

EDUCAÇÃO SUPERIOR: SERVIÇO PÚBLICO PRESTADO PELAS INSTITUIÇÕES PRIVADAS

UNIVERSITY LEVEL EDUCATION: PUBLIC SERVICE IN PRIVATE INSTITUTIONS

Adriana XAVIER¹

RESUMO: O presente trabalho objetiva estudar a educação superior, considerada como serviço público, prestada pelas instituições privadas, sistematizar, organizar e, principalmente, analisar pensamentos e princípios já existentes a respeito do ensino superior. O ponto de partida é a identificação do regime jurídico da educação superior, procurando detectar, com exatidão, as prerrogativas e restrições resultantes para o Estado, sem olvidar o fato de que, em sentido amplo, todas as atividades que o Estado desempenha constituem serviços públicos; em seguida, analisa-se, também, em que medida devem ocorrer a regulamentação e o controle da educação superior prestada pelo Poder Público ou por particulares.
UNITERMOS: educação superior; serviço público.

ABSTRACT: The goal of this paper is to study university level education, considered as a public service provided by private institutions, to systematize, organize and analyze existing thoughts and principles it. The starting point is the identification of university level education law regime trying to find accurately what the state prerogatives and restrictions are, without forgetting that in a broad sense all state activities stand for public services. We also analyze how rules and control of university level education provide either privately or publicly must be developed.
UNITERMS: university level education; public service.

¹ Advogada. Mestre em Direito- UNESP São José do Rio Preto.

1. Conceito de serviço público

Ao tratar de conceituação da expressão *serviço público*, não se podem olvidar as diferentes interpretações pelas quais o referido conceito tem passado no curso da história relativamente às forças sociais e ao papel e conseqüentes responsabilidades que se atribuem ao Estado.

Além disto, a opinião dos doutrinadores varia no que concerne ao conceituar serviço público de forma ampla ou restrita, apesar de combinarem, em ambas as hipóteses, os elementos da definição, quais sejam, o material, o subjetivo e o formal.

A combinação dos elementos subjetivos, material e formal é oriunda das primeiras noções de serviço público. Durante o período do Estado Liberal ocorreu o alargamento do papel do Poder Público no que se refere ao oferecimento de serviços públicos sem perder de vista a combinação dos três elementos supracitados, porém, à medida que o Estado foi se afastando dos princípios do liberalismo, os elementos subjetivo e formal foram afetados. Afinal, as pessoas jurídicas deixaram de ser as únicas a prestar serviço público e os particulares passaram a poder fazê-lo por delegação do Poder Público. Trata-se da crise na noção de serviço público. Na palavras de Cretella Jr:

A polêmica tornou-se tão grande, em torno da expressão *serviço público*, que moderno autor francês *Jean Louis de Corail*, em tese de doutoramento, procurou fazer exaustivo estudo das transformações e vicissitudes pelas quais passou aquela expressão e foi comparando o resultado com o que ocorria, paralelamente, na prática. Chegou à conclusão de que, no direito administrativo francês, o que se verificava, de fato era uma verdadeira *crise* da noção jurídica do serviço público. (2000, p. 205)

Cretella defende, porém, que “é inoperante esses autores combaterem a *noção de serviço público*”, e que

[...] é necessário enfrentar a definição de *serviço público*, pois ela é uma realidade e não é porque ela esteja em crise, não é porque seja instável, que o investigador científico vá abandonar o trabalho de procurar fixá-la. Se está em *crise*, procuremos enfrentar a crise e estabelecer o conceito exato da noção. (CRETELLA Jr., 2000, p. 205)

As primeiras noções de serviço público que surgiram na França eram amplas a ponto de abranger todas as atividades do Estado. Atualmente, alguns autores adotam um conceito amplo, incluindo na noção de serviço público todas as atividades do Estado, enquanto outros defendem que as funções legislativa e jurisdicional não devem ser incluídas no conceito de serviço público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002) cita exemplos de autores que adotam o conceito de *serviço público* em sentido amplo: Mário Massagão, José Cretella Jr e Hely Lopes Meirelles; e, como representantes dos defensores do conceito de *serviço público* em sentido restrito: Caio Tácito e Celso Antonio Bandeira de Mello. Ensina que o serviço público compreende

[...] toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público. (2002, p. 98)

O ideólogo espanhol Gaspar Aníño Ortiz defende que

[...] a noção tradicional de serviço público já completou seu ciclo, cumpriu sua missão. [...] Alteraram-se radicalmente os pressupostos econômicos e sociais, como também os políticos e sociais, relativamente aos existentes no nascimento e desenvolvimento da instituição” (Apud DOURADO, 2002, p. 75-88).

A partir dessa perspectiva, Aníño Ortiz assinala que, embora não haja reserva de titularidade a favor do Estado sobre a atividade, que passa a ser da iniciativa privada, tais atividades permanecem

sob a responsabilidade do Estado na medida em que suas prestações, em um determinado nível, devem chegar a todos os cidadãos (serviços universais). Trata-se da *despublicatio*.

Em se tratando do elemento material, tanto os autores que adotam o conceito amplo quanto aqueles que preferem o conceito restrito, são unânimes em considerar o serviço público como sendo uma atividade que visa atender necessidades públicas.

Para Hely Lopes Meirelles, “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado” (1997, p. 297).

Cretella, por sua vez, para chegar à conceituação de serviço público parte da distinção entre serviço público “próprio” e “impróprio” e acaba por concluir que “*serviço público*, em sentido amplo, é toda a atividade que as pessoas jurídicas exercem, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas, mediante procedimentos típicos do direito público, fundamentados em *princípios publicísticos*” (2000, p. 210).

Celso Antonio Bandeira de Mello assevera que

[...] *serviço público* é toda atividade de oferecimento da utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administradores, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhes faça às vezes, sob um regime de Direito público [...] instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo. (1999, p. 612)

Tendo em vista estas noções, já se pode vislumbrar um conceito amplo dos serviços públicos, segundo o qual o serviço público é todo aquele que o Estado presta diretamente à comunidade para atingir seus fins sociais e, a partir daí, um conceito mais restrito, a partir do qual serviço público é aquele prestado pela administração pública, direta ou indiretamente (autarquias, empresas públicas, so-

iedades de economia mista e entidades particulares), em benefício da comunidade.

1.1 Classificação

Determinada a noção de serviço público, é importante verificar as principais classificações que existem a respeito do assunto. Sem a pretensão de esgotar o assunto, o que se busca é, ao tratar dos critérios adotados para classificar serviço público, entender melhor qual o posicionamento da educação enquanto serviço público.

Para se proceder à classificação dos serviços públicos não se pode olvidar o sentido (amplo ou restrito) em que se compreende a conceituação. Vários critérios têm sido adotados para classificar os serviços públicos e a autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro foi quem tratou o assunto de forma mais completa.

Nesse sentido, os serviços públicos podem ser classificados da seguinte maneira:

a. Serviços públicos próprios e impróprios

Esta classificação é citada por Hely Lopes Meirelles e J. Cretella Jr.

Serviço público próprio, que é o exercido apenas pelo Estado através de seus agentes, e *serviço público impróprio*, que é o executado, a qualquer título, pelo particular. Se o pessoal do Estado executa obra ou trabalho, de interesse público, temos o *serviço próprio*; se o Estado outorga ao particular *autorização* para o fabrico de armas ou explosivos, temos o *serviço público impróprio*.

