrar disciplinas de cursos de educação profissional técnica se mostra uma estratégia equivocada.

Isso porque esses docentes, no mais das vezes detentores de saberes muito específicos, podem não estar dispostos a se deslocar até os locais onde suas aulas precisarão ser ministradas, e, em virtude da sazonalidade na demanda por cursos nos quais eles lecionam, podem até mesmo vir a ser subaproveitados num prazo razoavelmente curto.

A realização de contratações temporárias, fundamentadas no art. 37, inciso IX, da Constituição de 1988, por seu turno, enfrentaria desafios decorrentes do movimento de êxodo rural e da ausência de mão de obra qualificada para ministrar disciplinas técnicas em estabelecimentos de educação distantes dos grandes centros.

Tudo isso foi exposto no Termo de Referência do processo de contratação para demonstrar que, ao fim e ao cabo, o Estado do Paraná não tinha qualquer

alternativa à sua disposição para ampliar a oferta de educação profissional técnica de nível médio na modalidade articulada, que não a de contratar instituições privadas que disponibilizassem os professores e ministrassem as disciplinas técnicas inerentes a esses cursos.

Tal como se deu no âmbito do Programa Pé na Escola, no Paraná as autoridades públicas também fizeram uso de instrumentos disponibilizados pela Lei Geral de Licitações vigente à época, em especial, o contrato administrativo de terceirização de serviços.

Entretanto, o caso do Estado do Paraná guarda particularidades em comparação ao exposto no item 5.2.1 deste trabalho, as quais são dignas de nota.

A análise feita pelos agentes públicos competentes detectou que a solução para a necessidade do Estado do Paraná não consistia em contratar capacidade instalada de escolas privadas, mas sim serviços educacionais específicos. Ou seja, a tutela do direito fundamental social à educação não demandava a contratação de vagas em estabelecimentos privados de educação, a serem ocupadas por alunos oriundos da estrutura pública, mas sim serviços pedagógicos, consistentes na estruturação de disciplinas técnicas, específicas e não constantes da BNCC.

Essa constatação teve impactos diretos tanto na forma de seleção dos parceiros privados quanto nas características do contrato firmado e do objeto contratado.

Percebeu-se, inicialmente, que a satisfação da necessidade pública detectada não reclamava a contratação de um número determinado de sujeitos de direito privado que detivessem as condições técnicas e financeiras necessárias para suprir a demanda diagnosticada pelos técnicos da Secretaria de Estado da Educação do Paraná.

Por conta disso, o Estado esmerou-se no processamento de procedimento licitatório, aos moldes do que determina o art. 37, inciso XXI, da Constituição vigente.

Os agentes públicos competentes precisaram lidar também com o volume da demanda observada no âmbito do Estado do Paraná. Segundo o Termo de Referência anexado ao Edital do Pregão Eletrônico nº 980/2021, a Meta 11, do PNE, demandava que cursos de educação profissional técnica de nível médio, na modalidade articulada, inicialmente ofertados em noventa e três municípios paranaenses, passassem a ser disponibilizados à população em duzentos e quarenta e sete municípios.

O esforço logístico hercúleo que reclamaria o envio de professores a todas essas escolas, somado ao contexto de distanciamento social imposto pela então pandemia da COVID-19, provocou os técnicos responsáveis pelo projeto a tomar a decisão de contratar serviços a serem executados num sistema híbrido, por intermédio de estruturas tecnológicas de áudio e vídeo.

O Termo de Referência anexado ao Edital do Pregão Eletrônico nº 980/2021 prevê que as aulas ministradas em virtude do contrato administrativo de prestação de serviços terceirizados são presenciais, pois se dão no ambiente escolar, com a presença dos alunos em sala de aula, mas intermediadas por ferramentas tecnológicas. Desse modo, os professores responsáveis por ministrar as aulas não se deslocam fisicamente até os estabelecimentos de educação. Suas aulas ocorrem em um estúdio disponibilizado pelo parceiro privado contratado, e são transmitidas em tempo real para as escolas. Em sala, estão os alunos, os equipamentos de transmissão de áudio e vídeo da aula do professor, e um monitor, contratado e disponibilizado pelo parceiro privado à Administração Pública.

Em face da diversidade e à sazonalidade da procura por cursos, a Administração Pública do Estado do Paraná se viu desafiada a buscar soluções como pontuado anteriormente.

Sem saber quais cursos seriam, imediatamente ou num futuro próximo, requisitados pelos estabelecimentos de educação mapeados, a Secretaria de Estado da Educação e do Esporte do Paraná optou por fazer uso do sistema de registro de preços.

O sistema de registro de preços, como se sabe, consiste em instrumento auxiliar colocado à disposição da Administração Pública, baseado na formalização de pré-contratos⁴⁷² designados de atas de registro de preços, que não geram, de imediato, a obrigação do Estado contratado o objeto nele registrado. À medida em que se materializam as necessidades pelo objeto registrado em uma ata, o Poder Público requisita o seu fornecimento, o que lhe permite neutralizar contratempos gerados por

⁴⁷² “*Advirta-se que a ata de registro de preços não se confunde com o contrato. Ela precede o contrato. A rigor, a ata de registro de preços apresenta natureza jurídica de contrato preliminar ou pré-contrato unilateral [...]*” (NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 608).

indefinições relativas ao momento em que isso será necessário e às quantidades do objeto que serão requisitadas⁴⁷³.

Apesar de oscilante, sabia-se à época do planejamento do processo de contratação que a demanda pelos serviços contratados seria contínua⁴⁷⁴, e que eventual falha de continuidade em sua prestação poderia causar um colapso nos estabelecimentos de educação responsáveis por ofertar os cursos de educação profissional técnica em nível médio, na modalidade articulada. Por isso, fixou-se o prazo de vigência originário do(s) contrato(s) decorrente(s) da ata de registro de preços em três anos (Cláusula Oitava, da minuta de contrato). Previu-se ainda que esse prazo poderia ser prorrogado por até sessenta meses, nos termos do art. 103, inciso II, da Lei Estadual nº 15.608/2007⁴⁷⁵ (com redação análoga à do art. 57, inciso II, da Lei nº 8.666/1993).

Não obstante ser teoricamente adequado, o modelo de contratação adotado se mostrou, na prática, desnecessário, posto que todos os vinte e sete lotes licitados foram arrematados por um único licitante e contratados na íntegra, logo após o encerramento do procedimento licitatório.

O contrato firmado com o parceiro privado (Contrato nº 067/2022) detém a estrutura clássica de um contrato administrativo, com todas as cláusulas obrigatórias mencionadas no art. 55, da Lei nº 8.666/1993.

Em resumo, o contrato obriga que o parceiro privado coloque à disposição da Administração Pública um professor para cada vinte turmas atendidas pelos serviços, com formação adequada para ministrar aulas a serem transmitidas do estúdio da empresa contratada, um monitor para cada turma atendida, que deve comparecer presencialmente na escola no dia e horário das aulas, para garantir que a transmissão ocorra sem intercorrências técnicas e para facilitar a interação entre alunos e o

⁴⁷³ Atualmente o instrumento está previsto no art. 82 e seguintes, da Lei nº 14.133/2021 (BRASIL. *op. cit.*).

⁴⁷⁴ “O caráter contínuo de um serviço é determinado por sua essencialidade para assegurar a integridade do patrimônio público de forma rotineira e permanente ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do ente administrativo, de modo que sua interrupção possa comprometer a prestação de um serviço público ou o cumprimento da missão institucional.” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 132/2008 – Plenário. Rel. Min. Roldo Cedraz. **Diário Oficial da União**: Brasília, J. em 12.02.2008)

⁴⁷⁵ “Art. 103. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto: [...] II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, limitada a sessenta meses”. (PARANÁ. Assembléia Legislativa. Lei nº 15.608, de 16 de agosto de 2007. **Diário Oficial do Estado**. Curitiba: DOE de 16.08.2007).

professor presente no estúdio do particular contratado, um estúdio e equipamentos de geração e transmissão de imagens e de áudios, em observância a especificações técnicas contidas no edital da licitação; e uma plataforma com ambiente virtual de aprendizado, por intermédio da qual os estudantes possam sanar suas dúvidas.

Aferir a eficácia do projeto em questão não é tarefa simples. O edital da licitação não indica quais estabelecimentos de educação seriam atendidos, apontando apenas os municípios onde eles se encontram. Sem saber ao certo quais escolas ofertam os cursos de educação profissional técnica albergados pelo contrato, a reunião de dados sobre a qualidade desses cursos resta prejudicada.

Essa dificuldade é acentuada pela ausência de fixação de indicadores de desempenho no próprio contrato. A exemplo do que se viu no caso do Programa Pé na Escola, o contrato firmado entre o Estado do Paraná e seu parceiro privado se limita a enumerar um conjunto de obrigações a serem cumpridas pelo contratado. Não se institui, nele, qualquer instrumental dedicado à aferição da eficiência com que essas obrigações são cumpridas, o que igualmente dificulta a análise qualitativa da iniciativa.

Outra crítica cabível diz respeito à ausência de indicativos de que a solução adotada é temporária. A leitura da justificativa constante do Termo de Referência anexado ao Edital do Pregão Eletrônico nº 980/2021 parece conferir ao projeto um caráter de estabilidade que contrasta com a excepcionalidade de se terceirizar serviços públicos de educação, segundo as normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse caso, a omissão em apontar quais ações serão tomadas para substituir a solução precária adotada pelo Poder Público é especialmente grave, dado o fato de que, ao que tudo indica, o modelo contratado junto à iniciativa privada pode ser reproduzido total ou parcialmente pela Administração Pública com certa facilidade.

Nada impediria que o Estado do Paraná adquirisse estúdio e equipamentos de geração e transmissão de vídeo e áudio, integrando-os ao seu patrimônio, realizasse concurso público para contratar um número reduzido de professores com saberes específicos, com formação acadêmica e profissional adequadas para ministrar as disciplinas técnicas dos cursos de educação profissional técnica em nível médio, mediante utilização daquela infraestrutura.

Esse conjunto de providências certamente mitigaria as dificuldades narradas pelo Estado do Paraná para contratar pessoal especializado em quantidades e com formação adequadas.

Quanto aos monitores, por não desempenham atividades de cunho pedagógico, cabendo-lhes apenas a execução de deveres acessórios, direcionados a subsidiar e facilitar o processo de ensino-aprendizagem, seria possível promover processo de contratação especificamente para esses serviços.

