

# **AS CONCEPÇÕES DE EDUCAÇÃO COMO SERVIÇO, DIREITO E BEM PÚBLICO: CONTRIBUIÇÕES PARA A DEFESA DA ESCOLA PÚBLICA COMO GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO**

Simone Alves Cassini – UFES

Gilda Cardoso de Araujo – UFES

## **Introdução**

Em termos de concepções a educação é proclamada como direito público, o que não poderia se confundir com serviço nem com bem público (ABICALIL, 2013), embora sejam concepções que se interpenetrem no atual discurso acadêmico e político. Partindo dessa premissa pretendemos tratar essas distinções, procurando analisar como o direito à educação é concebido no âmbito da prestação positiva do Estado, trazendo a noção de educação como serviço público, como direito público e o atual discurso em defesa da educação como bem público.

Dessa forma, a partir de uma análise histórica e interpretativa, apresentamos, no primeiro momento, a configuração do serviço público como modo de atuação do Estado para, no segundo momento, discutir como o direito à educação é concebido nas legislações. Por fim, analisamos o recente discurso que concebe a educação como bem público. Para tanto, utilizamos a doutrina do Direito, particularmente do Direito Administrativo, para tratar das questões conceituais relativas à administração pública (CLÈVE, 2011; DI PIETRO, 2012; GASPARINI, 2003; JUSTEN FILHO, 2003; PONTES DE MIRANDA, 1933; MEIRELLES, 2010; SCHIER, 2011) relacionando ao debate na área educacional (CURY, 2002 e 2008; DIAS, 2003 e 2005; DUARTE, 2004; OLIVEIRA, 1999 e 2009; SAVIANI, 2008; TEIXEIRA, 1956, 1958, 1996)

As conclusões apontam para a necessidade de novos debates em torno da concepção da educação não só como direito, mas fundamentalmente, como os modos de atuação do Estado influenciam para a garantia desse direito, ponderando para os riscos que se corre ao recorrermos à concepção de educação como bem público.

## **A concepção de serviço público.**

Os serviços públicos estão entre os “distintos modos de prestação pelo Estado de serviços aos cidadãos” (MODESTO, 2005, p. 1). Não há consenso na doutrina quanto ao seu conceito, pois existem concepções desde as mais amplas - que traduzem toda atividade prestada pelo Estado como serviço público, ideia essa apresentada por Massagão (1968); Cretella Júnior (1980), Medauar (2001), dentre outros juristas – às mais restritas, que estabelecem elementos que restringem as atividades que podem ou não assim serem classificadas, como as de Tácito (1975), Mello (1975), Justen Filho (2003).

A noção de serviço público tem sua gênese no contexto do liberalismo clássico, sofrendo modificações no processo histórico de formação do Estado e seu modo de atuar na sociedade. Segundo Schier (2011), originalmente a concepção de serviço público é atrelada à noção de desenvolvimento que, naquele tipo de Estado (liberal), fora caracterizado pela intervenção mínima na economia para consolidação burguesa das bases do capitalismo. Ou seja, consistia em toda atividade assumida pelo Estado, desde que não interferisse na livre concorrência e estivesse vinculadas à noção de desenvolvimento econômico, o que englobava atividades de infraestrutura ou de interesse geral que não auferissem lucro.

Entretanto mesmo com essa definição o liberalismo clássico já postulava a educação como serviço público. A título de exemplo, Adam Smith (1983), um dos teóricos do liberalismo clássico, já abordava a educação como serviço público, considerando uma das atividades reguladas pelo Estado e não basicamente prestadas por ele, já que os gastos com instrução não necessariamente seriam custeados com receita pública, pois poderia gerar receita específica para manter-se, como pagamento dos honorários ou remuneração do professor pelo aluno. Seu pensamento não pleiteava o pleno financiamento do Estado pela instrução pública, mesmo entendendo tratar-se de atividade importante e não lucrativa.<sup>1</sup> Em resumo, historicamente, antes mesmo de ser

---

<sup>1</sup> Isso porque serviço público não pressupõe gratuidade, mas, gestão pública. Podemos citar como exemplos os serviços públicos de saneamento básico, telefonia, eletricidade, etc. A visão liberal

concebida como um direito social, a educação foi defendida pelos liberais como um serviço público, pois tratava-se de condição para o “usufruto dos direitos civis” (CURY, 2002, p. 249).

### **A concepção de Educação como serviço público**

A concepção de serviço público, não apenas como instrumento de desenvolvimento, mas também de redução das desigualdades só surgiu como modo de atuar do Estado a partir da instituição do Estado Social que, por sua característica intervencionista e por constitucionalizar os direitos sociais<sup>2</sup>, assumiu novas atribuições. Tem-se, a partir de então, a afirmação de que esse tipo de Estado “é o Estado do Serviço Público. O serviço público é a tradução jurídica do compromisso político da intervenção estatal para satisfazer as necessidades coletivas” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 23).