[...]

Serviços impróprios do Estado são os que não afetam substancialmente as necessidades da comunidade, mas satisfazem interesses comuns de seus membros, e, por isso, a Administração os presta remuneradamente, por seus órgãos ou entidades descentralizadas (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais), ou delega sua prestação a concessionários,

permissionários ou autorizatários. (MEIRELLES, 1997, p. 207 e 299)

No entender de Maria Sylvia Zanella Di Pietro essa classificação carece de relevância jurídica por incluir como espécie de gênero serviço público, uma atividade que é, em face da lei, considerada particular, que só tem em comum com aquele o fato de atender ao interesse geral – serviços prestados por instituições financeiras e os de seguro e previdência privada – (Art. 192, inc I e II da Constituição Federal). Isto porque a lei não atribui tais atividades ao Estado como incumbência sua ou, pelo menos, não atribui com exclusividade. Apenas submeteu-as a um regime jurídico especial em razão de sua relevância.

b. Serviços públicos administrativos, comerciais ou industriais e sociais

Di Pietro menciona serviços públicos administrativos, comerciais ou industriais e sociais. Os serviços públicos *administrativos* podem compreender tanto atividades que a Administração Pública executa para atender suas próprias necessidades internas – sentido restrito – “são os que a Administração executa para atender suas necessidades internas ou prepara outros serviços que serão prestados ao público, tais como os da Imprensa Oficial, das estações experimentais e outros dessa natureza” (MEIRELLES, 1997, p. 299). Como todas as funções administrativas, distinguindo-as das legislativas e jurisdicional – sentido amplo – “todas as atividades, exceto a judiciária, que o Estado exerce para a execução de seus fins” (CRETELLA Jr, 2000, p. 208).

O serviço público *comercial* ou *industrial* é aquele que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para atender às necessidades coletivas de ordem econômica.

A autora esclarece que o Estado poderá executar atividades econômicas apenas nas seguintes hipóteses: havendo necessidade por motivo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo

(art. 173, CF), no caso de exploração de petróleo, de minas e jazidas; de minérios e minerais nucleares em caráter de monopólio (arts. 176 e 177, CF) e, por fim, as atividades que o Estado assume como serviço público (art. 175, CC) e que o poder público executa direta ou indiretamente (por meio da concessão ou permissão). Nesta última hipótese é que se podem vislumbrar os serviços comerciais e industriais do Estado.

O serviço público é o que atende a necessidades coletivas em que a atuação do Estado é essencial, porém, convive com a iniciativa privada, tal como ocorre com os serviços de educação, por exemplo.

c. Exclusivos e não exclusivos

Esse critério considera a exclusividade ou não do poder público na prestação do serviço. Assim, a Constituição Federal prevê os casos que devem ser prestados exclusivamente pelo Estado, por exemplo, serviço postal e o correio nacional (art. 21, X), os serviços de telecomunicações (art. 21, XI), os de radiodifusão, energia elétrica, navegação aérea, transportes (art. 21, XII) e o serviço de gás canalizado (art. 25, parágrafo 2º).

Os serviços públicos não exclusivos são aqueles que podem ser executados pelo Estado ou pelo particular mediante autorização, neste último caso, do Poder Público. Trata-se dos serviços previstos, por exemplo, no Título VIII da Constituição Federal, concernentes à ordem social.

d. Serviços público de prestação gratuitas e onerosas

Marcelo Caetano distingue, em conformidade com o critério de retribuição das prestações,

[...] os ‘serviços públicos de prestações gratuitas’ e os ‘serviços públicos de prestações onerosas’. Os primeiros fornecem aos utentes as prestações sem que tenha havido antes ou se exija em troca uma contraprestação correspondente; ao passo que os segundos fazem prestações em

troca de uma contraprestação em dinheiro ou que são elas próprias contraprestações dos utentes. (1977, p. 270)

Não se pode olvidar, entretanto, que o custo de certas prestações gratuitas, indiretamente, representa um ônus para o administrativo através da tributação.

O importante é que tanto para os serviços gratuitos como, por exemplo, na rede pública de educação, como naqueles que geram lucro para o prestador, como é o caso dos serviços públicos a cargo de particulares, é necessário que exista uma equivalência adequada entre o serviço que se presta e a retribuição que ele deve pagar o administrado.

O serviço público na ordem econômica

O tema do serviço público no país encontra-se, entre outros, no âmbito econômico, haja vista sua intervenção, direta ou indiretamente, no campo das atividades produtivas do mercado de trabalho.

O Estado, ao prestar serviços à cidadania, não pode fazê-lo sem levar em conta a observância de algumas regras mínimas do mercado para não inviabilizar iniciativas da sociedade civil voltadas para a produção.

Neste sentido, o art. 173 da Constituição Federal dispõe que: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

A valorização do trabalho humano e da livre iniciativa como princípios da ordem econômica e financeira da livre concorrência e, ao mesmo tempo, a defesa do consumidor representam um avanço constitucional.

Há que se ressaltar, contudo, que

[...] no que diz respeito ao exercício da atividade econômica pelo Estado, a Constituição de 1988 agasalha um preceito que, de certa forma, implica um retrocesso: na Constituição

anterior, o art. 170 consagrava expressamente o *princípio da subsidiariedade*, ao estabelecer, no *caput*, que ‘às empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas’; e, no parágrafo 1º, ao determinar que ‘apenas em caráter suplementar à iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica (...), atividade privada, portanto, e, bem por isto, insuscetível de ser qualificada como serviço público.’(MELLO, 1999, p. 624)

Na constituição de 1988, a ideia de subsidiariedade está muito menos clara, pois a exploração direta de atividade econômica pelo Estado passou a ser permitida “quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. Ambos os fundamentos são expressos por vocábulos indeterminados, que deixam grande margem de discricionariedade para o legislador.

A esse respeito, Celso Mello destaca que o termo “serviços” não é utilizado em sentido técnico-jurídico, ou seja, é utilizado “para nomear atividades industriais ou comerciais que o Estado, a teor do art. 173 e parágrafos da Constituição, desempenha basicamente *sob regime de Direito Privado*, por se constituírem em *exploração de atividade econômica (...), atividade privada, portanto, e, bem por isto, insuscetível de ser qualificada como serviço público*” (1999, p. 624).

O autor acrescenta que “é preciso, ainda, não confundir com serviço público, certas atividades privadas que, conquanto *entregues à livre iniciativa, por força da lei, dependem de prévia autorização de órgãos públicos*” (1999, p.624).

Dessa forma, existem hipóteses em que, por força da lei, determinada atividade econômica deva ser precedida de autorização para que seja verificado se a atividade será desenvolvida em conformidade com condições compatíveis ao interesse coletivo.

A Constituição Federal atribui, ainda, ao Estado o papel de “agente normativo e regulador da *atividade econômica*”, em seu art. 174: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica,

o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Pode-se notar, então, que a regulação estatal deve ser observada por prismas diversos, tendo em vista seu objeto, seja ele o das atividades econômicas em sentido estrito, seja o dos serviços públicos.