Conquanto a iniciativa em questão detenha importância teórica, sua estruturação não se baseou em modelos contratuais ordinariamente utilizados pela experiência internacional. Não se está diante de um contrato de serviços educacionais, posto que o objeto contratado não é a capacidade instalada de estabelecimentos privados de educação. E, em momento algum, cogitou-se fazer de um contrato de serviços operacionais, visando transferir à iniciativa privada serviços gerenciais e operacionais das escolas públicas do Paraná. Isso denota que o modelo adotado tem natureza *sui generis*.

Parte dessa peculiaridade se deve ao uso de recursos tecnológicos inovadores no âmbito da educação, os quais têm impactado sensivelmente as técnicas e as estratégias pedagógicas.

Além disso, sabe-se que o projeto auxiliou o Estado do Paraná a progredir no sentido de cumprir a Meta 11 do PNE, tendo contribuído para um aumento considerável da oferta de cursos de educação profissional técnica pelo sistema público de educação estadual. Informações concedidas pelo Secretário de Educação do Estado do Paraná, Sr. Rony Miranda, dão conta de que, até 2021, as escolas paranaenses ofertavam entre 10.000 (dez mil) e 14.000 (quatorze mil) vagas em cursos desse tipo. Em 2022, esse número saltou para 29.000 (vinte e nove mil) vagas⁴⁷⁶.

Por tudo isso, replicar o modelo – com o cumprimento da condição de se realizar os aprimoramentos e adaptações que se mostrarem necessários – mostra-se interessante para a tutela do direito fundamental social à educação.

⁴⁷⁶ **Estado oferta 50 mil novas vagas em cursos técnicos; inscrições terminam dia 23.** Disponível em <https://www.aen.pr.gov.br/Noticia/Estado-oferta-50-mil-novas-vagas-em-cursos-tecnicos-inscricoes-terminam-dia-23>>. Acesso em 16.12.2023.

5.2.3. Operação privada de escolas públicas e a parceria público-privada do Município de Belo Horizonte

Em julho de 2012, o Município de Belo Horizonte firmou com a empresa SPE INOVA BH S.A. o Contrato de Concessão nº 01/2012⁴⁷⁷, cujo objeto consiste na delegação, por meio de concessão administrativa, de obras e serviços não pedagógicos em trinta e duas Unidades Municipais de Ensino Infantil (UMEs) e cinco Escolas Municipais de Ensino Fundamental (EMs).

Para compreensão da conjuntura em que o referido contrato foi planejado e firmado, há que se tomar como referência o texto de BRUNO DA COSTA LUCAS RODRIGUES⁴⁷⁸.

O autor lembra que em 2009, o Município de Belo Horizonte elaborou e lançou o Plano Estratégico BH 2030, programa que, segundo ele, abrangia doze áreas de resultados e previa quarenta projetos sustentadores, dentre os quais destacava-se o de expansão da educação infantil⁴⁷⁹.

O objetivo geral deste projeto era disponibilizar 52.000 (cinquenta e duas) mil novas vagas para crianças entre quatro e cinco anos, e 19.000 (dezenove mil) novas vagas, para atendimento em período integral de crianças de zero a três anos, ambas em rede própria ou conveniada⁴⁸⁰.

Para atingir tais metas, o Município de Belo Horizonte projetou a necessidade de construir cento e sete novas Unidades Municipais de Ensino Infantil (UMEs), além de ampliar a infraestrutura de algumas escolas já existentes⁴⁸¹.

O volume de recursos financeiros necessários para garantir um investimento em infraestrutura dessa ordem de grandeza fez com que os gestores públicos, à época, aderissem aos contratos de concessão, admitidos pelo art. 175, da Constituição vigente.

A engenharia financeira dos contratos de concessão, que aloca ao parceiro privado o dever de realizar o esforço financeiro imediato para garantir os investimentos

⁴⁷⁷ BELO HORIZONTE. Prefeitura Municipal. **Contrato de Concessão nº 01/2012**. Disponível em <<https://prefeitura.pbh.gov.br/transparencia/acoes-e-programas/parcerias-publico-privadas/educacao>>. Acesso em 27.12.2023.

⁴⁷⁸ RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. **Avaliação do impacto da utilização de parceria público-privada para construção e operação de unidades municipais de educação infantil em Belo Horizonte**. Dissertação (Mestrado). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas (FGV), 2015.

⁴⁷⁹ RODRIGUES. *op. cit.* p. 53.

⁴⁸⁰ RODRIGUES. *Idem.* p. 53.

⁴⁸¹ RODRIGUES. *Ibid.* p. 54.

em infraestrutura, a ser amortizado durante o prazo de vigência da avença, permite que a Administração Pública utilize esses instrumentos como ferramentas de financiamento de ativos no longo prazo, o que se mostra conveniente em situações nas quais o volume de investimentos reclamado é alto. Este mecanismo faz frente às dificuldades financeiras que o Município de Belo Horizonte teria para financiar, com recursos próprios, as obras a serem contratadas.

Dado o princípio da gratuidade, previsto no art. 206, inciso IV, da Constituição de 1988, e a conseqüente impossibilidade de se admitir que o parceiro privado cobre tarifas junto aos usuários dos serviços (no caso, os alunos das escolas), o modelo contratual encampado foi o da concessão administrativa, previsto no art. 2º, § 2º, da Lei nº 11.079/2014⁴⁸².

Nessa modalidade contratual, a remuneração do parceiro privado, conforme prescreve a lei, decorrente integralmente de contraprestação financeira paga pelo próprio Poder Concedente permitindo que os alunos frequentem os estabelecimentos de educação concedidos à iniciativa privada sem que seja necessário pagar mensalidade.

Contratou-se, então, a construção de parte⁴⁸³ das unidades escolares projetadas para atender ao Plano Estratégico BH 2030, bem como a prestação de uma série de serviços administrativos, de segurança, de utilidades e energia, de infraestrutura de redes de dados local, de higiene e limpeza, de lavanderia e rouparia e de manutenção e conservação⁴⁸⁴. Os serviços de cunho pedagógico, não acobertados pela disciplina contratual, seguem sendo ofertados pelo Município de Belo Horizonte, por intermédio de servidores.

⁴⁸² BRASIL. *op. cit.*

⁴⁸³ Conforme Anexo 5, do Contrato de Concessão nº 01/2012, cabia originalmente à concessionária construir trinta e duas Unidades Municipais de Ensino Infantil (UMElS) e cinco Escolas Municipais de Ensino Fundamental (EMs). Entretanto, esses números foram alterados. O 3º Termo Aditivo ao contrato incluiu em seu objeto a construção de mais quatorze UMElS. O 6º e o 7º Termos Aditivos ao contrato chegaram ainda a abrir a possibilidade de o Município de Belo Horizonte requisitar a reforma de UMElS que não constavam originalmente do escopo contratual, bem como a construção de unidades para além dos quantitativos anteriormente mencionados. Mas isso não foi feito até o presente momento.

⁴⁸⁴ De acordo com o Anexo 4, do Contrato de Concessão nº 01/2012, os serviços originalmente contratados são os seguintes: A) Serviços Administrativos, subdivididos em; A.1) serviços gerais; A.2) operação de reprografia; e A.3) *help desk* – gestão de chamados; B) Segurança; C) Utilidades e Energia, subdivididos em; C.1) água e esgoto; C.2) energia elétrica; e C.3) gás liquefeito de petróleo (GLP); D) Infraestrutura de rede de dados local; E) lavanderia e rouparia; e F) Manutenção e conservação, subdivididos em; F.1) manutenção e conservação predial e de ativos; F.2) jardinagem; e F.3) controle de pragas.

Para garantir a amortização dos investimentos a serem feitos pelo parceiro privado para providenciar a infraestrutura precisa para viabilizar a prestação dos serviços concedidos, o prazo de vigência do contrato em questão foi originalmente fixado em vinte anos, conforme cláusula 5.1 do instrumento contratual.

Dentre as características do Contrato de Concessão nº 01/2022, merecem ser sublinhadas a existência de sistema de mensuração de desempenho da concessionária, a estruturação de um sistema de remuneração que comporta a adequação da contraprestação devida à concessionária aos resultados por ela obtidos, e a alocação objetiva de riscos decorrentes do projeto concessionário.

O Anexo 9, do Contrato de Concessão nº 01/2012, contém o Sistema de Mensuração de Desempenho da concessionária. Seu funcionamento tem como pedra de toque o chamando “Índice de Desempenho” (ID) da concessionária, que pode variar entre 1 (representante o total descumprimento das metas estabelecidas para os serviços concedidos) e 4 (representando o completo atendimento ou superação das referidas metas).

Esse índice é composto pelos resultados da aferição de outros quatro subíndices: o Índice de Qualidade (IQL), o Índice de Satisfação (ISA), o Índice de Segurança (ISE), e o Índice de Entrega (IE).

Segundo o Anexo 9, do Contrato de Concessão nº 01/2012, o IQL “*avalia a qualidade técnica do serviço prestado pela CONCESSIONÁRIA*”. Ele deve retratar “[...] *a qualidade da infraestrutura e SERVIÇOS disponibilizados nas UNIDADES DE ENSINO, compreendendo o atendimento das funcionalidades, performance, ausência de defeitos e inconformidades*”⁴⁸⁵. Sua medição ocorre a partir de vistorias *in loco* e levantamento de dados em sistemas de informação. O contrato estabelece que tal indicador responde por 60% (sessenta por cento) do ID.

O ISA retrata “[...] *a satisfação dos profissionais, representantes do PODER CONCEDENTE, a respeito das instalações e SERVIÇOS prestados nas UNIDADES DE ENSINO*”⁴⁸⁶. Ele é construído após a realização de pesquisa de satisfação de periodicidade mensal perante os agentes públicos que atuam nos estabelecimentos de educação sob gestão do parceiro privado, por empresa especializada filiada à

⁴⁸⁵ BELO HORIZONTE. *op. cit.* Disponível em <<https://prefeitura.pbh.gov.br/transparencia/acoes-e-programas/parcerias-publico-privadas/educacao>>. Acesso em 29.12.2023.

⁴⁸⁶ BELO HORIZONTE. *idem.* Disponível em <<https://prefeitura.pbh.gov.br/transparencia/acoes-e-programas/parcerias-publico-privadas/educacao>>. Acesso em 29.12.2023.

Associação Brasileira de Empresas de Pesquisa (ABEP). Esse indicador corresponde a 10% (dez por cento) do ID.