Dessa forma, a concepção de serviço público foi se afirmando como o modo de atuação do Estado para a efetivação dos direitos sociais. No Brasil é importante problematizar o processo histórico de transformação da concepção de serviço público no ordenamento jurídico, pois um de seus efeitos é a “desfiguração do que sofre a política educacional brasileira” (TEIXEIRA, 1956). O debate em defesa da educação como serviço prestado pelo Estado, logo, público no sentido de domínio estatal para fiscalização e gestão, foi indubitavelmente embaraçado pelo debate privatista da educação com a apologia da livre iniciativa, desvirtuando a noção de escola pública defendida durante a década de 1950<sup>3</sup>, pois na avaliação de Anísio Teixeira a

[...] relativa ausência de vigor de nossa atual concepção de escola pública e a aceitação semi-indiferente da escola particular foram e são, ao meu ver, um dos aspectos dessa desfiguração generalizada de que sofre a política educacional brasileira [...](TEIXEIRA, 1956)

---

clássica da escola pública, gratuita, obrigatória e laica, foi originariamente difundida por Condorcet, que expressou a visão mais elaborada da relação Estado e escola (SAVIANI, 2008).

<sup>2</sup>Os direitos sociais foram constitucionalizados primeiro na Constituição Mexicana de 1917, depois na Constituição Russa de 1918, e posteriormente na Constituição de Weimar de 1919.

<sup>3</sup>Nos anos 1950, a Constituição de 1946, que previu a elaboração de uma Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, reavivou o debate sobre a educação que já havia sido polarizado, na década de 1930, por dois blocos distintos: de um lado educadores comprometidos com os ideais da Escola Nova, defendendo a escola pública, laica e comum; e de outro lado, os defensores da iniciativa privada, que teve como principal protagonista a Igreja Católica.

Anísio Teixeira foi um dos precursores na defesa do direito à educação como direito de interesse público, promovido pela lei (TEIXEIRA, 1996). Apesar de não ter prevalecido a concepção de educação pública da forma por ele e por seu grupo defendida, ao menos foi salvaguardada a atuação do Estado com a garantia de alguma concepção de escola pública com o advento da primeira LDB (Lei nº. 4.024/1961).

Assim, o que se pretendia era conceber a educação como serviço público no qual o Estado tem maior interferência e controle e, para isso, não bastava enunciá-la como direito, era preciso adaptar a legislação para assim caracterizá-la segundo a noção jurídica de serviço público, que interfere no modo de agir do Estado.

O conceito de serviço público se modifica de acordo com a necessidade e as contingências políticas, econômicas, sociais, culturais e o momento histórico de cada sociedade. Atualmente, um exemplo da modificação da concepção de serviço público é a interpretação dada pelo doutrinador Hely Lopes Meirelles à educação. Em sua obra *Direito Administrativo Brasileiro*, traduzia o ensino, quando prestado por particular, “desprovido da natureza jurídica de serviço público”, interpretação que adotava até o ano de 2009.

A modificação desse conceito em Meirelles foi influenciada pelas concepções do ministro Eros Grau que, em 2008, por ocasião da 13ª edição do livro *A ordem econômica na Constituição de 1988*, considerou seu raciocínio errôneo, posto que partia da premissa equivocada de que a mesma atividade “caracteriza ou deixa de caracterizar serviço público se empreendida pelo Estado ou pelo setor privado”. (MEIRELLES, 2010, p. 352). Nessa perspectiva, os autores consideram a educação como um serviço público não exclusivo do Estado.

Ainda a título de reforçar essa perspectiva de serviço público, no ano de 2005, a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino interpôs sob nº. 1007-7, Ação Direta de Inconstitucionalidade à Lei nº. 10.989/93 do estado de Pernambuco, que estabelecia prazo para pagamento de mensalidades nos estabelecimentos privados de ensino naquela unidade da federação. Dentre os argumentos que respaldaram o pedido estava o da livre iniciativa. O ministro Eros Grau foi relator da ação, julgada improcedente, considerando o ensino serviço público, conforme a decisão

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 10.989/93 DO ESTADO DE PERNAMBUCO. EDUCAÇÃO: SERVIÇO PÚBLICO NÃO PRIVATIVO. MENSALIDADES ESCOLARES. FIXAÇÃO DA DATA DE VENCIMENTO. MATÉRIA DE DIREITO CONTRATUAL. VÍCIO DE INICIATIVA.

1. Os serviços de educação, sejam os prestados pelo Estado, sejam os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser desenvolvidos pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. [...]

(STF; ADI 1007-7; Tribunal Pleno; Rel. Min. Eros Grau; Julg. 30/08/2005; DJ 24/02/2006)

O relator deixou claro, em seu voto, que o julgamento não era sobre matéria que tratava de educação mas de contrato. Assim, defendeu ser a educação serviço público. Essa interpretação não foi unânime no Tribunal. O ministro Carlos Britto discordou dos argumentos do relator afirmando não conceber a educação nem a saúde como serviços públicos e, diferente de Eros Grau, votou contra a procedência da ação por considerar ser de competência do Estado legislar sobre matéria de responsabilidade de dano ao consumidor. Isso demonstra que as concepções de serviço público são distintas, havendo divergências dentro do próprio Poder Público.

