



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

A Participação Privada na Educação Pública: Modelos e Oportunidades

por

Raphael Barata Pasqualette

ORIENTADOR: Julian Fonseca Peña Chediak

2018.1

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

A Participação Privada na Educação Pública: Modelos e Oportunidades

por

Raphael Barata Pasqualette

Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) para a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Julian Fonseca Peña Chediak

2018.1

Agradecimentos

Aos meus pais, Helena e Henrique, e aos meus irmãos e irmãs, Mariana, Fernanda, Felipe e Bernardo, pelo amor de sempre.

Aos meus amigos, por tornarem o universo fora deste trabalho um lugar mais divertido.

À Flavia, pelo afeto e companheirismo de tantos dias.

Resumo

O presente trabalho visa demonstrar a possibilidade da participação de entes privados na educação pública brasileira, por meio de institutos próprios do ordenamento jurídico nacional, com o objetivo de buscar seu desenvolvimento e fomentar práticas de gestão de qualidade. A partir de uma digressão inicial do contexto constitucional em que a educação pública se insere, parte-se à análise do Estado como interventor indireto na economia e provedor de serviços públicos. Em seguida, realizamos o estudo acerca de dois institutos utilizados para permitir a participação de particulares na educação, quais sejam, a Participação Público-Privada e as Organizações Sociais. Neste, são analisados os mecanismos previstos nas leis dos institutos mencionados, bem como sua eventual aplicação ao setor da educação, por meio da análise de caso das Unidades Municipais de Educação Infantil de Belo Horizonte e das tentativas de implantação das escolas *charter* no Brasil.

Palavras-chave

Educação – Participação Privada – Parcerias Público-Privadas – Organizações Sociais – Escolas – Serviços Públicos – Fomento - Administração Pública – Escolas Charter

Abstract

The present work aims to demonstrate the possibilities of participation of the private sector in the Brazilian education public sector, by the use of particular institutes of the Brazilian Law, with the goal to strive for development and promote quality management practices. Starting with an initial digression regarding the constitutional context in which Brazilian education stands nowadays, we then proceed to the analysis of the State as an indirect intervenor in the Economic fields and provider of public services. Afterwards, we conduct an analysis regarding two legal institutes used to promote private sector participation in the education sector, which are Public-Private Partnerships and Social Organizations. In this study, we analyze the legal mechanisms set forth in the respective laws of the mentioned institutes, as well as their eventual applicability to the education sector, through a case study of the Early Education Schools of the city of Belo Horizonte and the attempts to establish charter schools in Brazil.

Keywords

Education – Private Sector Participation – Public-Private Partnerships – Charter Management Organizations – Schools – Public Services – Economic Stimulus – Public Administration – Charter Schools

Sumário

Introdução	1
Capítulo 1 - O Acesso à Educação Básica.....	3
1.1. Histórico Internacional.....	3
1.2. A Educação Brasileira: O Histórico Político-Jurídico	4
1.3. A Educação na Constituição Federal de 1988	7
Capítulo 2 - O Estado como Interventor Econômico	10
2.1. Breve Histórico Econômico Brasileiro	10
2.1.1. O Brasil Pré-República	10
2.1.2. A Economia na República.....	12
2.2. A Intervenção do Estado na Economia: Meios e Objetivos	14
2.3. A Intervenção do Estado por Meio do Fomento.....	17
2.4. Serviços Públicos e o Papel do Estado	18
Capítulo 3 - As Parcerias Público-Privadas	22
3.1. Definição e Objetivos	22
3.2. Breve Histórico	23
3.3. As PPPs no Brasil.....	24
3.3.1. Histórico Legal e Modalidades de Contratação	24
3.1.1.1. A Concessão Administrativa.....	25
3.1.1.2. A Concessão Patrocinada	26
3.3.2. As Características do Contrato de PPP	27
3.3.2.1. Valor, Prazo e Objeto	27
3.3.2.2. Distribuição de Riscos, Avaliação de Desempenho e Remuneração Variável	28
3.3.2.3. As Garantias Contratuais.....	29
3.3.2.4 SPE e Constituição de PPPs	31
3.3.3. Desafios e Riscos do Modelo de PPPs.....	32
3.4. As PPPs na Educação brasileira.....	33
3.4.1. As UMEIs de Belo Horizonte	33
3.4.1.1. Histórico	33
3.4.1.2. As Características do Projeto	35
3.4.1.2.1. Valor, Objeto e Prazo.....	35

3.4.1.2.2. Alocação de Riscos	35
3.4.1.2.3. Indicadores de Desempenho e Remuneração	37
3.4.1.2.4. Limites Mínimos de Qualificação.....	39
3.4.1.3. Os Resultados do Projeto	39
Capítulo 4 – Escolas <i>Charter</i> : um projeto de escolas independentes	40
4.1. Definição, Objetivo e Características.....	40
4.2. Histórico Internacional.....	42
4.3. As Escolas <i>Charter</i> no Brasil.....	44
4.3.1. A Experiência de Pernambuco.....	44
4.3.1.1. Breve Histórico.....	44
4.3.1.2. Resultado do Projeto	45
4.3.2. As Experiência de Goiás: Breve Histórico	46
4.4. As Organizações Sociais	47
4.4.1. Definição e Objetivo	47
4.4.2. O Contrato de Gestão.....	48
4.4.3. Controvérsias Acerca da Constitucionalidade da Lei das OS	50
4.4.3.1. A Dispensa de Licitação e Outorga de Uso de Bem Público	51
4.4.3.2. A Prestação de Serviços Públicos por Particulares	53
4.4.3.3. O Regime de Contratação das OS	54
4.5. Breve Análise do Caso das Escolas <i>Charter</i> de Goiás	56
Conclusão	62
Bibliografia.....	63

Lista de siglas e abreviações

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

IFC – *International Finance Corporation*

Lei das OS – Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998.

Lei das PPPs – Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004

PPPs – Parcerias Público-Privadas

OS – Organizações Sociais

SPE – Sociedade de Propósito Específico

UMEIs – Unidades Municipais de Educação Infantil de Belo Horizonte

“Development consists of the removal of various types of unfreedoms that leave people with little choice and little opportunity of exercising their reasoned agency. The removal of substantial unfreedoms, it is argued here, is constitutive of development. ”

— Amartya Sen, em *Development as Freedom*

“A guerra está na montanha – disse –. Desde que eu sou eu, nas cidades não nos matam com tiros, e sim com decretos. ”

— Gabriel Garcia Márquez, em *O Amor nos Tempos do Cólera*

Introdução

Alvo de tantos debates, a educação básica constitui um vetor poderoso para o desenvolvimento de uma nação, e pode ser considerada como um instrumento fundamental para a promoção de liberdades individuais. Nesse sentido, aponta Amartya Sen, ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 1998, que as formas mais básicas de privação à educação – o analfabetismo e o inumerismo¹ - representam a privação não só de seus objetos (quais sejam, a leitura e a matemática), mas de um universo de possibilidades², composto por liberdades e direitos que deixam ser assumidos por seus agentes.

Em termos de políticas públicas, é possível estabelecer uma relação de causalidade entre o investimento em educação e retornos econômicos efetivos. Conforme demonstrado por diversos estudos, o investimento em capital humano por meio de políticas educacionais, se realizado com qualidade e de modo bem-distribuído, pode ter impacto positivo na produtividade e no consequente crescimento econômico de um país.

Assim, é surpreendente que em um país como o Brasil, em que o percentual de gastos com educação em relação ao total de gastos públicos supera o de países como Suíça, Coreia do Sul e Singapura³, apresente resultados acadêmicos tão abaixo do esperado. Segundo o último relatório do PISA – *Programme for International Student Assessment* –, que avalia a performance de alunos a nível global, os resultados acadêmicos brasileiros se encontram demasiadamente abaixo da média dos países que compõem a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).⁴

¹ Conforme define a Academia das Ciências de Lisboa, a “*falta de domínio das operações aritméticas fundamentais*”. Disponível em <<https://ciberduvidas.iscte-iul.pt/consultorio/perguntas/inumerismo-vs-inumeracia/18085>>. Acesso em 04.06.2018.

² SEN, Amartya. *The importance of education*, Commonwealth Education Conference. Edimburgo, 2003. Disponível em <<https://speakola.com/ideas/amartya-sen-importance-of-education-2003>>. Acesso em 04.06.2018.

³ Conforme dados do Banco Mundial (2017). Disponível em <https://data.worldbank.org/indicator/SE.XPD.TOTL.GD.ZS?locations=BR-CH-NO-NZ-KR-HK-SG&name_desc=false>. Acesso em 04.06.2018.

⁴ Dados do PISA (2015). Disponível em <<http://www.oecd.org/pisa/pisa-2015-brazil.htm>>. Acesso em 04.06.2018.

Portanto, faz-se necessário questionar o motivo pelo qual, apesar de se gastar tanto no Brasil com educação – contrariamente ao que supõe a certeza popular –, não se obtém os resultados esperados. Uma tese possível é de que a gestão do capital voltado para o setor da educação pública é realizada de maneira pouco eficiente, e de que os sistemas de incentivos a agentes envolvidos na educação básica não é o mais adequado para extrair o máximo de cada parcela do processo educacional. Logo, é possível que práticas e institutos oriundos da iniciativa privada exerçam um efeito positivo sobre a prestação de serviços educacionais.

Assim, neste trabalho, serão analisados dois institutos legais – as Parcerias Público-Privadas e as Organizações Sociais – que permitem uma estruturação diferenciada de escolas básicas. Seja por meio da execução de projetos de infraestrutura e da prestação de serviços não pedagógicos – como é o caso das PPPs, ou pela autonomia e flexibilidade da implantação de escolas charter – possíveis através das OS –, serão aqui sugeridos modelos econômico-jurídicos alternativos ao formato de gestão de uma escola pública tradicional.

Mais do que isso, pretende-se, por meio deste trabalho, promover o conhecimento e reflexão acerca de possibilidades de modelos inovadores que, pelos mais variados motivos, são preteridos por parte da Administração Pública.

Capítulo 1 - O Acesso à Educação Básica

1.1. Histórico Internacional

Ainda que haja registros da proliferação de escolas privadas durante o Império Romano, registra-se que o acesso institucional à educação básica se deu, no mundo ocidental moderno, em um primeiro momento, durante meados do século XII, por iniciativa da Igreja Católica, que determinou que seus sacerdotes provessem educação básica gratuita aos jovens menos abonados. Curiosamente, a primeira intervenção propriamente estatal nesse sentido ocorreu em 1633, após a Reforma Protestante, onde o Parlamento escocês instituiu um tributo para financiar a contratação de professores para prover educação gratuita aos mais pobres, seguindo a cartilha estabelecida para a Reforma pela Igreja Protestante escocesa. Mais adiante, do século XVI ao século XIX, mudanças significativas foram realizadas na Europa e nos Estados Unidos, com a criação das primeiras instituições públicas de ensino primário e o surgimento de comissariados, ministérios e demais instituições voltadas para a organização do setor da educação.

Séculos depois, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos disporia, em seu art. 26º, que a educação seria um direito universal. A gratuidade e a obrigatoriedade, entretanto, seriam restritas apenas ao ensino elementar, ao passo que a educação superior deveria estar disponível igualmente a todos, podendo seu acesso ser determinado “em função do mérito”⁵.

⁵ “Artigo 26º 1. Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito.”

Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Genebra, 1948. Disponível em < http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em 15.01.2018.

1.2. A Educação Brasileira: O Histórico Político-Jurídico

Foi ainda no período colonial que teve início o ensino básico público no Brasil. Em 1759, por meio das reformas empreendidas durante a administração do Marquês de Pombal, instituiu-se o ensino elementar de letras e humanidades e a laicidade do ensino, nas chamadas Aulas Régias. Em momento posterior, em 1824, a Constituição Política do Império do Brasil, promulgada por D. Pedro I, determinava, em seu art. 179, XXXII, que “XXXII - A Instrução primária é gratuita a todos os Cidadãos.”; em seguida, a Assembleia Legislativa estabeleceu em 1827 a criação de escolas de primeiras letras nas cidades e vilas mais populosas do Império⁶.

Por fim, ainda no período Imperial, foi promulgado o chamado Ato Adicional de 1834, que possibilitou às províncias estabelecerem suas próprias Assembleias Provinciais. Neste ato, foi atribuída a tais Assembleias a competência de legislar

“sobre instrução públicas e estabelecimentos próprios a promovê-la, não compreendendo as faculdades de medicina, os cursos jurídicos, academias atualmente existentes e outros quaisquer estabelecimentos de instrução que para o futuro forem criados por lei geral”⁷.

Deste modo, descentralizou-se a regulamentação para estabelecimentos educacionais em território nacional.

Passada a República Velha, já no primeiro governo Vargas, foram criados, em 1930, o Ministério dos Negócios da Educação e da Saúde Pública⁸; e, em 1931, o Conselho Nacional de Educação⁹. Em momento posterior, a promulgação da Constituição Federal de 1934 também trouxe

⁶ Lei de 15 de outubro de 1827. Versa o Art. 1º da referida lei: “Art. 1º Em todas as cidades, vilas e lugares mais populosos, haverá as escolas de primeiras letras que forem necessárias”

⁷ Art. 10º do Ato Adicional de 1834, publicado em 12 de agosto de 1834 pela Regência Permanente atuando em nome do Imperador do Brasil, Dom Pedro II. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM16.htm>. Acesso em 31.05.2018.

⁸ Decreto nº 19.402 de 14 de novembro de 1930.

⁹ Decreto nº 19.850 de 11 de abril de 1931.

inovações, como a determinação da União Federal como ente federativo competente para elaborar o Plano Nacional de Educação e realizar a organização e reconhecimento dos estabelecimento de ensinos nacionais¹⁰, por exemplo. Ainda que fossem entes privados, tais instituições de ensino teriam imunidade tributária, determinada pelo art. 154 da referida Constituição,¹¹ por sua suposta “Utilidade Pública Federal” (título jurídico que seria criado apenas no ano seguinte, após a promulgação da Lei Federal nº 91 de 1935), e, caso fossem instituições particulares, só reconhecidos caso garantida a estabilidade empregatícia de seus professores¹² (art. 150, parágrafo único, *f*). Ademais, a Constituição Federal de 1934 foi a primeira Constituição republicana a determinar que o plano nacional de educação compreenderia (i) o “*ensino primário integral gratuito e de frequência obrigatória extensivo aos adultos*”; e (ii) uma “*tendência à gratuidade do ensino educativo ulterior ao primário, a fim de o tornar mais acessível*” (art. 150, parágrafo único, *a e b*). Entretanto, à exceção do ensino primário público e gratuito, tais normas não subsistiriam quando da promulgação da Constituição Federal de 1937¹³.