Assim, importa tratar das limitações constitucionais para a caracterização de um serviço como público frente às atividades econômicas. O texto constitucional, embora não defina o que sejam *atividades econômicas*, permite que o legislador ordinário qualifique determinadas atividades como serviço público. Portanto, de forma indireta, será atividade econômica aquilo que não se configurar como serviço público.

Celso Mello, com exatidão, ensina que “quando o Estado interfere, suplementarmente, na *exploração de atividade econômica*, ao desenvolver atividades dessa natureza, estar-se-á diante de *serviços governamentais* e não *serviços públicos*” (1973, p. 23).

Considerando a existência destas três formas de intervenção do Estado na ordem econômica, pode-se concluir que a Administração Pública não possui autoridade para outorgar aos particulares o desempenho das atividades econômicas, ou seja, tal poder resulta das decisões dos agentes econômicos.

A evolução do poder da polícia está diretamente relacionada às transformações sofridas pelo Estado. Afinal, no período do liberalismo a preocupação predominante era assegurar os direitos subjetivos; então, qualquer interferência somente ocorreria em caráter excepcional. Com o Estado intervencionista, entretanto, a atuação estatal passa a acontecer em assuntos que vão além da segurança como, por exemplo, a ordem econômica e social.

Celso Antonio Bandeira de Mello ensina que

[...] pelo poder de polícia, o Estado, mediante a lei, *condiciona, limita*, o exercício da liberdade dos administradores, a fim de compatibilizá-las com o bem-estar social. Daí que a Administração fica incumbida de desenvolver certa atividade destinada a assegurar que a atuação dos particulares se

mantenha consoante com exigências legais [...]. Então, em certos casos legalmente previstos, a atuação dos administradores dependerá de *prévia outorga* pela Administração de licenças, permissões, autorizações, cuja expedição só será feita depois que a Administração se certificar de que os interessados em desempenhá-la [...]. (1973, p. 622)

Nesse sentido, Maria Zanella Di Pietro conclui que “a Administração Pública, no exercício da parcela que lhe é outorgada do mesmo poder, *regulamenta* as leis e *controla* a sua aplicação, preventivamente (por meio de ordens, notificações, licenças ou autorizações) ou repressivamente (mediante imposição de medidas coercitivas)” (1973, p.23).

Em se tratando de educação, no Estado Liberal,

[...] predomina o ‘papel social’ da educação, o ‘educador’ define o ‘como’ pela Lei, e o Estado intervém pela educação estatal e pelos mecanismos de controle do cumprimento desta lei (inspeção, por exemplo). Na forma de Estado Intervencionista, na qual predomina o ‘papel econômico’ da Educação, mantém-se o protagonismo do ‘educador’ na legislação educacional e a intervenção do Estado pela educação estatal e pela fiscalização do cumprimento da lei, e acrescenta-se o protagonismo do ‘economista’, que define o ‘como’ pelo planejamento educacional, que o Estado procura executar, acionando principalmente os mecanismos de controle oferecidos pela distribuição de recursos e pela assistência técnica. (SAVIANI, 1985, p. 238)

No que concerne à atuação empresarial do Estado, conforme já exposto, o art. 173 tratou de forma estrita do assunto.

O art. 174 da Constituição Federal, por sua vez, ao dispor que “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”, evidencia que o Estado não pode impor aos particulares nem mesmo o planejamento econômico. Cabe ao Estado apenas incentivar e atrair os particulares mediante planeja-

mento indicativo que se apresente vantajoso para a atuação da iniciativa privada.

Afinal, a Constituição ao prever que é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica quer dizer que, nem mesmo o Estado pode restringir a realização de atividade econômica, podendo, então, serem excluídas do âmbito da atuação dos particulares apenas as atividades econômicas que a própria Constituição, em seu art. 177, reputou ao monopólio estatal.

Nesse sentido, o objetivo do art. 174 é prever que a ação dos particulares diante das atividades econômicas possa ser exercida “independentemente de algum ato de autorização de órgãos públicos”.

Segundo Mello:

O que a lei pode ressalvar é a desnecessidade de autorização para o exercício de certa atividade; nunca, porém, restringir a liberdade de empreendê-la e na medida desejada. E, [...] a dita autorização (ou denegação) evidentemente não concerne aos *aspectos econômicos*, à livre decisão de atuar nos setores tais ou quais e na amplitude acaso pretendida, mas ao ajuste do empreendimento a exigências atinentes à salubridade, à segurança, à higidez do meio ambiente, à qualidade mínima do produto em defesa do consumidor etc. (MELLO, 1999, p. 635)

Embora esta autorização não verse sobre aspectos econômicos, sua expedição levará em conta a consonância do empreendimento com o bem jurídico que a lei em questão haja-se proposto a resguardar liminarmente.

Ante esse quadro – caráter aparentemente antinômico dos princípios constitucionais referentes à influencia do Estado na órbita econômica – é que se devem compreender as práticas regulatórias da atividade econômica em nosso país.

Considerando que a regulamentação e controle do serviço público caberão sempre ao Poder Público, qualquer que seja a modalidade de sua prestação ao usuário, cabe ao Estado, em suas ações regulatórias, buscar a harmonização das relações que se estabelecem entre as forças desiguais existentes entre prestadores e usuários de

serviços públicos. Não se pode, contudo, olvidar que a prestação deste serviço permanece condicionada pelo interesse público, ainda que seu exercício se encontre temporariamente transferido a agente outro que não o próprio Estado.

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles ensina que

o fato de tais serviços serem delegados a terceiros, estranhos à Administração Pública, não retira do Estado seu poder indeclinável de regulamentá-los e controlá-los, exigindo sempre sua atualização e eficiência, de par com o exato cumprimento das condições impostas para sua prestação ao público. Qualquer deficiência do serviço que revele inaptidão de quem o presta ou descumprimento de obrigações impostas pela Administração ensejará a intervenção imediata do Poder Público delegante para regularizar seu funcionamento ou retirar-lhe a prestação. (1997, p. 201)

Por fim, cabe salientar a relevância da atividade regulatória para o serviço público. Afinal, com exceção dos casos em que a concorrência oferece uma quantidade significativa de serviços de qualidade à disposição do usuário, quanto mais eficiente for a regulação, melhor será a prestação de serviço. Neste papel de busca de adequação do serviço público, é imprescindível tratar do usuário como destinatário direto da prestação de serviço público, que, em função disto, recebe uma proteção jurídica especial.

2. Serviço público e reforma do Estado

A reforma do Estado impõe-se a partir dos anos 1990 em decorrência do processo de globalização, que teria reduzido a autonomia dos Estados na formulação e implemento de políticas, assim como a partir do que chama de crise do Estado, que se teria iniciado nos anos 70 e assumido plena definição nos anos 80.

Nesse sentido, tornou-se imperiosa a chamada *modernização* ou o *aumento de eficiência* da administração pública como resultado de um complexo projeto de reforma, que vise, a um só tempo, o

fortalecimento da administração pública direta – *núcleo estratégico do Estado* – e a descentralização da administração pública com a “implantação de ‘*agências executivas*’ e de ‘*organizações sociais*’ controladas por contrato de gestão.”