Convergindo para as ideias de Grau (2008) e Meirelles (2010), Di Pietro (2012, p.106), ao estudar a evolução do conceito de serviço público, conclui que houve uma ampliação na sua abrangência para que fossem incluídas atividades de natureza comercial, industrial e social. Contudo, é a lei que define as atividades que são consideradas serviço público. Assim, não é possível avaliar qual o melhor conceito a ser adotado, pois ora a legislação utiliza o conceito no sentido amplo, ora no sentido restrito. Com esses argumentos, a autora distingue serviço público das demais atividades administrativas de natureza pública, conceituando-o como “atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”.<sup>4</sup>

O regime jurídico público é o elemento formal da noção clássica de serviço público, que é caracterizado pela **gestão** direta ou indireta do Estado. É nessa perspectiva que

---

<sup>4</sup>Di Pietro, concebe a educação como serviço público não exclusivo do Estado, “próprio” quando por ele executado, e “serviço público impróprio” quando autorizado ao particular. Argumenta tratar-se de “público” porque atende as necessidades coletivas, mas “impropriamente público” porque não tem a gestão direta ou indireta do Estado (2012, p.117).

podemos dizer que Anísio Teixeira defendeu a gestão pública do ensino por meio do reconhecimento da educação pública, no sentido da escola pública única, universal, para todos. Não se trata de monopólio do Estado, mas de um dado regime jurídico de prestação, que limita a livre iniciativa aos ditames da justiça social, como nos explica Cavalcanti (2010, p1).

Tratar a Educação como serviço público é um passo para se desenvolver um planejamento a longo prazo em prol da dignidade humana e da liberdade.

Ver na livre iniciativa e na livre concorrência princípios que devem se sobressair da educação é submeter o mínimo existencial ao mercado capitalista, quando esse deve ser instrumento do homem para a conquista de suas necessidades materiais e imateriais.

Com a previsão legal da livre iniciativa, há coexistência de dois tipos de regime jurídico, ou seja, o público quando o serviço educacional é prestado pelo Estado, e o privado quando prestado pelo particular. O instituto da **autorização**, a que a instituição privada está sujeita, é classificado, no direito administrativo, como ato administrativo unilateral, discricionário e precário pela qual o poder público autoriza certa atividade, serviço ou a utilização de determinados bens particulares ou públicos, com o objetivo que se satisfaça certas exigências administrativas, sem interesse à obtenção de continuidade da autorização (que pode ser negada pelo poder público). Nos serviços caracterizados na legislação como públicos (que não deixam dúvida quanto a essa classificação), a investida da iniciativa privada é possível desde que atendam aos princípios da continuidade do serviço público, da flexibilidade dos meios aos fins e da igualdade dos usuários e, por isso, incide maior ingerência do Estado, pois são regidos pelos institutos da concessão ou permissão<sup>5</sup>.

Adotando a concepção de que a educação é serviço público impróprio, Di Pietro (2012) entende que o instituto da autorização, nesse caso, não constitui ato de

---

<sup>5</sup>Uma atividade considerada serviço público, por regra do art. 175 da CF/88, só pode ser delegada ao particular por meio dos institutos da concessão ou da permissão. A diferença entre esses dois institutos consiste que, enquanto a permissão é ato unilateral, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público faculta ao particular serviços de interesse coletivo, ou o uso de bens público, a concessão decorre de acordo de vontades, ou seja, trata-se de contrato administrativo pelo qual transfere-se o serviço público. A autorização é uma exceção a essa regra, prevista no art. 21, XXI e XXII da CF/88, por isso existem divergências quanto à classificação dos serviços educacionais como serviço público. (MEIRELLES, 2010)

delegação de atividade do Estado, mas simples medida de polícia<sup>6</sup>, incapaz de suscitar o regime jurídico de direito público.

Como alertou Ataliba (1993), não estabelecer o regime jurídico de direito público, ou seja, deixar certas atividades à mercê do regime jurídico de direito privado e longe do domínio estatal, pode levar a desproteção do interesse público, ocasionando ausência de tutela ao usuário desse serviço, como também ausência de controle estatal. O risco é ainda maior no caso de os serviços incluírem atividades que estão no rol dos direitos sociais fundamentais, constituídos constitucionalmente como direito público, como é o caso da educação.

### **A concepção de Educação como direito público**

Como abordamos na primeira parte deste artigo, a noção de serviço público é anterior à de direito público, pois durante a vigência do chamado Estado Liberal os serviços públicos eram atividades tuteladas pelo Estado, de interesse geral, não lucrativas e que promovessem o desenvolvimento, sem interferência estatal na economia. Somente a partir da noção de Estado Social que essa concepção foi tomando outros contornos. Ou seja, foi a partir do surgimento dos direitos sociais e a nova gama de atividades assumidas pelo Estado (os direitos prestacionais) que o “serviço público” passou a ser concebido como modo de atuação para garantia desses direitos.

