

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

**DIEGO FELIPE MUÑOZ DONOSO**

**INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E A  
REGULAÇÃO SETORIAL NO SEGMENTO EDUCACIONAL PRIVADO**

**CURITIBA**

**2012**

**DIEGO FELIPE MUÑOZ DONOSO**

**INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E A  
REGULAÇÃO SETORIAL NO SEGMENTO EDUCACIONAL PRIVADO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Econômico e Socioambiental.

Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

**CURITIBA**

**2012**

M967i  
2012

Muñoz Donoso, Diego Felipe  
Intervenção do Estado no domínio econômico e a regulação setorial no segmento educacional privado / Diego Felipe Muñoz Donoso ; orientador: Romeu Felipe Bacellar Filho. – 2012.  
158 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2012  
Bibliografia: f. 149-158

1. Direito econômico. 2. Intervenção (Governo Federal). 3. Educação e Estado. 4. Direito à educação. 6. Ensino pago. 7. Serviço público. I. Bacellar Filho, Romeu Felipe. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 4. ed. – 341.378

Dados da Catalogação na Publicação  
Pontifícia Universidade Católica do Paraná  
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR  
Biblioteca Central

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**DIEGO FELIPE MUÑOZ DONOSO**

### **INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E A REGULAÇÃO SETORIAL NO SEGMENTO EDUCACIONAL PRIVADO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito – Mestrado em Direito Econômico e Socioambiental, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

#### **COMISSÃO EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho - Orientador  
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

---

Prof<sup>a</sup>. Dra. Ângela Cássia Costaldello  
Universidade Federal do Paraná

---

Prof. Dr. Emerson Gabardo  
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

---

Prof. Dr. Alvacir Alfredo Nicz  
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Curitiba, 29 de março de 2012

Dedico com carinho este trabalho à minha querida esposa,  
Maria Isabel, companheira de todos os momentos, que com gigantesca  
compreensão, talvez além de suas forças, possibilitou a realização deste trabalho.  
Às minhas filhas, Letícia e Cecília, fontes de alegria e razão de uma existência.  
Aos meus pais, Patrício e Eliana, exemplos de dedicação e perseverança,  
fontes de inspiração a iluminar meu caminho e porto seguro nos  
momentos difíceis dessa instigante jornada chamada *vida*.  
Ao meu orientador Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho, pelo incondicional apoio,  
sem o qual o consecução deste trabalho não teria sido possível.

## RESUMO

O presente trabalho aborda a intervenção do Estado no domínio econômico e a regulação setorial realizada no segmento educacional privado, com especial enfoque na delimitação das fronteiras impostas pela Constituição Federal de 1988 ao exercício de atividade normativa por parte do Poder Executivo e sua compatibilidade com o primado da democracia deliberativa. A atividade educacional privada encontra-se imbricada na complexa situação da Constituição de 1988 ter consagrado a educação como direito fundamental social, como dever do Estado e da família em prestá-la, bem como atividade cujo exercício é facultado à iniciativa privada. Busca-se no presente trabalho delinear de que forma a evolução da idéia de Estado, até chegar-se no atual Estado Democrático de Direito, alterou a relação de equilíbrio erigida na clássica separação de poderes do século XVIII e em que moldes poderia ser compreendida tal qual inserida no vigente texto constitucional. Como direito fundamental de segunda geração, social, o direito à educação determina uma atuação positiva, prestacional, a qual demandará investigação em relação à sua natureza jurídica, seja como serviço público ou como atividade econômica, além da abordagem das formas com as quais o Estado poderá intervir em um segmento que desenvolve atividade - educacional - paralelamente àquela desenvolvida pelos próprios entes estatais. A intervenção por direção, onde o Poder Executivo se vale da produção de normas jurídicas, será abordada no que concerne aos seus limites materiais e formais, destacando-se, em especial, o problema que surge na tensão entre legitimidade democrática e eficiência, para determinação da existência ou não de *déficit democrático* na atividade regulatória desenvolvida no segmento educacional.

**Palavras-chave:** Regulação setorial. Direito Educacional. Direito à educação. Atividade Econômica. Serviço Público. Poder normativo do Poder Executivo. Déficit democrático.

## ABSTRACT

This work approaches the State intervention in the economic domain and the sectoral regulation held in the private educational segment, with a special focus on bounds demarcation imposed by the Federal Constitution of 1988 to the exertion of regulatory activity on the part of the Executive Branch and its compatibility with the primacy of deliberative democracy. The private educational activity is interwoven in the complex situation that the Constitution of 1988 provided to education as a fundamental social right and duty of State and family to make it available; as well as an activity whose exercise is entitled to private initiative. The aim of this work is to outline how the evolution of the idea of State, until reaching the current state of Democratic State of Law, changed the relationship of balance built in the classic separation of powers in the 18<sup>th</sup> century and within which molds it could be understood as entered in the constitutional text in force. As a fundamental right of second social generation, the right to education determines a positive performance, provider, which will require research in relation to its legal nature, either as a public service or as economic activity, besides addressing the ways with which the State will be able to intervene in a segment that develops an activity –educational– in parallel with that developed by state institutions. The intervention by direction, in which the Executive Branch uses the production of legal rules, will be discussed in relation to their material and formal limits, highlighting, in particular, the problem that arises from the tension between democratic legitimacy and efficiency, in order to determine whether *democratic deficit* exists in the regulatory activity developed in the educational segment.

**KEYWORDS:** Sectoral regulation. Educational law. Right to education. Economic activity. Public service. Normative power of the Executive Branch. Democratic deficit.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	1
1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A EDUCAÇÃO .....	5
1.1. Separação de poderes: do modelo clássico à moderna concepção da separação de poderes: a capacidade normativa de conjuntura .....	5
1.1.1. A clássica visão da separação de poderes .....	5
1.1.1.1. A reconstrução da ideia de separação de poderes e a Constituição de 1988.....	12
1.1.2. A concepção material de separação de poderes .....	15
1.2. Legalidade, juridicidade e interesse público .....	24
1.2.1. A superação do positivismo jurídico .....	25
1.2.2. A legalidade e a Constituição de 1988 .....	31
1.2.3. O interesse público na Constituição de 1988.....	35
1.3. Políticas públicas como instrumento de intervenção estatal na concretização do direito à educação na Constituição de 1988 .....	39
1.3.1. Contextualizando as políticas públicas: a evolução dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais .....	41
1.3.2. Em busca de um conceito jurídico de políticas públicas para estruturação de um juízo de validade .....	45
2. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E A ATIVIDADE EDUCACIONAL PRIVADA .....	53
2.1. A Ordem Econômica: serviço público e atividade econômica .....	53
2.1.1. As modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico .....	55
2.1.2. A noção/conceito de serviço público .....	59
2.1.3. Atividade econômica em sentido amplo: serviço público e atividade econômica em sentido estrito .....	66
2.2. A natureza jurídica do serviço educacional privado .....	69
2.2.1. Aspectos introdutórios do problema .....	69
2.2.2. O Supremo Tribunal Federal e a Adin 319-4 DF .....	71
2.2.3. O Supremo Tribunal Federal e a Adin 1007-7 PE .....	76

2.2.4. Atividade econômica de interesse público e serviço público não privativo .....	80
2.3. A Regulação setorial do segmento educacional privado: a intervenção por direção legislativa .....	91
2.3.1. Considerações introdutórias .....	91
2.3.2. Os alicerces constitucionais para o exercício da atividade educacional privada.....	94
2.3.2.1. Submissão a um procedimento prévio de autorização estatal.....	96
2.3.2.2. Sujeição à constante fiscalização do cumprimento das normas gerais de educação e à avaliação da qualidade do serviço prestado .....	100
2.3.2.3. A LDBE e a capacidade de autofinanciamento .....	108
2.3.3. A intervenção por direção legislativa na visão do STJ.....	109
3. A ATIVIDADE NORMATIVA DO PODER EXECUTIVO E A REGULAÇÃO DO SEGMENTO EDUCACIONAL PRIVADO.....	112
3.1. O Poder Executivo e a intervenção por direção regulamentar.....	112
3.1.1. A concepção tradicional de regulamento.....	112
3.1.2. A função regulamentar e a concepção material de separação de poderes.....	116
3.1.3. A função regulamentar e a discricionariedade administrativa.....	120
3.2. A intervenção por direção regulamentar no segmento educacional privado e o Poder Executivo federal .....	124
3.2.1. O Conselho Nacional de Educação.....	125
3.2.2. Autorizações operativas.....	131
3.2.3. O Ensino Fundamental de 9 anos.....	132
3.3. O déficit democrático na regulação do segmento educacional privado.....	134
3.3.1. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição e a legitimação pelo procedimento.....	134
3.3.2. Habermas e a democracia deliberativa.....	139
CONCLUSÃO.....	147
REFERÊNCIAS.....	149

## Introdução

O presente trabalho aborda a intervenção do Estado no domínio econômico e a regulação setorial realizada em um específico segmento que nele se insere: o *segmento educacional privado*. Para que se possa levar adiante a análise do tema proposto naturalmente será necessário enveredar, ainda que perfunctoriamente, pelos nuances que circunscrevem o *direito fundamental social à educação*, não pretendendo, contudo, tomá-lo como objeto central da investigação.

O estudo enveredará pelo intrincado campo da intervenção do Estado no domínio econômico, especialmente focado na atividade regulatória desenvolvida no segmento educacional privado (intervenção por *direção*), buscando determinar se a forma com a qual a mesma hoje se apresenta encontra-se em consonância com as diretrizes inscritas na Constituição de 1988, formal e materialmente, bem como se é possível ou não afirmar a existência de *déficit democrático* na forma com a qual a mesma é desenvolvida, especialmente no que se refere à produção normativa realizada pelos órgãos componentes do Poder Executivo, reguladores da atividade educacional.

Para que tal análise possa se tornar viável torna-se necessário retornar às origens da formação filosófico-ideológica do Estado liberal, em seu momento embrionário pré-revolucionário, para iniciar o resgate da ideia de *separação de poderes*, um dos alicerces centrais do Estado de Direito que a partir daí surgiria. No primeiro capítulo será realizada a análise da evolução histórica da concepção de tripartição de poderes, delineando a forma clássica com a qual a foi concebida e buscando avançar até o momento atual, perpassando os diversos períodos evolutivos da ideia de Estado e das mutações que lhe sucederam por força dos influxos ideológicos que historicamente se apresentavam, alterando, especialmente, a compreensão do papel que deveria desenvolver.

A evolução da concepção de Estado de Direito e a alteração do influxo ideológico liberal dos séculos XVIII, XIX e início do século XX, para concepções sociais nos três primeiros quartos desse século, até aportar-se no chamado Estado Regulador moderno, do final do século XX e início do século XXI, fez com que não só o pilar da *separação de poderes* sofresse particulares mutações, mas a própria ideia de

legalidade e segurança jurídica cedesse espaço para o avanço da concepção da supremacia constitucional e derrocada do positivismo.

Aos chamados direitos de primeira geração, direitos de abstenção, forjados no confronto entre as pretensões liberais e o absolutismo monárquico, foram somados direitos novos, chamados de segunda geração, prestacionais, os quais, diversamente dos primeiros, dependeriam de posição ativa do Estado para sua efetiva concretização. O direito fundamental social à educação é consagrado nessa segunda onda de avanços na direção da consagração do ideal máximo e primordial da *dignidade do ser humano*, sendo importante destacar que para efeitos do presente trabalho não se diferenciará *educação* e *ensino*, em que pese se tratem de processos distintos e complementares. A promoção desses direitos determinará uma nova mudança na forma de ação do Estado e na própria concepção estrutural do direito, surgindo a ideia de políticas públicas, categoria jurídica de difícil alocação na teoria tradicional do direito.