O então Ministro da República, Bresser Pereira, defendia a tese de que o Estado moderno deveria constituir-se de duas esferas fundamentais, quais sejam, um núcleo burocrático voltado para as funções exclusivas do Estado e um setor de serviços sociais e de obras de infraestrutura. A esse respeito Valdemar Sguissardi ensina que

quanto a natureza, em que se diferenciariam essencialmente esses núcleos [...] O burocrático, pela segurança das decisões tomadas; o setor de serviços, pela qualidade de serviços prestados aos cidadãos. No núcleo burocrático, o princípio administrativo fundamental seria o da efetividade, o da capacidade de ver obedecidas e implementadas as decisões tomadas; no setor de serviços, o princípio correspondente seria o da eficiência, ou seja, de uma relação ótima entre qualidade e custo dos serviços colocados à disposição do público. (2001, p. 31)

No mesmo sentido, Marilena Chauí explica que:

A Reforma tem como objetivo redefinir e redistribuir as atividades estatais em quatro campos:

- 1) o Núcleo Estratégico do Estado (os três poderes; o poder executivo presente por meio dos ministérios) para definição do exercício do poder;
- 2) as Atividades Exclusivas do Estado, definidas pelo Núcleo Estratégico e que não podem ser delegadas a instituições não-estatais;
- 3) os Serviços Não Exclusivos do Estado, isto é, aqueles que podem ser realizados por instituições não-estatais, na qualidade de prestadoras de serviços, mas não executam uma política, nem executa diretamente serviço. Nestes serviços estão incluídas a educação, a saúde, a cultura, as utilidades públicas;
- 4) o Setor de Produção para o mercado, isto é, as empresas estatais.

O plano distingue o setor de atividades exclusivas do Estado e o de serviços não exclusivos do Estado fazendo distinção entre ‘agências autônomas’ e ‘organizações sociais’. [...] A universidade é, assim, uma organização social que presta um serviço ao Estado e celebra com ele um contrato de gestão. (2001, p. 176)

Dessa forma, o Estado reduziria seu papel de prestador direto de serviços, mas manteria o papel regulador, provedor e promotor desses serviços, entre os quais estão educação e saúde, ao promover a transformação e instituições de ensino superior, hoje autarquias ou fundações estatais, em organizações sociais (fundações públicas de direito privado ou propriedades públicas não estatais), a serem controladas por contrato de gestão.

As recentes transformações da Administração Pública, promovidas pela Emenda Constitucional n. 19, de 04/06/1998, não modificaram os limites nem o âmbito do poder regulamentar do Estado. Apenas os ampliaram, por força das disposições que introduziram no sistema constitucional.

Nesse sentido, a atribuição ao setor privado de atividades tradicionalmente executadas pelo Poder Público, a redução das funções estatais e sua prestação em moldes gerenciais exigiram a reformulação do ordenamento jurídico para propiciar maior flexibilidade à Administração Pública. Da mesma forma, foi ampliada também a fragmentação da Administração Pública e do seu regime jurídico.

É nesse contexto que os limites do poder normativo do Executivo, os quais na esfera federal precisam ser atendidos pelo Ministério da Educação e Cultura e pelo Conselho Nacional de educação e na estadual pelos respectivos Conselhos de Educação, devem ser analisados.

3. Tratamento legislativo da questão público-privado

3.1 Constitucional

Para os objetivos desse trabalho importa detalhar o estudo dos princípios constitucionais que estejam direta, ou indiretamente, rela-

cionados à prestação da educação, sobretudo superior, prestada pelas instituições privadas.

Para tanto, não se pode olvidar a importância da questão público-privado na educação. Afinal, o problema do público e do privado está relacionado à delimitação da esfera pública e privada da sociedade e das atribuições do Estado.

Esta questão, inclusive, permeou grande parte das discussões na Constituinte, tendo sido protagonizada por grupos ligados à escola pública e outros vinculados ao setor privado, leigo ou confessional.

No processo de argumentação, ensina Maria Francisca Pinheiro

[...] todos os grupos em conflito se autodefiniam como públicos, em virtude dos serviços educacionais prestados à sociedade. Porém, o uso que faziam do termo público para justificar suas reivindicações era diferente em cada caso. Três foram as conceituações de *público* utilizadas na Constituinte: o público mantido pelo Estado; o público não estatal; e o público como serviço público. (PINHEIRO, 1996, p. 284)

Mesmo a despeito desta problemática, o princípio da coexistência de instituições públicas e privadas de ensino é de tradição secular, conforme dispões o art. 209 da Constituição Federal.

A Constituição Federal dispõe que a educação é um *direito de todos e dever do Estado* (art. 205, CF). Mas, de outra parte, declara expressamente que o *ensino é livre à iniciativa privada* (art. 209, *caput*). Essas duas normas, aparentemente em confronto, explicam a razão pela qual a educação, a despeito de ser livre à iniciativa privada, possui proteção constitucional.

A Carta Magna não submeteu os serviços educacionais a uma reserva de Direito Público, ou seja, não os subtraiu da esfera de livre atuação das pessoas privadas. Nem confiou ao Estado a sua titularidade exclusiva ou privativa. Da mesma forma, embora admitindo a livre iniciativa privada na área, deixa explícito que a educação é um direito fundamental, defendido inclusive pela atuação do Ministério Público (art. 129, inc. III, CF).

É certo que a educação, quando desempenhada pelo Poder Público, submete-se ao regime de Direito Público e, nesse diapasão, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello: “Dentre o *total* de atividades ou serviços suscetíveis de serem desenvolvidos em uma sociedade, alguns são públicos e outros são privados”.

Para separar uns dos outros, identificando aqueles que o Estado pode colocar debaixo do regime de Direito Público (serviços públicos), temos que nos valer de *duas ordens de indicações* contidas no texto constitucional.

A primeira delas é a de que certas atividades a própria Carta Constitucional definiu como serviço público: *alguns deles em todo e qualquer caso e outros deles apenas quando prestados pelo Estado*; ou então (b) previu-os como serviços incluíveis na categoria de serviços públicos, *quando prestados pelo Estado*. É o caso dos serviços de saúde, conforme previsão do art. 196 (*dever do Estado*), os quais, entretanto, também, estão entregues à livre iniciativa, como estabelece o art. 199 (*A assistência à saúde é livre à iniciativa privada*). Sendo de todo modo qualificados como *serviços de relevância pública* (art.197, primeira parte) e de educação *ex vi* do art. 205 (“dever do Estado”), embora também eles estejam entregues à livre iniciativa, a teor do art. 209 (“O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I- cumprimentos das normas gerais da educação nacional; II- autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público”).

Estes últimos, por conseguinte, *não serão serviços públicos quando desempenhados por particulares*. Uma vez que a Carta Magna não limitou a prestação deles ao Estado, jamais poderia pretender outorgá-los em concessão a alguém, sob pena de ferir o direito de prestá-lo que assistem às demais pessoas que preencham os requisitos legais necessário à comprovação de suas habilitações (MELLO, 1999, p.496).

Assim, não podem ser nomeadas como *serviço público* atividades desempenhadas por particulares, ainda que afetem relevantes interesses coletivos, se não forem *reservadas* pela Constituição da

República ou por leis ordinárias ao Poder Público ou aos seus delegados.

A declaração de que a educação é um dever do Estado obriga que este garanta o direito à educação, e não que a ofereça diretamente e de forma executiva a todos os brasileiros. A palavra “educação”, constante do art. 205 da CF, refere-se a um bem jurídico, uma utilidade fruível pelo administrado, que deve ser assegurado pelo Estado, independentemente de este fazê-lo direta ou indiretamente, mediante emprego do aparato público ou a utilização de terceiros.