Atualmente, a posição ativa do Estado reforça a característica de certos direitos como *públicos subjetivos*. A Constituição Federal de 1988 trata a educação como um direito social fundamental (art. 6º), público e subjetivo em se tratando de etapa obrigatória (art. 208, §1º). Segundo Cury (2008, p. 295)

A educação básica é declarada, em nosso ordenamento jurídico maior, como direito do cidadão – dever do Estado [...] Este reconhecimento positivado, dentro de um Estado Democrático de Direito, tem atrás de si um longo caminho percorrido. Da instrução própria das primeiras letras no Império, reservada apenas aos cidadãos, ao ensino

---

<sup>6</sup>Medida de polícia decorre do poder de polícia do Estado, que consiste nas suas atribuições que visam limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público. Essa medida, segundo Di Pietro (2012, p. 124), incide “sobre bens, direitos ou atividades”, e decorrem dos institutos da licença e da autorização.

primário de quatro anos nos estados da Velha República, do ensino primário obrigatório e gratuito na Constituição de 1934 à sua extensão para oito anos em 1967, derrubando a barreira dos exames de admissão, chegamos ao direito público subjetivo e ao novo conceito ora analisado.

Esse “novo conceito” a que o prof. Cury se refere é o da concepção de educação como direito social público e subjetivo, juridicamente protegido no âmbito do ensino obrigatório, e da educação escolar “erigida em bem público de caráter próprio, por ser ela em si cidadã” (2008, p. 296).

A concepção de direito público subjetivo tem sua origem na Alemanha, no final do século XIX por ocasião vigência da Constituição do Estado Social, em decorrência da necessidade de uma posição ativa, ou melhor, de maior comprometimento do Estado quanto à proteção dos direitos sociais enunciados. Pontes de Miranda foi um dos primeiros juristas a esboçar uma teoria dos direitos fundamentais no Brasil, em que o comprometimento do Estado com os direitos humanos era a forma de promover o desenvolvimento e a justiça social. Dessa forma, foi o primeiro jurista a tratar a educação como direito público subjetivo, trazendo a ideia de escola única.

Do ponto de vista do direito, tratada tecnicamente, a educação é direito subjetivo público, correspondente a um dever do Estado. Para Pontes de Miranda, não basta a declaração do direito à educação nas constituições, nem do dever do Estado. Também não satisfaz a mera situação jurídica do indivíduo diante do Estado que adotou constitucionalmente a educação de plano, com recursos e critérios previstos na constituição (educação soviética). É preciso, para que haja direito à educação, que os dois lados se realizem: a definição constitucional do modo de realização da educação, como dever exigível dos governantes; e o direito subjetivo público do indivíduo à educação, ou de executar a obrigação imposta ao Estado. (SALGADO, 2010, p. 18)

A teorização de Pontes de Miranda não se restringiu somente à defesa de uma educação pública, mas também, de uma educação laica e de princípios sociais.

Entretanto, foi somente a partir da Constituição Federal de 1988 que o ensino passou a ser concebido como direito público subjetivo, obrigatório e gratuito. Contudo, a noção de direito público subjetivo tem como limite a “garantia” circunscrita ao ensino obrigatório.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup>A Emenda Constitucional 59/2009, que instituiu o FUNDEB, modificou o art. 208, I da CF/88 objetivando ampliar a obrigatoriedade escolar, estabelecendo não mais uma etapa obrigatória, mas,

A concepção mais ampla do direito à educação está inserida no art. 6º, que a contempla como “*verdadeiro* direito fundamental” (CLÈVE, 2011, p.97), mas a garantia desse direito é limitada à uma etapa do ensino pela característica dada ao direito público subjetivo da educação a partir do art. 205 da CF/88. Assim, podemos remontar ao velho problema apontado por Bobbio (1992, p. 24-25):

[...] o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. [...] o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico, e num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual a sua natureza [...] mas sim, qual é o modo mais seguro para garanti-los.

O problema não se restringe simplesmente à concepção da educação como direito, pois este parece estar efetivamente caracterizado na legislação, e não restrito exclusivamente à concepção prescrita na Constituição, (direito social fundamental, público e subjetivo) pois é considerado também como direito da personalidade, ou seja, inscrito na categoria de direitos com características “intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (art. 11 do Código Civil), e é nessa perspectiva que Bittar (2001, p. 158) argumenta tratar-se de um

direito natural, imanente, absoluto, oponível *erga omnes*, inalienável, impenhorável, imprescritível, irrenunciável, não se sujeitando aos caprichos do Estado ou à vontade do legislador, pois se trata de algo ínsito à personalidade humana desenvolver, conforme a própria estrutura e constituição humana.