O ISE é a mensuração da “[...] *conformidade dos SERVIÇOS com as obrigações regulatórias, legais e contratuais aplicáveis*”. Com efeito, a Cláusula 13.1, do Contrato de Concessão nº 01/2012, estabelece que os serviços a serem prestados pela concessionária devem observar a regulamentação do Ministério da Educação e Cultura (MEC), da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e da Secretaria Municipal de Educação de Belo Horizonte. Mas a avaliação não se restringe a essas normas.

O Anexo 9 do contrato prescreve que essa avaliação deve se debruçar sobre cadastros, laudos técnicos, certidões e relatórios gerenciais e recai sobre itens de higiene e limpeza, segurança (portaria, vigilância e CFTV), serviços administrativos (manutenção predial e de ativos, jardinagem e controle de pragas, utilidades (água, energia, esgoto e gás), obras civis (instalações, acabamentos, sonorização), e TIC (estrutura interna de dados). Tal item equivale a 10% (dez por cento) do ID.

O Índice de Entrega (IE) mede a “[...] *entrega dos serviços de infraestrutura das UNIDADES DE ENSINO* [...]”. Os serviços de infraestrutura em questão são divididos em três subíndices, relativos à disponibilidade de estrutura e serviços (DES), à execução de rotina de serviços (ERS); e ao cumprimento de prazos (CP). É de se notar que apesar de o IE estar intimamente correlacionado com o IQL, eles não se confundem. Enquanto este avalia a qualidade dos serviços prestados pelo parceiro privado, aquele mira no aspecto quantitativo e na continuidade dos serviços contratados. Por isso, ele equivale a 20% (vinte por cento) do ID.

A aferição destes índices, e, por consequência, da própria eficiência do parceiro privado, é feita trimestralmente, e impacta diretamente na contraprestação a ser aferida pela concessionária.

O Anexo 10, do Contrato de Concessão nº 01/2022, estabelece o modelo de cálculo do pagamento da contraprestação devida à concessionária. O documento indica que o valor a ser pago ao parceiro privado é o resultado da multiplicação do valor máximo da contraprestação mensal, previsto em contrato, pelo fator de operação (FO) e pelo fator de desempenho (FD).

O FO traduz-se no índice que retrata o número de UMEIs e de EMs em operação. O contrato prescreve que o FO cresce na mesma proporção em que a concessionária finalizar as obras contratadas e colocar em operação os

estabelecimentos de educação objeto do contrato. Isso faz com que o valor a ser pago ao parceiro privado seja proporcional à disponibilização de unidades escolares contratadas.

O FD advém do ID apurado por ocasião da análise de desempenho. Quanto mais perto de 4 for o ID trimestral da concessionária, mais alto será se FD, e, por consequência, maior será a contraprestação mensal a ser paga ao parceiro privado no trimestre seguinte.

Para garantir que os pagamentos ao parceiro privado ocorram sem maiores percalços, o Poder Concedente instituiu um sistema de garantias em favor da concessionária⁴⁸⁷.

A primeira delas, destinada a assegurar o pagamento da contraprestação mensal devida à concessionária, consiste num colchão de investimentos⁴⁸⁸ em valor equivalente a seis contraprestações mensais em seus valores máximos. Esse volume de recursos financeiros está depositado numa conta garantia, gerida por um agente fiduciário neutro, responsável por administrar esses valores e por pagar ao parceiro privado o valor devido a título de contraprestação mensal.

A segunda, cuja principal finalidade é repor o colchão de investimentos anteriormente mencionado, caso ele seja utilizado, e ainda fazer frente a obrigações pecuniárias do Poder Concedente, em caso de extinção antecipada do contrato, consiste em penhor. No projeto, a restrição jurídica em tela recai sobre créditos detidos pelo Município de Belo Horizonte em face da Companhia de Saneamento de Minas Gerais.

O Contrato de Concessão nº 01/2012 é marcado, ainda, pela existência de cláusulas que realizam a alocação objetiva de responsabilidades e riscos decorrentes da concessão e que eventualmente se materializem durante a execução do contrato.

A alocação objetiva de riscos consubstancia ferramenta habitual no campo dos contratos de concessão, cujo equilíbrio econômico-financeiro é especialmente suscetível a intercorrências, em virtude de seus prazos de vigência naturalmente

⁴⁸⁷ Conforme a Cláusula 34, do Contrato de Concessão nº 01/2012, prevê a prestação de duas garantias por parte do Poder Concedente.

⁴⁸⁸ A expressão é comum no campo dos projetos de infraestrutura e faz alusão a um tipo de garantia prestada pela Administração Pública em contratos de concessão. A Administração Pública se afiançar ao projeto um determinado volume de recursos financeiros, que normalmente é depositado numa conta-garantia à qual ela não tem acesso, gerida por um agente financeiro independente (em geral, um banco). Esse depósito forma o chamado “colchão de investimentos”, que pode ser acionado pela concessionária em caso de inadimplemento de obrigações financeiras pela Poder Concedente.

inflados⁴⁸⁹. Ao longo de décadas, diversos fatos imprevisíveis podem impactar a boa execução do contrato, o que inviabiliza o realinhamento de sua equação econômico-financeira a partir da chamada teoria da imprevisão⁴⁹⁰, tão comum aos contratos de empreitada, conforme se retira do art. 124, inciso II, alíneas “c” e “d”, da Lei nº 14.133/2021⁴⁹¹. Daí porque a alocação objetiva de responsabilidade e riscos ganha importância nesse tipo de contrato⁴⁹²⁻⁴⁹³.

Normalmente, a alocação de riscos tem por base análise de qual das partes contratantes tem condições de se ocupar com cada um deles de maneira mais eficiente. Entretanto, no caso concreto, a Cláusula 30.1, do Contrato de Concessão nº 01/2012, prevê que afora os riscos expressamente alocados ao Poder Concedente, todos os demais serão assumidos pela concessionária, fator que provavelmente teve impacto nos valores contratados pela Administração Pública.

Do ponto de vista financeiro, existe a tendência de que os riscos impostos ao parceiro privado sejam precificados, e, por isso, repassados ao responsável por remunerá-lo. Por isso, quanto mais riscos são imputados à concessionária, maiores tendem a ser os preços por ela praticados, e, por isso, maior será o esforço financeiro a ser feito por aqueles que devem remunerá-la⁴⁹⁴.

De um modo geral, pode-se observar que, no caso em apreço, o Poder Concedente ficou responsável por riscos decorrentes de caso fortuito e força maior, alterações tributárias que gerem efeitos sobre os preços contratados, desapropriações e disponibilização dos terrenos onde os estabelecimentos de educação, alterações nas especificações do objeto contratado a seu pedido e prejuízos decorrentes de vandalismo praticado pelos usuários das escolas.

⁴⁸⁹ Os prazos de vigência de contratos de concessão costumam ser extensos porque eles precisam compreender o lapso temporal necessário para que os investimentos a serem realizados pela concessionária sejam amortizados. Quanto maior o volume de investimentos, mais tempo o parceiro privado precisa para os recuperar, sem com isso ofender a modicidade tarifária e/ou a viabilidade econômico-financeira do projeto.

⁴⁹⁰ *cf.* JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.* pp. 1286-1314.

⁴⁹¹ BRASIL. *op. cit.*

⁴⁹² Sobre a mutabilidade dos contratos de concessão: *cf.* MOREIRA. *op. cit.* pp. 37-46.

⁴⁹³ Sobre a repartição objetiva de riscos como instrumento regulatório de contratos de concessão: *cf.* GUIMARÃES. *op. cit.* pp. 296-313.

⁴⁹⁴ Como bem lembra Marçal JUSTEN FILHO, “*Os custos atinentes aos riscos assumidos pelo particular [em contratos de concessão e parcerias públicos privadas] são transferidos à remuneração por ele estabelecida*”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações sobre a equação econômico-financeira das concessões de serviço público: a questão da TIR. p. 505. In.: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.): **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 501-528).

Os demais riscos foram todos alocados à concessionária, em especial aqueles relativos à elaboração de projetos de engenharia e eleição de métodos construtivos, condições geológicas dos terrenos onde os estabelecimentos de educação foram construídos, variações macroeconômicas em taxas de juros, câmbio e inflação, riscos de financiamento, custos operacionais e passivo ambiental gerado após a assinatura do contrato.

Chama a atenção, ainda, o perfil do parceiro privado selecionado na licitação processada pelo Município de Belo Horizonte.

A exclusão do escopo do objeto concedido de atividades de cunho pedagógico, resultou na seleção de consórcio de empresas liderado pela Odebrecht Properties Parcerias S.A. A empresa tornou-se controladora da sociedade de propósito específico que figura como concessionária no Contrato de Concessão nº 01/2012, e, posteriormente, por ocasião da edição do 6º Termo Aditivo ao Contrato, foi substituída pela Transportes Pesados Minas S.A. (TRANSPES).

Observa-se que nenhuma dessas empresas são vocacionadas para a prestação de serviços educacionais. Suas atuações estão mais alinhadas à gestão de ativos e à construção de obras.

Essa ausência de *expertise* das empresas na gestão de estabelecimentos educacionais é preocupante, sobretudo quando se constata que a disciplina contratual vigente não é propriamente preocupada em garantir uma integração harmoniosa entre os serviços prestados pela concessionária de serviços públicos e as atividades de cunho pedagógico, capitaneadas por agentes públicos alocados pelo Poder Concedente.

Em verdade, o único elemento contratual dirigido a integrar as tarefas executadas pelo parceiro privado – as quais detêm natureza de atividades acessórias, conforme instrumental teórico visto no item 4.2.1 deste trabalho – e aquelas mantidas diretamente pelo Poder Concedente é o Índice de Satisfação (ISA), indicador que compõe o Índice de Desempenho (ID), que estima a eficiência dos serviços prestados pela concessionária.

Isso evidencia que a dificuldade apontada por HÉLIO JANMY TEIXEIRA em se realizar uma divisão estanque entre atividades essencialmente pedagógicas e atividades de cunho acessório⁴⁹⁵ realmente existe, e que o *case* ora avaliado deve

⁴⁹⁵ TEIXEIRA. *op. cit.* p. 5.

incutir no gestor público a necessidade que pondere se, ao planejar projetos similares, é conveniente autá-los nessa cisão.

Indo além, apoiar a integração entre núcleos de atividades originados de uma divisão artificial, no Índice de Satisfação (ISA), é medida temerária, dado que, esclarece BRUNO DA COSTA LUCAS RODRIGUES, tal indicador é marcado por algum grau de subjetividade⁴⁹⁶.