Contudo, pelo fato de a educação ser, por essência, tarefa pública, mesmo quando oferecida por instituição privada, deverá esta necessariamente submetida ao princípio da eficiência, como toda e qualquer atividade estatal, buscando permanentemente oferecer a melhor qualidade e, portanto, os melhores resultados.

3.2 Infraconstitucional

No que concerne à educação, as Constituições brasileiras foram incorporando, ao longo do tempo, conquistas tênues dentro de um ritmo lasso, como, aliás, foi todo o processo brasileiro de aproximação entre direitos políticos e sociais. Ao se tratar da educação superior no Brasil, é imprescindível que se analise quais são suas finalidades, confrontando as determinações da LDB com os princípios constitucionais.

Neste contexto, o retorno à normalidade democrática com a Constituição de 1964 encontrou a necessidade de organização de um sistema educacional e, em função disto, pela primeira vez, um texto constitucional introduziu os conceitos de *diretrizes e bases*.

Surge, então, a Lei nº4024/61, primeira Lei de Diretrizes de Bases, após quinze anos de tramitação entre o Executivo e o Legislativo, a qual dedica todo o seu Título V aos sistemas de ensino e deixa, de forma implícita, o entendimento de que os sistemas devem ser abertos com o cultivo das ações descentralizadas em todas as esferas do poder público. A esse respeito, Paulo Nathanael Pereira de Souza esclarece que “tanto se pode conceber um sistema fechado, impera-

tivo, centralizado e totalitário, quanto um sistema aberto, ventilado, participativo, democrático e eficiente... tudo está relacionado com o tipo de política educacional a ser perseguida pelo sistema de ensino” (1997, p. 44).

A compreensão do conceito de sistemas de ensino é importante face ao estudo da educação como serviço público pelas instituições privadas. Tanto é assim que a primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional tece a trajetória de seu projeto de lei marcado pelos seguintes conflitos: escola pública *versus* escola particular e centralização ministerial *versus* descentralização federativa. O texto final da Lei n. 2024/61 é resultado dos conflitos supracitados.

Ocorre que, principalmente no que concerne ao ensino superior, a referida Lei, ao entrar em vigor, já estava em descompasso com a realidade vigente. Impunha-se, então, uma reforma universitária, a qual culminou com a Lei n. 5540/68.

A Lei n. 5540/68 significou um avanço na direção de uma melhor sistematização para o ensino brasileiro, porém, por ter sido promulgada ao estilo do regime revolucionário de 1964, acabou não tendo sido aceita pelo cenário universitário brasileiro.

Ao estabelecer a indissociabilidade das atividades de ensino, pesquisa e extensão, o regime de tempo integral e a dedicação exclusiva dos professores, valorizando sua titulação e a produção científica, essa Reforma possibilitou a profissionalização dos docentes e criou as condições propícias para o desenvolvimento tanto da pós-graduação como das atividades científicas no país. A Lei 5540/68 da Reforma Universitária dirigia-se às IFES (Instituições Federais de Ensino Superior). Entretanto, como grande parte do setor privado dependia de subsídios governamentais, seu alcance ultrapassou as fronteiras do sistema público federal, atingindo as instituições privadas, que procuraram adaptar-se a algumas de suas orientações.

A Lei n. 5692/17, segunda lei de diretrizes e bases, à imagem da lei 4024/61, teve um processo lento para ser promulgada, embora tenha sido impermeável a debates e à participação da sociedade civil e se tenha voltado especificamente aos níveis de ensino anterior ao ensino superior.

Após a realização desta breve análise da legislação infraconstitucional referente à educação, cumpre tratar da atual Lei de Diretrizes e Bases (Lei n. 9394/96) e suas implicações para o tema em estudo.

A lei em questão, por resguardar a liberdade de quem ensina e de quem educa, sem *parti pris* ideológico, à luz do “pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas” (art. 3º, inc. III), resultou bastante democrática.

Além disso, ao considerar que a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino não responde apenas a exigências de uma sociedade pluralista, um dos fundamentos da República, mas também a dispositivos constitucionais que atribuem ao Estado e à iniciativa privada a corresponsabilidade de ministrar o ensino, o art. 20 da lei em estudo apresenta uma tipologia autoexplicativa das instituições de ensino:

As instituições privadas de ensino se enquadrarão nas seguintes categorias:

I - particulares em sentido estrito, assim entendidas as que são instituídas e mantidas por uma ou mais pessoas jurídicas de direito privado que não apresentem as características dos incisos abaixo;

II - comunitárias, assim entendidas as que são instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas, inclusive cooperativas de professores e alunos que incluam na sua entidade mantenedora representantes da comunidade;

III - confessionais, assim entendidas as que são instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas que atendem a orientação confessional e ideologia específicas e ao disposto no inciso anterior;

IV - filantrópicas, na forma da lei.

O art. 45, por sua vez, distingue entre as instituições de ensino públicas e privadas e entre os graus de complexidade acadêmica: “A educação superior será ministrada em instituições de ensino superior

públicas ou privadas, com variados graus de abrangência ou especialização”. A esse respeito Carneiro observa:

Para regulamentar o que a Lei denomina de *variados graus de abrangência*, o Governo Federal editou o Decreto n. 2306, de 19 de agosto de 1997. Através dele, as instituições de ensino do sistema federal classificam-se em: i) Universidades; ii) Centros Universitários; iii) Faculdades Integradas, iv) Faculdades; v) Institutos superiores ou Escolas Superiores (CARNEIRO, 2003, p.128)

Preservando os dispositivos constitucionais, este artigo assegura a ministração de educação superior em instituições públicas e privadas. Neste último caso, é evidente a necessidade de as instituições privadas cumprirem as normas gerais da educação nacional (art. 209, inc. I, CF). Afinal, apesar de serem pessoas jurídicas de Direito Privado, as instituições que oferecem ensino superior recebem uma delegação do Poder Público Federal (art. 46, *caput* e parágrafo 1º, Lei 9394/96).

Nesse sentido, Moacir Alves Carneiro ensina que “a educação é, por essência, tarefa pública. Mesmo quando oferecida por instituição privada, esta é permissionária de um serviço público” (2003, p. 128).

4. Formas de prestação de serviços

4.1 Pela educação superior

As formas de prestação de serviço público podem ser entendidas como sendo os diferentes métodos adotados pelo Estado para o oferecimento do serviço. Isto porque o fato de o Estado ser titular dos serviços públicos não significa que deva, obrigatoriamente, prestá-los.

Dessa forma, o Estado pode adotar pessoas jurídicas vinculadas a ele para atuarem no campo da prestação de serviços públicos a partir das seguintes formas: por intermédio de entidades públicas instituídas ou criadas para a prestação de serviço público (sociedades de economia mista, empresas públicas, autarquias e fundações),

por empresas particulares, via delegação (concessionários, permissionários e autorizatários) e por meios de entidades paraestatais e de cooperação.

Em se tratado de educação, quando prestada em instituições oficiais, ela pode ser caracterizada como serviço público. Por outro lado, quando ofertada por instituição particular, a atividade é caracterizada como pública. Assim, a educação mesmo sendo entendida como serviço público, pode ser prestada por instituições privadas (art.209, CF), porém, para que isso ocorra é necessário que haja: “I – cumprimento das normas gerais da Educação nacional; II – autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.”