A previsão tanto constitucional quanto infraconstitucional não tem se constituído como suficientes para efetivação desse direito. Ao contrário do otimismo exacerbado quanto à “impressionante” característica da educação como direito nas legislações (OLIVEIRA, 1999; DUARTE, 2004; CURY, 2002), podemos afirmar tratar-se de leis que, embora o propósito seja garantir os direitos fundamentais, limita-o ao mínimo estabelecido pelo Estado. É nessa perspectiva que retomamos ao problema dos

---

faixa etária obrigatória, que vai dos 04 aos 17 anos de idade, que progressivamente deverá ser implementada até 2016. Apesar de a emenda ser de 2009, apenas este ano, em 04 de abril de 2013, por meio da Lei 12.796/2013 é que os dispositivos da LDBEN foram modificados.

direitos fundamentais apontado por Bobbio (1992, p. 24), ou seja, o “modo mais seguro para garanti-los”.

A característica de direito público subjetivo não tem se constituído como modo de garantia do direito à educação, pois se trata de instituto limitador do direito de exigibilidade do cidadão contra o Estado, pois revela a adoção legislativa do princípio da “reserva do possível”<sup>8</sup>, evidenciando a má interpretação que resultou na má aplicabilidade desse princípio no Direito brasileiro. Para Krell (2002, p. 52) isso

[...] representa uma adaptação de um *tópos* da jurisprudência constitucional alemã (*Der Vorbehalt des Möglichen*), que entende que a **construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos** pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos. Ao mesmo tempo, a decisão sobre a disponibilidade dos mesmos estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, através da composição dos orçamentos públicos. (grifamos)

Dessa forma, devido ao aumento das demandas sociais, que são infinitas com recursos finitos (CANOTILHO, 2004), a efetivação do direito à educação tem se constituído de forma gradativa e à brasileira, nos limites do legalmente possível, não havendo esforço orçamentário para ampliação e aperfeiçoamento da atuação do Estado com a oferta regular do ensino.<sup>9</sup>

É com esses argumentos que afirmamos ser a educação um direito público, fundamental, mas sua efetivação tem se constituído pela concepção de direito público subjetivo limitado à educação obrigatória, dentro dos limites estabelecidos pelo Estado, sendo constituído o seu modo de atuação como opção política ordenada pelo princípio da reserva do possível, mecanismo insuficiente para materialização dos direitos fundamentais. Assim, atualmente, tem-se invocado, como mecanismo que

---

<sup>8</sup>A teoria da reserva do possível tem sua origem na jurisprudência Alemã, quando, em 1972, o Tribunal Constitucional Federal Alemão decidiu sobre o limite do número de matrículas nas faculdades de Hamburgo e Bavária, decisão conhecida como *Numerus Clausus*, que objetivou resolver o problema de vagas e da demanda pelo ensino superior naquele país. O princípio legítima que a concretização dos direitos fundamentais dependentes de atuação positiva do Estado (direitos sociais) estão sob a reserva do possível e, em resumo, está relacionada à capacidade financeira do Estado. Mais informações sobre jurisprudência internacional, vide site <http://www.prr4.mpf.gov.br>

<sup>9</sup>Na educação o esforço orçamentário é resultante de lutas históricas. Atualmente presenciamos a campanha em favor do investimento de 10% do PIB, da destinação dos recursos dos royalties do petróleo no pré-sal para a educação, bem como da discussão do Custo Aluno-Qualidade ( Campanha Nacional pelo Direito à Educação, 2011)

objetiva fortalecer a atuação do Estado para proteção do direito à educação (principalmente contra os ditames do capitalismo), a concepção de bem público.

### **A concepção de Educação como bem público**

Parece que está se consolidando um consenso, no meio acadêmico, em conceber a educação como um bem público (CURY, 2008; DIAS, 2002 e 2005). Os argumentos para essa afirmação englobam tanto a ideia de cidadania, gratuidade, obrigatoriedade e dever do Estado quanto do poder estatal de regulação da atividade (DOTA, 2008). O termo é entendido como um princípio, ou seja, “um imperativo moral que sobrepõe a dignidade humana aos interesses, inclinações e circunstâncias individuais” (SOBRINHO, 2013, p. 109), tomado como um serviço público aberto à iniciativa privada e cercado de proteção jurídica (CURY, 2006). Nessa perspectiva, a educação é entendida como *bem*, logo, *serviço público*, mesmo quando prestado pelo particular.

No ensino superior, tem se travado, desde os fins dos anos 80 nos países anglo-saxões, um intenso debate sobre duas concepções, que são contrapostas: uma, da educação como bem público e outra da educação como mercadoria (OLIVEIRA, 2009).