Com o fim do Estado Novo varguista, houve a consequente promulgação da Constituição Federal de 1946 que, por sua vez, manteve a imunidade tributária às instituições de ensino, desde que aplicassem integralmente suas rendas no Brasil (art. 31, V, *b*), e ao ensino público primário, apesar de não trazer grandes inovações à temática. Ressalta-se, porém, que foi estabelecida uma parcela mínima de destinação do orçamento federal e estadual para despesas com educação – 10% (dez por cento) e 20%

¹⁰ Constituição Federal de 1934, Arts. 150 e 151

¹¹ “Art. 154. Os estabelecimentos particulares de educação, gratuita primária ou profissional, oficialmente considerados idôneos, serão isentos de qualquer tributo”

¹² Nesse sentido, ressalta-se que a CF/1934 prevê que “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”. Assim, o condicionamento do funcionamento de um estabelecimento de ensino privado à contratação com estabilidade garantida seria uma das medidas que possibilitariam “a todos uma existência digna”.

(vinte por cento), respectivamente (art. 169). Adicionalmente, em 1961, foi criada a primeira Lei de Diretrizes e Bases para a educação nacional¹⁴.

Durante o Regime Militar iniciado em 1964, a Constituição de 1967 trouxe parâmetros mais rígidos para orientar a educação nacional, como ao estabelecer que ensino seria compulsório e gratuito apenas dos sete aos quatorze anos, nos estabelecimentos oficiais (art. 167, §3º, II), além de ter sido a primeira Constituição a tratar de modo expresso da atuação privada na educação, evidenciando uma tendência de incentivo estatal à ação do setor privado na área.

Com isso, o segundo parágrafo do art. 168 dispõe que “*o ensino é livre à Iniciativa particular, a qual merecerá o amparo técnico e financeiro dos Poderes Públicos, inclusive bolsas de estudo*”, ao passo que o inciso III ao terceiro parágrafo do referido artigo estabelece que

“ §3º - A legislação do ensino adotará os seguintes princípios e normas: (...) III - o ensino oficial ulterior ao primário será, igualmente, gratuito para quantos, demonstrando efetivo aproveitamento, provarem falta ou insuficiência de recursos. Sempre que possível, o Poder Público substituirá o regime de gratuidade pelo de concessão de bolsas de estudo, exigido o posterior reembolso no caso de ensino de grau superior”.

Com base no dispositivo, pode se depreender, que, estruturalmente, a Constituição de 1967 elevou o setor privado ao papel de protagonista. Ao determinar que a gratuidade no ensino médio seria, sempre que possível, substituída gradativamente pela concessão de bolsas de estudo (só possíveis em estabelecimentos que houvesse a cobrança de mensalidades e/ou custos associados), o Estado brasileiro fez uma escolha política na direção do setor privado. Esse movimento pode ser justificado como uma tentativa de desonerar o contribuinte ao mesmo tempo em que incentivava o crescimento do setor de serviços privados de educação.

¹⁴ Lei Nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961.

Posteriormente, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 1, em 1969, a possibilidade tornou-se comando constitucional: o Poder Público deveria, imperiosamente, substituir o sistema de gratuidade pelo de concessão de bolsas de estudo¹⁵, nos ensinos médios e superior. Tal mudança gerou um aumento exponencial da participação do setor privado na educação brasileira, só “*possível pelo incentivo governamental assumido deliberadamente como política educacional*”¹⁶.

A partir deste momento, consolidava-se o setor básico da educação privada no Brasil.

1.3. A Educação na Constituição Federal de 1988

Atualmente vigente, a CF/88 estabelece que é direito fundamental do cidadão brasileiro a educação¹⁷, cujos meios de acesso devem ser garantidos tanto pela União como pelo Distrito Federal, Estados e Municípios¹⁸. Apesar disso, é competência concorrente da União, Distrito Federal e Estados legislar sobre o tema, sendo dever dos Municípios apenas “*VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental*”, (art. 30, VI). Tal vocação municipal para os primeiros anos de ensino também foi prevista posteriormente, na Seção I ao Capítulo III à CF/88, que trata especificamente

¹⁵ Art. 176, §3º, IV, que versa:

“Art. 176. A educação, inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana, é direito de todos e dever do Estado, e será dada no lar e na escola.

§ 3º A legislação do ensino adotará os seguintes princípios e normas:

IV - o Poder Público substituirá, gradativamente, o regime de gratuidade no ensino médio e no superior pelo sistema de concessão de bolsas de estudos, mediante restituição, que a lei regulará”

¹⁶ SAVIANI, Demerval, 2008. *O Legado Educacional do Regime Militar*. Cad. Cedes, Campinas, vol. 28, n. 76, p. 300.

¹⁷ Art. 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

¹⁸ “Art. 23, V: Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...)

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação”

da Educação. Nessa, é disposto que a atuação dos Municípios se dará, prioritariamente, no ensino infantil e fundamental; o ensino fundamental e o ensino médio, por sua vez, seriam de atuação primaz dos Estados e Municípios (cf. arts. 211, §2º e §3º)¹⁹.

Além disso, foram determinados certos princípios norteadores à educação nacional, como a “*igualdade de condições para o acesso e permanência na escola*” (art. 206, I); a “*garantia de padrão de qualidade*” (art. 206, VII); e a “*gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais*” (art. 206, IV). O acesso gratuito e obrigatório aos estabelecimentos de ensino passou a ser considerado, por norma constitucional, direito público subjetivo (art. 208, §1º), sendo o Poder Público passível de responsabilização no caso de não-oferecimento ou oferecimento irregular desses serviços (art. 208, §2º). Assim, o educando poderia exigir do poder público o oferecimento de uma vaga numa instituição de ensino, dada a imperatividade do comando constitucional. Por sua vez, a obrigatoriedade do ensino se daria dos 7 (sete) aos 17 (dezessete) anos de idade, devendo o Estado assegurar, também, a educação infantil até os 5 (cinco) anos de idade (art. 208, I e IV)²⁰.

Em relação à destinação orçamentária, a Constituição determina que a União deverá destinar ao menos 18% (dezoito por cento); e os Estados, Distrito Federal e Municípios, ao menos 25% (vinte e cinco por cento) das

¹⁹ “Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino. (...)”

§2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

§3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.”

²⁰ “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

V - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (...)

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.”

receitas provenientes de impostos para a manutenção e desenvolvimento da educação pública (art. 212, *caput*)²¹. Tais recursos deverão ser destinados, obrigatoriamente, às escolas públicas e, sendo possível, também, às escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, desde que comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação (art. 213, *caput* e I)²².

Interessante discussão é a da obrigatoriedade de gratuidade de instituições de ensino públicas de ensino superior. Inicialmente, pela mera leitura do art. 208 da Constituição, é possível depreender que o acesso irrestrito à educação superior não pode ser considerado direito público subjetivo. Em outras palavras, não seria exigível pelo cidadão que haja uma vaga, gratuita e sem processo seletivo, a uma universidade pública. Tal assertiva é de fácil compreensão quando da leitura do art. 208, §1º, que determina que o acesso apenas ao ensino obrigatório é gratuito, o que não compreenderia o ensino superior. Afinal, o inciso I do referido artigo determina que somente a educação básica é obrigatória e gratuita (art. 208, I), ao passo que os mais elevados níveis de ensino só teriam o acesso garantido de acordo com capacidade de cada um. Logo, sendo o acesso condicionado à capacidade de cada indivíduo, esse não poderia ser considerado obrigatório, pois claramente impossível obrigar alguém a ser capaz de fato.

A nível internacional, é possível mencionar o versado pela Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, conhecida como o Pacto de San José da Costa Rica, tendo sido complementada pelo Protocolo de São Salvador, promulgados como decretos em 1969 e 1988, respectivamente²³. Tais

²¹ “Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.”

²² “Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:

I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação”

²³ Decreto Nº 678, de 6 de novembro de 1992 e Decreto Nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999.

tratados, aos quais o Brasil ratificou, determinam que a educação dos países signatários é uma das bases para seu desenvolvimento. Além disso, conforme o art. 13, 3, do Pacto de São Salvador, seus sistemas de ensino deverão cumprir certos requisitos:

“

- a. *O ensino de primeiro grau deve ser obrigatório e acessível a todos gratuitamente;*
- b. *O ensino de segundo grau, em suas diferentes formas, inclusive o ensino técnico e profissional de segundo grau, deve ser generalizado e tornar-se acessível a todos, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito;*
- c. *O ensino superior deve tornar-se igualmente acessível a todos, de acordo com a capacidade de cada um, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito”.*

Conforme já demonstrado, a CF/88 segue quase à risca os preceitos aí estabelecidos, à exceção do ensino superior, ao qual não há menção expressa da “*implantação progressiva do ensino gratuito*”.

Capítulo 2 - O Estado como Interventor Econômico

2.1. Breve Histórico Econômico Brasileiro

2.1.1. O Brasil Pré-República

No Brasil, a participação do Estado como agente e interventor econômico remonta a um outro tempo de nosso país.

Ainda colônia, em 1534, o território nacional foi dividido em 14 capitanias hereditárias, cedidas a donatários indicados pelo império português. A administração pertenceria a eles; e a eles pertenceria também a responsabilidade de desenvolver a infraestrutura e a economia local. Eles representavam, neste momento, o Estado, em suas múltiplas facetas: eram a administração pública, os (então) poderes judiciário e legislativo e a força motriz econômica.

Seguido à tentativa de instituição do sistema de capitanias, formalizou-se, a partir de 1549, o sistema de governo-geral que, ao longo dos dois séculos seguintes, governaria o Brasil durante os ciclos da cana e da mineração. Além disso, como política de atuação na economia, tal governo se caracterizaria pela tributação draconiana à colônia brasileira – ao fim do século XVII, o Brasil representava 60% da receita tributária global de Portugal – e pela instituição de monopólios em certos setores, entre outras medidas, em detrimento da metrópole portuguesa²⁴.

Foi durante o período imperial, iniciado em 1822, que o Brasil viveu o primeiro período de diversificação da sua indústria e experimentou um período de relativo liberalismo econômico – ainda que, em termos absolutos, limitado. O regime colonial havia se tornado, segundo Caio Prado Júnior, “*um obstáculo intolerável oposto ao desenvolvimento do país*”, pois “*as forças produtivas do Brasil se encontravam em franca expansão; sentiam-se assim muito mais vivamente, às restrições [econômicas, como o monopólio,] de que o país era vítima*”²⁵. Neste período, houve investimento estatal em certos setores da economia, como a indústria têxtil, custeado pela implantação de tributos como a Tarifa Alves Branco, e certo desenvolvimento embrionário da indústria brasileira.

Nos últimos anos do Império, as perspectivas para o futuro do país eram otimistas. O fim da escravidão, o trabalho assalariado, a expansão mercado cafeeiro e da indústria têxtil, as novas imigrações europeias e a entrada de capital estrangeiro: pairava sobre o país uma expectativa de prosperidade, enfim.

²⁴ CALDEIRA, Jorge. *História da Riqueza no Brasil: Cinco séculos de pessoas, costumes e governos*. Ed. Estação Brasil, 2017. P. 103 e 104.

²⁵ PRADO JUNIOR, Caio. *História Econômica do Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 2006. P. 127

2.1.2. A Economia na República

Na República Velha, iniciada em 1889, o Brasil teria vivido, conforme descreve Gustavo H. B. Franco e Luiz Aranha Correa do Lago, “*o apogeu do conservadorismo monetário*”²⁶. Em seu início, foi editado, durante o governo provisório, de Marechal Deodoro da Fonseca o Decreto nº 164, de 17 de junho de 1890,²⁷ que, dentre outras medidas, permitiu a instalação de sociedades anônimas sem a necessidade de autorização do governo e trouxe uma nova lei de bancos de emissão. Novas companhias foram constituídas, bancos de emissão surgiram e o sistema de crédito se expandiu: criou-se, assim, um momento de euforia na economia brasileira, propício para a especulação e liquidez. Tal conjunto de fatores culminou na Crise do Encilhamento – uma bolha econômica. Posteriormente, após a aplicação de políticas econômicas deflacionistas, realizou-se, durante o governo Rodrigues Alves, o dito *encampamento* das emissões bancárias, com o objetivo de sanear as contas públicas brasileiras. Em seguida, com o Convênio de Taubaté, em 1906, buscou-se proteger, com o auxílio do Governo federal, a política cafeeira nacional, ao estabelecer-se preços mínimos para a compra de café, face a uma expectativa de produção recorde, bem como a estabilização do câmbio do produto, consubstanciada pela criação da Caixa de Conversão. Consolidava-se, assim, a oligarquia cafeeira brasileira.

No entanto, passada a Primeira Guerra Mundial, a expectativa para o Brasil não se consumou. Em relação a seus pares sul-americanos, o país foi superado em termos de crescimento do PIB, apesar de certas indústrias terem obtido um desenvolvimento pujante – como as de ferro e aço –, incentivadas pela atuação do Governo federal, por meio de isenções fiscais.

²⁶ FRANCO, Gustavo H. B., DO LAGO, Luiz Aranha Correa. *A Economia da República Velha, 1889-1930. Textos Para Discussão, Nº 558*. Departamento de Economia da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010. P. 8.

²⁷ Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-164-17-janeiro-1890-518020-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 02.06.2018.

O processo de intervenção do Estado na economia se acentuou durante a chamada Era Vargas. Ao longo do Estado Novo varguista, foram criados diversos Conselhos estatais (como o Conselho Nacional do Petróleo), além das primeiras grandes empresas estatais brasileiras, como a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) e a Companhia Vale do Rio Doce, surgida em 1942, inaugurando a participação do Estado como acionista de empresas brasileiras. No ano seguinte, foi promulgada por Vargas a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o grande marco legal na legislação trabalhista. Já em 1945, surge a Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC), organização precursora do Banco Central. Finalmente, em 1952, foi criado o Banco Nacional do Desenvolvimento (BNDE) e, no ano seguinte, foi fundada a Petróleo Brasileiro S.A. – hoje a mais notória das estatais.

No governo Juscelino Kubitschek, (1956-1961) o Estado assume a função de protagonista no objetivo de promover o crescimento acelerado do país. Isso se dá com a instituição de um ambicioso Plano de Metas, o fomento à indústria automobilística e a substituição de importações agrícolas, bem como a fundação de Brasília, custeada pelo Estado. Além disso, conforme explica Marcelo de Paiva Abreu²⁸,

“outras importantes fontes de despesa no período decorriam dos crescentes déficits operacionais das empresas estatais provedoras de serviços públicos, especialmente no setor de transportes, ferrovias e empresas de navegação de longo curso e de cabotagem”.

O governo posterior, de Jânio Quadros, ainda tentou buscar o equilíbrio fiscal nas contas públicas, mas sua renúncia interrompeu o feito.