A prestação do serviço público divide-se em prestação centralizada e prestação descentralizada dos serviços. É centralizada quando a atividade se realiza mediante os órgãos que compõem o Estado.

A prestação de serviço público pode ser ainda, desconcentrada, porém, esta forma de prestação foge ao objetivo deste trabalho. Para Hely Lopes Meirelles o serviço público desconcentrado é

[...] todo aquele que a Administração executa centralizadamente, mas o distribui entre vários órgãos da mesma entidade, para facilitar sua realização e obtenção pelos usuários. A desconcentração é uma técnica administrativa de *simplificação e aceleração do serviço* dentro da mesma entidade, diversamente da descentralização, que é uma técnica de *especialização*, consistente na retirada do serviço dentro de uma entidade e transferência a outra para que execute com mais perfeição e autonomia. (1997, p. 308)

A prestação é descentralizada quando o Estado transfere para outra pessoa jurídica a prestação de serviço público, a qual irá realizá-lo em nome do Estado ou em seu próprio nome.

Há serviços públicos prestados pela Administração direta, por seus próprios servidores, por exemplo, ensino do primeiro e segundo graus. Outros são de responsabilidade da Administração Direta, mas executados por particulares, mediante contrato de prestação de serviços remunerados

pelos cofres públicos [...] Estes são serviços centralizados (MEDAUAR, 1999, p. 350).

Na opinião de Celso Antonio Bandeira de Mello, descentralização é a “transferência de atribuições de uma pessoa jurídica para outra. É o transporte dos direitos, poderes, obrigações e deveres relativos a uma dada atividade ou, apenas, do exercício deles para outra pessoa, alguém externo a ela” (1973, p. 7).

O citado autor coloca como requisitos indispensáveis para a configuração da descentralização administrativa que haja transferência de atividade ou do exercício dela para uma pessoa diferente do próprio Estado e que a atividade transferida seja administrativa.

Há que se esclarecer, ainda, quando a atividade estatal é pública e quando é atividade privada exercida pelo Estado. Nesse sentido, Celso Mello ensina que

saber se uma atividade é pública ou privada é mera questão de indagar do regime jurídico a que se submete. Se o regime que a lei lhe atribui é público, a atividade é pública; se o regime é de direito privado, privada se reputará a atividade, seja, ou não, desenvolvida pelo Estado. Em suma: não é o sujeito da atividade, nem a natureza dada que lhe outorgam caráter público ou privado, mas o regime a que, por lei, foi submetida. (1973, p. 14)

Assim, o que importará realmente será distinguir se determinada atividade confinada à Administração deverá ser desenvolvida sob regime jurídico de Direito público, marcado por prerrogativas de soberania, ou se, inversamente, deverá ser prestada no regime de economia privada, que supõe equilíbrio comutativo entre as partes.

Daí decorre que é o regimento jurídico de prestação de atividade e não o prestador dela quem lhe define a natureza; afinal, um serviço não deixa de ser público ao ser prestado por um concessionário.

Tendo sido feitos esses esclarecimentos, pode-se distinguir entre os serviços descentralizados “outorgados” “delegados”.

Hely Lopes Meirelles ensina que

há *outorga* quando o Estado cria uma entidade e a ela transfere, por lei, determinado serviço público ou de utilidade pública. Há *delegação* quando o Estado transfere, por *contrato* (concessão), ou *ato unilateral* (permissão ou autorização), unicamente a execução do serviço, para que o delegado o preste ao público em seu nome por sua conta e risco, nas condições regulamentares e sob controle estatal. (MEIRELLES, 1997, p. 308)

As entidades públicas instituídas ou criadas para a prestação de serviços públicos no Brasil são as autarquias, as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as fundações públicas. As empresas particulares, por sua vez, são contratadas mediante escolha através da concorrência nos termos da lei.

Acrescente-se, ainda, que, tendo em vista que sempre subsistirá a impossibilidade ou mesmo adesequidade, devido ao ônus excessivo que teria que assumir, de a Administração Pública oferecer diretamente serviços afetos à sua competência, a ordem normativa possibilita a formação de convênios, contratos, etc., com a finalidade de transferir algumas atribuições para a órbita dos administradores. Trata-se da parceria, que pode acontecer, a Administração Pública Direta ou Indireta e o setor privado, sem que haja relação de subordinação entre a entidade administrativa e seus parceiros.

4.2 Pelo Estado

O Estado, complexa máquina administrativa, viu-se obrigado a utilizar o procedimento da descentralização para a formação de novas entidades, com capacidade política e administrativa, capazes de garantir a realização das inúmeras necessidades coletivas.

Inicialmente, formaram-se as autarquias e, em um segundo momento, foram criadas as figuras das concessões, autorizações e permissões para que particulares e empresas privadas realizassem serviços públicos.

Em se tratando de sistema de ensino, na esfera pública, a criação de instituições de ensino superior, universitárias ou não, aconte-

cerá mediante a lei de iniciativa do Poder Legislativo. Assim, para a constituição das instituições públicas não há como se furtar da Administração Pública Indireta e de seu regime jurídico.

Nesse sentido, a própria Lei n. 5540/68, que dispõe sobre a organização do ensino superior, já se refere a tais autarquias, conforme ensina Hely Lopes Meirelles: “*autarquia de regime especial*” é toda aquela que a lei instituidora conferir privilégios específicos e aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública (1997, p. 308).

A utilização da terminologia “autarquia de regime especial” (art.4º) teve como intuito, justamente, retirar as universidades públicas do âmbito de incidência das normas aplicáveis às autarquias em geral. Embora não tenha acontecido a regulamentação, o art. 54 da atual LDB, ao dispor que as universidades mantidas pelo Poder Público gozarão, na forma da lei, de estatuto jurídico especial para atender as necessidades de sua estrutura, organização e financiamento pelo Poder Público, acabou por possibilitar que as “autarquias de regime especial” não perdessem o fundamento legal de sua natureza jurídica.

As fundações públicas, por sua vez, surgiram para atender necessidade ou funções específicas do Estado. Inicialmente, as fundações foram criadas por interesse de particulares, para desenvolverem, em sua maioria, atividades benemerentes de interesse social e coletivo. Com o passar do tempo, o Estado começou a instituir fundações para os mais variados objetivos institucionais.

No que tange à fundação pública, é notória a dissonância doutrinária sobre a natureza jurídica ou mesmo quanto à sua situação jurídica no contexto da Administração Pública... Em que pese o fato de ser caracterizada como pessoa jurídica de Direito Privado, a doutrina majoritária concebe esta figura como sendo efetivamente mais uma entidade integrante da administração indireta, mesmo porque possui as características marcantes dessa modalidade administrativa, visto ser criada por lei, ter patrimônio próprio e poder discricionário (SILVA; MIRANDA, 1999, p.68).

Assim, a instituição de fundações universitárias decorreu da busca da flexibilização do regime jurídico público, notadamente o referente à administração financeira e de pessoal.

Hely Lopes Meirelles, ao tratar dos caracteres das fundações, ensina que: “as fundações prestam-se, principalmente, à realização de atividades não lucrativas e atípicas do Poder Público, mas de interesse coletivo, como a educação, cultura, pesquisa, sempre merecedoras do amparo estatal” (MEIRELLES, 1997, p. 320).