Viu-se que ele é mensurado a partir de uma pesquisa realizada junto aos agentes públicos alocados nas unidades escolares geridas pelo parceiro privado. Nesse levantamento de dados, o público-alvo opina sobre determinados aspectos dos serviços prestados pela concessionária, tais como a higiene e a limpeza dos estabelecimentos de educação, lavanderia e rouparia, segurança manutenção e conservação, equipamentos, serviços de reprografia, *help desk*, utilidades (água, esgoto, energia elétrica e gás) e infraestrutura.

Não há garantias de que a opinião dada por esses colaboradores reflète a qualidade dos serviços prestados pelo parceiro privado. Os resultados podem ser afetados por uma infinidade de fatores exógenos à realidade do contrato, de foro essencialmente íntimo de cada um dos agentes públicos consultados. Agentes bem-dispostos podem atribuir boas notas a serviços mal prestados, e agentes indispostos podem atribuir notas ruins a serviços bem prestados.

Mais do que isso, não se observa no Anexo 9, do Contrato de Concessão nº 01/2012, qualquer tentativa de incluir nessa entrevista questionamentos com a capacidade de mensurar se e quanto o esforço realizado pela concessionária efetiva as condições necessárias para que o processo de ensino-aprendizagem desenvolvido diretamente pelos agentes públicos ocorra de forma adequada.

A estrutura da pesquisa do caso em exame foi erguida sobre a premissa de que o cumprimento das obrigações contratadas, pela concessionária, nos estritos termos dos documentos que instruem o Contrato de Concessão nº 01/2012, terá como resultado único a implementação do ambiente ideal para o desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem.

Nada obstante, parece incorreto presumir que o cumprimento formal, pela concessionária, dos deveres que lhe são imputados contratualmente, confira

⁴⁹⁶ RODRIGUES. *op. cit.* p. 65.

automaticamente eficiência às atividades de cunho pedagógico executadas pelos agentes públicos.

Viu-se no item 4.2.1, deste trabalho, que serviços de educação são naturalmente complexos. As atividades acessórias não podem ser encaradas como naturalmente apartadas de atividades pedagógicas. Elas estão imbricadas, e aquelas devem ser concebidas e executadas com o intuito de facilitar o desenvolvimento destas. A avaliação realizada em função do Contrato de Concessão nº 01/2012, indica que não existem ferramentas aptas a permitir que se avalie se isso efetivamente ocorre no caso concreto.

De qualquer modo, registra-se que, a análise realizada por BRUNO DA COSTA LUCAS RODRIGUES sugere que o Contrato de Concessão nº 01/2012 objetivamente gerou bons resultados para o funcionamento da estrutura de educação do Município de Belo Horizonte⁴⁹⁷.

Os elementos apontados pelo autor demonstram alguns benefícios gerados pela estratégia de concessão de serviços públicos de educação pelo Município de Belo Horizonte, são divididos e organizados em dois grandes grupos.

O primeiro deles, pautado pela eficiência do modelo em disponibilizar, para o Poder Público, as obras necessárias para viabilizar a prestação de serviços públicos de educação, é ilustrado por BRUNO DA COSTA LUCAS RODRIGUES, para quem “[...] a PPP conseguiu atender o objetivo da prefeitura de fazer mais escolas em menos tempo e com menos risco”⁴⁹⁸.

O autor elucida essa afirmação ao realizar o cotejo entre estatísticas referentes à construção de escolas por intermédio da PPP e de contratos de empreitada tradicionais, firmados com base na antiga Lei nº 8.666/1993.

Dentre os critérios, compara o tempo médio de construção de escolas observado por ocasião da execução do Contrato de Concessão nº 01/2012 e aquele utilizado para se construir um determinado número de escolas contratadas com base no modelo tradicional.

A conclusão a que chegou foi a de que a concessionária de serviços públicos levou, em média, 11,05 (onze e 5 centésimos) meses para construir unidades escolares a serem geridas por ela, enquanto as obras de estabelecimentos de educação contratadas com base na Lei nº 8.666/1993 levaram, em média, 20,06 (vinte

⁴⁹⁷ RODRIGUES. *op. cit.* pp. 90-111.

⁴⁹⁸ RODRIGUES. *op. cit.* p. 97.

e seis centésimos) meses serem finalizadas. Quase 50% (cinquenta por cento) de diferença⁴⁹⁹.

Outro dado ressaltado pelo autor diz respeito à variação entre o prazo estimado para a conclusão de obras e aquele efetivamente consumido. Na PPP, constatou-se um desvio padrão de 1,3 (um e três décimos) meses, e todas as escolas foram totalmente construídas num prazo de até doze meses. Nas obras contratadas com fundamento na Lei nº 8.666/1993, a diferença subiu para 6,2 (seis e dois décimos) meses, e 25% (vinte e cinco por cento) das unidades escolares foram finalizadas num prazo entre vinte e cinco e trinta e quatro meses⁵⁰⁰.

Ainda tratando do risco de entregas intempestivas de obras, BRUNO DA COSTA LUCAS RODRIGUES registra que, adotando-se como referência um prazo padrão de execução de treze meses, tem-se que 79% (setenta e nove por cento) das obras contratadas por empreitadas, regidas pela Lei nº 8.666/1993, foram entregues com atraso, ao passo que todas as unidades escolares que constituíram seu universo amostral foram entregues pela concessionária dentro do prazo projetado⁵⁰¹.

As informações reunidas pelo autor são ilustrativas para se mensurar qual dos modelos foi mais eficiente em providenciar a construção de um volume maior de escolas, dentro do mesmo lapso temporal.

Entre 2009 e 2014, o Município de Belo Horizonte, amparado no modelo de contratação fundado pela Lei nº 8.666/1993, logrou êxito em construir trinta e duas escolas. Uma média de 5,33 (cinco e trinta e três décimos) estabelecimentos de educação por ano. Entre 2014 e maio 2015, a PPP firmada deu ensejo à construção de vinte e quatro escolas, com previsão de finalização de outras dezessete até o final do ano de 2015. Foram, em média, doze unidades escolares construídas por ano, com possibilidade de esse número subir para 20,5 (vinte e cinco décimos)⁵⁰².

As explicações para a eficiência do contrato de concessão, em contraste com a contratação de obras por intermédio de contratos registro pela Lei nº 8.666/1993, defende BRUNO DA COSTA LUCAS RODRIGUES, decorrem de elementos de cunho regulamentar⁵⁰³.

⁴⁹⁹ RODRIGUES. *Ibid.* p. 90.

⁵⁰⁰ RODRIGUES. *Ibid.* p. 91.

⁵⁰¹ RODRIGUES. *op. cit.* p. 92.

⁵⁰² RODRIGUES. *Ibid.* 96-97.

⁵⁰³ RODRIGUES. *Ibid.* pp. 93-96.

O modelo regulatório estabelecido pela Lei nº 8.666/1993, lembra o autor, tem como premissa a repartição do objeto da contratação em tantas parcelas quantas forem viáveis sob os aspectos técnicos e quantitativos, circunstância que pode atrair para os certames empresas com menor capacidade técnica e econômica, aumentando as chances de ocorrerem problemas que tardam a execução do contrato.

Além disso, nos contratos de empreitada, os projetos de engenharia costumam ser contratados separadamente da execução das obras, as quais, como regra, devem ser executadas seguindo metodologia e especificações determinadas de antemão, o que limita a atuação do construtor.

Já o modelo concessionário, amparado nas Leis nº 8.987/1995 e 11.079/2004, admite a concentração de diversas prestações num único objeto contratual, cuja execução (em especial no caso concreto) se dá a partir de métodos e projetos de engenharia definidos pelo próprio parceiro privado, que, com isso, obtêm maior liberdade para adotar técnicas e práticas de engenharia e de gestão que se mostrem eficientes.

Para o autor, essa eficiência contribuiu também para que escolas fossem construídas em uma escala maior, permitindo, inclusive, que o Poder Concedente, compensasse as dificuldades gerenciais de fiscalizar um número elevado de contratos levando-se em consideração que, no caso concreto, essa fiscalização recaiu sobre um único instrumento contratual.

O segundo grande grupo de dados levantados por BRUNO DA COSTA LUCAS RODRIGUES, são sintetizados como aqueles aptos a demonstrar que a adoção do modelo concessionário permitiu que “[...] os *diretores dedicassem maior parte do seu tempo para as atividades pedagógicas, reduzindo o tempo gasto com a gestão dos serviços não pedagógicos*”⁵⁰⁴.

As informações por ele coletadas dão conta de que os diretores das escolas geridas pelo parceiro privado selecionado pelo Município de Belo Horizonte dedicam, em média, 70% (setenta por cento) do seu tempo a atividades pedagógicas. Já diretores de escolas geridas diretamente pelo Poder Público declararam que apenas 56% (cinquenta e seis por cento) de suas jornadas de trabalho são preenchidas com tarefas de cunho estritamente pedagógico⁵⁰⁵.

⁵⁰⁴ RODRIGUES. *op. cit.* p. 110.

⁵⁰⁵ RODRIGUES. *Ibid.* p. 98.

Em sua opinião, essa diferença (importante para que os diretores dos estabelecimentos de educação se dediquem às atividades que efetivamente demandam sua atenção e sua expertise) se deve a um processo de deslinde da gestão dos serviços não pedagógicos, gerada pela disciplina do contrato de concessão que, frisa-se, a concentra em um único sujeito – a concessionária dos serviços públicos –, que pode ser facilmente interpelado pelos agentes públicos responsáveis pela gestão dos serviços de caráter pedagógico⁵⁰⁶.

Essa simplificação, afirma BRUNO DA COSTA LUCAS RODRIGUES, pode ser constatada comparando-se o grau de aprovação declarado pelos diretores de escolas geridas diretamente pelo Município de Belo Horizonte, e pelos diretores de escolas que compõem o escopo do Contrato de Concessão nº 01/2012. Estes últimos mostraram-se mais satisfeitos com os serviços referentes ao funcionamento das unidades escolares, como serviços de manutenção e conservação das instalações físicas, higiene, limpeza, lavanderia e rouparia⁵⁰⁷.

Isso tudo demonstra que, apesar de não estar imune a críticas, o Contrato de Concessão nº 001/2012, ante os bons resultados obtidos, é um caso de sucesso de delegação de serviços por meio da concessão de serviços públicos de educação que, indubitavelmente, logrou êxito em auxiliar o Poder Público a alcançar metas de universalização e de incremento na qualidade da educação básica ofertada à população do Município de Belo Horizonte.