Os anos de regime militar que se seguiram consolidaram a função do Estado como agente desenvolvimentista da economia nacional, por meio de

²⁸ ABREU, Marcelo. Paiva *A economia brasileira 1930-1964. Textos Para Discussão No. 585*, Departamento de Economia da PUC-Rio, 2010. P. 35.

políticas econômicas como o PAEG. Ademais, o Estado se tornou responsável pela prospecção de petróleo, transporte urbano, saneamento, programa nuclear, dentre tantas outras atividades, que, para Rubens Penha Cysne (1993, p. 187),²⁹ “*certamente representam um conjunto exagerado de funções econômicas diretamente exercidas pelo Estado para uma economia que quer ser capitalista*”.

Após o turbulento período econômico que sucedeu a redemocratização, foi somente durante o governo Fernando Henrique Cardoso que os princípios da eficiência e economicidade (previsto no art. 70 da CF/88) para com os recursos públicos tornaram-se mantra. Em seu governo, foi criado o Ministério da Administração e Reforma do Estado, que elaborou o chamado Plano Diretor de Reforma do Estado, cujo objetivo seria de “*criar condições para a reconstrução da administração pública em bases modernas e racionais*”. Além disso, foram concluídas diversas privatizações, com o objetivo de desonerar o Estado, e publicou-se a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Essas reformas representavam uma mudança programática, reflexo dos anseios democráticos de seu tempo. Nesse momento histórico, a intervenção do Estado na economia operou em sentido contrário: ao se desfazer de ativos, o Estado brasileiro buscou desonerar-se de determinadas responsabilidades para com os administrados, eximindo-se de uma intervenção direta em um ou outro setor, para exercer seu papel de interventor indireto.

2.2. A Intervenção do Estado na Economia: Meios e Objetivos

²⁹ CYSNE, Rubens. Penha. *A Economia Brasileira no Período Militar*. Est. Econ. São Paulo, 1993, V.23, n.2, p.187.

A intervenção indireta do Estado na economia pode se dar por diversos meios, positivados ou não, como incentivos econômicos (ou fomento), regulação (e sua respectiva coercibilidade), fiscalização ou mesmo por *soft power*³⁰, para que os agentes econômicos envolvidos sejam estimulados a realizarem determinados comportamentos voluntários. Nesse sentido, estabelece como modos de interferência estatal no domínio econômico a Constituição Federal, em seu art. 174, que

“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.”.

Por meio dessas atividades, a intervenção estatal no domínio econômico persegue seu objetivo principal, qual seja, o de atender ao interesse público. Dentre as mais variadas acepções sobre o que seria tal interesse público - assunto exaustivamente debatido no âmbito do Direito Administrativo -, define Celso Bandeira de Mello como *“do todo, do conjunto social, nada mais (...) que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduos enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)”*³¹. Em outras palavras, o interesse público seria simplesmente composto por tais interesses individuais quando considerados no âmbito social, para com a respectiva sociedade, tal como uma *“dimensão pública de direitos individuais”*.

Assim como ocorreu no governo Fernando Henrique, a percepção do interesse público pode envolver a racionalização da atuação do Estado. Essa

³⁰ Sobre o tema, há interessante teoria de *behavioral economics* denominada *Nudge theory*, que se trata simplesmente de fornecer liberdade de escolha ao agente econômico ao mesmo tempo em que se induz, de modo premeditado, sua escolha a determinado item. THALER e SUNSTEIN definem uma *nudge*, em seu livro *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness* (2008), como *“any aspect of the choice architecture that alters people's behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives. To count as a mere nudge, the intervention must be easy and cheap to avoid. Nudges are not mandates. Putting fruit at eye level counts as a nudge. Banning junk food does not.”*.

³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso A. *Curso de Direito Administrativo*, 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013. P. 61

decisão estatal se ampara, obviamente, no princípio democrático, ainda que possa destoar do que outros indivíduos entendam como um ato de interesse público do Estado. No caso dessas desestatizações, houve a efetivação do previsto no art. 173 da CF/88:

“Art. 173. 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.”

Em outras palavras, a partir do momento que se considerou como “*relevante interesse coletivo*” a não-manutenção daqueles ativos e empresas públicas antes pertencentes ao Estado, pelos mais variados motivos e desde que desnecessária à segurança nacional, agiu-se de acordo com o imperativo constitucional ao privatizá-las.

É devido ressaltar, porém, que o surgimento de institutos como a privatização e as organizações sociais não é um fato exógeno à democracia: seus projetos de lei e emenda tramitaram pelo Congresso e foram devidamente aprovados pelos representantes eleitos pelo povo. Portanto, em linhas gerais, o surgimento de institutos de privatização e estatização fazem parte do jogo político, e, ainda que se trate de uma sociedade plural, o atendimento a absolutamente todos as volições políticas, dos mais variados espectros, não é expectativa disponível, ainda que por vezes representem interesses opostos. Assim, tais institutos foram imbuídos de legitimidade democrática quando promulgados, e não deveriam ser, *propter rem*, dados como antagonistas da expectativa de um povo inteiro – ainda que certos setores insistam em tratá-los desse modo.

Ademais, a atuação do Estado na economia não há de ser, em todos os casos, direta. A atuação indireta não só é permitida como é incentivada, como em certos casos em que o Estado se provou um mau gestor ou atentatório contra a livre iniciativa. Em consonância com o objetivo deste trabalho, se

dará maior destaque à prática do fomento realizado pelo Estado, dentre as modalidades de incentivos possíveis.

2.3. A Intervenção do Estado por Meio do Fomento

Uma das formas admitidas pelo ordenamento jurídico de intervenção do Estado no domínio econômico é o *fomento*. Por meio dessa atuação indireta, o Estado busca promover o interesse público ao incentivar que determinados entes privados realizem os comportamentos voluntários desejados. Em outras palavras, no fomento, a atividade econômica permanece sendo realizada pelo agente privado, mas passa a ser direcionada, sem que isso comprometa o princípio da livre iniciativa. Tais incentivos podem se realizar das mais variadas maneiras, das quais podem ser destacadas os incentivos de crédito, os incentivos fiscais, bem outros meios não-financeiros.

Os incentivos de crédito consistem, basicamente, na abertura de linhas de crédito especiais, subsidiadas pelo governo, em setores econômicos considerados como estratégicos ao desenvolvimento nacional, de modo a estimular o investimento privado nessas áreas.

No mesmo sentido operam os incentivos fiscais – provavelmente a modalidade de fomento mais utilizada pelo Estado brasileiro. Se, por um lado tais incentivos representam a renúncia do governo à percepção de certo montante a título de tributo, por outro, o ente privado beneficiado pela isenção pode redirecionar aquele tributo para investir em sua operação. Além disso, caso não haja grande desenvolvimento do setor, a desoneração tributária pode servir de chamariz para atrair recursos para a área desejada. Portanto, exercem fim extrafiscal: seu objetivo não é arrecadar receitas para os cofres públicos, mas promover o crescimento de determinados setores.

Por fim, destacar-se-ão, principalmente neste trabalho, as modalidades de fomento que não se dão por meios diretamente financeiros. Para essas há infinitas possibilidades, a depender da imaginação do legislador.

Como exemplos, podem ser citados a assistência técnica fornecida a produtores agrícolas pela Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA), que visa estimular a consolidação e desenvolvimento do setor agropecuário, ou a assistência técnica gratuita a ser fornecida pelo Estado a famílias de baixa renda para a construção de habitações, nos termos da Lei nº 11.888/2008. Nesse caso, a intenção do legislador foi assegurar o direito à moradia, previsto na CF/88.

Como se verá aqui em momento posterior, também é possível que o fomento à atividade privada se dê pela permissão, pelo Poder Público, à criação de estruturas legais privadas que atendam ao interesse público, como as organizações sociais estabelecidas pela Lei das OS, sem fins lucrativos. No Brasil, as OS geralmente operam em setores em que há a prestação de um serviço público pelo Estado, e podem atuar de modo complementar ou parcialmente substitutivo a ele.

2.4. Serviços Públicos e o Papel do Estado

De forma a preencher o tema para explorá-lo mais a fundo, faz-se mister compreender a profundidade do papel do Estado enquanto prestador de serviços públicos. Portanto, cabe aqui definir, inicialmente, o corte temático que se dará a tais serviços.

Tradicionalmente, a definição de serviço público é atrelada à dicotomia do público *versus* o privado; desse modo, os serviços públicos teriam como antagonista as atividades de exploração econômica. Tal noção

clássica é considerada por certos autores como insuficiente, pois não compreende a zona cinzenta que haveria entre esses dois terrenos. Assim, há doutrinadores que sustentam que, além de tais serviços e atividades de exploração econômica, há também uma terceira via, que compreenderia as atividades de relevância pública (Modesto, 2011, p.482).³²

Para além da categorização, há corrente na doutrina que defende que seriam serviços públicos estritamente os previstos pela Carta Magna e demais dispositivos legais. Na CF/88, é possível separá-los em dois conceitos. Sob o conceito orgânico, seria serviço público aquele relacionado ao “*aparato administrativo do Estado*”³³. Já de acordo com o conceito objetivo, seria serviço público o que perfaz uma tarefa administrativa ou atividade técnica de natureza pública³⁴ que satisfaça tanto necessidades individuais como da coletividade.

No entanto, há diversos doutrinadores que defendem também a posição de que a delimitação sobre o conteúdo desses serviços pode ser relativizada pelas escolhas políticas do Estado em que tais serviços são realizados, desde que respeitados os limites constitucionais - incluindo-se, neles, os direitos fundamentais - e o princípio da livre iniciativa. Acerca do tema, Celso Antônio Bandeira de Mello expõe brilhantemente que

“É realmente o Estado, por meio do Poder Legislativo, que erige ou não em serviço público tal ou qual atividade, desde que respeite os limites constitucionais. Afora os serviços públicos mencionados na Carta Constitucional, outros podem ser assim qualificados, contanto que não sejam ultrapassadas as fronteiras constituídas pelas normas relativas à ordem econômica, as quais são garantidoras da livre iniciativa. (...)” sendo “lógico, entretanto, que, em despeito desta margem de liberdade, não há, para o legislador, liberdade absoluta. À falta de uma definição constitucional, há que se entender que o constituinte se remeteu ao

³² MODESTO, Paulo. *Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: Demarcando As Fronteiras de Serviço Público*, “Serviços de Relevância Pública” e “Serviços de Exploração Econômica”. In: SUNFELD, C. A. (Coord.); *Parcerias Público-Privadas*. Editora Moderna, 2ª Edição, São Paulo, 2011, P. 473

³³ Por exemplo, os arts. 37, XIII; 39, §7º; 40, III; 40, 16; 136, §1º, II da Constituição Federal de 1988

³⁴ Por exemplo, os arts. 21, XIV; 30, V; 37, §6º; 54, I, a; 61, §1º, II, b; 139, VI; 145, II; 175 202, §2º, 223; e 241 da Constituição Federal de 1988

sentido comum da expressão, isto é, ao prevalente ao lume dos padrões de cultura de uma época, das convicções predominante na sociedade”³⁵.³⁶

Quanto às atividades ditas *de interesse público*, essas seriam aquelas que ainda que realizadas por entes privados “*em regime de livre iniciativa, sujeitam-se a normas detalhadas e a controle do Poder Público de forma mais intensa que a prevista para a atividade de exploração econômica*”³⁷. Maurício Portugal Ribeiro, por sua vez, as define como (Portugal Ribeiro, 2011, p. 3)

“aquelas atividades econômicas que, por sua essencialidade para a coletividade, têm a responsabilidade pela sua prestação atribuída pela Constituição ou por Lei à Administração Pública, que pode escolher prestá-los por delegação à iniciativa privada”³⁸.

Logo, em tais atividades, mencionadas na Constituição Federal³⁹, ainda que executadas por particulares, contariam com a atuação imperativa do Estado, por força legal, pois sobre elas seria insuficiente a aplicação do conjunto de normas que regem apenas as atividades de exploração econômica, dada a sua relevância.

No entanto, a noção de *serviços de interesse público* não é acolhida por parte da doutrina brasileira, que, ou mantém a definição dicotômica entre serviços públicos (dividindo-os em privativos ou não) e atividades privadas econômicas, no caso de Celso Antônio Bandeira de Mello; ou as trata como

³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso A. *Curso de Direito Administrativo*, 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 609

³⁶ MODESTO, Paulo. *Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: Demarcando As Fronteiras de Serviço Público*, “*Serviços de Relevância Pública*” e “*Serviços de Exploração Econômica*”. In: **SUNFELD, CARLOS A.** (Coord.); *Parcerias Público-Privadas*. Editora Moderna, 2ª Edição, São Paulo, 2011, P. 476

³⁷ *Ibid.* P. 476

³⁸ RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: Melhores práticas em licitações e contratos*. Editora Atlas, São Paulo, 2011. P.3.

³⁹ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;” e “Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

serviços públicos impróprios, em que o Estado pode exercer seu poder de polícia, como defende Maria Sylvia Di Pietro.

Na seara da educação, conforme precedente estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI 1266, define o Min. Relator Eros Grau que a prestação de serviços educacionais seria *serviço público não privativo*, ou seja, considerado serviço público, mas passível de ser executado por agente privado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.584/94 DO ESTADO DA BAHIA. ADOÇÃO DE MATERIAL ESCOLAR E LIVROS DIDÁTICOS PELOS ESTABELECIMENTOS PARTICULARES DE ENSINO. SERVIÇO PÚBLICO. VÍCIO FORMAL. INEXISTÊNCIA. 1. Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. 2. Tratando-se de serviço público, incumbe às entidades educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo Estado-membro, no exercício de competência legislativa suplementar (§2º do ar. 24 da Constituição do Brasil). 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente.”⁴⁰

A definição como serviço público não privativo do Estado acaba por eximir o agente privado de buscar a permissão ou concessão do Estado por meio de licitação, conforme prevista no art. 175, *caput*, da Constituição Federal⁴¹. No entanto, tal isenção não retira do agente privado a responsabilidade pelo cumprimento das demais normas constitucionais ou da regulamentação administrativa do respectivo setor. Sobre isso, no âmbito do julgamento da ADI 1923, de relatoria do Min. Ayres Brito, salientou o Min. Luiz Fux, em voto-vista, que

“Essa regra geral, dirigida aos serviços públicos exclusivos ou privativos (...), não pode suprimir o âmbito normativo das diversas regras específicas, previstas

⁴⁰ STF, ADI 1266, Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 06/04/2005, julgado em 23.09.2005 PP-00006 EMENT VOL02206-1 PP-00095 LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 27-36,

⁴¹ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

*também na Constituição, com relação às atividades definidas como serviços públicos não privativos.*⁴²

Assim, conforme se verá posteriormente no Capítulo 4, essa definição sobre serviços públicos é fundamental para justificar plenamente a constitucionalidade de institutos como as organizações sociais.