Aponta Imídeo Giuseppe Nérici<sup>1</sup> o fato de que os conceitos de educação correntes acabam sofrendo distorções conforme o ângulo com o qual se pretenda encarar a figura humana. Muitas vezes será focalizado como um processo de auto-superação, de expansão ou até mesmo de autolimitação, podendo ainda referir que em outras abordagens poderá ser dado ênfase à ideia de habilitação às rotinas da vida ou ao atendimento das necessidades sociais.

Pretendendo construir um conceito mais amplo de *educação*, o qual abarca os aspectos fundamentais do homem e do seu relacionamento com seus semelhantes e o meio, apresenta como conceito amplo o que segue:

Educação é o processo que visa levar o indivíduo a explicitar e a desenvolver as suas virtualidades, em contato com a realidade, tendo em vista promover o seu desenvolvimento espiritual, a fim de levá-lo a atuar na mesma realidade com conhecimento, eficiência e responsabilidade, para serem atendidas necessidades pessoais, sociais e transcendentais da criatura humana.<sup>2</sup>

O *ensino*, outrossim, consistiria em processo distinto da *educação*. Originariamente o *ensino* consistiria no processo de *instruir* alguém a respeito de algo que não se sabe ou que se sabe de forma deficitária, visando à modificação do *comportamento*. Poderia ser entendido como a parte operacional da *educação*. Em

---

<sup>1</sup> NÉRICI, Imídeo Giuseppe. *Educação e ensino*. São Paulo: Ibrasa, 1985, p. 7-8.

<sup>2</sup> NÉRICI, Imídeo Giuseppe. *Educação e ensino*, *op. cit.*, p. 10.

outras palavras, o *ensino* seria o processo que visaria a efetivação de outro processo, consistente na aprendizagem ou na modificação de comportamento. Verifica-se, em suma, que o conceito de *ensino* é consequência do conceito adotado para *educação*, completando-o, ambos passando a integrar um todo de *intenções* e de *operacionalidade*.

<sup>3</sup>

Adentrando ao segundo capítulo, detecta-se o fato de que *atividade educacional privada* encontra-se imbricada na complexa situação da Constituição de 1988 ter consagrado a educação como direito fundamental social, como dever do Estado e da família em prestá-la, bem como atividade cujo exercício é facultado à iniciativa privada. Assim sendo, inicialmente será necessário compreender-se no que consiste a *ordem econômica* instaurada pela Constituição de 1988, o significado de serviço público e atividade econômica, bem como as formas com as quais o Estado estará autorizado a nela intervir. Diante dos objetivos traçados para a investigação que se inicia, focalizar-se-á o estudo na chamada intervenção estatal *por direção*, seja na modalidade *legislativa*, seja naquela que denominou-se de *regulamentar*, especialmente no que se refere à produção normativa voltada ao *ensino superior* ou editada pelo sistema federal de ensino.

A abordagem pretendida não aspirará enveredar por toda a gama de questões relativas à figura jurídica dos *serviços públicos*, entretanto, diante das acentuadas divergências existentes no plano doutrinário e jurisprudencial relativamente à natureza jurídica dos *serviços educacionais privados*, tendo em vista o fato de que tal atividade é exercida tanto pelos particulares quando diretamente pelo Estado, somada à particularidade de que os limites da atuação interventiva estatal serão distintos conforme se qualifique a atividade como *serviço público* ou como *atividade econômica* (por enquanto sem qualificativos), entende-se necessária a apresentação do debate que se trava nesse particular.

Para que se possa abordar satisfatoriamente o problema acima relatado será necessário, primeiramente, enveredar por outro delicado terreno *não pacificado* no campo do Direito Administrativo e Constitucional brasileiro – a determinação do conceito de *serviço público*. Ressalte-se, aliás, que a própria determinação se *serviço público* seria *conceito* ou *noção*, já se apresenta como objeto de debate.

---

<sup>3</sup> NÉRICI, Imídeo Giuseppe. Educação e ensino, *op. cit.*, p. 101.

No terceiro e último capítulo será apresentada a problemática relativa à atividade interventiva estatal *por direção regulamentar*, especialmente no que tange à possibilidade ou não do Poder Executivo editar normas que inovem o ordenamento jurídico, criando direitos e obrigações aos particulares. Se a atividade interventiva estatal possui limites e contornos frente ao direito do particular desenvolver a atividade educacional privada, será imperativo que se estabeleça em que moldes tais contornos foram estipuladas na Constituição de 1988, bem como na legislação infraconstitucional e infralegal que se seguiu.

No capítulo final ainda será abordada a estrutura e o funcionamento do Conselho Nacional de Educação, órgão teoricamente encarregado da produção normativa infralegal em matéria educacional, para averiguar se o mesmo desenvolve ou não papel mediador entre as aspirações da sociedade e o Estado regulador.

Se sob os influxos do pensamento liberal o primado da lei e da democracia representativa faziam com que, ao menos teoricamente, fosse pressuposto o assentimento popular em relação às normas que eram produzidas pelo Parlamento, a velocidade dos acontecimentos, a necessidade de se atuar nos mais variados campos do domínio econômico, a necessidade de promover políticas públicas, concretizando direitos, sem mencionar a prestação direta de serviços públicos, fez como que a velocidade e especificidade do produto normativo demandado acabasse por se tornar incompatível com a regular atuação do Poder Legislativo, obrigando o Poder Executivo a supri-lo, abrindo caminho para o debate da existência ou não de *déficit democrático* nessa atuação estatal.

## CAPÍTULO 1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A EDUCAÇÃO

### 1.1. Separação de poderes: do modelo clássico à moderna concepção da separação de poderes: *a capacidade normativa de conjuntura*

Dentro do que se poderia chamar de cultura das sociedades ocidentais acabou por preponderar uma forma de organização institucionalizadora do poder à qual se denominou Estado,<sup>4</sup> tendo passado por diversas alterações em relação ao papel que deveria desenvolver e aos limites de sua atuação nas relações com a sociedade. Nesse longo caminho de construção e estruturação do chamado *Estado moderno*<sup>5</sup> a ideia de que as funções/poderes deveriam se encontrar separadas acabou por ser alçada a patamar de especial relevância. Conforme se apresentará ao longo do presente trabalho, a compreensão do que seja o chamado *Estado Regulador*, dos limites da intervenção do Estado no domínio econômico e da definição do papel de cada um de seus órgãos componentes possui relações necessárias com a tomada de posição diante do *princípio da separação de poderes*, especialmente diante de construções modernas como a denominada *capacidade normativa de conjuntura*. A estipulação dos limites formais e materiais impostos constitucionalmente à efetivação da regulação setorial no segmento educacional privado apresenta-se igualmente dependente dessa tomada de posição.

#### 1.1.1. A clássica visão da separação de poderes

Segundo leciona José Carlos Francisco,<sup>6</sup> a concepção de divisão de funções para o exercício da gestão da coisa pública não possui sua gênese nas ideias construídas pelos iluministas do século XVII e XVIII, podendo ser delineada desde a antiguidade clássica, com Aristóteles (Política), para o qual os bons Estados deveriam possuir em suas Constituições a previsão dessa distribuição em três partes, sendo uma para deliberação sobre os negócios da comunidade, outra para execução do deliberado e uma última para a realização da Justiça.

---

<sup>4</sup> Sobre a concepção ocidental de Estado consultar: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*, 3. ed. rev. atual. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 23.

<sup>5</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*, op. cit., p. 25.

A concepção de *separação de poderes* foi aparentemente afastada após as invasões bárbaras ao império romano e durante o período feudal, em que pese o poder, nesse período, estivesse extremamente diluído pelo sistema de vassalagem absolutamente predominante. Com a reconstrução do Direito Romano, utilizado como sustentação para o fortalecimento do poder monárquico, ocorreu o processo de unificação dos territórios e a construção dos Estados soberanos, nos quais imperava a concentração de poder, ambiente mais do que favorável para o ressurgimento da ideia de *separação de funções/poderes*.

As monarquias absolutistas do Estado moderno amparavam seu o poder absoluto na figura do monarca e na ideia de *soberania*,<sup>7</sup> normalmente sob o fundamento da divindade do rei ou do direito ao trono por tradição. A relação entre o poder espiritual (exercido pelo papado) e o temporal ou secular (poder político) impôs forte vinculação dos governantes à Igreja. O racionalismo iluminista (justificando o homem livre, com amparo na razão e não em aspectos teológicos), o crescente poder econômico da burguesia, a expansão do comércio (obstado por alta normatização estatal e por privilégios “cartoriais” atribuídos pela monarquia), o arbítrio do Absolutismo,<sup>8</sup> a ostentação das cortes e crises econômicas provocando fome na população, entre outros fatores, acabaram por formar a combinação suficiente para o processo de redefinição do modelo de *Poder e de Estado*.<sup>9</sup>

Contratualistas como Hobbes, Locke e Rousseau, defensores do racionalismo (extraído do consenso ou do *Direito Natural*), vislumbram a soberania residente na ideia

---

<sup>6</sup> FRANCISCO, José Carlos. *Função regulamentar e regulamentos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 72.

<sup>7</sup> Sobre o discurso da soberania assinala Clèmerson Clève: “Se as relações de força comandam as modificações sofridas pelas sociedades ocidentais a partir da idade média, o fortalecimento do poder central do monarca e o início da centralização administrativa necessitaram de um discurso que instrumentalizasse este processo, e ao mesmo tempo o legitimasse. [...] Estamos nos referindo ao discurso da soberania, um dos pilares da construção jurídica do Estado Moderno, e , ao mesmo tempo, da construção política do universo que hoje chamamos direito. [...] No ocidente o direito é encontrado pelo rei. E para fixar o problema da legitimidade do poder real, a questão maior, sobre a qual a teoria jurídica se ergue, é a questão da soberania. A soberania é a corporificação discursiva dos fundamentos legitimadores dos direitos do príncipe, e dos deveres de obediência dos súditos. Trata-se da legitimação de uma relação assimétrica de poder que estabelece uma dominação centrada no binômio dever-obediência” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*, *op. cit.*, p. 24)

<sup>8</sup> Assinala Paulo Bonavides: “[...] o Estado é o monopolizador do poder, o detentor da soberania, o depositário da coação incondicionada, torna-se, em determinados momentos, algo semelhante à criatura que, na imagem bíblica, se volta contra o Criador. Daí o zelo doutrinário da filosofia jusnaturalista em criar uma técnica da liberdade, traduzida em limitação do poder e formulação de meios que possibilitem deter o seu extravasamento na irresponsabilidade do grande devorador, o implacável Leviatã” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 41).

de *povo* e não mais na pessoa do monarca, retomando a preocupação com a limitação do poder dos governantes segundo *critérios racionais*. O poder dos governantes já vinha ao longo da evolução histórica sendo limitado (timidamente, dado o poder efetivo do monarca) por outros instrumentos jurídicos, tidos como antecedentes das Constituições (pactos ingleses, os forais, cartas de franquia, os contratos de colonização, as leis fundamentais do reino, dentre outros).<sup>10</sup>

A transferência da gênese do poder da pessoa do monarca para o povo<sup>11</sup> é o alicerce fundamental da teoria do *poder constituinte*,<sup>12</sup> matriz que determina a própria ideia de *separação de poderes*. As Constituições, nessa linha de raciocínio, seriam o instrumento jurídico que promoveria a limitação do poder dos monarcas, apresentando as regras de estruturação do poder e de promoção de seu equilíbrio ou sua *equipotência*.

Nesse percurso histórico imperativo destacar-se o aparecimento em 1748 da obra clássica de Montesquieu (*Do espírito das leis*), na qual em seu conhecido Capítulo VI, do Livro XI, Segunda Parte, seriam sintetizadas as ideias base da *separação de poderes* (inspiradas na experiência da Revolução Inglesa de 1688).<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> FRANCISCO, José Carlos. *Função regulamentar e regulamentos*, op. cit., p. 73.