No Brasil, esse debate se intensificou a partir da realização do Fórum Social de Porto Alegre, realizado no final de janeiro de 2002, que levou a discussão para a III Cumbre (Reunião Ibero-Americana de Reitores de Universidades Públicas), ocorrida em Porto Alegre em abril de 2002. Dentre as questões que englobavam os debates travados durante o evento, estava a proposta da OMC (Organização Mundial do Comércio) em transformar a educação em um dos 12 serviços do Gats (Acordo Geral sobre Comércio de Serviços), proposta essa apresentada em 2001, na IV Reunião Ministerial da OMC, ocorrida em Dohar, no Catar, que estabeleceu o prazo de até março de 2003 para que os países membros da OMC aderissem à proposta.

A partir de então, travou-se no Brasil debates intensos sobre o que chamaríamos de “campanha em defesa da educação superior como bem público”, uma tendência que objetivou ratificar a educação como um “bem comum” e, dessa forma, afastá-la da

concepção de mercadoria, havendo, inclusive, uma audiência pública realizada na Câmara dos Deputados em julho de 2002.

Não é irreflexo que o Projeto de Lei de reforma universitária, PL nº. 7200/2006, que tramita na Câmara, classifica, no art. 3º, o ensino superior como “bem público que cumpre sua função social por meio das atividades de ensino, pesquisa e extensão, assegurada, pelo Poder Público, a sua qualidade”.

Esse movimento objetiva afastar a liberalização do comércio educacional, como proposto pela OMC, mediante a adoção do Gats. O acordo prevê como exceção aos serviços comerciais regulamentados pela OMC “aqueles que forem fornecidos no exercício da autoridade governamental”(DIAS, 2003, p.821) e desde que não providos por uma base comercial, não sendo permitida a competição com os provedores de serviços (DIAS, 2005).

A partir da exceção da OMC, defender a educação como bem público significa, para essa linha de pensamento, não sujeitar o ensino aos desmandos do mercado. No entanto, o que se conclui é que “mesmo sem a aprovação de tais acordos, a educação tem se transformado, crescentemente, em mercadoria” (OLIVEIRA, 2009, p. 740).

Aderir pura e simplesmente à uma concepção entendendo tratar-se de termo principiológico, pode ser um risco e resultar em mecanismo insuficiente para atrair a tutela do Estado e afastar os desmandos do mercado. Isso porque trata-se de termo ambíguo, podendo apresentar configurações diferentes tanto no Direito Administrativo quanto em outras áreas.

No Direito Administrativo, todos os bens, sejam eles naturais ou não, que satisfazem as necessidades coletivas e se configuram como de uso comum, são considerados bens públicos (a exemplo de praças públicas, praias, estradas, transporte, comunicação, entre outros) (MEIRELLES, 2010). Assim, nem todo bem público pressupõe serviço estatal, mas todo serviço estatal pressupõe bem público, como conceituou Gasparini (2003, p.683), ao dizer que “bens públicos são todas as coisas materiais ou imateriais pertencentes ou não às pessoas jurídicas de direito público e as pertencentes a terceiros quando vinculadas à prestação de serviço público”,

acrescentando tratar-se também de “coisas usáveis por qualquer povo, sem formalidades, pois para uso e gozo nada se exige em termos de autorização ou permissão”

Nos argumentos em defesa da educação como bem público isso é invertido, ou seja, o fato de a educação ser considerada bem público já pressupõe tratar-se de serviço público. Nessa perspectiva, serviço público é entendido como toda atividade que atinge a coletividade, sem considerar os requisitos legais que caracterizam serviço público.

Outro equívoco é utilizar o termo bem público como sinônimo de bem comum<sup>10</sup>. O bem comum busca a felicidade natural, sendo um valor político (BOBBIO, 1998). Para atingir esse objetivo (o bem comum) o Estado, orientador da conduta no chamado Estado de Bem-Estar, intervém na propriedade e no domínio econômico quando utilizado contra o bem comum da coletividade (MEIRELLES, 2010). De outra forma, o termo bem público significa

os que geram vantagens indivisíveis em benefício de todos, nada subtraindo o gozo de um indivíduo ao gozo dos demais. O bem público não transcende, na verdade, o privado, porque é igualmente um bem do indivíduo e se alcança através do mercado ou, mais frequentemente, através das finanças públicas (BOBBIO, 1998, p.107).

Ou seja, a utilização do termo, pode não ser capaz de afastar a educação das concepções de mercado, já que o mercado pode ser considerado um instrumento capaz de fazer o indivíduo alcançar o bem público.