É importante ressaltar que as fundações públicas, ainda que instituídas pela Administração Pública, poderão ter natureza jurídica de Direito Privado.

Até o advento da Constituição de 1988, a única previsão legal para fundação estava contida no art.24 do Código Civil: “Para criar uma fundação, far-lhe-á o seu instituidor, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la”, ou seja, as fundações criadas tanto pelo particular como pelo Poder público poderiam, a principio, somente nascer sob esta ótica jurídica.

Contudo, a Carta Magna de 1988, acrescida da Emenda Constitucional n. 19/98, em seu art. 37, inc. XIX, assim prescreveu: “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, se sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste ultimo caso, definir as áreas de sua atuação”.

Assim, o legislador constituinte e também o ordinário possibilitaram ao poder público a instituições de fundações. Em face disto, a caracterização da natureza jurídica da fundação envolve divergências doutrinarias.

A corrente doutrinaria positiva assevera que somente poderão existir fundações de direito privado, sejam elas instituídas pelo particular ou pelo poder público. Isto em razão do que está elencado no art. 16, inc. I do Código Civil (Art. 16: “São pessoas jurídicas *dedireito privado*: I- as sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fun-

dações”) e por força do art. 5, inc IV, do Decreto-lei 200/76, que determina que a fundação pública constitua entidade de personalidade jurídica de direito privado.

Uma corrente minoritária defende que toda fundação instituída pelo poder público possui personalidade jurídica de direito público.

Feitos estes esclarecimentos, pode-se concluir que fundações de educação superior criadas, por exemplo, por lei municipal, que não sejam mantidas por recursos orçamentários oficiais do Poder Público, possuem regime jurídico privado, não obstante a instituição tenha sido criada pelo Poder Público.

Desta forma, fundações classificadas como de *direito público* definem-se como verdadeiras entidades estatais em todas as prerrogativas próprias e entes públicos ou com funções eminentemente públicas. Em sentido contrário, a fundação pública de direito privado é apenas instituída pelo Estado e passa a integrar o ordenamento jurídico privados. Contudo, esta não perde o caráter público, uma vez que a origem de sua paternidade é estatal.

4.3 Pelas instituições privadas

A educação pode ser prestada, ainda, pelo sistema de ensino superior privado, que corresponde à esfera da propriedade privada, em oposição ao ensino público, entendido como um serviço público, em sentido restrito, mantido pelo Estado. O sistema de ensino superior privado constitui-se de universidades, federações e estabelecimentos integrados e isolados. Da perspectiva da propriedade, as instituições privadas caracterizam-se em escolas legais, confessionais ou comunitárias. A personalidade jurídica dessas instituições denomina-se associação civil e fundação.

Partindo da consideração de que as pessoas jurídicas de direito privado estão definidas e classificadas no art. 16 do Código Civil e que esse diploma legal é o instrumento jurídico que regula a constituição, o registro, a personificação, o funcionamento e a extinção das associações e sociedades civis, tratar-se-á da sociedade civil que

tenha por objetivo ser entidade mantenedora de estabelecimento de ensino.

A Constituição Federal consagrou a liberdade de associação de pessoas para fins lícitos, do mesmo modo que veda a intervenção ou o dirigismo estatal no funcionamento desses entes coletivos, dispondo mais que a constituição dessas associações de pessoas independe de qualquer autorização, conforme se depreende do disposto nos incisos VVII e XVIII de ser art. 5º.

Nas sociedades civis, sejam elas sem finalidades lucrativas, sejam com finalidades lucrativas, os intuitos buscados são econômicos. A diferença está em que, nas sociedades civis sem finalidades lucrativas, o lucro não se partilha entre os sócios, não é distribuído, posto que é aplicado unicamente nos objetivos e fins da sociedade, no caso em estudo, o ensino. Já nas sociedades civis com finalidades lucrativas, o lucro será aplicado na forma determinada no contrato ou no estatuto social, nada impedindo que parte dele seja distribuído ou partilhado entre os sócios.

A análise da constituição, personalização, funcionamento e extinção de uma sociedade civil, qualquer que seja sua natureza jurídica e que tenha por objetivo ser entidade mantenedora de estabelecimento de ensino, deve partir da consideração de que as pessoas jurídicas de direito privado estão definidas e classificadas no art. 16 do Código Civil brasileiro.

Deve-se, ainda, considerar que, entre os direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal consagrou, em cláusulas pétreas, a liberdade de associação de pessoas para fins lícitos, do mesmo modo que veda a intervenção ou o dirigismo estatal no funcionamento destes entes coletivos.

Diante disto, pode-se considerar dentre as pessoas jurídicas de direito privado apenas as intituladas de sociedades, as quais podem assumir formas de sociedades civis e sociedades comerciais.

Considerando que as sociedades civis podem ou não ter finalidade lucrativa e que as sociedades comerciais sempre terão fins lucrativos, pode-se inferir que a distinção entre ambas não reside na existência ou não da finalidade lucrativa da sociedade e sim no obje-

to perseguido por cada uma delas. Em se tratando de sociedades comerciais, o objeto será a prática de atos de comércio ou mercancia.

Há que se notar que as sociedades civis, ainda que se revistam das formas estabelecidas na legislação comercial, não perdem sua natureza jurídica, haja vista que foram inscritas no Registro Civil e não nas Juntas de Comércio.

Quanto às associações civis, elas têm, em regra, objeto puramente cultural, beneficente, altruísta, religioso, esportivo ou moral. Normalmente não visam o lucro, mas não se exclui a possibilidade de aferimento de lucros por parte delas.

Distinguem-se das sociedades civis, entre outras coisas, pela possibilidade de terem número indeterminado de membros, com ou sem mudança do quadro associativo, pela perpetuidade de sua existência e pelo fato de o lucro da associação reverter em prol dela própria, não sendo, portanto, distribuído aos associados.

A atual Legislação de Diretrizes de Bases, no tocante do regime jurídico das instituições privadas de ensino superior, reconhece a natureza privada destas instituições em função das pessoas físicas ou jurídicas de direito privado que as mantêm e administram. Da mesma maneira procede, quando da discriminação das categorias a que devem submeter-se (comunitária, confessional, filantrópica ou nenhuma destas), ao se referir a condições e requisitos impostos às pessoas físicas ou jurídicas que as mantêm e não às instituições propriamente ditas.

Assim, pode-se notar a preocupação da LDB com as atividades econômicas na área educacional, a qual, normalmente, é exercida por dois entes distintos, quais sejam, a mantenedora (pessoa física ou jurídica com capacidade econômico-financeira e titularidade do patrimônio) e a mantida (pessoa jurídica, prestadora de serviços, que congrega a capacidade física instalada e os recursos humanos disponíveis).