<sup>10</sup> Ressalta Manoel Gonçalves Ferreira Filho o fato de que até mesmo a origem da expressão *Estado de Direito* seria objeto de discussão. Cunhada na Alemanha – *Rechtsstaat* -, teria sido cunhada por Welcker em 1813 ou por Wilhelm Placidus em 1798. Suas feições foram outorgadas por filósofos alemães como Kant, Von Mohl e Stahl. Salienta que apesar da construção doutrinária, o *Estado de Direito*, na concepção clássica, seria originário de longas tradições que formariam um Direito superior ao Direito positivado, criado pelos homens (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e Constituição*. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 5-6).

<sup>11</sup> Paulo Bonavides afirma que Rousseau, diversamente de Montesquieu, não seria avesso à ideia de soberania, sendo “dos primeiros que resolutamente forcejam por acometer de frente o poder da soberania sem preconceito de ver no poder a antítese necessária do direito”. O filósofo do contrato social não teve a preocupação de elaborar uma forma de contenção da soberania, dissociando-a em esferas de poder distintas e independentes. Transferiu-a diretamente do rei para o povo. (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, op. cit., p. 51)

<sup>12</sup> Conforme assinala Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a teoria do poder constituinte surge em 1788 com a obra de Sieyès *Qu'est-ce que Le Tiers État?* Afirma que formada a sociedade pelo livre acordo dos homens seria necessário que estes se sujeitassem a um Poder, constituído pelos próprios homens integrados em sociedade. Essa *Constituição*, porém, não importaria apenas na organização de um Governo, mas igualmente na sua limitação, preservando-se a liberdade e os *direitos naturais*. Formada pelo consentimento dos próprios indivíduos a *Nação* se auto-organiza, sendo este poder de auto-organização o chamado *poder constituinte* (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e Constituição*, op. cit., p. 82-83).

<sup>13</sup> Paulo Bonavides, lastreado em lições de Orlando Bitar, ressalta a opinião de inúmeros tratadistas, segundo os quais Montesquieu teria se enganado ao tratar da vida política inglesa, sendo que nas palavras de Guetzévitch “a Inglaterra é para Montesquieu uma utopia semelhante às de Platão, Morus e Campanella”. Teria sido o equívoco mais fecundo da história das ideias políticas da humanidade. Menciona que autores do peso de Carl Schmitt teriam afirmado que Montesquieu não teria se enganado, mas torcido deliberadamente a visão sobre a realidade inglesa, contudo, sem dar razões convincentes. (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, op. cit., p. 69). Salienta, ainda, que Montesquieu sabia que o próprio processo de superação feudal ocorrera de forma diferente na França e na

Para o Barão de Montesquieu não existiria palavra que tivesse recebido mais significados e se prestado às mais diversas formas de justificação política do que a *liberdade*.<sup>14</sup> Liberdade jamais poderia ser confundida com independência, sendo que a liberdade de cada cidadão teria que ser condicionada, especialmente para que fosse possível equilibrar as diversas liberdades dos cidadãos em sociedade. A ausência de contenção natural dos detentores do poder ou do poder em si era uma contingência da própria essência das relações humanas, sendo necessário impor-lhe limites.<sup>15</sup> A liberdade política do cidadão teria que garantir que este não viesse a temer, a todo momento, as atitudes dos demais cidadãos ou do próprio Estado.<sup>16</sup>

A separação de poderes pensada por Montesquieu era em verdade uma divisão das funções realizadas pelo Estado, distribuída em órgãos e agentes distintos. Vislumbrava que o perigo maior a ser evitado deveria ser a concentração de todas essas *funções/poderes* nas mãos do mesmo *órgão/agente*, entendendo que quando poderes legislativos e executivos fossem reunidos nas mãos do mesmo corpo de magistratura não existiria liberdade, consequência que também poderia ser extraída na hipótese em que o poder de julgar fosse àquele adicionado.<sup>17</sup>

Montesquieu<sup>18</sup> em verdade não era um liberal na mesma medida de Rousseau ou Locke, contudo detinha suas claras objeções aos governos despóticos. Acreditava que o povo deveria se autogovernar, detendo para si o Poder Legislativo, sendo, contudo, o seu exercício direto impossível em grandes Estados e inconveniente nos pequenos. Acreditava, portanto, na representação do povo por representantes eleitos, não só pelas razões anteriormente apresentadas, mas por não deter muita fé na capacidade que o

---

Inglaterra, sendo até mesmo discutível essa superação neste último Estado. O Rei em momento algum teria efetivamente conseguido submeter os Barões ingleses, visto estes terem se aliado ao povo para suas pretensões. Situação diversa ocorreria na França, onde a unificação nas mãos do monarca, que se aliara ao povo, ocorreria com a destruição da antiga supremacia feudal dos fidalgos, remanescendo apenas fidalgos pensionistas de favores reais, os quais mantiveram apenas seus títulos destituídos de qualquer efetivo poder. (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, op. cit., p. 69-70)

<sup>14</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de. *Do espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 165.

<sup>15</sup> MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*, op. cit., p. 166.

<sup>16</sup> MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*, op. cit., p. 168.

<sup>17</sup> Afirmou Montesquieu: “Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as questões entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado” (MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*, op. cit., p. 168).

povo teria em discutir os assuntos de relevância para o Estado. A participação direta do povo na tomada de decisões que determinariam a ação dos governantes era algo que julgava não estar à altura da capacidade do povo.<sup>19</sup>

Como bom aristocrata, Montesquieu, além de não ter fé no acerto das decisões produzidas pelo povo, também construiu sua concepção de *separação de poderes* (tripartite) em alicerces flexíveis, no limite do necessário para retirar o poder despótico dos monarcas sem se ver subjugado, ato contínuo, pelos desígnios da classe à qual não pertencia.<sup>20</sup>

A leitura atenta da obra de Montesquieu acaba por denotar que o mesmo em momento algum pretendia ser o alicerce ideológico-político da transposição do poder político do soberano para o povo. Clèmerson Clève<sup>21</sup> destaca a origem aristocrática de Montesquieu e aponta que este em sua obra não sugeriu a ascensão da burguesia ao poder, mas uma fórmula que permitiria um governo moderado por parte do Príncipe absoluto, assegurando a estrutura social da qual provinham seus privilégios, inclusive o modo de produção feudal. Todavia, sua teorização foi absorvida pela burguesia em ascensão transformando-se em receita de organização política, capaz de assegurar um postulado de bom governo e garantia das liberdades por essa classe emergente.<sup>22</sup>

Na esteira da construção elaborada por Montesquieu o movimento político-jurídico denominado “constitucionalismo”, deflagrado no século XVIII, difundiu ideias liberais (poder popular e limitação de poder), tendo como um de seus marcos históricos o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão,<sup>23</sup> da França, de 1789, explicitado na efêmera Constituição de 1791.<sup>24</sup>

John Locke<sup>25</sup> igualmente abordou a questão da *separação de poderes*, propondo,

---

<sup>18</sup> MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*, op. cit., p. 169-170.

<sup>19</sup> Montesquieu afirma textualmente que “havia um grande vício na maioria das antigas repúblicas: é que o povo tinha o direito de tomar decisões ativas, que demandavam alguma execução, coisa da qual ele é incapaz. Ele só deve participar do governo para escolher seus representantes, o que está bem a seu alcance”. (MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*, op. cit., p. 171).

<sup>20</sup> MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*, op. cit., p. 172.

<sup>21</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*, op. cit., p. 27-28.

<sup>22</sup> No mesmo sentido Paulo Bonavides: “Sem a separação de poderes ter-se-ia a vitória do princípio democrático, como o expôs mais tarde Rousseau. Montesquieu advogava o princípio liberal, abraçava a solução intermediária, relativista, que, de um lado, afastava o despotismo do rei e, de outro, não entregava o poder ao povo” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, op. cit., p. 70).

<sup>23</sup> Art. 16. A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

<sup>24</sup> FRANCISCO, José Carlos. *Função regulamentar e regulamentos*, op. cit., p. 74.

<sup>25</sup> LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*; Trad. Julio Fisher. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 517/519.

todavia, modelo um pouco diverso daquele concebido por Montesquieu: Executivo, Legislativo, Federativo e Discricionário. Apesar de elencar quatro poderes acaba por agrupá-los em apenas dois, tendo em vista que o Executivo e o Federativo deveriam estar reunidos para dar maior estabilidade às ações do governo, além de propor que o Discricionário permanecesse íntima e igualmente ligado ao Executivo. O Poder Judiciário acabou não sendo consagrado pela doutrina de Locke, sendo que o Poder Legislativo seria o poder por excelência, superior aos demais e sujeito apenas aos ditames do *Direito Natural*. Caberia a este a produção de leis com estabilidade, sendo que em sua concepção não haveria espaço para delegação de funções. O Executivo aplicaria essas leis. O Federativo teria a incumbência de firmar acordos com outros países, consistindo no que chamou de função internacional ou externa do Executivo, competente para fazer a guerra e a paz, de ligas e alianças, e todas as transações com todas as comunidades estranhas à sociedade, dentre outras funções.

Ainda no curso da doutrina clássica da *separação dos poderes* torna-se importante destacar a contribuição trazida por Immanuel Kant. Dentre suas principais obras a que melhor retratou a questão ora abordada foi a trazida a lume em 1797, como a primeira parte da chamada ‘Metafísica dos Costumes’, e que acabou sendo denominada ‘Doutrina do Direito’. Nela, Immanuel Kant, seguindo a linha positivista traçada pelo jusfilósofo, previu a existência de três poderes, outorgando ao chamado ‘Poder Soberano’ a capacidade de editar normas, as quais representariam uma premissa maior, ao ‘Poder Executivo’ a responsabilidade pela concretização das mesmas, como uma premissa menor e ao ‘Poder Judiciário’ o encargo de realizar a síntese, na eventualidade de ser chamado a declarar o direito numa situação de litígio.<sup>26</sup>

Kant<sup>27</sup> também acreditava que o Poder Legislativo deveria corresponder à “vontade coletiva do povo”, sendo que a qualidade de cidadão teria em si a ideia de liberdade legal de não se submeter a nada que não tivesse tido seu consentimento. Igualmente acreditava que a concentração das funções/poderes nas mãos do mesmo órgão/agente seria danosa, especialmente para o ideal de liberdade perseguido pelos Liberais. Vislumbram-se nessa concepção os alicerces mais próximos do sentido de *separação de poderes* na forma como seria consagrada nos séculos vindouros.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup>FRANCISCO, José Carlos. *Função regulamentar e regulamentos*, *op. cit.*, p. 74.

<sup>27</sup> KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*; tradução Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993, p. 152-153.

<sup>28</sup> KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*, *op. cit.*, p. 157-158.

Apesar da possibilidade de encontrar-se algumas diferenças entre o sistema surgido a partir da revolução inglesa de 1688, da revolução americana de 1776 e da revolução francesa de 1789, em linhas gerais tanto o sistema do *checks and balances* (americano e inglês) quanto o sistema do *le pouvoir arrête le pouvoir*<sup>29</sup> têm em comum, na opinião de José Carlos Francisco,<sup>30</sup> “o objetivo de inibir os excessos decorrentes da concentração de poderes, ao mesmo tempo em que tendem a produzir legitimidade e eficiência na gestão da coisa pública”.

Nesse primeiro momento da abordagem torna-se imperativo destacar a importância da visão contextualizada da evolução da concepção de Estado e da evolução da ideia de separação de poderes. O padrão de Estado concebido pelo pensamento liberal era o de ‘Estado Mínimo’ ou ‘Gendarme’, sendo que se o papel a este destinado era diminuto, igual medida deveria ser esperada em relação ao Direito produzido nesse contexto.<sup>31</sup>

Tanto no modelo proposto por Montesquieu quanto naquele declinado por Locke havia a impossibilidade de delegação de funções (ainda que de forma temporária), visando evitar que pela concentração fossem usurpadas as atribuições de um dos *Poderes* pelo outro. Assim sendo, os entes governamentais (dotados de autonomia e não de soberania) deveriam ser criados para execução de tarefas públicas, as quais estariam limitadas e controladas pelo sistema de *freios e contrapesos*.