O mesmo risco, mas tratado de um forma bem diferente ao utilizar os preceitos da Economia, é assinalado por Barros, Carvalho, Franco, Mendonça e Tafner (2007), que afirmam ser, na educação, incorreta a adoção desse termo. Entendem que, para caracterizar a educação como bem público, é necessário satisfazer duas condições: o

---

<sup>10</sup>No direito administrativo, *bens públicos* constituem o domínio público, que engloba tanto bens móveis quanto imóveis pertencentes à entidades estatais, ou que estejam afetados à prestação de um serviço público. Já o *bem comum* é o bem do povo em geral, expresso sob todas as formas de satisfação das necessidades comunitárias, o que inclui as exigências materiais ou imateriais, e necessidades vitais da coletividade.

custo para o indivíduo se beneficiar desse bem é zero e é impossível excluir uma pessoa de se beneficiar desse bem

De fato, um serviço para o qual existe um mercado onde as pessoas pagam para serem atendidas não poderia ser caracterizado como um bem público por mais que o setor público participe da provisão destes serviços e atue na sua regulação. No caso de um bem público, ninguém pode ser excluído, não há incentivos para que as pessoas paguem por esse bem.(BARROS et al. p. 8)

Se atentarmos para as questões que tornam controversa a educação concebida como serviço, direito público subjetivo e bem público, como exposto neste trabalho, os discursos atuais em defesa da educação como bem público (pressupondo proteção e garantia de direito) desconsidera o risco que se corre ao possível (e não desejável) retrocesso na histórica luta em defesa da escola única. Por isso, urge a necessidade de estudos teóricos para aprofundamento do tema e que estabeleçam interfaces com outras áreas do conhecimento, evitando a propagação de concepções endógenas.

### **Considerações Finais**

Ao incitarmos o modo de atuação do Estado para garantia dos direitos fundamentais sociais, em específico, a educação, procuramos problematizar esse tema, trazendo não apenas a concepção de direito à educação, mas especificamente, o direito público subjetivo, entrelaçando à histórica luta pela educação pública, ou melhor, pela escola única, defendida na década de 30, e retomada na década de 50.

Procuramos relacionar a defesa da escola pública, mais precisamente os ideais apresentados por Anísio Teixeira e Pontes de Miranda à bandeira não de uma educação vista como bem público, mas que apresentasse um regime jurídico próprio que vinculasse a atuação do Estado de forma a garantir esse direito, o que foi sobrepujado pela bandeira privatista, da livre iniciativa.

Ou seja, explanamos sobre a concepção de direito à educação a partir da concepção de prestação positiva do Estado, problematizando os instrumentos que se configuram como “modo mais seguro” de garantir os direitos difundidos na Magna Carta

(BOBBIO, 1992).

Resta evidente a necessidade de mecanismos que aproximam o Estado dos deveres constitucionais, de forma a garantir a todos iguais direitos, com iguais serviços, no sentido de que deve ser prestado a todos, sem qualquer distinção. Isso significa valorizar a questão do público em detrimento da livre iniciativa e tratar a educação como serviço público, colocando-a sob os princípios do direito público que se destina a proteger direitos coletivos, concebidos como modo de concretização dos direitos fundamentais. Em síntese, trata-se de uma reconfiguração do modo de atuação do Estado.

Dessa forma, pensar em educação como um direito e um serviço público é limitar a livre-iniciativa ao interesse da justiça social e aos princípios maiores de nossa Constituição, ou seja, garantir o desenvolvimento nacional e a construção de uma sociedade mais livre, justa e igualitária.

## REFERÊNCIAS

ABICALIL, C. Federalismo e Sistema Nacional de Educação: uma oportunidade fecunda. IV SEB, Campinas, 2013. (palestra)

ATALIBA, G. Empresas estatais e regime administrativo: serviço público: inexistência de concessão: delegação: proteção ao interesse público. Rev. Trimestral de Direito Público, São Paulo, nº. 4, 1993.

BARROS, R. et al. Confusões em torno da noção de público: o caso da educação superior. Texto para discussão, UFF/Economia. Out. 2007. Disponível em [http://www.uff.br/econ/download/tds/UFF\\_T4.pdf](http://www.uff.br/econ/download/tds/UFF_T4.pdf) > acesso abr. 2013.

BITTAR, Eduardo C. B. Direito e ensino jurídico: legislação educacional. São Paulo: Atlas, 2001.

BOBBIO, N. A era dos direitos, 11 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N. & PASQUINO, G. Dicionário de Política. 11ª ed. Brasília: UnB, 1998.

BOBBIO, N. Dicionário de Política. 11ª ed. Brasília: UnB, 1998.

CAMPANHA NACIONAL PELO DIREITO À EDUCAÇÃO. Educação pública de

qualidade: quanto custa esse direito. 2ª ed. São Paulo, 2011. Disponível [http://arquivo.campanhaeducacao.org.br/publicacoes/CAQieducativo\\_2Edicao.pdf](http://arquivo.campanhaeducacao.org.br/publicacoes/CAQieducativo_2Edicao.pdf) > acesso em abr. 2013.

CANOTILHO, J. J. G. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra ed. 2004.

CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. Educação enquanto serviço público. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7187](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7187)>. Acesso em fev. 2013.

CLÈVE, C. M. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELAR FILHO, R. F; GABARDO, E.; HACHEM, D. W. (coord.) Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental. Belo Horizonte, Fórum, 2011.

CRETELLA JÚNIOR, J. Administração indireta brasileira. Rio de Janeiro, Forense, 1980.