4.4 De forma não estatal

Com a regulamentação prevista na Lei n. 9637/98 a

Modalidade administrativa ‘organização social’ inaugura no Direito brasileiro a relação ‘pública não-estatal’, que permite à ‘publicização’ do setor público não estatal (como é o caso das universidades), pela transformação de autarquias ou fundações públicas em entidades de direito privado (as organizações sociais), sem fins lucrativos, que tenham autorização específica do Poder Legislativo para celebrar contrato de gestão com o Poder Executivo e assim receber doação orçamentária. (RANIERI, 2000, p. 224)

A Lei n. 9637 de 15/05/1998 criou oportunidades para que entidades particulares, em parceria com o Estado, prestem serviços à sociedade, segundo regime distinto da concessão, qual seja, o contrato de gestão, que se constitui em instrumento jurídico que serve de vínculo entre o Poder Público e as organizações sociais e possibilita que o Estado reduza o seu papel de regulador, provedor e promotor desses serviços. As organizações sociais são um modelo de parceria entre o Estado e a sociedade, constituindo um tipo particular de instituição não estatal destinado a absorver, mediante qualificações específicas, atividades comumente exercidas pelo Poder Público.

Di Pietro assevera que

fora do âmbito da Administração Indireta, os contratos de gestão estão previstos no direito positivo como modalidade de ajuste a ser celebrado com instituições não governamentais passíveis de serem qualificadas como organizações sociais ou receberem outro tipo de qualificação pelo poder público, para fins de fomento. (1993, p. 198)

Nos termos do art. 1º da lei em referência, podem ser qualificadas como organizações sociais às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que tenham por finalidade exercer atividades de ensino, de pesquisa científica, de desenvolvimento tecnológico, de proteção do meio ambiente, de cultura ou de saúde, ou seja, serviços de interesse público que não são privativos do Estado.

A respeito do contrato de gestão, Di Pietro adverte que

pela forma como a matéria está disciplinada na esfera federal, são inegáveis o conteúdo de imoralidade contido na lei, os riscos para o patrimônio público e para os direitos do cidadão. [...] O fato de a organização social absorver atividade exercida por ente estatal, utilizar o patrimônio público e os servidores antes a serviço desse mesmo ente, que resulta extinto, não deixa dúvidas de que, sob a roupagem de entidade privada, o real objetivo é o de mascarar uma situação que, sob todos os aspectos, estaria sujeita ao direito público. (1993 p. 203)

O projeto das organizações sociais foi apresentado pelo Ministério da Administração e Reforma do Estado no “Plano Diretor de Reforma do Estado”, que pretendia viabilizar a transferência de atividades desempenhadas direta ou indiretamente pelo Estado para a iniciativa privada, sem fins lucrativos com o intuito de melhorar a eficiência dos serviços públicos designados como “não exclusivos”, mediante a adoção de modelos gerenciais que permitam autonomia de gestão econômica e administrativa.

A meta de descentralização, mediante a celebração de contratos de gestão, proposta pelo Plano Diretor, precisa ser analisada com cautela no âmbito das universidades públicas. Afinal, a qualificação das universidades como organizações sociais importaria em sua desqualificação como entidade estatal. A esse respeito, Nina Ranieri Beatriz defende que

na forma que em se apresentam as organizações sociais na Lei n. 9637/98, poder-se-ia pensar na adoção do modelo, em caráter experimental, para menores e menos complexas instituições de ensino superior, não organizadas sob a forma de universidades, em busca de maior agilidade administrativa e menos controles burocráticos (2000, p. 227)

Considerações finais

Visto ter sido o desafio inicial deste trabalho uma tentativa de incursão pelo estudo da educação como serviço público, prestado

pelas instituições privadas, no intuito de elucidar, mediante a sistematização do tema, crê-se ter escalonado somente alguns dos andares que o compõem, uma vez que o exercício crítico sempre oferece um amplo campo de possibilidade de análise do objeto em estudo.

Este trabalho apresenta como contribuição principal tratar a abordagem da educação superior considerando as diferentes interpretações que o serviço público adquire ao longo da história e o fato de a educação constituir-se em um serviço de interesse público, embora não seja atividade privativa do Estado.

Nesse sentido, foi fundamental entender, tendo em vista o seu determinante social, a especificidade do ensino superior, que se torna evidente através da análise de seu regime jurídico, o qual prevê, concomitantemente, o tratamento menos rígido das formas e processos no que se refere à esfera pública e à derrogação parcial de prerrogativas inerentes ao regime privatístico, no que concerne à esfera privada em razão da natureza pública da atividade educacional.

Através da compreensão do serviço público na ordem econômica e no contexto das Reformas, foi possível esclarecer que a regulamentação e o controle do serviço público, qualquer que seja a modalidade de sua prestação ao usuário, caberão ao Poder Público e, mais, a este caberá, ainda, a busca pela harmonização das relações entre prestadores e usuários.

Considerando que a titularidade do serviço e a titularidade da prestação são figuras jurídicas distintas, o Estado tanto poderá prestar por si mesmo os serviços públicos, como poderá promover sua prestação a particulares e outras pessoas de direito público interno ou administração indireta.

Ao se tratar dos serviços públicos suscetíveis de serem concedidos, depreende-se não se cogitar de outorga de concessão para a prestação de serviços de educação, pelo fato de esta atividade não se constituir em serviço privativo do Estado, da mesma forma, também não ocorrem as figuras jurídicas da permissão e autorização.

Por outro lado, o ensino superior privado precisa ser compreendido como um serviço público, haja vista que a educação deve ser

entendida como pública, mesmo quando for ofertada por instituições privadas.

Ao término deste trabalho, espera-se que tenha restado comprovado que a educação superior, ainda que seja prestada por instituições privadas, possui natureza pública, podendo ser considerada, assim, serviço público em sentido amplo e deverá estar necessariamente submetida ao princípio da eficiência, como toda e qualquer atividade estatal, buscando oferecer a melhor qualidade e os melhores resultados.

Resta, portanto, ao final do trabalho a preocupação de que tanto as instituições de ensino público como as privadas estejam em condições de cumprir sua missão face à sociedade e que as intervenções do Estado, justificadas pelo interesse público, estejam delineadas pela lógica da avaliação educativa e não do mero controle, independentemente das reformas que acabam por alterar as relações entre instituições de ensino superior, sociedade e Estado.

REFERÊNCIAS

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CARNEIRO, Moacir Alves. *LDB fácil: leitura crítico-compreensiva*. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

CHAUÍ, Marilena. *Escritos sobre a universidade*. São Paulo: Editora UNESP, 2001.

CRETILLA JR, J. *Manual de direito administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

DOURADO, Maria Cristina C. Oliveira. O repensar do conceito de serviço público. *Revista de Direitos Administrativos e Constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 06, p. 75-88, 2002.

FERRAZ, Esther de Figueiredo. A importância do direito educacional. *Mensagem*. Revista do Conselho de Educação do Ceará, Fortaleza, n. 8, 1983.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PINHEIRO, Maria Francisca. O público e o privado na educação: um conflito fora de moda: In: FÁVERO, Osmar (org). *A educação nas constituintes brasileiras (1823-1988)*. Campinas: Autores Associados, 1996.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Educação superior: direito e estado*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2000.

SAVIANI, Demerval. *Filosofia da educação brasileira*. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1985.

_____. *Política e educação no Brasil*. 3. ed. Campinas: Autores Associados, 1996.

SGUISSARDI, Valdemar. *Novas faces da educação superior no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SILVA, Volney Zamenhof; MIRANDA, Eliana Bueno de. *Primeiras linhas de direito administrativo*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

SOUZA, Paulo N. P. de. *LDB e ensino superior: estrutura e funcionamento*. São Paulo: Pioneira, 1977.