Nessa mesma linha de aproximação, tem-se que a Declaração dos Direitos do Homem (art. 16), na França, e a seção V da Declaração de Direitos da Virgínia (1776),<sup>32</sup> igualmente ressaltaram a importância da *separação de poderes*, sendo que a primeira asseverava que uma Constituição sem *separação de poderes* não seria uma Constituição e a segunda que não só a separação seria um imperativo para a manutenção do Estado, mas de que o sufrágio e a potencial renovação dos detentores dos Poderes Executivo e Legislativo fariam com que estes não abusassem do povo.<sup>33</sup>

Naturalmente não se pregava a divisão absoluta de tarefas públicas (funções) a

<sup>29</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, op. cit., p. 45.

<sup>30</sup> FRANCISCO, José Carlos. *Função regulamentar e regulamentos*, op. cit., p. 76.

<sup>31</sup> FRANCISCO, José Carlos. *Função regulamentar e regulamentos*, op. cit., p. 76-77.

<sup>32</sup> Art. 5º - O poder legislativo e o poder executivo do estado devem ser distintos e separados da autoridade judiciária; e a fim de que também eles de suportar os encargos do povo e deles participar possa ser reprimido todo o desejo de opressão dos membros dos dois primeiros devem estes em tempo determinado, voltar a vida privada, reentrar no corpo da comunidade de onde foram originariamente tirados; os lugares vagos deverão ser preenchidos pôr eleições, freqüentes, certas e regulares.

cada um dos entes, mas apenas a não ocorrência da concentração de todas elas nas mãos de apenas um deles. Como resumo da visão clássica da *separação de poderes*, e por que não dizer como alicerce primeiro a ser consignado na visão atual, tem-se, juntamente com o pensamento de Martin Kriele,<sup>34</sup> o postulado claro de que em um Estado Constitucional não pode existir soberano, mas apenas Constituição soberana. O Estado moderno encontra-se em um constante dilema devido às suas amplas tarefas político-econômicas, sociopolíticas, dentre outras, nas quais o mesmo deve ser sempre mais forte do que todos os poderes sociais existentes no país (conglomerados financeiros, sindicatos, etc.) e ao mesmo tempo deve garantir a proteção confiável aos mais fracos.

### **1.1.2. A reconstrução da ideia de separação de poderes e a Constituição de 1988**

Hoje não pairam dúvidas de que a teoria clássica de *separação de poderes* oriunda do modelo de Montesquieu, Locke, Rousseau, Kant e dos demais pensadores iluministas, não possui condições de aplicabilidade ao Estado moderno na forma como fora concebida, sendo que autores como Paulo Bonavides<sup>35</sup> rechaçam sua utilização como se dogma fosse.

---

<sup>33</sup> FRANCISCO, José Carlos. *Função regulamentar e regulamentos*, op. cit., p. 77.

<sup>34</sup> KRIELE, Martin. *Introdução à teoria do estado: os fundamentos históricos da legitimidade do Estado constitucional democrático*; tradução Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 170.

<sup>35</sup> Paulo Bonavides esclarece que a outrora consagração absoluta da separação de poderes hoje em dia não se apresenta mais sustentável: “O constitucionalismo democrático tem por ele a mais justa e irresgatável dívida de gratidão. Merece, com efeito, a homenagem e o reconhecimento dos que, na doutrina política, consagram sua luta aos ideais de liberdade e democracia. Ajudou a implantar na consciência ocidental o sentimento valorativo dos direitos e garantias individuais, de que foi, no combate aos déspotas do absolutismo, a arma mais eficaz. Quando cuidamos de abandoná-lo no museu da Teoria do Estado queremos, com isso, evitar apenas que seja ele, em nossos dias, a contradição dos direitos sociais, a cuja concretização se opõe, de certo modo, como técnica dificultosa e obstrucionista, autêntico tropeço, de que inteligentemente se poderiam socorrer os conservadores mais perspicazes e renitentes da burguesia, aqueles que ainda supõem possível tolher e retardar o progresso das instituições no rumo da social-democracia. [...] A separação de poderes é, como vimos, técnica em declínio, sujeita a gradual superação, imposta por requisitos novos de equilíbrio político e acomodação a esquemas constitucionais cujo pensamento já não assenta razões preponderantes de formalismo na proteção de direitos individuais, conforme o teor clássico de sua elaboração inicial e finalidade precípua do velho liberalismo. Desde que o constitucionalismo entrou a evoluir no sentido do enriquecimento de seu conteúdo, para deixar de ser forma e se converter em substância, abrangendo paulatinamente novas áreas da realidade social, notadamente as de teor econômico, passou aquele princípio a ter interesse secundário, por haver deixado de corresponder ao sentido atual de organização democrática, na qual fatores estranhos, desconhecidos à teoria política do século XVIII, começaram de interferir na estrutura da sociedade, modificada por relações imprevistas de caráter social e econômico” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, op. cit., p. 64-65)

Clèmerson Clève<sup>36</sup> esclarece que apesar de atribuir-se a Montesquieu a formulação acabada da ideia *separação dos poderes*, sua colocação como *mito* decorreu do apego dogmático dos juristas a uma técnica de contenção do poder, a qual teria nascido em um específico período e segundo um contexto historicamente determinado.

José Carlos Francisco<sup>37</sup> acompanha essa mesma linha de pensamento, entendendo que as exigências enfrentadas pelo Estado moderno, especialmente a promoção do desenvolvimento socioeconômico, fazem com que não se apresente factível a manutenção da concepção de separação de poderes nos moldes como idealizada nos séculos passados. Seguindo a linha de pensamento de Martin Kriele anteriormente referida, tem-se que a mudança histórica do papel do Estado acabou por tornar necessária uma releitura e uma readequação da concepção de *separação de poderes*, posto que do Estado Liberal ao Estado Social o papel do Estado deixou de ser mínimo e residual (com o equilíbrio social delineado por *mãos invisíveis*<sup>38</sup>) e passou a ser determinante e de comando da sociedade e da própria economia.

Clèmerson Clève<sup>39</sup> ressalta que não foram poucos os autores que refutaram a *teoria da separação de poderes*, citando, dentre outros, Condorcet, Comte, Duguit, Malberg e Jellineck. Outros, como Charles Eisemann, não teriam criticado a teoria em si, mas a dogmática interpretação produzida pela doutrina constitucional clássica. Eisemann teria asseverado que em *De L'esprit des lois* não haveria uma teoria da separação, mas sim uma teoria da divisão e da cooperação entre poderes, pois ocorreriam interferências de poder para poder, além do fato de não haver uma única função que tenha sido, com exclusividade, atribuída a um único órgão ou autoridade. Clèmerson Clève<sup>40</sup> menciona que existiria, ainda, uma terceira forma de crítica à teoria, a qual poderia ser visualizada na abordagem de Karl Loewenstein, para o qual esta não seria nem essencial para o exercício do poder, nem auto-evidente, com validade atemporal. O apego que ainda existe à teoria poderia ser debitado ao não surgimento de uma nova teoria que equacione uma nova conformação do poder.

Conhecidos fatos históricos ocorridos no século passado (o *crack* da bolsa de

<sup>36</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*, op. cit., p. 26.

<sup>37</sup> FRANCISCO. *Função regulamentar e regulamentos*, op. cit., p. 81.

<sup>38</sup> A metáfora que expressaria a ideia de que a *mão invisível* do mercado promoveria a auto-regulação idealizada pelo liberalismo econômico foi cunhada por Adam Smith (SMITH, Adam. *Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*, 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999).

<sup>39</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*, op. cit., p. 32-33.

<sup>40</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*, op. cit., p. 34.

Nova York, o *New Deal*, confrontos mundiais na 1ª e 2ª Guerras Mundiais – com todos os efeitos nefastos e residuais para a *Humanidade* e para cada ser humano que precisa de um mínimo para subsistir) assim como os da atualidade (crise do mercado imobiliário americano em 2008), dentre muitos outros, tornaram claro o fato de que o papel do Estado deveria ser reavaliado. Clèmerson Clève<sup>41</sup> assevera que este Estado que se redesenha é um Estado de prestações, de redistribuição de riquezas e de serviços. Essa característica desencadeia uma considerável ampliação no campo de ação do Poder Executivo, dificultando sua própria conciliação à ideia de Estado de Direito. Tal potencial contradição não pode ser desconsiderada quando se sabe que a *separação de poderes* somente possui sentido em um Estado de Direito.<sup>42</sup>

Nesse Estado (com flagrante ascendência do Poder Executivo) o cidadão tem não só o seu próprio *bem-estar* colocado nas mãos dessa superestrutura, mas sua própria liberdade.<sup>43</sup> Como observado por Jose Carlos Francisco,<sup>44</sup> a própria ideia de divisão tripartite sequer poderia ser afirmada com exatidão em sistemas como o francês, no qual o Poder Judiciário possuiria papel residual e de certo modo vinculado ao Executivo.

Concepções absolutas e universalistas em relação a uma formatação tripartite de *separação de poderes* se chocam com a estruturação do poder que se apresenta nos Estados ocidentais, podendo citar-se o modelo britânico para cotejo, em que aparentemente Executivo e Legislativo poderiam ser tidos como partes de um corpo só.<sup>45</sup> A questão que se suscita relativamente ao problema da *separação dos poderes* neste III Milênio, portanto, cinge-se a como alcançar todos os objetivos e cumprir com todas as atribuições postas sob a responsabilidade do Estado e ao mesmo tempo não incorrer no agigantamento extremo do Poder Executivo, a tal ponto que este passasse pura e simplesmente a usurpar as atribuições dos demais Poderes, quando não dizer usurpar o poder daquele que é o seu detentor original (povo). Esse será o contexto em que adiante se apresentará a questão do chamado *déficit democrático* e da *crise de legitimidade democrática* em democracias representativas.

---

<sup>41</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*, op. cit., p. 41.

<sup>42</sup> Nesse mesmo sentido as ideias de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o qual entende que no Estado de bem-estar a clássica concepção de separação de poderes não se encaixa muito bem, visto que o alargamento das obrigações do Estado e de seus programas acaba por provocar um perigoso agigantamento do Poder Executivo (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e Constituição*, op. cit., p. 46)

<sup>43</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*, op. cit., p. 43.

<sup>44</sup> FRANCISCO, Jose Carlos. *Função regulamentar e regulamentos*, op. cit., p. 81.

Algumas das conquistas da democracia moderna, como a ampliação do direito a voto, a multiplicidade de representações parlamentares, o próprio pluralismo político-ideológico, fizeram com que os representantes do corpo legislativo passassem a constituir um grupo heterogêneo. O debate e a conquista do consenso em um ambiente assim desenhado tendem (como na prática se constatou) a ocasionar um aumento na morosidade da atividade legislativa.<sup>46</sup>

A compreensão do postulado constitucional da *separação dos poderes* aparece intimamente ligada ao problema moderno das delegações legislativas (por suas mais variadas formas e cores), como construção moderna que visa dar sustentáculo jurídico ao que o Executivo precisa fazer e, ao mesmo tempo, ao que ele quer fazer (e já está fazendo). Naturalmente ninguém se atreveria a dizer que pura e simplesmente está a se usurpar competência dos outros dois Poderes, visto que isso seria uma fratura na própria estrutura do Estado Constitucional. Como adverte Martin Kriele,<sup>47</sup> se algum dos Poderes se impusesse sobre os demais absorvendo suas competências, adquirindo soberania, isso significaria o fim do Estado Constitucional.

Nessa ordem de considerações parece encontrar-se bastante evidente o fato de que no alvorecer do século XXI, pautado nas disposições contidas na Constituição de 1988, especialmente no artigo 2º<sup>48</sup> e no artigo 60, § 4º, III,<sup>49</sup> o *princípio da separação de poderes* continua a nortear a conformação do poder dentro da estrutura estatal, demandando, todavia, uma necessária releitura que a conforme ao contexto histórico em que se apresenta.