E assim como as demais experiências locais expostas neste capítulo do texto, comprova que malgrado as críticas ordinariamente feitas, a Administração Pública brasileira, amparada em um arcabouço jurídico robusto, está imersa na cultura de firmar parcerias com a iniciativa privada, visando transferir a execução direta de serviços públicos de educação

⁵⁰⁶ RODRIGUES. *Ibid.* p. 100.

⁵⁰⁷ RODRIGUES. *op. cit.* pp. 102-105.

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho não teve a finalidade de realizar ponderações relativas às oposições de ordem pedagógica, política e gerencial que a concessão e a terceirização de serviços públicos de educação comportam. Seu objeto é mais restrito, direcionando-se apenas à viabilidade jurídica de a Administração Pública repassar a terceiros, mediante concessão ou terceirização, a execução de serviços públicos de educação.

Após a avaliação dos empecilhos jurídicos costumeiramente invocados pela jurisprudência e pela doutrina especializada a iniciativas que contemplam a utilização desses instrumentos no ambiente da educação, a conclusão imediata a que se chegou é a de que eles se mostram insustentáveis ao se esquadriñar o ordenamento jurídico brasileiro e a realidade que vem, passo a passo, concretizando-se.

O enquadramento dos serviços públicos de educação apenas como atividades-fim do Estado é tecnicamente inadequado. O próprio critério de classificação em pauta possui fragilidades jurídicas que levaram o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL a declará-lo imprestável. Sua utilização, no campo do direito público há tempos sofre questionamentos, dado que ele não reflete a lógica de definição das competências atribuídas ao Estado pela Reforma Administrativa da década de 1990, promovida pela Emenda Constitucional nº 19/1998, cujas diretrizes comprovam que a educação engendra serviço não exclusivo do Estado, passível de ser transferido para a iniciativa privada.

O prestígio pelo instituto do concurso público tampouco obsta a concessão e a terceirização de serviços públicos de educação. Não é razoável ignorar que a Administração Pública delega diuturnamente a execução de serviços públicos a terceiros, sem qualquer exigência de que os colaboradores das concessionárias sejam admitidos por intermédio de concurso público. Além disso, a disciplina constitucional não impõe a aprovação em concursos públicos como condição *sine qua non* para que profissionais exerçam tarefas de cunho didático-pedagógico nas estruturas públicas de educação. A confirmar essa assertiva, manifestou-se recentemente o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no sentido de conferir ao gestor público a atribuição discricionária para definir se a adoção de estratégias de terceirização (aqui mencionada em seu sentido estrito) é mais eficiente do que a

admissão de pessoal pelas vias comumente utilizadas pela Administração Pública (em especial o concurso público).

O risco à gratuidade da educação se mostrou uma crítica datada, posto que a legislação vigente contempla modalidades contratuais que permitem a transferência dos serviços públicos de educação a terceiros sem que estes últimos se remunerem mediante cobrança de tarifas dos usuários.

Em face a tudo isso, sob a perspectiva estritamente jurídica, a concessão e a terceirização de serviços públicos de educação são viáveis, desde que se dê em observância às hipóteses, aos limites e às formalidades impostas pelas normas vigentes, os quais, apesar de não terem sido esmiuçados nesse trabalho (que nunca pretendeu adotar um viés totalmente instrumentalista), merecem ser avaliados de maneira mais detida, em outro momento.

Essa viabilidade jurídica, todavia, não autoriza que a concessão e a terceirização sejam utilizadas indiscriminadamente pela Administração Pública, como se fossem uma panaceia para a educação pública no Brasil.

As escolas são dinâmicas por sua própria natureza, e detêm a capacidade de adequar seus processos de ensino-aprendizagem às peculiaridades locais. Estruturas e métodos educacionais comprovadamente eficientes em certas localidades, direcionados a públicos específicos, podem se mostrar inadequadas em outro contexto. Essa constatação, logicamente, impede que as concessões e terceirizações sejam encaradas como soluções para todas as mazelas que afligem a educação pública.

A utilização desses dois instrumentos deve ser antecedida por criteriosa análise de adequação pautada por estudos pedagógicos, gerenciais e econômico-financeiros, que indiquem sua eficiência em comparação com outras potenciais soluções. Cabe, portanto, aos educadores e aos gestores públicos, mediante emprego do ferramental teórico relativo às Ciências por eles estudadas, avaliar quando a utilização desse tipo de estratégia será pertinente.

Subjacente a este quadro está o emaranhado de prestações que integram os serviços públicos de educação, e a envergadura técnico-jurídica que os instrumentos contratuais que encartarão sua concessão ou sua terceirização precisam ostentar.

O planejamento de contratos de concessão de serviços públicos costuma ser tarefa árdua. A pluralidade de prestações, o volume de investimentos, os prazos de vigência alargados, dentre outros fatores, ensejam a estruturação de modelos

técnicos e econômicos complexos, que reclamam arranjos contratuais mais requintados.

Essa construção demanda a alocação de times multidisciplinares, compostos por técnicos, economistas e juristas com alto grau de especialidade, que, no mais das vezes, não são observados na composição dos quadros funcionais da Administração Pública, principalmente no âmbito dos Municípios.

No caso dos serviços públicos de educação, mesmo terceirizações tendem a ser antecedidas por uma arquitetura laboriosa, uma vez que o desenvolvimento de processos de ensino-aprendizagem reclama a execução de atividades fortemente imbricadas, pautadas por diferentes áreas do saber.

Para desenvolver a capacidade de planejar adequadamente esses contratos, o Estado terá que vencer curva de aprendizado acentuada. Para tanto, será necessário avaliar com seriedade e apuro os recursos humanos à disposição dos entes da Federação, identificando carências e investindo em capacitação, visando um contexto institucional propício para a estruturação de projetos de concessão e terceirização de serviços públicos de educação.

Em face disso, é importante que a União, a exemplo do que tem feito com projetos de infraestrutura de setores como a iluminação pública e o saneamento básico, adote postura pioneira e assuma a missão de idealizar, para uso próprio ou em favor de outros entes da Federação, concessões e terceirizações de serviços públicos de educação.

Há em sua estrutura órgãos ou entidades que detém *expertise* em projetar negócios de direito público de contornos intrincados, tais como a Secretaria Especial de Programa de Parcerias de Investimentos (SPPI), o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e a Caixa Econômica Federal, com capacidade para exercer essa tarefa, que, no longo prazo, tem o condão de culminar na criação de *standars* e boas práticas a serem seguidas pelo restante da Administração Pública brasileira.

Mostra-se pertinente, ainda, verticalizar o estudo de modelos de parcerias entre os setores públicos e privados não abordados neste trabalho, dentre eles as parcerias as quais merecem destaque aquelas firmadas junto ao terceiro setor, por intermédio dos instrumentos previstos na Lei nº 13.019/2014, e as fundadas em sistemas de *vouchers* nos quais o Estado assume o papel de mero responsável pelo

pagamento de vagas contratadas pelos próprios usuários do sistema privado de educação.

O primeiro modelo, conforme anotado alhures, possui lastro na experiência pátria. Sua utilização, todavia, parece ter sido desincentivada pela atual redação do art. 7º, *caput* c/c § 3º, inc. I, da Lei nº 14.113/2020, e seus contornos técnico-jurídicos certamente comportam aperfeiçoamentos.

O segundo modelo, por seu turno, é deveras mais complexo. Demandaria, segundo especula o autor deste trabalho, fundamento em lei específica que regule, adequada e detidamente, a hipótese de titulares do direito à educação obterem, junto ao Estado, o benefício de terem as obrigações pecuniárias por eles assumidas em virtude de contratos firmados junto a estabelecimentos privados de educação, pagas com recursos públicos.

Trata-se, certamente, de tema que merece esforço intelectual apartado, a ser sintetizado em trabalho científico específico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

“Tratamento precoce” e “kit covid”: a lamentável história do combate à pandemia no Brasil. Disponível em <<https://jornal.usp.br/ciencias/tratamento-precoce-e-kit-covid-a-lamentavel-historia-do-combate-a-pandemia-no-brasil/>>.

Acesso em 08.10.2023;

6 possíveis efeitos da terceirização na educação. Sindicato dos Especialistas de Educação do Ensino Público Municipal de São Paulo (SINESP). p. 03.04.2017. Disponível em <<https://www.sinesp.org.br/noticias/aconteceu-no-sinesp/1824-6-possiveis-efeitos-da-terceirizacao-na-educacao>>. Acesso em 28.06.2023;

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. p. 144. *In. Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado.* Ingo Wolfgang Sarlet (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 135-167;

ADRIÃO, Theresa Maria de Freitas. **Dimensões da privatização da Educação Básica no Brasil: um diálogo com a produção acadêmica a partir de 1990.** Brasília: ANPAE, 2022;

ALMEIDA, Daniela Lima. **Dimensionamento constitucional da liberdade de expressão artística no Brasil.** Dissertação (Mestrado). Fortaleza: Universidade de Fortaleza (UNIFOR), 2015;

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado (AIE).** Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro [trad.]. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985;

ANGRIST, Joshua; BETTINGER, Eric; KREMER, Michael. **Long term consequences of secondary school vouchers: evidence from administrative records in Colombia.** p. 19. *In.:* National Bureau of Economic Research. Nber working paper series. Working Paper 10713. Massachusetts: Cambridge, Ago./2004. pp. 1-33. Disponível em <https://www.nber.org/system/files/working_papers/w10713/w10713.pdf>. Acesso em 02.12.2023;

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos.** 3. ed. Rio de Janeiro: 2013;

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018;

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2000;

_____. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013;

BARRERA-OSÓRIO, Felipe. **The impactc of private provision of public education: empirical evidence from Bogotá's concession schools**. p. 2. *In.*: World Bank Policy Working Paper. n. 4121. fev./2006. pp. 1-30;

BARROSO, Luís Roberto; CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. O Supremo e a terceirização: livre iniciativa e novas estratégias de produção. p. 279. *In.*: **Os grandes julgamentos do supremo**. Abhner Youssif Mota Arabi, Fernando Maluf, José Roberto de Castro Neves (org.). Luiz Fux (coord.). Rio de Janeiro: GZ, 2020. pp. 279-295;

BELO HORIZONTE. Prefeitura Municipal. **Contrato de Concessão nº 01/2012**. Disponível em <<https://prefeitura.pbh.gov.br/transparencia/acoes-e-programas/parcerias-publico-privadas/educacao>>. Acesso em 27.12.2023;