Capítulo 3 - As Parcerias Público-Privadas

3.1. Definição e Objetivos

Embora não haja uma definição única e internacionalmente aceita, segundo World Bank (2011), as parcerias público-privadas podem ser definidas como contratos de longo prazo, celebrados entre um ente público e uma pessoa jurídica de direito privado, com o objetivo de operar bens ou prover serviços de interesse público, em que o dito parceiro privado é responsável por parcela significativa do risco do negócio e pela gestão do serviço, e cuja remuneração é ligada à performance⁴³. Há, entretanto, outras acepções do mesmo instituto. Para Sunfeld (2011, p. 20), as PPPs poderiam ser definidas, em sentido amplo, como sendo

*“os múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividades com algum coeficiente de interesse geral”.*⁴⁴

Tais entendimentos são, em boa parte, consonantes: ambos convergem ao estabelecer PPPs como a relação entre um ente público e um ou mais parceiros privados para a execução de serviços de interesse público geral,

⁴² STF - ADI: 1923 DF, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 29/06/2007, Data de Publicação: DJ 01/08/2007 PP-00015, p. 15

⁴³ WORLD BANK; ASIAN DEVELOPMENT BANK; INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK. *Public-Private Partnerships: Reference Guide Version 2.0*. 2014.

⁴⁴ SUNFELD, CARLOS A. (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. Editora Moderna, 2ª Edição, São Paulo, 2011, p. 20.

onde a responsabilidade seria, predominantemente, do ente privado envolvido.

Quanto a seus objetivos, sob a perspectiva de políticas públicas, uma PPP deve ter vocação social, de modo que, do início ao fim de seu ciclo, se traduza em melhorias na qualidade e eficiência de uma determinada infraestrutura ou serviço ao cidadão. Para Sunfeld (2011, p. 22), tais parcerias se distinguiriam dos contratos de licitação pois, *“em muitas delas, o objetivo não é obter a proposta mais barata, e sim eleger a entidade que melhor encarne o espírito público”*.⁴⁵ Essas melhorias na qualidade e eficiência são sustentadas por uma robusta base legal, que encontra respaldo na Lei nº 11.079 de 2004 - conhecida como “Lei das PPPs” - e que, somada a mecanismos contratuais como a remuneração por performance, acabam por promover o alinhamento de interesses entre os agentes envolvidos no projeto.

3.2. Breve Histórico

A orientação pública do instituto das PPPs não é recente. Afinal, sua origem remonta a concessões de épocas antigas, como o Império Romano, onde era utilizado para a construção de estradas, ou a França medieval, onde Luis de Bernam, nobre francês, em 1438, recebeu a primeira concessão conhecida para exploração comercial do tráfego de embarcações no rio Reno, sendo-lhe permitida a cobrança de tarifas das embarcações que por lá navegavam.

Ainda que a prática de parcerias tenha perdurado por séculos, o termo “Parceria Público-Privada” foi cunhado e popularizado apenas nos anos 1970. Em contrapartida à ineficiência estatal na gestão de serviços, políticas públicas como o New Public Management (NPM), instituído no governo Margaret Thatcher, no Reino Unido, buscaram tornar a administração pública

⁴⁵ Ibid., p. 22.

mais produtiva, ao introduzir princípios da administração privada. A inserção bem-sucedida desses modelos de gestão, que primavam pela eficiência na prestação de serviços públicos, teria sido um dos fatores que, posteriormente tornaram as PPPs tão populares entre gestores públicos⁴⁶.

Em 1992, no Reino Unido, durante o governo conservador de John Major, foi criado o PFI – *Private Finance Initiative* –, considerado o programa pioneiro na estruturação e operacionalização de PPPs. Sua introdução se deu sob duras críticas do partido trabalhista britânico, sob a alegação de que seria uma forma disfarçada de privatização – uma crítica recorrente às PPPs, que revela uma aceção errônea do instituto. Ironicamente, durante os governos trabalhistas de 2003 e 2005, o programa foi amplamente expandido, tendo sido criado, em 2006, o Building Schools for the Future – a primeira PPP britânica de infraestrutura voltada para escolas.

3.3. As PPPs no Brasil

3.3.1. Histórico Legal e Modalidades de Contratação

No Brasil, as normas gerais relativas às PPPs foram introduzidas pela Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que criou as modalidades patrocinada e administrativa para os contratos de concessão pública (Art. 2º) bem como fixou diversos parâmetros para a contratação em PPPs, como a duração desses contratos ou o valor mínimo de investimento em cada contrato, por exemplo. Portanto, também é possível depreender uma concepção de PPPs em sentido estrito, como sendo “*os vínculos negociais que adotem a forma de concessão patrocinada e de concessão administrativa, tal qual definidas pela Lei federal 11.079/2004*”⁴⁷ afinal tais

⁴⁶ HAMMAMI, Mona; RUHASHYANKIKO, Jean-François; YEHOUE, Etienne B. *Determinants of Public-Private Partnerships in Infrastructure*. International Monetary Fund Institute, 2006.

⁴⁷ SUNFELD, CARLOS A. (Coord.); *Parcerias Público-Privadas*. Editora Moderna, 2ª Edição, São Paulo, 2011, p. 24.

institutos foram criados pela referida lei com o exclusivo intuito de compreender e regulamentar tais parcerias, com o objetivo de “*gerar compromissos financeiros estatais firmes e de longo prazo*”⁴⁸, e, assim, criar um cenário institucional seguro para a realização dessas parcerias (Sunfeld, 2011, p. 24) .

3.1.1.1. A Concessão Administrativa

Em relação às modalidades de concessão, a chamada *concessão administrativa* foi criada com o objetivo de “*tornar viável a aplicação da estrutura econômica das concessões de serviço público a contratos de prestação de serviços*” que já eram admitidos sob a Lei nº8.666/1993⁴⁹. Sob sua definição, são admitidas duas espécies de concessão: a de serviços públicos e a de serviços ao Estado (Sunfeld, 2011, p. 31).

Na primeira, de serviços públicos, um contrato é firmado entre um parceiro privado e um ente público para a prestação de serviços públicos à população. Por sua vez, a Administração Pública se beneficia dessa prestação, que deixa de ser seu ônus direto, e, em contrapartida, tem como dever remunerar e fiscalizar o parceiro privado. Deste modo, os cidadãos são considerados como usuários diretos desses serviços - pois tiram proveito deles diretamente -, ao passo que a Administração Pública será sua usuária indireta, sobre quem recairá os direitos e deveres inerentes à prestação.

Na segunda, de serviços ao Estado, o objetivo é a prestação de serviços à própria Administração, pelo concessionário. Esses podem compreender tanto a execução e gestão de serviços *per se*, como a realização de obra pública, desde que a infraestrutura proveniente dessa seja utilizada para a

⁴⁸ p. 24

⁴⁹ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP: Fundamentos Econômico-Jurídicos*. Malheiros Editores. São Paulo, 2007. P. 66.

prestação de serviços por período de ao menos cinco anos (Sunfeld, 2011, p. 33).

Ademais, a concessão administrativa somente deve ser utilizada quando (i) houver a necessidade de um longo prazo para a remuneração e amortização do investimento; (ii) for possível se estabelecer indicadores a fim de verificar o cumprimento do objeto do contrato; (iii) for provável de se obter ganhos de eficiência ao se centralizar a operação em um só ente ou pessoa (Ribeiro & Prado, 2007).

3.1.1.2. A Concessão Patrocinada

Por sua vez, a modalidade patrocinada compreende a concessão de serviços ou obras públicas prescritos na Lei nº. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, em que a Administração Pública realiza contraprestação ao parceiro privado, complementarmente às tarifas auferidas, pelo último, dos usuários do serviço ou da obra pública - ou seja, o Estado “patrocina” a concessão. (Sunfeld, 2011, p. 33).

No caso dessa modalidade de concessão, o pagamento é devido pois, para a realização dos projetos que se enquadram nessa modalidade não seriam suficientes as receitas provenientes meramente da cobrança de uma tarifa. Desse modo, faz-se necessário que a Administração Pública também participe do negócio, para viabilizar financeiramente sua execução (Ribeiro & Prado, 2007, p. 65⁵⁰).

Nesse sentido, tal contraprestação por parte do Estado tem como finalidade assegurar a realização de um valor mínimo ao parceiro privado, de modo a concretizar a realização do estipulado para manter sua operação em vigor e lucrativa.

⁵⁰ RIBEIRO, Maurício Portugal, PRADO, Lucas N. *Comentários à Lei de PPP: Fundamentos Econômico-Jurídicos*. São Paulo, 2007. Malheiros Editores, 1ª Edição. P. 66

3.3.2. As Características do Contrato de PPP

3.3.2.1. Valor, Prazo e Objeto

A realização de uma PPP pressupõe um valor mínimo de investimento, qual seja, de 10 milhões de reais⁵¹. O relevante montante é justificado na medida dos altos custos de estruturação de uma PPP, a depender do setor e da complexidade do caso. Ressalte-se, também, que ao que pese a Lei das PPPs fazer referência a valor do contrato, em seu art. 2º, §4º, I⁵², o referido valor é em relação ao investimento que deve ser realizado pelo parceiro privado.

Em seu art. 2, §4º, II, também estabelece a Lei das PPPs um prazo mínimo de cinco anos para a prestação do serviço, que pode se estender até o prazo legal de 35 anos. Esse prazo visa atender à necessidade de tempo para a amortização do investimento principal e remuneração do parceiro privado. De certo modo, a amortização prolongada permitiria que a Administração Pública, de início, desembolse menos do que desembolsaria em uma concessão tradicional, o que abre possibilidades em termos de investimento público. Parte das finanças do ente público poderiam ser redirecionadas a áreas mais críticas, evitando pressões de longo prazo nas contas públicas⁵³, permitindo-se, assim, um manejo mais eficiente de eventuais restrições orçamentárias.

⁵¹ Alterado recentemente pela Lei nº 13.529 de 2017

⁵² “Art. 2º *Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.*

§ 4º *É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:*

I - cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais)

II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou

III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.”

⁵³ KS Jomo, CHOWDHURY, Anis, SHARMA, Krishnan, PLATZ, Daniel. *Public-Private Partnerships and the 2030 Agenda for Sustainable Development: Fit for purpose?* United Nations Department of Economics & Social Affairs, Nova Iorque, 2016.

Ademais (Ribeiro & Prado, 2007, p. 82), tal vedação também criaria uma barreira entre os contratos de prestação de serviço previstos na Lei nº 8.666/1993 e os contratos de PPP. No entanto, faz-se necessária uma avaliação casuística de modo a evitar fraudes.

A terceira e última vedação estabelecida na Lei das PPPs, em seu art. 2, §4º, III, se relaciona ao objeto do contrato. Não é permitida a utilização do modelo de PPP para a contratação unicamente de mão de obra, fornecimento ou instalação de equipamentos ou execução de obra pública. A *contrario sensu*, só seria possível a utilização do instituto para a prestação de serviços, que, por sua vez, podem envolver a realização de obra, desde que conjuntamente à referida prestação.

3.3.2.2. Distribuição de Riscos, Avaliação de Desempenho e Remuneração Variável

Elemento crucial para a precificação correta de uma parceria público-privada, a distribuição dos riscos do projeto deve ser realizada de modo claro no contrato, sendo possível que responsabilidades sejam alocadas integralmente a uma das partes, ou que sejam divididas entre elas. Sua atribuição é fundamental para estimular o comportamento correto nas partes. Aos comportamentos que querem ser incentivados, uma mitigação contratual de riscos; às práticas que devem ser desincentivadas, a assunção dos riscos inerentes.

Nesse sentido, a Lei das PPPs prefere uma análise consensual e casuística, e, em seu art. 5º, III, prevê que as partes definirão repartição de riscos.

Relacionado também à assunção de riscos, a determinação contratual dos indicadores a serem utilizados no contrato de PPP é prevista no art. 5º,

VII, da referida lei.⁵⁴ Sua definição serve de parâmetro para a remuneração do parceiro privado, e pode ser composta de diversas formas, de modo a gerar o *output* de incentivos mais eficiente para a prestação dos serviços. Logo, um contrato com indicadores mal elaborados ou excessivamente onerosos a uma das partes pode significar o fracasso do empreendimento. Além disso, esses devem ser indicadores que possam ser apurados ao decorrer dos longos contratos de PPPs, e que evoluam de acordo com a prestação. É possível, também, que avaliem a capacidade financeira da concessionária prestadora de serviços, de modo a assegurar que essa terá sua capacidade de operação e investimento mantida ao longo do tempo.

3.3.2.3. As Garantias Contratuais

Ressaltam Ribeiro & Prado (2007, p. 205) a fundamental importância de um sólido sistema de garantias em contratos de PPP. Tendo em vista o passado político turbulento brasileiro, tais garantias servem de salvaguarda para que o particular se sinta seguro ao contratar com a Administração Pública, bem como com possíveis alterações na conjuntura política nos anos seguintes à celebração da parceria. Além disso, atuam de maneira fundamental para a precificação correta dos serviços, tendo em vista que equilibram o risco na execução do contrato a patamares usuais. De maneira extrema, imagine-se a tentativa contratação de um parceiro privado sem garantia. É bastante provável que o preço que a Administração Pública tenha que pagar para possíveis candidatos seja bem mais alto, tendo em vista que provavelmente haverá poucos ou nenhum candidato disposto a assumir os riscos políticos e administrativos de um contrato sem garantia.

⁵⁴ “Art. 5o As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: (...) III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária; (...) VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado”

Taxativa, a Lei das PPPs prevê, em seu art. 8º, um rol de garantias admitidas nesse tipo de contratação:

“Art. 8º. As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;

VI – outros mecanismos admitidos em lei.”

Como primeira forma de garantia admitida, está a vinculação de receitas. Segundo Ribeiro & Prado (2007, p. 220), não seria possível a utilização desse tipo de garantia como garantia real, visto que não seria possível penhorar ou executar a receita pública. Assim, seu sentido é *“sobretudo orçamentário, ao impedir que os montantes arrecadados como receita vinculada sejam utilizados para despesas outras que não as previstas no ato de vinculação”*. No mesmo sentido operam os fundos especiais previstos no inciso II da referida norma.

No mesmo diapasão, operam os ditos *“fundos especiais previstos em lei”*, constituídos como produto de receitas especificadas por lei, para a consecução de determinados objetivos ou serviços⁵⁵.

Outro mecanismo de garantia que deve ser destacado é o previsto no inciso V, que trata das garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal. Criados por lei específica, tanto as empresas estatais como os fundos garantidores funcionarão de acordo com o previsto nessa lei, conforme mandamento constitucional⁵⁶. No âmbito federal, foi constituído, pela

⁵⁵ Lei nº 4.320/1964

⁵⁶ Art. 167, IX, da Constituição Federal de 1988, que versa:

“Art. 167. São vedados: (...)