### 1.1.3. A concepção material da separação de poderes

A reconstrução da compreensão do primado da *separação de poderes*, tendo em vista sua expressa estipulação na Constituição de 1988, tem inspirado inúmeros juristas a aceitar o desafio predicado por Loewenstein, no sentido de construir uma nova teoria de conformação do poder dentro da estrutura estatal moderna, não se olvidando das

---

<sup>45</sup> FRANCISCO. Jose Carlos. *Função regulamentar e regulamentos*, op. cit., p. 82.

<sup>46</sup> FRANCISCO. Jose Carlos. *Função regulamentar e regulamentos*, op. cit., p. 83.

<sup>47</sup> KRIELE, Martin. *Introdução à teoria do estado:...*, op. cit., p. 171.

<sup>48</sup> CF/88: “Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

<sup>49</sup> CF/88: “Art. 60. (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) III - a separação dos Poderes;”.

necessidades inerentes à característica prestacional que se impõe ao Poder Executivo,<sup>50</sup> mas igualmente tendo em mente de que nessa (brasileira), o *primado democrático* não poderá ser afastado da equação.

Dentre os autores que rechaçaram com veemência a ideia de separação de poderes em sua concepção clássica, especialmente por entender que se trata de um dos mitos<sup>51</sup> mais eficazes do liberalismo burguês,<sup>52</sup> torna-se imperativo destacar Eros Grau, especialmente diante da proposta por este oferecida de reconstrução teórica e releitura do princípio em tela, somado ao fato deste tê-la sustentado no Supremo Tribunal Federal, no período em que ali atuou como Ministro, para alicerçar o que denominou de *capacidade normativa de conjuntura*.<sup>53</sup>

Defende a posição de que no Brasil a ideia de *separação de poderes* teria sido inspirada nas concepções de Montesquieu e não por via da construção norte-americana dos freios e contrapesos (*checks and balances*). Um primeiro diferencial residiria no fato de que para Montesquieu o mecanismo de separação se fundaria na promoção da liberdade do indivíduo, enquanto para os federalistas norte-americanos, diversamente, a técnica se pautaria na otimização das funções do Estado e no princípio da divisão do trabalho.<sup>54</sup>

Afirma que Montesquieu não teria proposto uma efetiva *separação de poderes*, mas sim uma distinção entre eles, os quais deveriam atuar em clima de equilíbrio. Vislumbra na exposição de Montesquieu uma distinção entre Poderes Executivo e Legislativo, de um lado, e *funções executivas e legislativas*, de outro. O Poder

<sup>50</sup> Ainda delineando a concepção de Loewenstein, Clèmerson Clève aduz: “De todo modo, importa salientar que na sociedade de massas não há como manter a distinção entre legislação (função legislativa) e administração (função executiva). O governo compreende ações legislativas e administrativas. A legislação e a execução das leis “não são funções separadas ou separáveis, mas sim diferentes técnicas do *political leadership*”. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*, op. cit., p. 34)

<sup>51</sup> Eros Grau relembra considerações de Marx e Engels no sentido de que as ideias da classe dominante são, em cada época, as ideias dominantes. Nas palavras desses autores: “Por exemplo, numa época e num país em que a aristocracia e a burguesia disputam a dominação e em que, portanto, a dominação está dividida, mostra-se como ideia dominante a doutrina da divisão de poderes, enunciada então como ‘lei eterna’” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 225-226).

<sup>52</sup> Conforme salienta Clèmerson Clève, o ideal burguês será o da reorganização da estrutura do poder político submetendo-o um rigoroso código de juridicidade, uma Constituição que delimite o raio de ação do poder político, estabelecendo com clareza a distinção Estado-sociedade civil. Será nesse contexto que a técnica da separação de poderes encontrará especial acolhida, positivada nas Constituições que se seguiram. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*, op. cit., p. 29).

<sup>53</sup> STF, DJ 29.setembro.2006, Adin 2591-1 DF, Rel. Min. Carlos Velloso. Disponível em: WWW.stf.gov.br.

Executivo seria dotado de *funções executivas* e, pelo exercício, por exemplo, do poder de veto, seria igualmente dotado de parcela das *funções legislativas*. O Poder Legislativo, da mesma forma, em situações excepcionais estaria dotado de funções jurisdicionais.<sup>55</sup>

Eros Grau<sup>56</sup> detecta nas lições de Montesquieu a admissão da existência de uma *capacidade normativa de conjuntura* depositada nas mãos do Poder Executivo, posto que para este as situações que demandassem atuação de natureza nitidamente momentânea, dinâmica, teriam melhor resposta se ficassem a cargo do Executivo, enquanto aquelas que demandassem a atuação do Legislativo possuiriam natureza distinta, estrutural e estável.

Um dos pontos de especial relevância nessa distinção seria a forma de compreensão dos limites da atuação interventiva do Estado no domínio econômico, especialmente na denominada intervenção por *direção*,<sup>57</sup> a qual seria em parte exercida mediante a dinamização de *atividade normativa* legal e previamente autorizada. Cumpriria aos titulares dessa *função normativa* a observância dos critérios e parâmetros estipulados pela lei que a autorizou, não se tratando, nessa hipótese, de atribuição de *função legislativa*, mas apenas *função normativa, regulamentar*. A Administração não exerceria apenas o mero poder de polícia, fiscalizando o exercício da atividade dos particulares, mas poderia estatuir normas destinadas à regulação desse exercício. O exercício dessa função normativa seria um *dever-poder* com o qual a Administração dinamizaria o que denomina de *capacidade normativa de conjuntura*.<sup>58</sup>

---

<sup>54</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 226.

<sup>55</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 230.

<sup>56</sup> Eros Grau vislumbra tal capacidade normativa de conjuntura citando a seguinte passagem da obra de Montesquieu: “O Poder Executivo deve permanecer nas mãos de um monarca porque esta parte do governo, *que quase sempre tem necessidade de uma ação momentânea*, é mais bem administrada por um do que por muitos; ao passo que o que depende do Poder Legislativo é, amiúde, mais bem ordenado por muitos do que por um só” (grifei). Afirma ele, ainda: “O Poder Executivo se exerce sempre sobre *coisas momentâneas*” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 230-231).

<sup>57</sup> Eros Grau estabelece classificação sobre as formas de intervenção do Estado no domínio econômico nos seguintes moldes: i) *Intervenção por absorção ou participação* – “quando a organização estatal assume – parcialmente ou não – ou participa do capital de unidade econômica que detém o controle patrimonial dos meios de produção e troca”; ii) *Intervenção por direção* – “quando a organização estatal passa a exercer pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica”; iii) *Intervenção por indução* – “quando a organização estatal passa a manipular o instrumental de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento do mercado” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 231).

<sup>58</sup> Eros Grau afirma ser necessário que o Direito, tal como todo organismo vivo, esteja em constante mutação, impondo-se a superação do descompasso entre o ritmo de evolução das realidades sociais e a

A doutrina brasileira de vertente tradicional, especialmente no campo do Direito Administrativo, permaneceria adotando uma concepção que se isola da realidade, vislumbrando no Poder Legislativo, por força do postulado da separação de poderes, a atribuição constitucional para o exercício da *capacidade normativa de conjuntura*. Segundo Eros Grau tal posicionamento ignora o fato de que um conjunto de elementos de índole técnica, aliado a motivações de premência e celeridade na conformação do regime a que se submetem certos setores da economia, como no caso de intermediação financeira, tornaria o procedimento conduzido pelo Poder Legislativo, com seus prazos e debates prolongados, inadequado à ordenação de matérias essencialmente conjunturais.<sup>59</sup>

Nessa linha de raciocínio Eros Grau<sup>60</sup> propõe estabelecer uma clara distinção entre *poderes* e *funções*. Relembra observação formulada por Althusser no sentido de que a *separação de poderes* não passaria de uma divisão ponderada de poderes entre potências determinadas (o rei, a nobreza e o povo, na concepção da época). Segundo Althusser, Montesquieu afirmou que a liberdade somente existiria em Estados moderados, onde não se abusasse do poder, contudo, como o poder tende a ir até onde encontra limites, residiria aí a virtude da *separação de poderes*, como técnica na construção desse *equilíbrio*.

Eros Grau<sup>61</sup> menciona que as circunstâncias da época de Montesquieu fizeram com que este tivesse por não importante a função de julgar, da mesma forma como não se tem dado a devida importância a um novo poder (função) existente no Estado contemporâneo, qual seja, o de implementar *políticas públicas*. Propõe a adoção de uma

---

velocidade de transformação da ordem jurídica: “Nesse clima, a instabilidade de determinadas situações e estados econômicos, sujeitos a permanentes flutuações – flutuações que definem o seu caráter conjuntural – impõe sejam extremamente flexíveis e dinâmicos os instrumentos normativos de que deve lançar mão o Estado para dar correção a desvios ocorridos no desenrolar do processo econômico e no curso das políticas públicas que esteja a implementar. Aí, precisamente, o emergir da *capacidade normativa de conjuntura*, via da qual se pretende conferir respostas à exigência de produção normativa imediata de textos normativos, que as flutuações da conjuntura econômica estão, a todo tempo, a impor. À potestade normativa através da qual essas normas são geradas, dentre de padrões de dinamismo e flexibilidade adequados à realidade, é que denomino *capacidade normativa de conjuntura*” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 232).

<sup>59</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 232-233.

<sup>60</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 233

<sup>61</sup> Nesse ponto lapidares as palavras de Fabio Konder Comparato: “A omissão das Constituições modernas em regular a realização de políticas, ocupando-se unicamente da produção do direito, torna inoperante a divisão dos poderes, seja como mecanismo de limitação do poder estatal (preocupação original), seja como disciplina da eficiência governamental (preocupação atual)” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 235).

classificação *material* das funções estatais, em linha diversa da classificação mais frequente utilizada pela doutrina, *orgânica* ou *institucional* (na linha da concepção formulada por Santi Romano). Para construção dessa concepção parte do sentido atribuído por Renato Alessi ao vocábulo *função*, enquanto *poder estatal* preordenado às finalidades de interesse coletivo e enquanto objeto de um dever jurídico. Quando se refere a *poder estatal* pretende significar poder político juridicamente organizado, portanto, ainda na linha de Renato Alessi, traduzido em uma *função*, o que direciona sua compreensão ao seu aspecto material.<sup>62</sup>

Quando se dá ênfase ao aspecto subjetivo da palavra *poder*, está-se a referir aos centros ativos de funções, ou seja, órgãos incumbidos de sua execução, em sentido diverso daquele que se terá quando se consigna a ênfase no aspecto *material*. Fixando-se a dissociação segundo um critério *material* das funções estatais, propõe Eros Grau<sup>63</sup> a existência de: i) *função normativa*; ii) *função administrativa*; e iii) *função jurisdicional*.

Eros Grau<sup>64</sup> adota a noção de ordenamento jurídico concebida pelos institucionalistas, encontrando sua unidade no impulso prático que este, como instituição social, recebe no seu processo de formação. Assim, concebe norma jurídica como o “*preceito, abstrato, genérico e inovador – tendente a regular o comportamento social de sujeitos associados – que se integra no ordenamento jurídico*”. Seria preceito primário, que se impõe por força própria, autônoma, tal como postulado por Renato Alessi, distinguindo-se, todavia, a ideia de *primariedade* da de *originariedade*.<sup>65</sup>

Ressalta que ao se referir a *função legislativa* está-se a adotar uma perspectiva subjetiva das funções estatais, decorrente da adoção do sistema de *separação de poderes*. Aos órgãos legislativos seria confiada a tarefa de emanar *estatuições primárias*. Alerta, entretanto, que além dessa tarefa o Poder Legislativo também emana atos de outra natureza, que seriam lei apenas no sentido formal. Seriam leis embora não se constituam em normas jurídicas.<sup>66</sup>

<sup>62</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 236.