BOMFIM, Daiesse Quênia Jaala Santos. **O custo da educação pública no brasil: uma visão contemporânea sobre investimento e qualidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2022;

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004;

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 09.09.1942;

BRASIL. Congresso Nacional. Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 05.06.1998;

BRASIL. Congresso Nacional. Emenda Constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 12.11.2009;

BRASIL. Congresso Nacional. Emenda Constitucional nº 108, de 26 de agosto de 2020. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 27.08.2020;

BRASIL. Congresso Nacional. Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 20.12.2006;

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 5.537, de 21 de novembro de 1968. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 21.11.1968;

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 5.862 de 12 de dezembro de 1972. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 13.12.1972;

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 22.06.1993;

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 14.02.1995

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 23.12.1996;

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n.º 9.424, de 24 de dezembro de 1996. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 26.12.1996;

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 20.02.1988;

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 20.02.1988;

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 18.05.1998.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n.º 9.766, de 18 de dezembro de 1998. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 19.12.1998;

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 11.01.2002.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 10.832 de 29 de dezembro de 2003. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 30.12.2003

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 31.12.2004;

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 11.738, de 16 de julho de 2008. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 11.01.2002;

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 17.06.2009;

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 26.06.2014;

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 01.08.2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.415, de 16 de fevereiro de 2017. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 17.02.2017;

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 31.03.2017;

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 1º.04.2021;

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 14.179, de 1º de novembro de 2023. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 03.11.2023;

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 22.06.1993;

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988;

BRASIL. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE). **Pacto Nacional pela Retomada de Obras de Educação**. Disponível em <<https://www.gov.br/fnde/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/programas/par/pacto-nacional-pela-retomada-de-obras-da-educacao/retomada-de-obras>>. Acesso em 03.12.2023;

BRASIL. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE). **Programas do Livro**. Disponível em <<https://www.gov.br/fnde/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/programas/programas-do-livro>>. Acesso em 03.12.2023;

BRASIL. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE). **Programa Nacional de Alimentação Escolar PNAE**. Disponível em <<https://www.gov.br/fnde/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/programas/pnae>>. Acesso em 21.02.2024;

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Censo demográfico (2022)**. Prévia da população dos Municípios com base nos dados do Censo Demográfico coletados até 25.12.2022. Disponível em <https://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2022/Previa_da_Populacao/PR_POP2022.pdf>. Acesso em 10.11.023;

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Censo demográfico (2022)**. Prévia da população dos Municípios com base nos dados do Censo Demográfico coletados até 25.12.2022. Disponível em <https://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2022/Previa_da_Populacao/PR_POP2022.pdf>. Acesso em 10.11.2023;

BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). **Censo escolar (2022)**. Resultados finais (redes estaduais e municipais) – DOU Anexo I | Censo Escolar 2022. Disponível em <<https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/pesquisas-estatisticas-e-indicadores/censo-escolar/resultados>>. Acesso em 10.11.2023;

BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). **Censo escolar (2022)**. Resultados finais (redes estaduais e municipais) – DOU Anexo I | Censo Escolar 2022. Disponível em <<https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/pesquisas-estatisticas-e-indicadores/censo-escolar/resultados>>. Acesso em 10.11.2023;

BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). **Censo escolar da educação básica 2022: resumo técnico**. Brasília, 2023;

BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). **Censo Escolar**. Disponível em <<https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/pesquisas-estatisticas-e-indicadores/censo-escolar>>. Acesso em 09.12.2023;

BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP). **Painel de Monitoramento do PNE**. Disponível em <<https://www.gov.br/inep/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/inep-data/painel-de-monitoramento-do-pne>>. Acesso em 25.03.2024;

BRASIL. Ministério da Educação (MEC). **Pisa 2018 revela baixo desempenho escolar em Leitura, Matemática e Ciências no Brasil**. Disponível em <<http://portal.mec.gov.br/ultimas-noticias/211-218175739/83191-pisa-2018-revela-baixo-desempenho-escolar-em-leitura-matematica-e-ciencias-no-brasil>>. Acesso em 12.11.2023;

BRASIL. Ministério da Educação e Cultura (MEC). Fundos Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE). Diretoria de Gestão de Fundos e Benefícios. **Novo FUNDEB**. p. 9. Disponível em <<https://www.gov.br/fnde/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/financiamento/fundeb/CartilhaNovoFundeb2021.pdf>>. Acesso em 11.11.2023;

BRASIL. Ministério da Educação. **FIES**. Disponível em <<https://accessunico.mec.gov.br/fies>>. Acesso em 28.06.2023;

BRASIL. Ministério da Educação. Ministério da Fazenda. Portaria Interministerial nº 3 de 28 de agosto de 2023. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 29.08.2023. Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-3-de-28-de-agosto-de-2023-506349275>>. Acesso em 09.12.2023;

BRASIL. Ministério da Educação. **PROUNI**. Disponível em <<https://accessunico.mec.gov.br/prouni>>. Acesso em 28.06.2023;

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Instrução Normativa nº 5, de 25 de maio de 2017. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 26.05.2017;

BRASIL. Paraná. Assembleia Constituinte. Constituição do Estado do Paraná. **Diário Oficial do Estado**. Curitiba: DOE de 05.10.1989. Disponível em <https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/exibirAto.do?action=iniciarProcesso&co_dAto=9779&codItemAto=97592>. Acesso em 18.11.2023;

BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 9.099, de 18 de julho de 2017. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 19.07.2017.

BRASIL. Presidência da República. Ministério da Educação. Secretaria de Articulação com os Sistemas de Ensino. **Planejando a próxima década: conhecendo as 20 metas do Plano Nacional de Educação**. Brasília: Ministério da Educação/Secretaria de Articulação com os Sistemas de Ensino (MEC/SASE), 2014;

BRASIL. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995;

BRASIL. Salvador. **Editais de Chamamento Público nº 02/2021**. Disponível em <<http://educacao3.salvador.ba.gov.br/documentos/>>. Acesso em 03.07.2023.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 18.685/DF. Rel. Min. Hermann Benjamin. Brasília: **Diário Oficial de Justiça**. DJe de 09.09.2017;

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 19.227/DF. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília: **Diário Oficial de Justiça**. DLe de 30.04.2013;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESp nº 1.764.202/PI. Rel. Min. Herman Benjamin. Brasília: **Diário Oficial de Justiça**. DJe de 16.11.2018;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.007. Rel. Min. Eros Grau. **Diário de Justiça**. Brasília: DJe de 24.02.2006;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.923. Rel. Min. Ayres Brito. Min. Rel. do acórdão Luiz Fuz. **Diário de Justiça**. Brasília: DJe de 17.12.2015;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 4.167. Rel. Min. Joaquim Barbosa. **Diário de Justiça**. Brasília: DJe de 17.07.2008;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 4.848. Rel. Min. Roberto Barroso. **Diário de Justiça**. Brasília: DJe de 05.05.2021;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 5.082. Rel. Min. Edson Fachin. **Diário de Justiça**. Brasília: DJe de 02.04.2020;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 5.537. Rel. Min. Roberto Barroso. **Diário de Justiça**. Brasília: DJe de 17.09.2020;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5.685. Rel. Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça**. Brasília: DJe de 21.08.2020;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 188/DF. Rel. Min. Edson Fachin. **Diário de Justiça**. Brasília: DJe de 22.09.2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 457. Rel. Min. Alexandre de Moraes. **Diário de Justiça**. Brasília: DJe de 03.06.2020;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 467. Rel. Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça**. Brasília: DJe de 07.07.2020;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário nº 791.932. Rel. Min. Alexandre de Moraes. **Diário de Justiça**. Brasília: DJe de 06.03.2019;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. **Diário de Justiça**. Brasília: DJe de 06.09.2019;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 713.221. Rel. Min. Luiz Fux. **Diário de Justiça**. Brasília: DJe de 15.04.2014;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 597.854. Rel. Min. Edson Fachin. **Diário de Justiça**. Brasília: DJe de 21.09.2017;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 1.008.166. Rel. Min. Luiz Fux. **Diário de Justiça**. Brasília: DJe de 20.04.2023;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 594.018-7. Rel. Min. Eros Grau. **Diário de Justiça**. Brasília: DJe de 07.08.2009;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 68.374, Rel. Min. Antonio Neder. **Diário de Justiça**. Brasília: DJe de 15.06.1973;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 635.546. Rel. Min. Marco Aurélio. **Diário de Justiça**. Brasília: DJe de 19.05.2021;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 12. **Diário de Justiça**. Brasília: DJe de 11.11.2008;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 548. **Leading case RE nº 1.008.166**. Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5085176&numeroProcesso=1008166&classeProcesso=RE&numeroTema=548>>. Acesso em 18.02.2024;

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 132/2008 – Plenário. Rel. Min. Roldo Cedraz. **Diário Oficial da União**: Brasília, J. em 12.02.2008;

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3.567/2014 – Plenário. Rel. Min. José Múcio Monteiro. **Diário Oficial da União**: Brasília, DOU de 16.12.2014;

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Processo TC-010245/989/18. Rel. Cons. Sidney Estanislau Beraldo. **Diário Oficial**. São Paulo: DO de 14.11.2020;

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Processo TC-019659.989.20-6. Rel. Cons. Sidney Estanislau Beraldo. **Diário Oficial**. São Paulo: DO de 14.11.2020;

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0086785-91.2022.8.19.0000. Rel(a) Des(a) Helda Lima Meirelles. **Diário Oficial de Justiça**. Rio de Janeiro: DJ de 21.03.2023;

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4). AC nº 5003550-51.2019.4.04.7000, Rel. p/ Acórdão Des. Vânia Hack de Almeida. **Diário de Justiça**. Porto Alegre: DJe de 10.11.2021;

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma do estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. pp. 17-18. *In.*: Cadernos do MARE da reforma do estado. v. 1. Brasília: Ministério da Administração Pública Federal e da Reforma do Estado, 1997. 1-58;

_____. **Os primeiros passos da reforma gerencial do Estado de 1995**. *In.*: D'INCAO, Maria Angela; MARTINS, Hermínio (org.). Democracia, Crise e Reforma: Estudos sobre a era Fernando Henrique Cardoso. São Paulo: Paz e Terra, 2010. pp. 171-212. Disponível em

<<https://bresserpereira.centrodeeconomiapolitica.org/index.php/academic-papers/8416-2834>>. Acesso em 30.03.2024;

