

# A Constituição de 1988 e a Liberdade de Ensino

JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA  
Procurador da República

## SUMÁRIO

*I — Natureza jurídica. II — Faculdade e dever da família.  
III — Direito anterior. IV — Conclusão.*

Na vigência da Constituição de 1967/69, que convivía com os atos institucionais, de forte carácter centralizador, em que todos os poderes estavam nas mãos do Estado, prevaleceu na sua interpretação o entendimento jurídico de que a educação era monopólio do Estado, atividade exclusivamente atribuída ao Estado. Esta interpretação chegou inclusive a influenciar a concepção jurídica de alguns Tribunais, como, por exemplo, o extinto TFR, que através das suas Súmulas n.ºs 15 e 60, deixava subjacente que a escola particular somente existia por um favor da administração que lhe delegava a função, porque o Estado não teria condições físicas ou financeiras de, sozinho, abarcar toda atividade educativa. Assim, o ensino particular não passava de mera atividade estatal delegada, como, por exemplo, os cartórios e os serviços de concessionárias do Poder Público. Esta era a concepção preconizada pela Constituição de 1967/69 e sem precedentes durante a vigência da Carta de 1946.

### *I — Natureza jurídica*

2. A Carta de 1988, porém, neste aspecto mais moderna, dispôs de maneira mais aberta. Com efeito é dito:

“Art. 209. *O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:*

I — cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II — autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.” (Grifo nosso.)

3. Garantiu-se a liberdade de ensino, a iniciativa dos particulares, que não pode mais ser sufocada pelo Estado, atividade que, no entanto, como as demais, se sujeita às leis em geral do País e à fiscalização por parte da administração como toda e qualquer atividade particular. Retirou contudo, com cristalina clareza, a natureza delegatária estatal que se deu ao ensino no período que vai de 1964 a 1987.

4. Antes, afirma a Carta Magna atual:

“Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

.....

III — pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e *coexistência de instituições públicas e privadas de ensino.*”  
(Grifo nosso.)

5. Estabeleceu assim que as instituições públicas e privadas de ensino têm existência paralela, não de *coexistir*, extinguiu, na sua natureza, o caráter de delegação. Vale dizer, a administração pública não detém mais o monopólio do ensino, há de agir, coexistir, com as instituições particulares, que assim não têm a existência assegurada por favor da administração, mas em texto constitucional, e amparada pela liberdade de iniciativa. Disto se conclui, com facilidade, que a escola particular ao exercer a sua atividade, não o faz mais *em nome* do Estado, o faz *ao seu lado*, coexistindo com a escola pública, inclusive como garantia e corolário do pluralismo de idéias e concepções preconizado no próprio texto constitucional.

II — *Faculdade e dever da família*

6. Por outro lado, o art. 205 da Constituição reconhece que a educação, sendo direito de todos, é dever da família e do Estado. Conjugando-se o artigo com os anteriores, verifica-se que o ônus do Estado, a sua obrigação, não se confunde com o monopólio, mesmo porque a este dever se sobrepõe o da família. Vale dizer, o Estado tem a obrigação de colocar à disposição do cidadão o ensino, sobretudo onde a sociedade por si não o pode prover, e este tem o direito de escolher entre o Estado e o particular que porventura o queira oferecer. Afinal o homem é anterior ao Estado e este existe para servir àquele.

O dever do Estado está bem delimitado no art. 208, sendo dirigido precipuamente ao ensino no nível fundamental e aos mais necessitados em caráter manifestamente supletivo.

III — *Direito anterior*

7. Enquanto na concepção centralista e autocrática da Carta de 1967/69 o Estado delegava porque não teria meios de, sozinho, açambarcar a tudo e a todos na vida social, fazendo da educação autêntico monopólio seu, serviço concedido, cartório ou carta de sesmaria, este precedente não se via na vigência da Constituição de 1946.

8. Aliás a Constituição de 1946 era no seu texto, inclusive, mais tímida que a atual de 1988 no que se refere à liberdade de educação. Dizia:

“Art. 167. O ensino dos diferentes ramos será ministrado pelos Poderes Públicos e é livre à iniciativa particular, respeitadas as leis que o regulam.”