<sup>63</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 238.

<sup>64</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 239.

<sup>65</sup> Sobre essa dissociação Eros Grau assinala: “Por isso, tem como *primário* – isto é, *imposto por força própria* – mesmo um preceito que seja emanado com fundamento em uma *atribuição* de poder normativo conferida a órgão que ordinariamente não o detenha” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 240).

<sup>66</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 240-241.

Seguindo essa linha de raciocínio Eros Grau<sup>67</sup> afirma que o Legislativo recebe a incumbência de emanar estatuições primárias, apesar de igualmente emanar atos de outra natureza, os quais seriam lei apenas em sentido formal. Sendo assim, a lei não necessariamente conteria uma norma, e igualmente a norma não necessariamente emanaria de uma lei. Vislumbra, portanto, a possibilidade da existência de *lei-norma*, *lei não-norma* e a *norma não-lei*.

A concepção inovadora de Eros Grau dissocia *função legislativa* de *função normativa*, compreendendo que os *regulamentos* seriam estatuições primárias, ainda que não emanados de um poder *originário*. Apresentam feição *derivada*, no sentido de que devem fundar-se sobre uma *atribuição de poder normativo* contida explícita ou implicitamente na Constituição ou em uma lei formal. Lastreado nessa concepção contornaria o problema inerente às *delegações legislativas*, pois o que se autorizaria seria o exercício da *função normativa regulamentar*.<sup>68</sup> A função normativa, em outras palavras, seria o gênero do qual seriam espécies a *função legislativa*, a *função regulamentar* e a *função regimental*.<sup>69</sup>

Como será abordado nos capítulos seguintes do presente trabalho, a concepção oferecida por Eros Grau começa a receber crescente apoio da doutrina pátria, especialmente diante das dificuldades encontradas para justificar a possível existência de *poder normativo* por parte das chamadas *agências reguladoras independentes*, bem como de todo arcabouço regulamentar editado no âmbito do Poder Executivo em face da concepção atual de um Estado Regulador.

Apesar da advertência formulada por Marcio Aranha Iorio<sup>70</sup> no sentido de que o reconhecimento de tal *capacidade normativa de conjuntura* não poderia ser compreendido como uma autorização para que o Poder Executivo produzisse normas quando e onde desejasse, ele reconhece que ao se analisar a jurisprudência norte-americana detecta-se que o princípio básico de proibição de delegação funcional entre os poderes (*non-delegation*), que seria aplicado somente em situações extremas, e em caráter *excepcional*, deixou de possuir relevância prática para a maior parte dos casos, posto que o Poder Executivo, pautado em raciocínio equivalente ao formulado por Eros

---

<sup>67</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 241.

<sup>68</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 242-243.

<sup>69</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 243-244.

<sup>70</sup> ARANHA, Marcio Iório. Poder normativo do Executivo e teoria da regulação. In: *Notícia do Direito Brasileiro* 9: 2002, p. 08. Disponível em: <<http://www.marcioaranha.org>> acesso em 02-02-2012.

Grau, passou a atuar na firme convicção de que estaria a exercer competência própria.

O Estado Constitucional significa a própria distribuição da soberania estatal no conjunto dos órgãos que o compõe e do próprio Direito estatal.<sup>71</sup> Sendo assim, a discussão que bem reflete a crise do princípio da *separação dos poderes* no final do século XX e no início do século XXI é a que tenta equilibrar a maior participação do Poder Executivo na produção das normas jurídicas (função não primordial, no modelo clássico), com a ideia que a acompanhou desde o início a evolução do papel do Estado, qual seja, a concepção de soberania popular, aprimorada na posterior concepção de sufrágio universal, e que tem como ponto central a concepção de que as limitações e os direitos somente poderiam ser postos pelos próprios titulares do poder, diretamente ou por seus representantes.

Nesse entrechoque de conceitos e ideias naturalmente surgem os defensores das posições extremas. Alguns asseveram que somente caberia ao Poder Legislativo a produção normativa primária (inovadora da ordem jurídica), porque somente assim seria garantido e consagrado o princípio democrático enquanto outros asseveram que o Poder Executivo também seria eleito pelo povo e, apesar de não representar a pluralidade do pensamento da sociedade, consagraria a ideia de representação democrática.

Sobre a constatação da existência de *déficit democrático* e a parcial função legitimadora do sufrágio, que será mais detalhadamente abordada no capítulo final deste trabalho, e a questão do (des)equilíbrio entre os Poderes, Marçal Justen Filho<sup>72</sup> assinala ser um grande equívoco afirmar que todo e qualquer governante, pelo simples fato de ter sido eleito pelo povo, pudesse afirmar que qualquer ato por ele praticado ou ordenado estivesse legitimado democraticamente.

Nessa linha de raciocínio, o mesmo autor entende que às vezes a imposição da vontade das maiorias ocasionais poderia, inclusive, comprimir e até mesmo eliminar o direito das minorias, sendo que o princípio democrático deveria ser entendido como um direito plural que, apesar das maiorias, assegurasse tratamento justo às minorias e evitasse toda e qualquer forma de abuso dessa posição de predomínio.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> KRIELE, Martin. *Introdução à teoria do estado:...*, op. cit., p. 176.

<sup>72</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: Existe um déficit democrático na “regulação independente”? In: ARAGÃO, Alexandre Santos (Orgs.) *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 308.

<sup>73</sup> JUSTEN FILHO. *O poder normativo das agências reguladoras*, op. cit., p. 305.

Carlos Roberto Siqueira de Castro<sup>74</sup> salienta que se tornou uma realidade nos atuais regimes constitucionais a tolerância com a inovação da ordem jurídica e o regramento de direitos individuais e coletivos por formas diversas daquela originária do sistema de *separação de poderes*, o que traria inquietantes preocupações no que concerne à liberdade dos cidadãos e à *legitimidade* das normas produzidas.

A questão inerente à produção normativa realizada pelo Estado em sua atuação interventiva (por direção), tanto pelo formato de *agências reguladoras independentes* quanto na forma burocrático-ministerial, impõe, de plano, o questionamento no que tange à *legitimidade democrática* das normas produzidas. Marçal Justen Filho<sup>75</sup> ressalta o equívoco que vem sendo apresentado ao se confundir sufrágio universal com *legitimação democrática*, sendo que não haveria como se aferir a priori a existência de *déficit democrático* na estruturação de instituições estatais, ainda que sem a participação popular pela eleição de seus membros, quando a não utilização do sufrágio possuísse exatamente a função de neutralizar a influência da vontade da maioria da população em detrimento de minorias, bem como quando visasse assegurar a realização dos valores e princípios fundamentais.

Assim sendo, a argumentação moderna da impossibilidade de apreciação de todos os assuntos em respeito à vontade da maioria sempre deverá ser analisada com reservas, mormente em um Estado que além de ‘Direito’ é ‘Democrático’. Ainda que se possam admitir exceções, o núcleo das decisões oferecidas pelos governantes deve respeito ao princípio da soberania popular, sendo que as carências da democracia representativa poderão ser equacionadas pelo manuseio das potencialidades das formas participativas e deliberativas.<sup>76</sup>

No debate atual entre a maior ou menor abertura na nova compreensão do princípio da *separação dos poderes* Carlos Roberto Siqueira de Castro<sup>77</sup> se posiciona entendendo ser extremamente perigosa a abertura pretendida pelos defensores da

---

<sup>74</sup> CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (Orgs.) *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 48.

<sup>75</sup> Marçal Justen Filho resgata tais idéias a partir das lições de JACQUES CHEVALLIER, no sentido de que “a legitimidade dos representantes não é então adquirida pela simples magia da eleição: a democracia não se reduzirá nunca apenas aos processos eletivos; ela supõe ainda o respeito ao pluralismo, a garantia dos direitos e liberdades, o debate sobre as escolhas coletivas...Em outras palavras, a legitimidade dos representantes depende de sua conformidade com certas exigências de ordem ética (JUSTEN FILHO. *Marçal. O poder normativo das agências reguladoras, op. cit.*, p. 309).

<sup>76</sup> JUSTEN FILHO. *O poder normativo das agências reguladoras, op. cit.*, p. 320.

entrega do poder de legislar ao Executivo especialmente diante da histórica tendência por este demonstrada, mormente em regimes presidencialistas, em descambar para a *tiranía e o abuso*.

Sintetizando o que se apontou nas ideias acima apresentadas, entende-se, na linha do que afirma Misabel de Abreu Machado Derzi,<sup>78</sup> que apesar do *princípio da separação de poderes* ter passado por inúmeras revisões teóricas não perdeu sua essência, como instrumento de garantia da *liberdade*. Será por meio de controle recíproco das funções estatais, num sistema de “pesos e contrapesos”, que se obterá a garantia concreta da liberdade, assegurando que a *soberania* não seja usurpada por qualquer um dos Poderes.

Parece evidente a insustentabilidade da compreensão clássica do primado da *separação de poderes*, especialmente diante da constatação de que tal construção jamais se apresentou isolada do contexto ideológico que permeia a estruturação de cada Estado em suas diferentes épocas e locais. A construção clássica floresceu diante de um contexto embrionário do pensamento liberal, atingindo seu ápice quando essa concepção passou a ser hegemônica nos Estados de tradição ocidental.

A transformação operada na própria concepção de Estado e das funções que este deveria desenvolver, permearam a longa caminhada até que se chegasse na moderna concepção de Estado Regulador, deixando exposta a evidente necessidade de releitura do *princípio da separação dos poderes*, para que se tornasse possível a administração estatal em Estados complexos como o brasileiro.

Todavia, a necessidade de outorgar efetividade ao aparato estatal, aparentemente resolvida pela construção teórica da *capacidade normativa de conjuntura*, não aparenta ser suficiente para equacionar o problema diante do outro pilar inscrito na Constituição de 1988, qual seja, a *legitimação democrática do poder*.

Talvez o diálogo entre a proposta oferecida por Eros Grau e a ideia de *democracia deliberativa* propugnada por Jurgen Habermas<sup>79</sup> possa cimentar o caminho em busca de uma produção normativa respeitadora do primado da *separação de poderes*

---

<sup>77</sup> CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O poder normativo das agências reguladoras*, op. cit., p. 72.

<sup>78</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário, direito penal e tipo*, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 116.

<sup>79</sup> A concepção de *democracia deliberativa* de Jurgen Habermas será apresentada no capítulo terceiro, tendo sido apresentada pelo autor na seguinte obra: HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre a faticidade e validade*, volumes I e II, 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

e, concomitantemente, consagradora da soberania popular outorgadora da chamada *legitimação democrática*. Essa abordagem será realizada no capítulo terceiro, inserindo-a no contexto regulatório da atividade privada de ensino.

### **1.2. Legalidade, juridicidade e interesse público**

Consoante abordado no tópico anterior, a ideia de *separação de poderes* apresenta-se umbilicalmente ligada à questão da produção normativa estatal (intervenção por *direção*),<sup>80</sup> merecendo atenta releitura pela dogmática jurídica no sentido de delineá-la em conformidade com a forma com a qual o Estado atualmente se apresenta. Se o papel do Estado e a compreensão do primado da *separação de poderes* sofreram relevantes alterações, equivalente alteração ocorreu com o instrumento primordial do liberalismo revolucionário do século XVIII (*lei*), especialmente no que tange à importância que passou a ostentar diante do ordenamento jurídico.

As questões levantadas por Eros Grau no sentido da existência de uma *capacidade normativa de conjuntura* propugnam claramente uma alteração no papel que exercerá a lei no moderno Estado Regulador, em especial diante da alegada ineficiência desta na regulação de situações contingentes e da crescente complexidade técnica dos conhecimentos demandados para que se possa produzir a norma reguladora. Importante salientar, contudo, que a perda do *status* outrora concedido pelo ideal de segurança jurídica liberal-burguês, e demandado pela forma capitalista de produção, não ocorre somente com a estruturação de um formato estatal regulador, mas inicia-se juntamente com a crise do próprio *positivismo jurídico*.