CABRAL, Guilherme Perez. Terceirização da educação no Brasil: por mais lucro à empresa educacional. **Campaña Latinoamericana por el Derecho a la Educación**. 16.06.2015. Disponível em <<https://redclade.org/noticias/terceirizacao-da-educacao-no-brasil-por-mais-lucro-a-empresa-educacional/>>. Acesso em 24.03.2024;

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 1ª ed. Brasileira. T. II. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1970;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra (Portugal): Almedina, 2002;

CAPELOTTI, João Paulo. **Ridendo castigat mores: tutelas reparatórias e inibitórias de manifestações humorísticas no direito civil brasileiro**. Tese (Doutorado). Curitiba: Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2016;

CARNOY, Martin; SIMIELLI, Lara. **Escolas charter e vouchers: o que dizem as evidências sobre subsídios públicos para entidades privadas em educação? In.:** Dados para um Debate Democrático na Educação (D³e). Disponível em <<https://d3e.com.br/relatorios/evidencias-sobre-escolas-charters-e-vouchers/>>. Acesso em 02.12.2023;

CARREIRA, Denise [et. al.]. **Indicadores de qualidade no ensino médio**. Denise Carreira (Coord.). São Paulo: Ação Educativa, 2018. Disponível em <[https://www.unicef.org/brazil/media/1521/file/Indicadores da Qualidade no Ensino Medio.pdf](https://www.unicef.org/brazil/media/1521/file/Indicadores_da_Qualidade_no_Ensino_Medio.pdf)>. Acesso em 17.10.2023;

CELONE, Cristiano; ROBL FILHO, Ilton Norberto. **A garantia constitucional da responsabilidade gerencial no Brasil e na Itália: responsabilidade por resultados dos dirigentes públicos nos sistemas brasileiro e italiano e as relações entre órgãos políticos e administrativos**. p. 474. In.: Revista da Presidência, v. 21, pp. 452-481, 2020;

Concessões de aeroportos. Disponível em <<https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes>>. Acesso em 02.07.2023;

Contrato de Concessão nº 01/2012. Disponível em <<https://prefeitura.pbh.gov.br/transparencia/acoes-e-programas/parcerias-publico-privadas/educacao>>. Acesso em 29.06.2023;

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Organização das Nações Unidas, 1948. Disponível em <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos#:~:text=Todo%20ser%20humano%20tem%20direito,liberdade%20e%20%C3%A0%20seguran%C3%A7a%20pessoal.&text=Ningu%C3%A9m%20ser%C3%A1%20mantido%20em%20escravid%C3%A3o,em%20todas%20as%20suas%20formas.&text=Ningu%C3%A9m%20ser%C3%A1%20submetido%20%C3%A0%20tortura,castigo%20cruel%20e%20desumano%20ou%20degradante.>>. Acesso em 25.09.2023.

DEFANTI, Francisco. **Um ensaio sobre a autorregulação: características, classificações e exemplos práticos.** *In.*: Revista de Direito Público da Economia (RDPE). ano 16, n. 63, jul./set. 2018. pp. 149-181. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018;

_____. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022;

DUGUIT, Léon. **Traté de Droit Constitutionnel.** 3. ed. T. II. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & C^{sie}, 1928;

_____. **Las transformaciones del derecho publico y privado.** Adolfo G. Posada, Ramón Jaén e Carlos G. Posada (Trad.). Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L, s.a;

Equipe técnica do projeto da PPP da AMFRI visita 25 unidades infantis de Balneário Camboriú. p. em 13.03.2023. Disponível em <https://www.bc.sc.gov.br/imprensa_detalhe.cfm?codigo=34976>. Acesso em 29.06.2023;

Estado oferta 50 mil novas vagas em cursos técnicos; inscrições terminam dia 23. Disponível em <<https://www.aen.pr.gov.br/Noticia/Estado-oferta-50-mil-novas-vagas-em-cursos-tecnicos-inscricoes-terminam-dia-23>>. Acesso em 16.12.2023;

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública.** Coimbra: Livraria Almedina, 1999;

FENSTERSEIFER, Paulo Evaldo. **A tarefa educacional na especificidade da escola**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2020. p. 47.

FERNANDEZ, Rodrigo Nobre; ROSA, Taciane Coutinho da; CARRARO, André; SHIKIDA, Claudio Djissey; CARVALHO, Áurea Regina Evangelista Sores Franco de. **Parcerias público-privadas: uma alternativa para a educação brasileira**. p. 394. *In.*: Planejamento e Políticas Públicas. n. 52, jan./jun.2019. pp. 381-408. Disponível em <<https://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/885>>. Acesso em 02.12.2023;

Fórum Nacional das Instituições Filantrópicas (FONIF). **Pesquisa: a contrapartida do setor filantrópico para o Brasil (2018)**. Brasil: 2018;

FRANCO, Dalva de Souza; DOMICIANO, Cassia Alessandra; ADRIÃO, Theresa Maria de Freitas. **Privatização das creches em São Paulo e seus efeitos sobre a qualidade da oferta**. Teoria e Prática da Educação. v. 22, n. 3, setembro/dezembro de 2019. Maringá/PR: Universidade Federal de Maringá, 2019;

FREIRE, Paulo. O Mobrau nasceu para negar o meu método e o meu discurso. **Folha de São Paulo**. 29.05.1994. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1994/5/29/mais!/13.html>>. Acesso em 24.03.2024;

GARCIA, Flávio Amaral. **A relativização da distinção atividade-fim e atividade-meio na terceirização aplicada à Administração Pública**. p. 4. Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE). n. 19, set-nov. 2009. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2009. pp. 1-26;

GONÇALVES, Pedro. **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridades por entidades privadas com funções administrativas**. Coimbra: Almedina, 2005;

GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Direitos fundamentais – tópicos de teoria geral. p. 155. *In.*: MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRASIL, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. pp. 135-191.

Governo do Paraná aprofunda privatização do ensino público, analisam profissionais da educação. Brasil de Fato. p. 18.04.2022. Disponível em <<https://www.brasildefatopr.com.br/2022/04/18/governo-do-parana-aprofunda-privatizacao-do-ensino-publico-analisam-profissionais-da-educacao>>. Acesso em 28.06.2023;

GRAU, Eros Roberto. **Conceito de “Relevância Pública” na Constituição de 1988.** *In.*: Revista de Direito Sanitário. vol. 5, n. 2, julho de 2004. pp. 68-76;

Grupo de Estudos e Pesquisas em Políticas Educacionais (GREPPE). Disponível em <<https://www.greppe.fe.unicamp.br/pt-br>>. Acesso em 29.06.2023;

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **O exercício da função administrativa e o direito privado.** Belo Horizonte: Fórum, 2021;

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria público-privada.** São Paulo: Saraiva, 2012;

HARADA, Kiyoshi. Por que faltam recursos públicos no Brasil? *In.*: **Revista Consultor Jurídico.** Brasil: 1º de julho de 2021. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-01/kiyoshi-harada-faltam-recursos-publicos-brasil/>>. Acesso em 05.12.2023;

IBGE educa jovens. **Conheça o Brasil.** Disponível em <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18317-educacao.html>>. Acesso em 24.03.2024;

JÉZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo.** Julio N. San Millán Almagro (Trad.). T. II. pp. 18-26. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1948;

JORDÃO, Eduardo. **Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro.** *In.*: Revista de Direito Administrativo. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas (FGV), nov./2018. pp. 63-92. Disponível em <<https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77650/74313>>. Acesso em 02.06.2024;

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019;

_____. Considerações sobre a equação econômico-financeira das concessões de serviço público: a questão da TIR. p. 505. *In.*: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.): **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. pp. 501-528;

_____. **Curso de direito administrativo.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009;

KIPP. **What is a charter school?** Disponível em <<https://www.kipp.org/schools/charter-schools/>>. Acesso em 26.11.2023;

LEMOS, Inez. **Pedagogia do consumo: família, mídia e educação**. Belo Horizonte: Autêntica, 2007;

MALISKA, Marcos Augusto. Comentários ao art. 206, inciso V, da Constituição Federal de 1988. p. 2047. *In.*: **Comentários à Constituição do Brasil**. SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. pp. 2044-2448;

_____. **O direito à educação na Constituição de 1988**. Dissertação (Mestrado). Curitiba: Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2000;

MARQUES, Stela; OLIVEIRA, Thiago. **Educação, ensino e docência, reflexões e perspectivas**. p. 190. *In.*: Revista Reflexão e Ação. v. 24, n. 3, set/dez 2016;

MARTINS, Humberto Falcão. **Uma teoria da fragmentação de políticas públicas: desenvolvimento e aplicação na análise de três casos de políticas de gestão pública**. Doutorado (Tese). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas (FGV), 2003;

MASSAGÃO, Mário. **Natureza jurídica da concessão de serviço público**. São Paulo: Saraiva & Cia., editores, 1933;

MENDES, Renato Geraldo. **O processo de contratação pública: fases, etapas e atos**. Curitiba: Zênite, 2012;

MIRANDA, Daniel Estevão Ramos de. **A contribuição de Bresser-Pereira para a (re)construção intelectual do Estado brasileiro**. *In.*: Revista Agenda Política. V. 10, n. 2. São Carlos: Universidade de São Carlos (UFSCar), mai-ago. 2022. pp. 112-137;

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV, 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000;

Missão técnica da PPP da Educação Infantil é finalizada com êxito. p. em 07.11.2022. Disponível em <<https://www.cim-amfri.sc.gov.br/noticias/index/ver/codMapaltem/158997/codNoticia/751134>>. Acesso em 29.06.2023;

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003;

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviços públicos: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral)**. São Paulo: Malheiros, 2010;

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 608;

Na Câmara, Ministro Mendonça Filho afirma ser contra a terceirização de professores. **Ministério da Educação (MEC)**. Disponível em <<http://portal.mec.gov.br/component/tags/tag/terceirizacao>>. Acesso em 24.03.2024.