IX - a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa.”

própria Lei das PPPs, o FGP – Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas. Diversos Estados, como Minas Gerais e São Paulo, também constituíram seus respectivos fundos de garantia para essas parcerias.

3.3.2.4 SPE e Constituição de PPPs

Como obrigação legal para a criação de parcerias público-privadas, a Lei das PPPs prevê a constituição de sociedade de propósito específico (SPE),⁵⁷ cujo sócios ou acionistas serão as companhias que compõem o consórcio vencedor da licitação.

Essa constituição teria como objetivo separar os riscos da atividade realizada pela PPP das demais atividades realizadas pelos membros do consórcio vencedor. Para a Administração Pública, tal limitação serve para minimizar os riscos de que aspectos financeiros externos a seu projeto afetem a prestação do parceiro privado e, portanto, comprometam todo o andamento da prestação do serviço. Adicionalmente, as demonstrações financeiras e balanços patrimoniais dessa SPE serão especificamente relacionadas ao empreendimento em questão, o que, não só confere mais transparência, como reduz custos e aumenta a eficiência. Por sua vez, para o parceiro privado, a constituição de uma SPE permite que haja a limitação da responsabilidade dos sócios ao capital subscrito.

Em termos de natureza jurídica, as SPE não constituem, por si só, um tipo societário, podendo assumir diversas formas. Mais recorrentes no Brasil, é possível que assumam a forma de sociedade limitada ou sociedade anônima. Por fim, há a vedação expressa na Lei das PPPs que a Administração Pública seja a titular da maioria do capital votante da SPE. No

⁵⁷ “Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria”.

entanto, conforme versa o art. 116 da Lei nº 6.404 de 1976⁵⁸ e assevera a boa doutrina societária,⁵⁹ mais adequado teria sido que fosse vetado à Administração Pública deter o controle da SPE, tendo em vista que existem diversas formas de se controlar uma sociedade além da detenção da maioria do capital votante.

3.3.3. Desafios e Riscos do Modelo de PPPs

Apesar da robusta estrutura, o modelo de PPPs (Sunfeld, 2011, p. 40) é suscetível à certos riscos, geralmente associados ao comprometimento irresponsável dos cofres públicos. Tal comprometimento pode resultar, além de outros fatores, de contratações “*de longo prazo mal planejadas e estruturadas*”, bem como de atos populistas abusivos, por parte de administradores públicos, que tenham como consequência o aumento do ônus sobre a Fazenda Pública.

Em um primeiro momento, anterior à contratação, a assunção é de é possível que gestores públicos, desejando realizar obras de alto vulto, realizem busquem realizar projetos que não sejam estritamente necessários para a população. Nesse sentido, a Lei das PPPs impôs, *a priori*, a “*responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias*” (art. 4, IV), a abertura para debates públicos (art. 10. VI) e, *a posteriori*, a criação de um órgão que centralize a fiscalização e apreciação dos relatórios da execução da contratação (art. 14). (Sunfeld, 2011, p. 56).

⁵⁸ “Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:
a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.”

⁵⁹ Nesse sentido, merece referência a obra “O Poder de Controle na Sociedade Anônima”, de Fábio Konder Comparato.

Em relação à responsabilidade fiscal, considera-se fundamental estabelecer

*“os limites da exposição da Administração Pública, de modo a evitar surpresas em relação aos valores originalmente calculados. Por isso, mesmo nos projetos nos quais seja conveniente ter contraprestação pública variável, o cumprimento da diretriz de responsabilidade fiscal requer que se estabeleça contratualmente o limite máximo da contraprestação pública, de maneira a que se possa limitar eventual passivo contingente decorrente da celebração da parceria.”*⁶⁰

Além disso, o gestor público deve ser parcimonioso ao avaliar os ônus de sua decisão de optar pela realização de uma PPP como forma de contratação. A realização de uma contratação de longo prazo mal estruturada, com períodos e métricas irrealistas para performance e remuneração, pode significar um custo desnecessário aos cofres públicos. Portanto, a estruturação do projeto e do contrato são partes fundamentais para a realização de uma parceria eficiente.

Por fim, é possível (e recorrente) que administradores públicos, buscando popularidade, atendam a pressões sociais e busquem a manutenção das tarifas cobradas dos usuários em concessões patrocinadas de serviço público, transferindo a cobrança do respectivo montante ao erário.

3.4. As PPPs na Educação brasileira

3.4.1. As UMEIs de Belo Horizonte

3.4.1.1. Histórico

Em julho de 2012, o primeiro contrato de PPP no setor da educação básica no Brasil foi celebrado no município de Belo Horizonte. O cenário não era dos mais animadores: o município possuía um enorme déficit de vagas na educação infantil, com uma lista de espera de mais de onze mil crianças e

⁶⁰ PORTUGAL RIBEIRO, Maurício, PRADO, Lucas N. *Comentários à Lei de PPP: Fundamentos Econômico-Jurídicos*. São Paulo, 2007. Malheiros Editores, 1ª Edição. P. 100.

falta de prédios e construções aptos a abrigar escolas e recursos limitados. Além disso, segundo relatório do Banco Mundial⁶¹, o Estado só possuiria recursos para atender a 35% da demanda de construção de novas unidades escolares, não havendo, ainda, recursos suficientes para a “*aquisição de serviços de construção e os serviços não pedagógicos*” dessas novas escolas.

Diante desse panorama, em parceria com a IFC, o município de Belo Horizonte decidiu por realizar uma licitação para a contratação de serviços por meio do modelo de PPP. Nessa, o parceiro privado seria responsável por gerir os serviços de construção de novas unidades municipais de educação infantil, bem como seus respectivos serviços não-pedagógicos.

Assim, inicialmente, foi realizado um Procedimento de Manifestação de Interesse, em que a Administração Pública declara seu interesse de desenvolver um projeto específico, com o objetivo de levantar dados e informações técnicas que colaborem para a modelagem da parceria. Em seguida, foi aberta uma consulta pública em 14 de julho de 2011. Finalmente, foi publicada, em 28 de março de 2012, licitação de concessão administrativa que estabeleceu uma concorrência de menor preço e permitiu a participação de consórcios com até 3 participantes. O consórcio vencedor do contrato de PPP celebrado em 25 de julho de 2012 foi formado pela Odebrecht Global S.A. e Odebrecht Properties Parcerias S.A.⁶²

As chamadas UMEIs – Unidades Municipais de Educação Infantil de Belo Horizonte – seriam construídas em áreas com altos índices de vulnerabilidade social. Do início de 2009 até maio de 2015, foram criadas 59 UMEIs, que passaram a atender 25.960 alunos, sendo que 46% delas foram

⁶¹ WORLD BANK. *Brazil: Belo Horizonte Schools*. Public-Private Partnership Briefs. Washington, DC, 2012.

⁶² Cronograma disponível em <<https://www.radarppp.com/resumo-de-contratos/unidades-de-ensino-da-rede-municipal-de-educacao-basica-umei-belo-horizonte/>>. Acesso em 04.06.2018.

criadas por meio do regime de PPP.⁶³ Sendo a primeira PPP do Brasil voltada para o setor da educação, o projeto foi posteriormente selecionado como finalista regional da América Latina para o prêmio 2013 *Financial Times / City Ingenuity Awards* e eleito pela KPMG como um dos cem projetos de infraestrutura mais inovadores do mundo.

3.4.1.2. As Características do Projeto

3.4.1.2.1. Valor, Objeto e Prazo

A escolha de uma PPP para a execução do projeto se deu pela convergência entre as características do modelo de PPP com os objetivos governamentais para o setor da educação. Dentre eles, podem ser citados (i) o longo prazo para cumprimento do contrato; (ii) o mecanismo de remuneração variável vinculado a desempenho; (iii) a possibilidade de apuração de indicadores de qualidade vinculados à percepção da prestação educacional; e (iv) a alocação de riscos eficiente.

O objeto inicial do contrato seria a construção de trinta UMEIs, a reconstrução de duas, e a criação de duas escolas de ensino fundamental. Dois anos depois, foi assinado aditivo com o objetivo de construir outras catorze UMEIs. Os números ambiciosos em relação ao número de unidades a serem construídas se refletem no elevado valor do contrato, de R\$ 975.658.364,65. Além disso, foi fixado prazo de 20 anos para a realização do projeto⁶⁴, prorrogável até o teto legal de 35 anos.

3.4.1.2.2. Alocação de Riscos

⁶³ RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. *Avaliação do Impacto da Utilização de Parceria Público-Privada para a Construção e Operação de Unidades Municipais de Educação Infantil Em Belo Horizonte*. Rio de Janeiro, 2015. Dissertação (mestrado) – Escola Brasileira de Administração Pública e Empresas. P. 61.

⁶⁴ Cláusula 5.1. do Contrato de Concessão nº 01/2012, celebrado o Município de Belo Horizonte e a SPE Inova BH S.A.

Em relação à distribuição de responsabilidades e riscos, conforme previsto contratualmente, o parceiro privado teria como dever a elaboração do projeto de infraestrutura e execução da obra, sendo de sua responsabilidade eventuais variações nos custos de construção, bem como despesas associadas às condições dos terrenos onde essas escolas seriam construídas. Desse modo, também seriam de sua responsabilidade os atrasos no cronograma das obras, desde que não oriundos de atos do poder concedente. Sobre esse ponto, visto que parte da remuneração era atrelada (i) ao cumprimento correto do cronograma; e (ii) à prestação de serviços administrativos, criou-se o arranjo de incentivos para que as obras fossem executadas no prazo devido.

Adicionalmente, também seriam seu ônus os custos operacionais relativos à obra e à prestação dos serviços, o que incluem perecimento e destruição de bens resultante ou não de defeitos ocultos, exceto quando cometido em atos de vandalismo pelos usuários das UMEIs. Nesse caso, o Poder Concedente buscou novamente criar uma estrutura de incentivos à realização ótima da obra de infraestrutura. Ao se estabelecer a responsabilidade do concessionário por tal tipo de defeito, a intenção foi justamente de que fazer com que a infraestrutura de escolas construída seja de qualidade e perene, tendo em vista o longo tempo de duração do contrato. Caso contrário, o concessionário seria excessivamente onerado por custos com manutenção e reparo das estruturas. Além disso, seria seu dever lidar individualmente com questões trabalhistas que possam advir da realização do objeto do contrato, bem como com possível passivo ambiental (embora, geralmente, esse não seja comum no ramo da educação básica).

Por fim, a concessionária também seria responsável por obter o financiamento necessário para executar o projeto e por eventuais mudanças na conjuntura macroeconômica, de modo que, caso quisesse se resguardar de

eventuais flutuações, deveria por sua própria conta e risco realizar as operações de *hedge* necessárias.

3.4.1.2.3. Indicadores de Desempenho e Remuneração

Conforme pormenorizado anteriormente, a etapa de definição dos indicadores utilizados no projeto é crucial para o seu bom desenvolvimento. São eles o parâmetro da remuneração variável do concessionário, e responsável por parte do alinhamento de interesses entre agência e agente. No caso da PPP de Belo Horizonte, estabeleceu-se um indicador para medir a performance do parceiro privado, o índice de desempenho (ID), composto quatro sub índices distintos:

- (i) O índice de qualidade (IQL), para mensurar a qualidade e conformidade dos serviços prestados, por meio de inspeções técnicas e utilização de sistemas de informação, correspondente a 60% do valor final do ID;
- (ii) O índice de segurança (ISE), que avalia se os serviços prestados seguem as normas regulatórias e legais vigentes, bem como se cumprem o estabelecido contratualmente, correspondente a 10% do valor final do ID;
- (iii) O índice de satisfação (ISA), que consiste na realização de pesquisas mensais para avaliar a satisfação do poder público para com a prestação dos serviços e atendimento dos funcionários do parceiro privado, sendo obrigatório que o ISA corresponda a, no mínimo, 50% do IQL, e correspondendo a 10% do valor final do ID; e

- (iv) O índice de entrega (IE), que utiliza sistemas de informação para aferir a entrega e execução de estruturas e serviços, bem como o cumprimento dos prazos estabelecidos.

O ID deverá ser remetido pela concessionária a um verificador independente para análise e verificações para que, posteriormente, se apure o valor da contraprestação mensal devida pelo poder público ao parceiro privado em razão dos serviços prestados. Vale ressaltar que são estabelecidos no contrato de concessão parâmetros mínimos de indicadores para a prestação dos serviços administrativos.

Em relação à remuneração, versa o contrato de concessão que a concessionária será remunerada (i) em contraprestação ao investimento na obra; e (ii) por contraprestação pecuniária mensal, relativa à prestação dos serviços. Na remuneração pela realização da obra, o parceiro privado é adimplido de forma proporcional ao investimento na escola entregue em relação ao total de escolas, que corresponderá a uma fração ideal de um total de R\$ 100 milhões. Assim, à medida que as obras vão sendo concluídas e escolas vão sendo entregues ao Poder Público, o valor de cada escola é pago pela concedente, até compor-se um valor total de R\$ 100 milhões.

Em relação ao segundo modelo de contraprestação, relativo à prestação de serviços administrativos, a remuneração consistente no valor máximo da contraprestação estabelecida em contrato, ponderado por múltiplo de desempenho e por índice composto por número e tipo de escolas em operação. Essa contraprestação é reajustada anualmente por fórmula composta por 75% da variação da inflação, medida pelo IPCA, e 25% do reajuste salarial do sindicato de empregados de edifícios e condomínios. Já a remuneração com as obras tem seu reajuste anual fixado pelo Índice Nacional de Custos da Construção Civil.

3.4.1.2.4. Limites Mínimos de Qualificação

Crucial para a qualificação dos competidores, foram criadas no edital de concessão barreiras de entrada, requisitos mínimos e garantias de aporte mínimo de capital para a realização do projeto.

Inicialmente, todas as escolas comporiam um único lote, o que elevou o valor global do investimento, visto que não seria possível “parcelar” as escolas em obras ou prestações distintas.⁶⁵ Além disso, deveria o concorrente apresentar uma garantia de proposta mínima de R\$ 8 milhões, bem como provar a capacidade de constituir uma SPE com aporte de capital mínimo de R\$ 15 milhões.

Requisito interessante estabelecido no edital foi a exigência de qualificação técnica dos concorrentes. Para serem elegíveis, os proponentes deveriam comprovar que já realizaram investimentos de, no mínimo, R\$ 80 milhões em empreendimentos de infraestrutura, bem como demonstrar experiência anterior em serviços de construção e gestão predial, que compusessem ao menos 26.000 m² de área total.⁶⁶

3.4.1.3. Os Resultados do Projeto

Conforme ótima análise realizada por Rodrigues (2015, p. 71), a utilização de PPPs para a construção de UMEIs representou um marco positivo na construção e gestão administrativa de escolas na educação pública brasileira.