Nesta parte do trabalho abordar-se-á a crise do *positivismo jurídico* e da ideia de *legalidade*, na tentativa de delinear os contornos com os quais este princípio é incorporado à Constituição de 1988, especialmente na relação próxima que estabelece com as idéias de *interesse público* e *discricionabilidade administrativa*.<sup>81</sup> A compreensão dessas dimensões de análise evidenciarão o fato de que no Brasil os discursos jurídicos concentraram-se no debate e proposição de soluções das importantes

---

<sup>80</sup> As modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico será tratadas no capítulo 2.

<sup>81</sup> Tendo em vista os limites do trabalho o tratamento da idéia de legalidade não aspirará exaurir o campo das possibilidades de reflexão, concentrando-se especialmente na relação que se estabelece com a

questões lógico-formais que permeiam tais assuntos, todavia, não enfrentam o tormentoso problema relativo à *legitimidade democrática* das normas, atos e decisões produzidas pela estrutura estatal na realização de sua atividade interventiva no domínio econômico.<sup>82</sup>

Se a dinamismo das situações de fato (especialmente as de cunho econômico) deflagraram uma reavaliação e uma releitura da idéia de *separação de poderes*, esse mesmo dinamismo talvez necessite de outras ferramentas que possibilitem a construção de um novo equilíbrio, para além daquelas inerentes à idéia de *eficiência*. A discussão sobre a *legitimidade democrática* que será apresentada no capítulo final deste trabalho visará avançar um pouco em relação ao debate entre *eficiência e legitimidade*. Oportuna a lembrança das conclusões expressadas por Luiz Carlos Bresser Pereira,<sup>83</sup> especialmente no que tange à relação entre *legitimidade democrática* e *Educação*, no sentido de que a crise dos anos 80 foi uma crise do Estado, especialmente ocasionada no Brasil pela existência de uma *cidadania dual* e a conseqüente ausência de legitimidade dos governos.

### 1.2.1. A superação do *positivismo jurídico*

Para que se possa efetivamente compreender como a evolução da ideia de *legalidade* cunhada no liberalismo revolucionário do século XVIII alcançou a modernidade do Estado Democrático de Direito, com suas *políticas públicas* e *normas-objetivo*, há que se retornar à gênese do debate sobre a superação do *positivismo jurídico* e o surgimento da ideia de *padrões normativos* que não seriam confundidos nem com *regras*, nem como *princípios* – os *padrões-política*. A famosa oposição ao *positivismo jurídico* trazida por Ronald Dworkin em *Taking Rights Seriously*, em especial ao *positivismo* de Herbert Hart, trouxe ao mundo uma tentativa de superar o formalismo vigente e aproximar novamente Direito e Moral.<sup>84</sup>

Dworkin<sup>85</sup> afirmou que apesar da existência dos conceitos legais utilizados pelos

---

atividade interventiva estatal.

<sup>82</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006, p. 2005.

<sup>83</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Crise econômica e reforma do Estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina*. São Paulo: Ed 34, 1996, p. 203-204.

<sup>84</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 27.

<sup>85</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério, op. cit.*, p. 06.

operadores do direito, na prática os mesmos nunca deixavam de raciocinar segundo o conceito moral do mesmo instituto (infração, por exemplo), sendo que justamente essa utilização moral do conceito teria sido negligenciada pela doutrina inglesa.

A análise do procedimento adotado pelos juízes ao decidirem as questões que denominou de *diffceis* ou *controversas* foi o pano de fundo da abordagem que realizou, destacando a especial diferença entre a tradição jurídica inglesa em relação à americana. Questões como a justiça ou injustiça do salário mínimo eram situadas pelos ingleses no seio da *política*, sendo que para os americanos a problemática estaria aberta ao contraste frente à Constituição, portanto, contraste jurídico.<sup>86</sup>

A insuficiência do positivismo para explicar o que realmente acontecia já era denunciada pelo movimento denominado *realismo legal*, demandando que a ciência do direito apresentasse instrumentos que explicassem o fenômeno tal qual ele efetivamente ocorria e não apenas como ele era formalizado.<sup>87</sup> As dúvidas trazidas por Dworkin<sup>88</sup> aproximam-se das dúvidas que modernamente a doutrina apresenta para a construção de seu discurso crítico, localizando-se no ponto da existência ou não de *discricionariade* do administrador e do juiz, da vulneração ou não à *separação de poderes* e à força e extensão normativa dos mandamentos constitucionais, em especial àqueles que veiculam direitos fundamentais. Os juízes seguiriam *regras* pré-estabelecidas ou as criariam em situações *diffceis* ou *controversas*?

Sobre esse fenômeno de *despolitização* do Estado ocasionado pelo instrumental

<sup>86</sup> DWORKIN. Ronald. *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 06.

<sup>87</sup> Dworkin comenta: “Seus líderes (Jerome Frank, Karl Llewellyn, Wesley Sturges e Morris e Felix Cohen, entre outros) argumentavam que a teoria ortodoxa fracassara pelo fato de ter adotado uma abordagem doutrinária da teoria do direito, tentando descrever o que os juízes fazem concentrando-se apenas nas regras que eles mencionam nas suas decisões. Trata-se de um erro, argumentavam os realistas, pois na verdade os juízes tomam as suas decisões de acordo com as suas próprias preferências políticas ou morais e então escolhem uma regra jurídica apropriada como uma racionalização. Os realistas exigiam uma abordagem “científica” que se fixasse naquilo que os juízes fazem e não naquilo que eles dizem, bem como no impacto real que suas decisões têm sobre a comunidade mais ampla” (DWORKIN. Ronald. *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 06-07).

<sup>88</sup> Dworkin traz questões realmente intrigantes relativamente ao efetivo papel desenvolvido pela Suprema Corte americana: “[...] quando a Suprema Corte derruba um precedente e ordena que as escolas sejam dessegregadas ou declarar ilegais procedimentos que, com a tolerância dos tribunais, a polícia vinha adotando há décadas? Nesses casos dramáticos a Suprema Corte apresenta razões – ela não cita leis escritas, mas apela para princípios de justiça e política pública. Isso significa que, em última instância, a Corte está seguindo regras, embora de natureza mais geral e abstrata? Se for assim, de onde provêm essas regras abstratas e o que as torna válidas? Ou isto significa que a Corte está decidindo o caso de acordo com suas próprias crenças morais e políticas?” (DWORKIN. Ronald. *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 08).

positivista Paulo Bonavides<sup>89</sup> já advertia sobre os perigos de se rebaixar ou ignorar o conceito de *legitimidade*, dissolvendo-o no de *legalidade*, num processo de alheação absoluta a valores e fins, onde a *lei* estaria imersa numa pretensa neutralidade axiológica e teleológica.

Levantavam-se dúvidas se juízes com determinada origem, inclinação política, inclinação de uma determinada prática jurídica, etc., tenderiam a decidir em favor da parte com as mesmas inclinações ou tendências. A veracidade da proposição sugeriria que os mesmos não estão seguindo *regras*, significando que os juízes divergem quanto à natureza e ao núcleo dos princípios jurídicos fundamentais ou, ainda, que poderiam divergir quanto à sua própria existência.<sup>90</sup>

As diversas teorias do direito construídas até então teriam naufragado pelo fato de ignorarem o fato crucial de que os problemas de teoria do direito em verdade seriam relativos a princípios morais. Nesse ponto específico Dworkin<sup>91</sup> reconhece a correção do caminho trilhado por Hart em *The Concept of Law*, buscando desvendar se os juízes seguem ou não *regras*. A busca do fundamento para a decisão proferida pelos juízes encaminha Hart à tortuosa conclusão de que enquanto não se tenha clareza sobre que juízo ou prática moral o direito reflete, não será possível criticá-lo de forma inteligente ou sequer expender juízos sobre sua coerência com os demais princípios que o direito alega servir.<sup>92</sup>

A busca pelo fundamento último para as decisões judiciais, para além das regras, visava divisar a estrutura efetiva do plano normativo, o qual sucumbia às evidências do plano fático, quando se tentava explicá-lo exclusivamente com o instrumental positivista. Evidentemente, cada um dos positivistas construiu suas próprias premissas teóricas. Para Austin a origem da obrigação jurídica seria a existência de um soberano, sendo que esta existiria para os destinatários dessa ordem e quando estes corressem o risco de sanção no caso de não obediência. Como o soberano não conseguiria antecipar todas as situações possíveis conferiria poder aos encarregados de fazer cumprir a lei (os juízes) para que estes criassem novas regras para as situações inéditas, ou adaptassem as antigas.<sup>93</sup> Essa justificação, aliás, aproxima-se um pouco da que foi apresentada para

---

<sup>89</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, op. cit., p. 37

<sup>90</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 10.

<sup>91</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 12.

<sup>92</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 13.

<sup>93</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 29.

sustentar a *capacidade normativa de conjuntura* e igualmente será remodelada para justificar a *discricionariedade*, com o diferencial de que seu detentor, nesses casos, é um componente do Poder Executivo.

O modelo simplificado de Austin não contemplava os modernos concertos na construção estatal, engendrados na complexidade, pluralidade e mutabilidade das sociedades modernas, onde não existiria, a priori, a figura do soberano. Dworkin, já antecipando a pergunta sobre a soberania popular, indagava: “e o que o povo ordenou? Quais destas ordens são morais ou sociais e quais seriam jurídicas?” A construção de Austin igualmente não oferecia resposta para a questão da *legitimidade* dos comandos (além da mera força bruta), não sendo possível divisar a diferença entre as ordens emanadas de um soberano e aquelas proferidas por um gangster.<sup>94</sup>

Sintetizando as insuficiências do formalismo preconizado pelo modelo *positivista*, com suas construções abstratas e proposições reduzidas, Eros Grau<sup>95</sup> resgata as lições de Claus-Wilhelm Canaris, e as elenca nos seguintes moldes: i) O positivismo não pode admitir a presença de lacunas, sendo que a não aceitação de que os princípios também seriam normas faria com que os positivistas não conseguissem achar soluções quando as lacunas se apresentassem; ii) Igualmente não conseguem explicar os *conceitos indeterminados*, as *normas penais em branco* e as proposições carentes de preenchimento com valorações, remetendo sua solução à técnica da *discricionariedade*, que facilmente torna-se arbítrio; iii) Apresenta-se inoperante na situação de conflito entre princípios, remetendo a solução à técnica da *discricionariedade* ou negando o caráter normativo dos *princípios*; e iv) Não trabalha a *legitimidade* do direito, sendo a *legalidade* seu único instrumento de afirmação.

Paulo Ricardo Schier resume em um questionamento a perplexidade de juristas que refutavam o *positivismo jurídico*: “...como proceder com a lógica da subsunção diante de enunciados de elevada carga axiológica, baixa densidade normativa e enorme grau de indeterminação e abstração, como sucede com os princípios?”<sup>96</sup> Como para o *positivismo jurídico* não havia possibilidade de explicar a normatividade dos princípios

<sup>94</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 30.

<sup>95</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 31.