OECD (2019). **PISA 2018 Results (Volume I): What Students Know and Can Do, PISA**. Paris: OECD Publishing, 2019. pp. 57-62. Disponível em <<https://doi.org/10.1787/5f07c754-en>>. Acesso em 12.11.2023;

OECD (2023), **Education at a Glance 2023: OECD Indicators**. Paris: OECD Publishing, 2023. Disponível em <<https://doi.org/10.1787/e13bef63-en>>. Acesso em 12.11.2023;

PARANÁ. Assembléia Legislativa. Lei nº 15.608, de 16 de agosto de 2007. **Diário Oficial do Estado**. Curitiba: DOE de 16.08.2007;

PARANÁ. Secretaria de Estado da Educação e do Esporte. **Contrato nº 067/2022**. Disponível em <<http://www.transparencia.pr.gov.br/pte/compras/licitacoes/inicio?windowId=35e>>. Acesso em 13.12.2023;

PARANÁ. Secretaria de Estado da Educação e do Esporte. **Edital de Pregão Eletrônico nº 980/2021**. Disponível em <<http://www.transparencia.pr.gov.br/pte/compras/licitacoes/inicio?windowId=35e>>. Acesso em 13.12.2023;

PATRINOS, Harry Anthony; BARRERA-OSORIO, Felipe; GUÁQUETA, Juliana. **The role and impact of public-private partnerships in education**. Washington DC: The International Bank of Reconstruction and Development/The World Bank 2009;

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coleção Teses. Coimbra: Livraria Almedina, 1996;

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Comentários aos arts. 205 e 206, da Constituição Federal de 1988. p. 2229. *In.*: **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Paulo Bonavides, Jorge Miranda e Walber de Moura Agra (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2009. pp. 2.219-2.238;

PIACENTIN, Antonio Isidoro. O direito à educação na Constituição Democrática de 1988. p. 56. *In.*: **Direito e educação: reflexões para uma perspectiva interdisciplinar**. Daniella Basso Batista Pinto e Rodrigo Suzuki (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 49-68;

PIAGET, Jean. **Para onde vai a educação?** Tradução de Ivete Braga. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1973;

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo; CONRADO, Marcelo. Por uma função emancipatória das atividades complementares: a integração do ensino, pesquisa e extensão. pp. 93-94. *In.*: **Ensino jurídico e desafios contemporâneos**. Organizado por Eroulths Cortiano Junior... [et al]. Curitiba: OABPR, 2014 [Coleção Comissões, v. 14. pp. 92-107];

Plataforma QEdu. Disponível em <<https://qedu.org.br/brasil/ideb>>. Acesso em 12.11.2023;

Plataforma QEdu. Disponível em <<https://qedu.org.br/municipio/4106001-congonhinas/ideb>>. Acesso em 10.11.2023;

Plataforma QEdu. Disponível em <<https://qedu.org.br/municipio/4106902-curitiba/ideb>>. Acesso em 10.11.2023;

PNE em Movimento. Disponível em <https://simec.mec.gov.br/pde/grafico_pne.php#onepage>. Acesso em 12.11.2023;

PARANÁ. Secretaria de Estado da Administração. Pregão Eletrônico nº 980/2021. Disponível em <<http://www.transparencia.pr.gov.br/pte/compras/licitacoes/inicio?windowId=35e>>. Acesso em 28.06.2023;

Proposta de Emenda à Constituição nº 15/2015 (numeração na Câmara dos Deputados). Raquel Muniz (autora). Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1198512>>. Acesso em 17.10.2023. No Senado, a Proposta tramitou sob o nº 26/2020;

QEdu. Disponível em <<https://qedu.org.br/>>. Acesso em 09.12.2023;

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na administração pública**. São Paulo: LTr, 2001;

Retrospectiva: Brasil pior no ranking educacional e violência marcam 2023. **Correio Braziliense**. 28.12.2023. Disponível em <<https://www.correiobraziliense.com.br/euestudante/educacao-basica/2023/12/6775465-retrospectiva-brasil-pior-no-ranking-educacional-e-violencia-marcam-2023.html>> . Acesso em 24.03.2024;

Reunião na AMFRI apresenta projeto da PPP de educação infantil em BC, Luiz Alves e Camboriú. p. em 01.11.2022. Disponível em <https://www.bc.sc.gov.br/imprensa_detalhe.cfm?codigo=34143>. Acesso em 29.06.2023;

RIBEIRO, Vanda Mendes [et. al.]. **Indicadores de qualidade na educação (ensino fundamental)**. Vera Masagão Ribeiro [et. al.] (Coord.). 4. ed. São Paulo: Ação Educativa, 2013. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/media/2156/file/Indicadores_da_Qualidade_na_Educao_ensino_fundamental.pdf>. Acesso em 17.10.2023;

RIVAS, Miguel Ángel **El derecho de aprender vs. el derecho de enseñar: una puja por los recursos públicos**. Buenos Aires: Lumen, 2013;

ROCHA, Marcelo Hugo da. **Direito à educação digna e ação civil pública**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018;

RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. **Avaliação do impacto da utilização de parceria público-privada para construção e operação de unidades municipais de educação infantil em Belo Horizonte**. Dissertação (Mestrado). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas (FGV) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, 2015;

Salvador avança na Educação Infantil com novas unidades de ensino e mais vagas. Bahia em Revista, 30.08.2022. Disponível em

<<https://bahiaemrevista.com.br/salvador-avanca-na-educacao-infantil-com-novas-unidades-de-ensino-e-mais-vagas/>>. Acesso em 10.12.2023;

SALVADOR. Câmara Municipal. **Lei Municipal nº 9.105, de 29 de julho de 2016**. Salvador, 2016. Disponível em <<https://leismunicipais.com.br/a/ba/s/salvador/lei-ordinaria/2016/911/9105/lei-ordinaria-n-9105-2016-aprova-o-plano-municipal-de-educacao-de-salvador-e-da-outras-providencias>>. Acesso em 05.12.2023;

SALVADOR. Câmara Municipal. **Lei Municipal nº 9.410, de 13 de dezembro de 2018**. Salvador, 2018. Disponível em <<https://leismunicipais.com.br/a/ba/s/salvador/lei-ordinaria/2018/941/9410/lei-ordinaria-n-9410-2018-institui-o-projeto-pe-na-escola-destinado-ao-atendimento-de-criancas-na-faixa-etaria-de-6-seis-meses-a-5-cinco-anos-e-da-outras-providencias>>. Acesso em 05.12.2023.

SALVADOR. Prefeitura Municipal de Salvador. **Decreto Municipal nº 30.734, de 19 de dezembro de 2018**. Salvador, 2018. Disponível em <<https://leismunicipais.com.br/a/ba/s/salvador/decreto/2018/3073/30734/decreto-n-30734-2018-regulamenta-a-lei-municipal-n-9410-de-14-de-dezembro-de-2018-que-institui-o-projeto-pe-na-escola-destinado-ao-atendimento-de-criancas-na-faixa-etaria-de-6-meses-a-5-anos-e-da-outras-providencias>>. Acesso em 05.12.2023.;

SALVADOR. Prefeitura Municipal de Salvador. Secretaria Municipal da Educação. Comissão Setorial Permanente de Licitação. **Edital de Credenciamento nº 002/2023**. p. 4. Disponível em <<http://educacao3.salvador.ba.gov.br/adm/wp-content/uploads/2023/02/Credenciamento-P%C3%A9-na-Escola.pdf>>. Acesso em 05.12.2023;

SANTOS, Marcele Oliveira dos; SANTOS, Rosilene Guimarães dos. **Privatização da educação infantil: análise do projeto pé na escola no Município de Salvador-Bahia**. In.: Revista Poésis. v. 17, n. 31, Tubarão (SC): Universidade do Sul de Santa Catarina, jan./jun. 2023;

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012;

SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. Doutorado (Tese). São Paulo: Universidade de São Paulo (USP), 2011;

SEED em **números.** Disponível em http://www4.pr.gov.br/escolas/numeros/frame_geralprofpesvinc.jsp?mes=09&ano=2023>. Acesso em 09.10.2023;

SILVA, Almiro do Couto e. **Privatização no Brasil e novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço Público “à brasileira”.** p. 45. *In.*: Revista de Direito Administrativo. n. 230, Out/Dez. 2022. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas [FGV]. pp. 45-74;

SILVA, Ana Paula Soares [et. al.] **Indicadores de qualidade na educação infantil.** Lee Oswald Siqueira [et. al.] (Coord.). Ministério da Educação/Secretaria de Educação Básica. Brasília: MEC/SEB, 2009. Disponível em [https://www.unicef.org/brazil/media/506/file/Indicadores da Qualidade na Educacao Infantil.pdf](https://www.unicef.org/brazil/media/506/file/Indicadores_da_Qualidade_na_Educacao_Infantil.pdf)>. Acesso em 17.10.2023;

SILVA, Janaina Almeida da Costa. **Qualidade na educação** [recurso eletrônico]. São Paulo: Cengage, 2016;

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018;

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94.** São Paulo: Malheiros, 1994;

SUSIN, Maria Otilia Kroeff. **A educação infantil em Porto Alegre: um estudo de caso das creches comunitárias.** Dissertação (Mestrado). Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), 2005;

TEIXEIRA, Hélio Janmy. **Da administração geral à administração escolar.** 1ª ed. 3º reimp. São Paulo: Editora Edgard Blucher Ltda, 2016;

VASONCELOS JÚNIOR, Marcos de Oliveira. **A terceirização na administração pública e os serviços públicos de saúde.** p. 82. *In.*: CONPEDI/UNICURITIBA. (Org.). Direitos Sociais e Políticas Públicas II. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 77-92;

VENCO, Selma Borghi; SOUSA, Flávio. **O crepúsculo da função pública: distopia ou realidade?** p. 171. *In.*: Revista Educación, Política y Sciedad. v. 6, n. 1. Madri: Universidad Autónoma de Madrid (UAM), 2021. pp. 149-176;

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016;

VIEIRA SANTOS, Fernando Pedro. **A crise do Estado Social: a desconstrução do pensamento de um Estado Prestador na Proteção Social, no âmbito do Rendimento de Inserção Social, a partir do século XXI**. Dissertação (Mestrado). Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018. pp. 28 e ss. Disponível em <https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/85776/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em 18.11.2023;

VIOLIN, Tarso Cabral. **A terceirização ou concessão de serviços públicos sociais - a privatização de creches municipais**. In.: Informativo de Direito Administrativo Responsabilidade Fiscal (IDAF), n. 13, ago/2002. Curitiba: Zênite, 2002. pp. 25;

VIOLIN, Tarso Cabral. **Estado, Ordem Social e Privatização: as terceirizações ilícitas da Administração Pública por meio das organizações sociais, OSCIPs e demais entidades do 'terceiro setor'**. p. 377. Raízes Jurídicas, v. 4, p. 369-380, 2008. Curitiba: Universidade Positivo (UNICEMP), 2008;