⁶⁵ RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. *Avaliação do Impacto da Utilização de Parceria Público-Privada para a Construção e Operação de Unidades Municipais de Educação Infantil Em Belo Horizonte*. Rio de Janeiro, 2015. Dissertação (mestrado) – Escola Brasileira de Administração Pública e Empresas. P. 71

⁶⁶ Ibid., p. 71.

Em relação à infraestrutura, o modelo de PPPs permitiu uma redução drástica no prazo de construção das escolas: o tempo médio de construção das escolas construídas por meio do sistema de PPPs foi metade do tempo médio das escolas criadas por meio de obra pública tradicional. Além disso, apesar de quase 80% de tais escolas construídas por obras públicas ter sido entregue fora do prazo, nenhuma das escolas construídas por meio de PPPs durante o primeiro ciclo contratual teve sua obra atrasada.

Quanto à operação de serviços não administrativos, foi conduzida pesquisa com diretores escolares acerca da percepção deles sobre os serviços. Nessa, como observação principal, constatou-se que, em escolas operadas por PPPs, os diretores “*gastam menos tempo na gestão dos serviços pedagógicos*”⁶⁷, o que lhes permitiria se dedicar mais às funções relacionadas à prestação de serviço educacional, o que, a longo prazo, poderia refletir em melhorias no ensino. Além disso, foi notada melhora expressiva na prestação de serviços de manutenção das instalações escolares, bem como na prestação de serviços operacionais, como limpeza.

Capítulo 4 – Escolas *Charter*: um projeto de escolas independentes

4.1. Definição, Objetivo e Características

Uma escola *charter* pode ser definida simplesmente como uma escola voltada para o ensino básico que (i) recebe financiamento público, proporcionalmente ao número de alunos que nela estudam; que (ii) tem certa autonomia de gestão de sua operação escolar, em relação a escolas públicas de sua localização; e que (iii) é gerenciada por um ente de direito privado - no Brasil, por organizações sociais. Quanto à classificação, há um intenso

⁶⁷ Ibid., p. 111

debate se uma escola *charter* pode ser considerada como uma escola pública, pois não cobram mensalidade e são abertas a todos estudantes, ou privada, considerando que sua gestão é geralmente realizada por tais organizações sociais, desvinculadas ao Poder Público, que promovem uma operação mais flexível⁶⁸. No entanto, geralmente considera-se que são escolas públicas.

Internamente, é possível estabelecer que a liberdade operacional de uma escola *charter* tem seu preço: em detrimento disso, tais escolas têm como requisito a busca pela excelência em desempenho acadêmico, de modo que suas boas práticas sejam replicadas ao ensino público. Em diversos países, é recorrente que o volume de investimentos públicos à uma escola *charter* seja proporcional ao número de alunos matriculados nessa escola. Por conseguinte, as escolas buscam oferecer as melhores condições e ensino possíveis para atrair o máximo de alunos o possível e, assim, receber mais financiamento público. Tal desempenho é avaliado por métodos quantitativos, mensurados ao longo de um período de tempo relativamente extenso, visto que seria insuficiente medir o impacto das práticas diferenciadas nos resultados pedagógicos observando-se apenas um ano específico de funcionamento.

Em relação à sua instituição pelo Poder Público, dada a sua relativa autonomia operacional, as escolas *charter* geralmente necessitam de autorização especial, nos termos do ordenamento jurídico vigente em cada país: nos Estados Unidos, por exemplo, o modelo e competência para a autorização é determinado pelas leis estaduais. No Brasil, conforme pormenorizado mais adiante neste texto, só foi possível realizar a implantação de escolas *charter* em território nacional por meio de PPPs firmadas com organizações sociais.

⁶⁸ BROWN, Emma. “Are charter schools public or private?”. The Washington Post, 2015. Washington, DC, Estados Unidos da América. Disponível em https://www.washingtonpost.com/news/local/wp/2015/02/04/are-charter-schools-public-or-private/?noredirect=on&utm_term=.6a056db97e26. Acesso em 25.05.2018.

Nesse sentido, a *National Association of Charter Schools Authorizers* (NACSA) define como melhores práticas para os legisladores ou administradores públicos, ao criarem leis ou normas infra legais sobre escolas charter, que (i) haja um plano de performance claro codificado no contrato entre a escola *charter* e o órgão governamental autorizador, anterior à operação da escola; (ii) sejam definidos *standards* e requisitos mínimos de performance acadêmica e operacional; (iii) sejam definidos *standards* básicos para o insumo de dados utilizado para analisar charter schools; e (iv) o contrato e os requisitos definidos para a operação em si e para a prestação de contas sejam de fato voltados para otimizar a performance, não servindo apenas um “fardo” de cumprimento regulatório; e (v) haja a permissão para que os órgãos governamentais competentes fiscalizem, apurem dados e exerçam plenamente sua autoridade administrativa sobre qualquer violação ao contrato, à norma ou ao regulamento vigente realizada pelas escolas *charter* autorizadas pelo Poder Público.⁶⁹

4.2. Histórico Internacional

Em 1974, nos Estados Unidos da América, as primeiras propostas de *charter schools* tomaram forma no meio universitário⁷⁰. Entretanto, foi somente em 1988 que o projeto foi pela primeira vez levado a debate público, tendo sido implementado legalmente, pela primeira vez, em 1991, no Estado do Minnesota, e, no ano seguinte, no Estado da Califórnia. Posteriormente, com o programa “*Race to the Top*”, criado em 2009, o governo federal norte-americano buscou incentivar a aprovação e criação de projetos de *charter*

⁶⁹ NATIONAL ASSOCIATION OF CHARTER SCHOOL AUTHORIZERS. “*Charter School Performance Accountability: Policy Guide*”. NACSA, 2009. Disponível em <http://www.qualitycharters.org/wp-content/uploads/2015/11/PolicyGuide_CharterSchoolPerformance_2009.09.pdf> . Acesso em 26.05.2018.

⁷⁰ KOLDERIE, Ted. “*Ray Budde and the Origins of the Charter Concept*”. Education Evolving, 2005. Disponível em <<https://www.educationevolving.org/pdf/Ray-Budde-Origins-Of-Chartering.pdf>>. Acesso em 26.05.2018

schools ao redor do país, dispendendo mais de 4,5 bilhões de dólares para a criação dessas escolas, o que ocasionou um crescimento de quase 80% no número de escolas *charter* no país. Para o ano letivo de 2017-2018, estima-se que mais de 7 mil escolas *charter* estarão em operação nos Estados Unidos, atendendo a 3.167.000 alunos - o equivalente a 5% da população de estudantes norte-americanos.⁷¹

Além dos Estados Unidos, a implantação de escolas como as *charter*, com autonomia operacional e subsidiadas por fundos públicos, se deu em outros países, como a Austrália, Canadá, Inglaterra, Hong Kong, França, Japão, Noruega e Suécia.

⁷¹ DAVID, Rebecca; HESLA, Kevin. “*Estimated Public Charter School Enrollment*”. National Alliance for Public Charter Schools, 2018. Disponível em <<https://www.publiccharters.org/sites/default/files/documents/2018-03/FINAL%20Estimated%20Public%20Charter%20School%20Enrollment%2C%202017-18.pdf>>. Acesso em 26.05.2018.

4.3. As Escolas *Charter* no Brasil

4.3.1. A Experiência de Pernambuco

4.3.1.1. Breve Histórico

A primeira experiência brasileira de escolas *charter* teve início em 2001, no Estado de Pernambuco. Após verificar o estado precário do Ginásio Pernambuco, tradicional escola local, um grupo de empresários tomou a iniciativa de captar recursos para sua reforma. Posteriormente, verificaram que seria necessária mais que uma reforma estrutural, mas também do modelo pedagógico e da gestão: assim, surgiu o Instituto de Corresponsabilidade pela Educação (ICE), uma entidade sem fins lucrativos, com o objetivo de criar dez novas escolas na região.⁷²

Em parceria com o ICE, a Secretaria de Educação do Estado de Pernambuco, além de realizar as mudanças legais e regulatórias necessárias para permitir a implementação do programa, criou internamente, em 2004, um órgão específico para auxiliar na execução do programa: o Procentro. Parceiro próximo do ICE, o Procentro teve a função fundamental de facilitar o acesso e a eficiência nos processos de execução dos projetos em meio à burocracia pública.

Além disso, foi responsável por estruturar o modelo de escolas *charter* a ser aplicado no Estado de Pernambuco. Tal modelo compreendia características semelhantes ao realizado nas *charter* norte-americanas, como (i) o estabelecimento de critérios rigorosos de seleção e formação de professores e gestores escolares, que atuariam em regime de dedicação exclusiva; (ii) um sistema de avaliação contínua de gestores, professores e alunos, com base nos resultados acadêmicos dos alunos, inclusive a nível

⁷² DIAS, Maria Carolina Nogueira, GUEDES, Patricia Mota. *Modelo de Escola Charter: A experiência de Pernambuco*. Ed. Fundação Itaú Social. São Paulo, 2010. P. 42.

individual; e (iii) uma remuneração aos professores significativamente maior que a oferecida pela rede pública, comparativamente, bem como remuneração variável, com base em metas pedagógicas. Ainda, havia também a autonomia de contratação de gestores escolares que não pertencessem à rede pública escolar.

Após a determinação do modelo, os primeiros anos de operação das escolas *charter* de Pernambuco tiveram seus percalços: inicialmente, a iniciativa enfrentou resistência da Assembleia Legislativa de Pernambuco, tentativas de paralisação de sindicatos de professores da rede pública e adaptações do modelo pedagógico. Por fim, em 2008, com a mudança do governo estadual, pontos cruciais do modelo proposto para as escolas *charter* foram abandonados. Em virtude da não renovação do convênio de gestão compartilhada, o ICE perdeu o poder compartilhado detido sobre os centros educacionais, antes dividido com a Secretaria de Educação estadual, decisivo para a seleção de professores e gestores, tornando-se responsável apenas pela gestão de programas extracurriculares.

4.3.1.2. Resultado do Projeto

Conforme estudo realizado (Dias et. Guedes, 2010), os resultados obtidos da experiência com escolas *charter* em Pernambuco foram relevantes. Inicialmente defrontadas com um déficit de aprendizado, entre os alunos que entravam nas escolas e o conteúdo ensinado, as escolas oriundas da parceria entre Procentro e ICE tiveram resultados extremamente expressivos no ENEM. Suas notas superaram as médias nacionais e estaduais para escolas públicas, bem como a média das notas no Estado de Pernambuco para escolas públicas e – ressalte-se – privadas.

Outro dado a ser destacado é a baixíssima evasão escolar dos alunos dessas escolas, 2,2%, em contraste à altíssima taxa de evasão escolar

nacional, que beira os 13%. Adicionalmente, houve diversas aprovações em universidades públicas e privadas – algumas, inclusive, nos primeiros lugares de universidades públicas.

Concluem os pesquisadores que tal modelo de *charter* não seria replicável a uma rede pública de ensino inteira, e ensinam que⁷³

“O valor das experiências de escolas charter está justamente no fato de que, por serem menores e trazerem um modelo de cogestão com o setor privado, proporcionam mais agilidade e espaço para inovações. Assim, mesmo que a rede não comporte infraestrutura física e recursos humanos para tornar todas as suas escolas Centros de Ensino em Tempo Integral, pode adaptar suas estratégias na medida em que a capacidade das escolas charter de inovar mais rapidamente as permite visualizar concretamente como produzir melhores resultados mudando as práticas e rotinas de trabalho da escola”.

4.3.2. As Experiência de Goiás: Breve Histórico

Em janeiro de 2016, o governo do Estado de Goiás, visando instituir sua versão de escolas *charter*, em projeto que contou com consultoria do Banco Mundial, publicou o Edital de Chamamento nº 01/2016 para transferir *“a parceiro privado o gerenciamento, a operacionalização e a execução das atividades administrativas, de apoio para implantação e implementação de políticas pedagógicas”* de escolas da rede pública estadual.

Meses depois, o Estado de Goiás, no exercício de seu poder de autotutela, decidiu por revogar tal edital, ao entender que nenhuma das entidades participantes do processo atingiu a pontuação mínima necessária para se qualificar. Embora sob outros questionamentos, em representação conjunta, o Ministério Público de Goiás, Ministério Público de Contas de Goiás e o Ministério Público Federal pleitearam a suspensão do referido edital. No mesmo ano, foi publicado novo edital de chamamento, com igual

⁷³ DIAS, Maria Carolina Nogueira, GUEDES, Patricia Mota. *Modelo de Escola Charter: A experiência de Pernambuco*. Ed. Fundação Itaú Social. São Paulo, 2010. P. 66.

objeto do anterior, tendo sido suspenso por força de decisão liminar proferida em ação civil pública proposta pelo MP-GO⁷⁴.

Por fim, em julho de 2017, o Estado de Goiás publicou o Aviso de Chamamento Público nº 01/2017, também com o objetivo de transferir a Organizações Sociais o gerenciamento e execução de atividades administrativas, bem como o apoio à implantação de políticas pedagógicas nas escolas da Macrorregião VIII do Estado de Goiás. Nesse mesmo sentido, o MP-GO ajuizou ação civil pública em face do Estado de Goiás, requisitando em sede liminar a suspensão do referido ato.

Com isso, faz-se mister examinar o instituto das Organizações Sociais e sua potencial aplicação ao setor da educação pública.

4.4. As Organizações Sociais

4.4.1. Definição e Objetivo

Criadas por meio da Lei nº 9.637 de 1998, a chamada Lei das OS, após a conversão da Medida Provisória nº 1.648/98 em lei, no âmbito do Programa Nacional de Desestatização, durante o Governo Fernando Henrique Cardoso, as Organizações Sociais surgiram com o intuito de promover a eficiência e a economicidade na prestação de serviços, ao se deslocar o ônus da atividade do Estado para o ente privado.

Em termos legais, conforme disposto no art. 1º da referida Lei nº 9.637/1998, seriam elas as *“pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde”* que atendam aos requisitos previstos na

⁷⁴ Ação Civil Pública nº 201603610957, proposta perante a 6ª Vara Cível da Comarca de Anápolis, Goiás.

referida lei. Entre tais requisitos, está a habilitação perante a Administração Pública e a composição de um conselho de administração formado por membros do Poder Público, da sociedade civil e de profissionais de notório saber na área de atividade da OS.

Dito de outra forma, as Organizações Sociais têm como objetivo desempenhar determinados serviços públicos não privativos do Estado, com fiscalização do Poder Público, que firmará contrato de gestão com o ente privado responsável pela operação da OS. Segundo Carlos Antônio Morales, as OS seriam definidas como “*organizações sem fins lucrativos que promovem atividades relacionadas com os direitos sociais dos cidadãos e que expressam a vitaliciedade da sociedade civil ao ocupar os espaços vazios deixados pelo mercado e o Estado*”⁷⁵.