CURY, C. R. J. A educação básica como direito. Cadernos de Pesquisa, n. 134, p. 293-303, maio/ago. 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/cp/v38n134/a0134.pdf> - acesso em fev. 2013.

CURY, C. R. J. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. Cadernos de Pesquisa, n. 116, p. 245-262, julho. 2002. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/cp/n116/14405.pdf> - acesso em abr. 2013.

CURY, C. J. R. O Direito à Educação: Um campo de atuação do Gestor Educacional na Escola. Brasília: Escola de Gestores, 2006. Disponível em <http://escoladegestores.mec.gov.br/site/8-biblioteca/pdf/jamilcury.pdf> > acesso em 15 de abr. 2013.

DIAS, M. A. R. Comercialização no ensino superior: é possível manter a ideia de bem público? Rev. Educação e Sociedade, vol. 24, n. 84, p. 817 a 838, setembro de 2003. Disponível em [www.cedes.unicamp.br](http://www.cedes.unicamp.br) > acesso em abr. 2013.

DIAS, M. A. R. Educação Superior vista como bem público: tendências e dificuldades. In: Articulación universidad-escuela media: experiencias para compartir. Buenos Aires: Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, 2005.

DOTA, A. G. A educação como um bem público tutelado pelo Estado mediante as políticas públicas de avaliação da qualidade. EDUCERE, 2008. Disponível em <http://www.pucpr.br/educere2008/anais/pdf> acesso 15 de abr. 2013.

DUARTE, C. S. Direito Público Subjetivo e Políticas Educacionais. Rev. São Paulo em Perspectiva, 2004. Disponível em [www.scielo.br/pdf/spp/v18n2/a12v18n2.pdf](http://www.scielo.br/pdf/spp/v18n2/a12v18n2.pdf) acesso em abr. 2013.

GASPARINI, D. Direito Administrativo. 8ª ed. São Paulo. Saraiva, 2003

JUSTEN FILHO, M. Teoria Geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003.

KRELL, A. J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

MASSAGÃO, M. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos tribunais, 1968.

MEDAUAR, O. Direito Administrativo moderno. 5ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2001

MEIRELLES, H. L. Direito Administrativo Brasileiro. 36ª ed. São Paulo. Malheiros 2010.

MELLO, C. A. B. Apontamentos sobre os agentes públicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

MODESTO, P. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas. Disponível em <http://www.direitodoestado.com> acesso 20 mar. 2013

OLIVEIRA, R. P. A transformação da educação em Mercado no Brasil. Rev. Educação e Sociedade, Vol. 30, n. 108, p. 739 – 760, Campinas, 2009. Disponível em [www.cedes.unicamp.br](http://www.cedes.unicamp.br) > acesso em 05/03/2013.

OLIVEIRA, R. P. O direito à educação na Constituição Federal de 1988 e seu restabelecimento pelo sistema de Justiça. RBE, maio/jun/jul/1999. Disponível [http://www.anped.org.br/rbe/rbedigital/rbde11/rbde11\\_07\\_romualdo\\_portela\\_de\\_oliveira.pdf](http://www.anped.org.br/rbe/rbedigital/rbde11/rbde11_07_romualdo_portela_de_oliveira.pdf)> acesso em 12/04/2013.

PONTES DE MIRANDA, F. C. Direito à educação. Rio de Janeiro. Ed. Alba, 1933.

SALGADO, J. C. Pontes de Miranda e o direito à educação: exposição crítica. Publicado em 2010 no site da Academia Mineira de Letras Jurídicas, Disponível em <http://www.amlj.com.br> > acesso em 15/03/2013

SAVIANI, Dermeval. História das ideias pedagógicas no Brasil. Campinas: Autores Associados, 2008.

SCHIER, A. C. R. Serviço público com direito fundamental: mecanismo de desenvolvimento social In: BACELAR FILHO, R. F; GABARDO, E.; HACHEM, D. W. (coord.) Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental. Belo Horizonte, Fórum, 2011.

SMITH, A. A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SOBRINHO, J. D. Educação Superior: Bem Público, Equidade e Democratização. Avaliação, Campinas, mar. 2013, disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-40007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-40007&script=sci_arttext) > acesso Abr. 2013

TÁCITO, C. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva. 1975

TEIXEIRA, Anísio. Educação é um direito. 2ªed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1996.

TEIXEIRA, Anísio. A escola pública universal e gratuita. Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos. Rio de Janeiro, out./dez. 1956. Disponível em <http://www.bvanisioiteixeira.ufba.br/artigos/gratuita.html> > acesso em 01/04/2013

TEIXEIRA, Anísio. Revolução social não se faz através de escola primária. Entrevista. Folha da Manhã. São Paulo, 9 maio 1958. Disponível em <http://www.bvanisioiteixeira.ufba.br/artigos/escola4.html> > acesso em 01/04/2013

VASCONCELOS FILHO, M. Ao piar das corujas: uma compreensão do pensamento de Pontes de Miranda. Maceió. EDUFAL, 2006.