9. Convém buscar luzes nos estudiosos de então.

Comentando o texto, afirmara PAULINO JACOMES:

*“O Estado não monopoliza o ensino, pois, em qualquer de seus ramos (primário, secundário e superior), é aberto à iniciativa particular, desde que respeitadas as leis que o regulam.” (Constituição Federal-Explicada, Forense, Rio — 1958 (grifou-se).)*

10. THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI também dizia comentando o texto:

*“A coexistência desses dois regimes constitui o sistema predominante, ficando o Estado com os estabelecimentos padrões e sujeitando os particulares a uma regulamentação que impõe um mínimo de deveres a que corresponde a aceitação pelo Estado dos diplomas expedidos” ... “o art. 167 declara o ensino livre à iniciativa individual. O dispositivo permite uma liberdade absoluta, porém subordinada à regulamentação do Estado”... “Dentro dos quadros modernos, pode-se dizer que adotamos o regime de intervenção do ESTADO, embora sem o monopólio deste em matéria de ensino.” (A Constituição Federal Comentada, vol. IV, pp. 93/101, 2.ª edição, José Konfgino — Editor, Rio — 1953 (grifou-se).)*

11. Analisando, na época, o tema, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n.º 39.101, em 26-8-1958, tendo como relator o Ministro AFRÂNIO COSTA, teve oportunidade de dizer:

*“Nã há como entrever delegação do ESTADO, onde apenas há uma simples licença ou autorização para funcionamento.”*

Na mesma linha havia sido decidido no ano anterior o Recurso em Mandado de Segurança n.º 2.827, relator o Ministro ANTONIO VILLAS BOAS.

#### IV — Conclusão

12. A concepção do texto de 1988 é, no entanto, mais aberta, moderna e democrática que a de 1946, ambas, de qualquer modo, é indiscutível, em franca oposição ao texto hermético ditado pela Carta de 1967/69, extremamente intervencionista na Universidade, na área da educação.

13. Modernamente, a administração entra com a sua atividade educacional paralela, simultânea, *coexistindo*, com a livre ação do indivíduo, do particular, dando assim ensejo ao pleno pluralismo de idéias e concepções didático-pedagógicas, sem prejuízo do direito do Estado de legislar genericamente sobre o assunto e de exercer a avaliação sobre escola particular.

14. Assim, o que a Constituição hoje estabelece é que o Estado se obriga a manter a rede pública de ensino, *coexistindo* esta com a particular livre à iniciativa particular sem nenhum favor, delegação ou concessão do Poder Público.

15. Deste modo a Constituição de 1988, no que se refere à liberdade de iniciativa na área do ensino, amparando-se na tradição da de 1946, deixou de lado a figura do “Estado assistencial” e se aproxima do *princípio da subsidiariedade* a que se refere a Carta Encíclica *Centesimus Annus*, do Papa JOÃO PAULO II, recentemente promulgada:

“Assistiu-se, nos últimos anos, a um vasto alargamento dessa esfera de intervenção, o que levou a constituir, de algum modo, um novo tipo de Estado, o “Estado do bem-estar”. Esta alteração deu-se em alguns países, para responder de modo mais adequado a muitas necessidades e carências, dando remédio a formas de pobreza e privação indignas da pessoa humana. Não faltaram, porém, excessos e abusos que provocaram, especialmente nos anos mais recentes, fortes críticas ao Estado do bem-estar, qualificado como “Estado assistencial”. As anomalias e defeitos, no *Estado assistencial*, derivam de uma inadequada compreensão das suas próprias tarefas. Também neste âmbito, deve-se respeitar o *princípio da subsidiariedade*: uma sociedade de ordem superior não deve interferir na vida interna de uma sociedade de ordem inferior, privando-a das suas competências, mas deve antes apoiá-la em caso de necessidade e ajudá-la a coordenar a sua ação com a das outras componentes sociais, tendo em vista o bem comum.

Ao intervir diretamente, *irresponsabilizando a sociedade*, o Estado assistencial provoca a *perda de energias humanas e o aumento exagerado do setor estatal*, dominando mais por lógicas burocráticas do que pela preocupação de servir aos usuários, com um acréscimo enorme das despesas. De fato, parece conhecer melhor a necessidade e ser mais capaz de satisfazê-la quem a ela está mais próximo e vai ao encontro do necessitado. Acrescente-se que, freqüentemente, um certo tipo de necessidades requer uma resposta que não seja apenas material, mas que saiba compreender nelas a exigência humana mais profunda.” (Publicada na *Revista LTR 55-05/546-547*.)

16. Desapareceu portanto o caráter delegatário, retornando a um sistema baseado no de 1946, mais aberto no entanto, o ensino particular volta a ter a sua natureza jurídica própria de direito privado. Ainda que dispusesse de meios, não pode mais a administração pública querer encampar, açambarcar ou se substituir à toda rede particular de ensino, ou “cassar” uma delegação que hoje, de resto, não mais existe, eis que ambas as redes, pública e particular, por força constitucional, têm que *coexistir*, como pressuposto e garantia da liberdade de expressão, de cátedra, de pluralismo de idéias, de liberdade das artes e ciências, dentro de padrões morais e éticos que respeitem a dignidade do homem e o seu *direito de amadurecer a sua inteligência e liberdade na procura e no conhecimento da verdade* — *op. cit.*, pp. 523-551 (JOÃO PAULO II).