Caso um Estado ou Município pretenda autorizar ou utilizar uma organização social em seu território ou jurisdição, é necessário que o referido ente federativo edite sua própria Lei das OS, visto que a Lei nº 9.637/1998 não é de aplicação nacional. Assim, serve ela apenas como uma referência às demais leis estaduais ou municipais posteriores.

4.4.2. O Contrato de Gestão

Ante o exposto, a repartição de responsabilidades e atribuições deve estar devidamente prevista no contrato de gestão a ser firmado entre o ente público e o parceiro privado – por tal peculiaridade, Hely Lopes Meirelles o define como um *acordo operacional*.⁷⁶

⁷⁵ MORALES, Carlos Antônio. *Provisão de Serviços Sociais Através de Organizações Públicas Não-Estatais*. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *O público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro; Fundação Getúlio Vargas, 1999. P. 53.

⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26ª ed., São Paulo, Ed. Malheiros, 2001. P. 356. (apud)

Primeiramente, tal contrato só pode ser firmado entre o Poder Público e uma entidade privada devidamente qualificada como organização social, conforme o estabelecido no art. 2º da Lei das OS. Tal qualificação só é obtida após o registro do ato constitutivo, contendo os elementos discriminados no artigo, e a submissão desse à aprovação do Ministro ou titular do órgão supervisor da área da atividade correspondente ao objeto social da potencial organização social.

Em um segundo momento, há a celebração do contrato de gestão com o Poder Público, criando-se um vínculo jurídico entre os dois entes. Neste, como elementos constitutivos, devem estar a um programa de trabalho proposto, os parâmetros de remuneração, os prazos de execução ou prestação dos serviços, os indicadores e plano quantificado para avaliar-se a performance. Além disso, pode o contrato de gestão também estabelecer que não dependerão de aprovação do Poder Executivo competente temas como orçamentação, contratação de operações de crédito ou a admissão e remuneração de empregados⁷⁷. A supervisão sobre a execução dessa prestação deve ser realizada pelo o órgão ou ente governamental responsável pela área de atuação da OS, e terá como objeto os resultados efetivamente obtidos por ela.

Por último, caso se verifique que as normas do contrato de gestão foram descumpridas, o parceiro privado responsável pela prestação do serviço poderá ser punido. Dispõe o art. 9º da Lei das OS que

“Art. 9º. Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.”

⁷⁷ Que, conforme precedente do Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADIN nº 1923, poderão trabalhar no regime celetista.

Também, conforme estabelecido pelo art. 10, seguinte, caso seja exigido pela gravidade dos fatos ou pelo interesse público e havendo indícios de apropriação indébita de fundos públicos, além de dar a ciência mencionada no artigo anterior, deverão tais responsáveis representar perante o Ministério Público, a Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade competente para que requeira a indisponibilidade dos bens da entidade e o sequestro dos bens de seus dirigentes e de terceiros que possam ter recebido vantagem indevida. Essa medida punitiva visa, com a severidade necessária ao caso, impedir abusos ao instituto das OS.

Tal punição, proveniente da retirada indevida de recursos da organização, provavelmente representará seu fim, dado que o resultado financeiro divulgado por ela não corresponderá ao resultado de fato, bem como seus demais indicadores financeiros estarão distorcidos. Assim, descumpridas as disposições contidas no contrato de gestão, poderá o Poder Público proceder à sua desclassificação, após a realização do respectivo processo administrativo sancionador, nos termos do art. 16 e parágrafos seguintes da Lei das OS.

4.4.3. Controvérsias Acerca da Constitucionalidade da Lei das OS

No âmbito do julgamento da ADI nº 1923/DF, o Supremo Tribunal Federal, ao decidir sobre a constitucionalidade da Lei das OS, realizou importantes considerações acerca do instituto, seus motivos, sua legitimação democrática e sua constitucionalidade. Diversas foram as alegações levantadas para suscitar a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei das OS que, se não extinguiriam o instituto integralmente, maculariam seus mecanismos e seu propósito final. Dentre elas, algumas merecem o destaque que será dado a seguir, que terá como base o voto dos eminentes Ministros do STF.

4.4.3.1. A Dispensa de Licitação e Outorga de Uso de Bem Público

Primeiramente, por receber fundos de entes públicos e utilizá-los em sua operação, alega-se que as OS deveriam estar sujeitas às normas de licitação⁷⁸ quando da sua contratação e do uso de bem público, estando a descumpri-las, pois:

- (i) A Lei das OS prevê, em seus arts. 4º, VIII, e 17, que poderão ser editados regulamentos próprios para a contratação de obras e serviços, ainda que utilizado dinheiro público;
- (ii) A Lei nº 9.648/99 instituiu a dispensa de licitação para a contratação de OS para a prestação de serviços relacionados ao objeto do contrato de gestão, o que violaria “*a lógica isonômica que preside o certame licitatório*”; e
- (iii) A celebração de contrato de gestão para a prestação de um serviço público não privativo contrariaria a previsão constitucional de licitação para delegação desses serviços.⁷⁹

Destinados a serviços públicos não privativos, e, portanto, passíveis de serem executados simultaneamente pelo Estado e por pessoas privadas, tais alegações não devem prosperar pois, conforme ressaltou o Min. Luiz Fux,

⁷⁸ Conforme o arts. 22, XXVII, 37, XXI, e 175 da Constituição Federal de 1988, que versam: “**Art. 37.** (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”; e

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”.

⁷⁹ Conforme o art. 175 da CF/88, que dispõe “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

“o particular atua por direito próprio (...), sendo totalmente descabida a exigência de licitação para que, repita-se, o particular possa fazer justamente aquilo que sempre lhe era lícito executar, por serem “livres à iniciativa privada” e/ou “deveres da Sociedade”, respeitadas as balizas que a própria Constituição já impõe quanto ao conteúdo material do regime jurídico dessas atividades”.

Além disso, o eminente Ministro pormenoriza que, ao dispensar o particular da licitação para a contratação de OS ou outorgar de permissão de uso de bem público, o Estado meramente realiza a função de fomento à atividade em questão. Ressalta-se, porém, a importância da obediência aos princípios constitucionais estabelecidos no *caput* do art. 37 da CF/88, quais sejam, de *“legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”*. Seguido tal diploma – principalmente quando da qualificação da organização social –, não há óbice e tais praticadas são justificadas. Adicionalmente, o respeito a tais princípios também seria imprescindível ao recebimento de recursos públicos por parte dessas organizações.

Por conclusão similar, ainda que com notas distintas, entende o Min. Ayres Britto, que, em voto no âmbito da mesma ADI, compreende o contrato de gestão entre Poder Público e organizações sociais como uma forma de *convênio*. No entanto, nessa modalidade contratual, as Partes possuem interesse em comum e, logo, não há competição ou disputa de preços entre elas, sendo desnecessária a realização de processo licitatório. Contudo, ressalva o eminente Ministro que o afastamento do processo licitatório

“a) não afasta o dever da abertura de processo administrativo que demonstre, objetivamente, em que o regime da parceria com a iniciativa privada se revele como de superior qualidade frente à atuação isolada ou solitária do próprio Estado enquanto titular da atividade em questão; b) não libera a Administração da rigorosa observância dos princípios constitucionais da publicidade, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência e, por conseguinte, da garantia de um processo objetivo e público para a qualificação das entidades como organizações sociais e sua específica habilitação para determinado “contrato de gestão”; c) não afasta a motivação administrativa quanto à seleção de uma determinada pessoa privada, e não outra, se outra houver com idêntica pretensão de emparceiramento com o Poder Público; d) não dispensa a desembaraçada

*incidência dos mecanismos de controle interno e externo sobre o serviço ou atividade em concreto regime de parceria com a iniciativa privada.”*⁸⁰

No entanto, para ambos Ministros, seria necessária a realização de um procedimento público, seguindo os princípios mencionados anteriormente, para que fosse dada a devida publicidade ao feito e se permitisse a participação de eventuais interessados e o controle social.

4.4.3.2. A Prestação de Serviços Públicos por Particulares

A segunda assertiva que se tratará neste trabalho é a de, ao realizar a contratação de uma organização social, o Estado estaria transferindo sua responsabilidade na prestação de serviços públicos nos setores da saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência. Segundo essa tese, a atuação do ente privado seria permitida na medida de sua complementariedade à prestação estatal. Todavia, por meio das OS, ocorreria uma completa substituição do Estado em sua competência executiva. Nesse caso, a natureza desse serviço *a priori* público, quando prestado por particulares, passaria a ser de atividade econômica em sentido estrito, devendo ser regulada pelas normas do direito privado.

Conforme digressão realizada em momento anterior neste trabalho, com base em precedente do Supremo Tribunal Federal,⁸¹ pode se dizer que os serviços públicos prestados pelas organizações sociais são serviços *não privativos* de prestação do Estado. Em outras palavras, particulares e Estado podem prover os serviços simultaneamente. A legitimidade de tal medida se daria na medida em que se admite que o Estado não tem os meios para prestar os serviços de forma satisfatória a todos, admitindo-se a entrada e execução desses serviços pelo ente privado.

⁸⁰ STF, ADI 1923, Relator: Min. Ayres Britto, Relato para Acórdão: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 16.04.2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-254. Divulgado em 16.12.2015; publicado em 17.12.2015.

⁸¹ STF, ADI 1266, Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 06/04/2005, julgado em 23.09.2005 PP-00006 EMENT VOL02206-1 PP-00095 LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 27-36,

Sobre o tema, divergem os Ministros no âmbito da ADI 1923. Para o eminente Min. Ayres Britto, a ação dos particulares deve ser apenas complementar à atividade estatal, sendo inconstitucional a suposta transferência de serviços sociais não exclusivos do Estado a entes privados.

Contudo, discorda o Min. Luiz Fux, que entende que a permissão à prestação desses serviços por parte das organizações sociais nada mais é do que uma forma de intervenção indireta do Estado no domínio econômico, consubstanciando-se por meio do fomento à atividade privada realizada por tais OS. Nesse sentido, aponta que a Lei das OS expressamente utiliza o termo “fomento” como título de sua Seção V. Adicionalmente, não haveria renúncia pelo Poder Público de seus deveres constitucionais, mas apenas uma opção pela intervenção indireta através do fomento, ao se entender que a atividade privada por vezes é mais eficiente que a pública em certos setores. Por fim, menciona que “*a lei não exige que o Estado saia de cena como um vetor necessário*”⁸², sendo essa uma vontade popular, perfeita quando realizada por mandatário democraticamente eleito.

4.4.3.3. O Regime de Contratação das OS

O terceiro ponto a ser destacado é relativo ao regime de contratação de empregados nas organizações sociais. A Lei das OS prevê que, no contrato gestão, é devida a estipulação de limites com remuneração de seus dirigentes e empregados, no exercício de suas funções⁸³. Adicionalmente, é dever do Conselho de Administração fixar a remuneração dos membros da diretoria e

⁸² STF, ADI 1923, Relator: Min. Ayres Britto, Relato para Acórdão: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 16.04.2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-254. Divulgado em 16.12.2015; publicado em 17.12.2015. P. 20.

⁸³ “Art. 7º, Na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos: (...)

II - a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.”

elaborar regulamento próprio para contratações de serviços e empregados, que deverá determinar seu plano de cargos, salários e benefícios⁸⁴.

Para os que defendem a inconstitucionalidade parcial da referida lei, tais dispositivos violariam os princípios do concurso público e da legalidade, previstos constitucionalmente na Constituição Federal, em seus arts. 37, II e X, e 169⁸⁵, considerando que, segundo o mandamento constitucional, essa fixação de despesas com pessoal deve seguir os ditames da lei. Em outras palavras, não haveria abertura à discricionariedade do administrador da OS para determinar em quais termos ou qual tipo de contratação seria realizado.

Ademais, é também questionado o tipo de contratação de empregados a ser realizado pelas OS: se prestam serviço público, alega-se que os trabalhadores deveriam ser contratados por concurso público.

Sobre o tema, aponta o Min. Luiz Fux que não haveria

“como vislumbrar qualquer violação, na Lei das Organizações Sociais, aos princípios constitucionais que regem a remuneração dos servidores públicos. Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados. Por isso, sua remuneração não deve ter base em lei, mas sim nos contratos de trabalho firmados consensualmente. Já o procedimento de seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve, sim, ser posto em prática de modo impessoal e objetivo, porém sem os rigores do concurso público. Se a OS não é entidade da administração indireta, pois não se

⁸⁴ “Art. 4o Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras:

VIII - aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade.”

⁸⁵ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (...)

X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;”; e

“Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar”.

enquadra nem no conceito de empresa pública, de sociedade de economia mista, nem de fundações públicas, nem no de autarquias, já que não é de qualquer modo controlada pelo poder público, não há como incidir a regra do art. 37, II, da CF. O que há de se exigir é a observância de impessoalidade e de objetividade na seleção de pessoal, conforme regulamento próprio, 33 mas não a submissão ao procedimento formal do concurso público, devendo ser interpretada nesse sentido a parte final do art. 4º, VIII, da Lei, ao falar em regulamento próprio contendo plano de cargos dos empregados.”⁸⁶

Dessa forma, não seria possível depreender que as organizações sociais deveriam seguir a forma de concurso público para contratação de empregados meramente porque tais organizações em momento algum fariam parte da Administração Pública. Daí seria impossível derivar que todos os procedimentos e normas relativos à contratação por concurso público deveriam ser seguidas pelo particular. Nesse mesmo sentido entende também o Min. Ayres Britto, que, em seu voto, estabelece que

“as organizações sociais, ainda que eventualmente habilitadas a empregar recursos públicos, não se caracterizam jamais como parcela da Administração Pública. Seus diretores e empregados não são servidores ou empregados públicos”.

Portanto, seguidos os princípios constitucionais anteriormente mencionados, parece claro e cediço que tal regime não se aplicaria ao instituto em questão.

4.5. Breve Análise do Caso das Escolas *Charter* de Goiás

Tendo sido demonstrado as principais características e controvérsias acerca do instituto das organizações sociais, é possível realizar uma breve análise do caso das escolas *charter* de Goiás, cuja instituição se mostrou problemática – ao menos, até o momento deste trabalho. Logo, debater-se-á

⁸⁶ STF, ADI 1923, Relator: Min. Ayres Britto, Relato para Acórdão: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 16.04.2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-254. Divulgado em 16.12.2015; publicado em 17.12.2015.

abaixo, com a devida vênia, os fundamentos da ação pública movida pelo MP-GO e MPF sobre a iniciativa supramencionada.⁸⁷⁸⁸

Alegam os autores que o Supremo Tribunal Federal teria deixado de atentar ao fato de que o art. 206, V, estabelece, como princípio do ensino, a valorização dos profissionais da educação escolar, garantido o ingresso exclusivamente por concurso público.⁸⁹ Assim, o entendimento do STF, de não admissão ao concurso público em contratações realizadas por organizações sociais, seria errôneo, visto que

*“o Supremo Tribunal Federal não desceu a detalhes com relação especificamente à educação pública, tendo deixado de analisar e considerar que o regime celetista, por expressa disposição constituição, não se aplica aos profissionais da educação escolar, que devem ser admitidos de forma exclusiva por meio de concurso público”.*⁹⁰

Com base no referido dispositivo, alude-se, também, à violação ao piso salarial profissional estabelecido aos profissionais da educação escolar pública, por força do art. 206, VIII, da CF/88.

Sobre esse ponto, entendo que a Constituição Federal, em seu art. 205, V, seria genérica ao garantir o ingresso exclusivamente por concurso público aos “*profissionais da educação escolar*”. Nesse sentido, é de se questionar se a referência é realizada a todos os profissionais de educação escolar, ou

⁸⁷ Não será visitada, neste trabalho, a parte da ação que trata da teoria de motivos determinantes, tendo em vista que a ação civil pública se dá em relação à lei estadual do Estado de Goiás que versa sobre OS. Serão analisados, por conveniência temática, os fundamentos constitucionais apresentados para suscitar a inconstitucionalidade do instituto das organizações sociais para o setor da educação pública.

⁸⁸ Ressalte-se que o Aviso ao Chamamento Público nº 01/2017, mais recente, foi suspenso liminarmente em outubro de 2017, por ordem judicial, conforme disponível em <<http://www.mpggo.mp.br/portal/noticia/decisao-suspende-mais-um-chamamento-destinado-a-contratacao-de-os-para-gestao-escolar--2#.Wx61i9VKjIV>>. Acesso em 26.05.2018.

⁸⁹ “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...) V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;”

⁹⁰ Ação Civil Pública disponível em <http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2017/09/14/10_25_27_866_ACP_obrigac%CC%A7a%CC%83o_de_fazer_e_na%CC%83o_fazer__edital_das_OSs_na_educa%C3%A7%C3%A3o_Ento_rno.pdf>. Acesso em 26.05.2018.

somente àqueles cuja escolas são operadas pelo Estado. Assim, o mandamento constitucional se seria mais adequado à última hipótese – caso contrário, os profissionais da educação escolar que pertencem ao setor privado também seriam contemplados pela norma.

Adicionalmente, apontam os autores que o Plano Nacional de Educação e o Plano Estadual de Educação de Goiás⁹¹ estabeleceriam um piso para a contratação de professores e profissionais não-pedagógicos para a educação pública. Segundo o Plano Estadual, uma das metas do Estado de Goiás é

“estruturar as redes de Educação Básica de modo que, até o início do 5º (quinto) ano de vigência deste Plano, 90% (noventa por cento), no mínimo, dos respectivos profissionais do magistério e 70% (setenta por cento), no mínimo, dos respectivos profissionais da educação não docentes, sejam ocupantes de cargos de provimento efetivo na rede pública e estejam em exercício nas redes escolares a que se encontrem vinculados”

Em complemento, o Aviso ao Chamamento Público nº 01/2017 não preveria um piso mínimo de professores concursados nem um teto máximo de professores celetistas a serem contratados, o que violaria tal expediente legal.

Destarte, cabe se ressaltar que as organizações sociais não pertencem à Administração Pública, direta ou indireta e, portanto, delas não seria exigido o cumprimento das normas relacionadas a concurso público, conforme precedentes da Suprema Corte. Desse modo, não haveria de incidir o comando imposto pela norma constante do art. 37, II, da CF/88. Ainda assim, caso se considere que pertençam à Administração, não haveria violação ao disposto pelo Plano Estadual de Educação caso os 10% dos profissionais do magistério e 30% dos profissionais de educação não docentes pertençam às escolas operadas por organizações sociais. Desse modo, se cumpriria o mandato legal de que 90% dos professores da rede pública sejam concursados. Caso as OS contratem um determinado número

⁹¹ Estabelecidos pelas Lei Federal nº 13.005/14 e Lei Estadual nº 18.969/15, respectivamente.

de professores concursados, tais percentuais podem ser ainda mais flexibilizados. Ademais, a meu ver, a ausência de previsão por parte do Aviso ao Chamamento Público não violaria, por si só, a norma.

Finalmente, em longa exposição, alega-se que haveria a obrigatoriedade da prestação serviço educacional pelo Estado, conforme prescrito no art. 205,⁹² de modo direto. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional mencionaria, adiante, que

“Art. 10. Os Estados incumbir-se-ão de:

I - organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino; (...)

VI - assegurar o ensino fundamental e oferecer, com prioridade, o ensino médio a todos que o demandarem, respeitado o disposto no art. 38 desta Lei;”

Em consonância, afirma o MP-GO que, ainda que o ensino seja livre iniciativa privada, não haveria previsão constitucional de repasse de responsabilidade do Estado a pessoas jurídicas de direito privado, visto que caberia *“essencialmente ao Estado ofertar ensino público, obrigatório, gratuito e de qualidade, por meio de estabelecimentos públicos oficiais”*. Ademais, a assunção da gestão integral de até 30% (ressalte-se, trinta por cento) por uma organização social, com o objetivo de criar escolas *charter*, representaria, ao Ministério Público, uma substituição do Estado no seu dever para com a educação – não um complemento em sua atuação.

Enfim, declaram o MP-GO e o MPC-GO que não existiria *“justificativa fática compatível com a realidade”* para sustentar a implantação de tal sistema, pois teria o Estado de Goiás a estrutura humana e física para promover melhorias no ensino. Enfim, arrogam que *“Se existe a possibilidade de melhoria (sempre há), que seja obtida através de investimentos na própria rede pública”*.

⁹² “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Em relação aos últimos pontos, há de ressaltar o entendimento já estabelecido neste trabalho de que a educação seria um setor público *não privativo* do Estado, onde, portanto, é admitida a participação de particulares concomitantemente ao Estado. No caso das OS, a flexibilização de certas normas estatais – conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal no âmbito da ADI 1923 – age como modo de fomento à atividade de particulares nos setores almejados, e, por tal natureza, não pode estar sujeita aos mesmos entraves que um serviço público pertencente à Administração Pública seria.

Quando à assertiva de que o Estado estaria substituindo completamente sua prestação de serviço público por meio da contratação de OS, entendo que essa não deva ser admitida. Isso porque, ainda que predominante em certas regiões do Estado, tais escolas só corresponderiam a uma fração de 30% do total de escolas da rede do Estado de Goiás. Uma substituição – como a própria palavra se encerra – prevê a reposição completa de algo, o que não ocorre no caso em voga. Além disso, é da própria natureza das escolas *charter* sua atuação complementar e diferenciada do resto. Causaria estranheza ao conceito do instituto haver uma rede pública integralmente de escolas *charter*, onde todas teriam autonomia pedagógica, ao passo que seriam apenas algumas escolas públicas convencionais. Claro, não é de se descartar a hipótese de que um administrador público mal-intencionado possa utilizar essa bandeira de escolas para ceder integralmente a particulares a operação da rede pública de ensino mas, repita-se, não parece ser esse o caso.

Por fim, com o devido respeito, entendo ser levemente presunçoso asseverar que não haveria justificativa alguma para a implantação de um sistema de escolas *charter*. Mesmo em sistemas educacionais extremamente desenvolvidos, como Japão, Canadá e Hong Kong, que ocasionalmente ocupam os primeiros lugares em rankings internacionais de educação como

o PISA, há escolas *charter*. Adicionalmente, ao se sugerir que eventual melhoria na educação pública deveria apenas ser “*obtida através de investimentos na própria rede pública*”, ignora-se o fato de que tais decisões de investimento em um ou outro setor não são mero acaso ou discricionariedade do administrador público. Esse administrador detém mandato popular, foi democraticamente eleito e, em sua maneira, é um veículo das expectativas políticas e gerenciais de seu eleitorado. Assim, ainda que se discorde do setor do investimento, há de se reconhecer e respeitar tal decisão como um ato de exercício democrático.

Conclusão

Com base no acima exposto, pelo arranjo de normas que compõem os institutos, resta evidente que as PPPs e as organizações sociais seriam alternativas viáveis a promover o desenvolvimento da educação pública brasileira.

Em primeiro lugar, porque, no caso das PPPs, a assunção de serviços administrativos por parceiro privado permite com que os profissionais pedagógicos de tais unidades se dediquem seu tempo e esforço unicamente à prestação de serviços educacionais. Além disso, pelo conjunto de incentivos estabelecidos ao parceiro privado para a realização de obras públicas de qualidade, há a segurança do profissional da educação e do estudante de que a infraestrutura mínima necessária aos serviços educacionais não se alterará negativamente ao decorrer do tempo.

Em relação às organizações sociais, o modelo estabelecido por elas ao operar em regime de escolas *charter*, de autonomia educacional e liberdade para utilizar as boas práticas da gestão privada na gestão escolar, as torna como um vetor de inovação em si. Adicionalmente, por ter plano de cargos e remuneração diferenciada, é possível que se defina um modelo de arranjo de incentivos, por meio de gratificações, que privilegie os aspectos considerados fundamentais para a obtenção de melhores resultados acadêmicos.

Nesse sentido, os casos das escolas *charter* de Pernambuco e das UMEIs de Belo Horizonte estabelecem precedentes de modelos poderosos, aptos a representar uma mudança efetiva no ensino brasileiro. Mais que exemplos acadêmicos, tais estruturas hoje representam um horizonte de boas oportunidades no setor educacional.

Bibliografia

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 61

BROWN, Emma. *Are charter schools public or private?*. The Washington Post, 2015. Washington, DC, Estados Unidos da América. Disponível em <https://www.washingtonpost.com/news/local/wp/2015/02/04/are-charter-schools-public-or-private/?noredirect=on&utm_term=.6a056db97e26>. Acesso em 25.05.2018.

CALDEIRA, Jorge. *História da Riqueza no Brasil: Cinco séculos de pessoas, costumes e governos*. Ed. Estação Brasil, 2017. P. 103 e 104.

CHOWDHURY, KS Jomo, SHARMA, Anis, PLATZ, Krishnan,. *Public-Private Partnerships and the 2030 Agenda for Sustainable Development: Fit for purpose?*. United Nations Department of Economics & Social Affairs, 2016.

DAVID, Rebecca; Kevin Hesla. *Estimated Public Charter School Enrollment*. National Alliance for Public Charter Schools. Março de 2018. Disponível em < <https://www.publiccharters.org/our-work/publications/estimated-public-charter-school-enrollment-2017-18>>. Acesso em 26.05.2018.

Dias, Maria Carolina Nogueira, GUEDES, Patricia Mota. *Modelo de Escola Charter: A experiência de Pernambuco*. Ed. Fundação Itaú Social. São Paulo, 2010. P. 66.

Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Genebra, 1948.

FRANCO, Gustavo H. B., DO LAGO, Luiz Aranha Correa. *A Economia da República Velha, 1889-1930. Texto Para Discussão Nº 558*. Departamento de Economia da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010. P. 8.

HAMMAMI, Mona; RUHASHYANKIKO, Jean-François; YEHOUE, Etienne B. *Determinants of Public-Private Partnerships in Infrastructure*. International Monetary Fund Institute, 2006.

KOLDERIE, Ted. *Ray Budde and the Origins of the Charter Concept". Education Evolving, Julho de 2015*. Disponível em <<https://www.educationevolving.org/pdf/Ray-Budde-Origins-Of-Chartering.pdf>>. Acesso em 26.05.2018

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26ª ed., São Paulo, Ed. Malheiros, 2001. P. 356.

MODESTO, Paulo. *Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: Demarcando As Fronteiras de Serviço Público*", "Serviços de Relevância Pública" e "Serviços de Exploração Econômica". In: SUNFELD, CARLOS A. (Coord.); *Parcerias Público-Privadas*. Ed. Malheiros, 2ª Edição, São Paulo, 2011.

MORALES, Carlos Antônio. *Provisão de Serviços Sociais Através de Organizações Públicas Não-Estatais*. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *O público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro; Fundação Getúlio Vargas, 1999. P. 53.

NATIONAL ASSOCIATION OF CHARTER SCHOOL AUTHORIZERS. *Charter School Performance Accountability: Policy Guide*. NACSA, 2009.

Disponível em <http://www.qualitycharters.org/wp-content/uploads/2015/11/PolicyGuide_CharterSchoolPerformance_2009.09.pdf>. Acesso em 26.05.2018.

PAIVA ABREU, Marcelo. *A economia brasileira 1930-1964*. No. 585, Departamento de Economia da PUC-Rio, 2010.

CYSNE, Rubens Penha *A Economia Brasileira no Período Militar*. Est. Econ. São Paulo, 1993, V.23, n.2. P. 187.

RIBEIRO, Maurício Portugal; *Concessões e PPPs: Melhores práticas em licitações e contratos*. Editora Atlas, São Paulo, 2011.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP: Fundamentos Econômico-Jurídicos*. Malheiros Editores. São Paulo, 2007.

PRADO JUNIOR, Caio. *História Econômica do Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 2006.

RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. *Avaliação do Impacto da Utilização de Parceria Público-Privada para a Construção e Operação de Unidades Municipais de Educação Infantil Em Belo Horizonte*. Rio de Janeiro, 2015. Dissertação (mestrado) – Escola Brasileira de Administração Pública e Empresas.

SAVIANI, Demerval, 2008. *O Legado Educacional do Regime Militar*. Cad. Cedes, Campinas, vol. 28, n. 76, p. 300.

STF, ADI 1266, Relator: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 06/04/2005, julgado em 23.09.2005 PP-00006 EMENT VOL02206-1 PP-00095 LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 27-36

STF, ADI 1923, Relator: Min. Ayres Britto, Relato para Acórdão: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 16.04.2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-254. Divulgado em 16.12.2015; publicado em 17.12.2015.

SUNFELD, CARLOS A. (Coord.); *Parcerias Público-Privadas*. Ed. Malheiros, 2ª Edição, São Paulo, 2011.

WORLD BANK; ASIAN DEVELOPMENT BANK; INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK. *Public-Private Partnerships: Reference Guide* Version 2.0. 2014. Disponível em <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/ppp-reference-guide-3-0>. Acesso em 26.05.2018.

WORLD BANK. *Brazil: Belo Horizonte Schools*. Public-Private Partnership Briefs. Washington, DC, 2012. Disponível em <<http://documents.worldbank.org/curated/pt/180971468188941367/Brazil-Belo-Horizonte-schools>>. Acesso em 26.05.2018.