<sup>96</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da Filtragem Constitucional no momento do Neoconstitucionalismo. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público da Bahia, n.º. 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível na internet: < <http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 14 de janeiro de 2012, p. 07.

a partir da ideia de subsunção postularam a retirada da sua juridicidade e conseqüente normatividade.<sup>97</sup>

As insuficiências do *positivismo* acima delineadas, as quais se encontravam patentes em Austin, tentariam ser superadas pela concepção oferecida por Hart, o qual acreditava poder retirar as objeções mencionadas divisando dentro do campo da normatividade regras *primárias* e *secundárias*, afirmando que as *primárias* concederiam direitos e imporiam obrigações aos membros da comunidade enquanto as *secundárias* estipulariam como e por quem tais regras poderiam ser estabelecidas, declaradas ilegais, modificadas ou abolidas.<sup>98</sup>

Para Dworkin<sup>99</sup> a concepção de Hart divisaria que as regras seriam obrigatórias ou porque (a) são aceitas ou (b) porque são válidas. As comunidades primitivas somente possuiriam regras *primárias*, oriundas da aceitação geral, não sendo possível afirmar que as mesmas possuíssem um *direito*. Em Hart a idéia de direito surgiria quando uma comunidade desenvolvesse a capacidade de gerar normas *secundárias* (regras de reconhecimento), outorgando a ideia de conjunto, as quais estipulassem como as regras jurídicas poderiam ser identificadas.

Sem dúvida a construção teórica de *regra de reconhecimento* ou *teste fundamental* é central na concepção de Dworkin,<sup>100</sup> especialmente pela constatação que consigna de que o *positivismo* operaria apenas em um sistema de *regras*, com apenas um teste fundamental. Para os *positivistas* a regra de reconhecimento é a única regra em um sistema jurídico cuja obrigatoriedade dependeria de sua aceitação, sendo que seu domínio de aplicação diria respeito ao funcionamento do aparato governamental.

Austin acreditava que a autoridade das instituições encontrava-se exclusivamente no monopólio do poder, enquanto Hart a localizava no plano dos

<sup>97</sup> Paulo Ricardo Schier conclui: “Algo como afirmar-se que a realidade não se enquadra no conceito e, por isso, a realidade está errada”. No contexto positivista os princípios seriam ‘tapa-buraco’ do sistema, utilizáveis apenas na ausência de lei, de costume, de analogia, de interpretação analógica e aplicação de critérios de equidade (SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da Filtragem Constitucional no momento do Neoconstitucionalismo, *op. cit.*, p. 07).

<sup>98</sup> DWORKIN. Ronald. *Levando os direitos a sério*, *op. cit.*, p. 31. Para a tradição positivista de Hart a autoridade de uma regra teria dupla origem: “(a) da aceitação de um grupo de pessoas através de suas práticas, configurando um padrão de conduta, com a aceitação de que essas devem ser seguidas como obrigatórias, ou (b) da promulgação em consonância com uma regra que estipula que as regras assim promulgadas serão obrigatórias. Nesta segunda acepção é que se toma a idéia de validade, onde as mesmas serão válidas porque editadas segundo o que dispõe uma regra secundária” (DWORKIN. Ronald. *Levando os direitos a sério*, *op. cit.*, p. 32-33).

<sup>99</sup> DWORKIN. Ronald. *Levando os direitos a sério*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>100</sup> DWORKIN. Ronald. *Levando os direitos a sério*, *op. cit.*, p. 34.

padrões constitucionais a partir dos quais elas operam, sendo aceitos pela comunidade em questão previamente como regra de reconhecimento fundamental. Tanto Hart quanto Austin reconheceriam, entretanto, que as *regras* jurídicas possuiriam limites imprecisos (textura aberta), propugnando Austin que os casos problemáticos fossem resolvidos pelos juízes no exercício de um *poder discricionário*, com a criação de nova legislação.<sup>101</sup>

Nesse contexto da evolução histórica do debate sobre as insuficiências do positivismo jurídico Dworkin apresenta sua inovadora construção, propugnando pela existência de *padrões* que não são *regras*:

[...] quando os juristas relacionam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicas, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Argumentei que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras.<sup>102</sup>

Dworkin estabelece que no plano normativo existiriam outras figuras além das regras, destacando a idéia de *política* como *padrão*:

[...] tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas).<sup>103</sup>

A utilização da ideia de *padrão* prestou-se, ainda, para estabelecer a contraposição entre *política* e *princípio*.<sup>104</sup> As luzes lançadas por Dworkin, dissociando *padrões* de normatividade para além das *regras*, bem como para além dos *princípios*, demoraram um pouco a serem efetivamente compreendidas, fruto talvez do contexto histórico do momento de sua concepção, entretanto, ofereceram, sem sombra de dúvida, as condições de possibilidade para a compreensão da normatividade exigida no alvorecer do século XXI, caracterizada pela supremacia da Constituição, pela sua força normativa, pela centralidade da idéia de dignidade do ser humano e pela função

<sup>101</sup> DWORKIN. Ronald. *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 34-35.

<sup>102</sup> DWORKIN. Ronald. *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 35-36.

<sup>103</sup> DWORKIN. Ronald. *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 36.

<sup>104</sup> Para Dworkin princípio é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN. Ronald. *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 36).

promocional do direito.<sup>105</sup>

A superação do positivismo foi e é condição necessária desse novo momento histórico. Como consideração final trazida pelo pensamento de Dworkin,<sup>106</sup> consigna-se a importante advertência sobre a dissociação entre *padrão-princípio* e *padrão-política*, onde a distinção poderia ruir caso se interpretasse um princípio como expressão de um objetivo social ou ainda uma *política* como expressando um *princípio*, bem como se fosse adotada uma tese utilitarista na qual os princípios de justiça fossem declarações disfarçadas de objetivos.

### 1.2.2. A *legalidade* e a Constituição de 1988

Evidenciadas as limitações da *legalidade* postulada pelo *positivismo jurídico* e bem aceitas no concerto de um Estado de feições liberais, cumpre esclarecer como esse mesmo postulado se encontra inscrito em nosso ordenamento jurídico, à luz da Constituição de 1988. José Afonso da Silva<sup>107</sup> consigna ser a *legalidade* um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, sendo da essência dessa ideia de Estado subordinar-se à Constituição e fundar-se na *legalidade democrática*. A sujeição ao império da lei, outrossim, não ocorrerá pura e simplesmente pela sua generalidade, mas pela consagração dos ideais de igualdade e de justiça, buscando a igualdade de condições dos socialmente desiguais. Nessa linha, a sujeição ao primado da *lei* guardará como pressuposto ser esta a expressão da *vontade geral*, materializada mediante a emissão do ato formal produzido consoante o processo legislativo determinado pela Constituição e pelos órgãos de representação popular.

Diversamente da concepção de *legalidade* apresentada por Eros Grau,<sup>108</sup> lastreada em uma compreensão material da ideia de separação de funções/poderes, José Afonso da Silva<sup>109</sup> afirma que o princípio da *legalidade* estaria fundado em uma

<sup>105</sup> Estas ideias serão desenvolvidas no tópico 1.3.

<sup>106</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 36.

<sup>107</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 421.

<sup>108</sup> Apesar da adoção de uma concepção material de *separação de poderes* Eros Grau entende que a *legalidade* é fundamental à construção da noção de Estado de direito (formal), sendo um limite à ação pública para salvaguarda da iniciativa privada. Configuraria uma extensão da teoria da soberania popular e da representação parlamentar. A legalidade assumiria sua dupla face, como supremacia e reserva da lei (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 172-173).

<sup>109</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p. 421.

previsão de competência geral do Poder Legislativo para legislar em relação às matérias genericamente indicadas pela Constituição, sendo ideia matriz do sistema que só o Poder Legislativo possa criar regras que contenham, originariamente, novidade modificativa da ordem jurídico-formal.

Um dos primeiros pontos de diferenciação residiria no próprio sentido outorgado ao disposto no artigo 5º, II, da Constituição de 1988,<sup>110</sup> quando utiliza a expressão *em virtude de lei*. Na visão de José Afonso da Silva<sup>111</sup> nas situações em que a Constituição se utiliza dessa expressão quer significar não ser necessária a utilização de lei formal para o tratamento da matéria, podendo ser regulada por atos equiparados, os quais, em nosso sistema constitucional, seriam apenas a *lei delegada* e as *medidas provisórias*, convertidas em lei.

Outro ponto de debate sobre a dimensão constitucional do *princípio da legalidade* reside na sua distinção em relação à ideia de *reserva de lei*. A *legalidade* significaria a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador, enquanto a *reserva de lei* consistiria na afirmação de que a disciplina de determinadas matérias deve ser veiculada por lei formal. O *princípio da legalidade* envolveria primariamente uma situação de hierarquia, enquanto a *reserva de lei* estaria ligada às questões de competência.<sup>112</sup>

Ainda no campo da *reserva de lei* impõe-se distinguir o que se costuma denominar de *reserva absoluta de lei formal* da chamada *reserva relativa*. Será absoluta a reserva quando a Constituição estabeleça apenas a lei, em sentido formal, como fonte normativa possível para a veiculação da disciplina de uma determinada matéria. A reserva relativa, por outro lado, ocorre nas hipóteses em que a Constituição estabeleça a possibilidade de que uma parte da matéria possa vir a ser disciplinada por fonte normativa diversa da lei, todavia, sob as condições e parâmetros por essa indicados, delimitando as bases em que aquela poderá produzir-se validamente.<sup>113</sup>

Eros Grau<sup>114</sup> apresenta essa mesma dicotomia sob roupagem diversa, com

---

110 CF/88: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”.

<sup>111</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p. 422.

<sup>112</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p. 423.

<sup>113</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p. 424.

<sup>114</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 246.

conclusões igualmente diversas. Distingue entre *reserva de lei* e *reserva de norma*: “i) vinculação da Administração às definições da lei; ii) vinculação da Administração às definições *decorrentes* – isto é, fixadas em virtude dela – de lei”. Em seu entendimento, nas situações em que exista apenas *reserva de norma*, não haveria óbice algum imposto pelo *princípio da legalidade* às atribuições, implícita ou explícita, ao Executivo, para que este exerça a *função normativa*, inclusive definindo “obrigações de fazer e não fazer que se imponha aos particulares – e os vinculem”.<sup>115</sup>

Entende que o dispositivo contido art. 5º, II, da Constituição, estipularia uma *reserva de legalidade relativa*, sendo possível a atribuição normativa ao Executivo, para que este a exerça impondo obrigações *em virtude da lei*. Afirma que esta pareceria ser a linha interpretativa mais adequada tendo em vista o fato da própria Constituição, ao menos em outras três oportunidades, ter retornado ao princípio da legalidade, contudo, em termos absolutos (no art. 5º, XXXIX,<sup>116</sup> no art. 150, I,<sup>117</sup> e no parágrafo único do art. 170,<sup>118</sup> da Constituição de 1988).

A menção realizada por Eros Grau ao parágrafo único do artigo 170 é particularmente relevante para o segmento educacional privado, pois como adiante será abordado, em confronto com o disposto no artigo 209,<sup>119</sup> da Constituição de 1988, as instituições privadas de ensino necessitam de prévia autorização para desenvolverem suas atividades. Nesse sentido, ainda que se aceitasse plenamente a concepção de Eros Grau, sendo possível a criação de direitos e obrigações mediante norma editada por órgão do Poder Executivo, *em virtude de lei*, tal capacidade normativa não poderia ser utilizada para efeitos de criação de restrições ao livre desenvolvimento da atividade educacional privada.

<sup>115</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 246-247.

<sup>116</sup> CF/88: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”.

<sup>117</sup> CF/88: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;”.

<sup>118</sup> CF/88: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

<sup>119</sup> CF/88: “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”.

Apesar de Eros Grau afirmar, preventivamente, que não está apenas a se valer de um mero jogo de palavras (*em lei, por lei, em virtude de lei, etc.*), bem como de que a conclusão que apresenta seja a que guarda maior compatibilidade com a ideologia plasmada no texto Constitucional de 1988 (atividade prestacional e regulatória sob o comando do Poder Executivo, com uma aproximação cada vez maior entre política e direito),<sup>120</sup> na prática é exatamente isso o que acaba realizando. Conforme anteriormente salientado, o mesmo Eros Grau afirmou que o fato da Constituição mencionar *separação de poderes* e não *separação de funções* não seria problema algum para que se realizasse a releitura necessária do princípio. Assim sendo, feliz ou infelizmente, a ilação que se extrai dessa aparente contradição é a de que será efetivamente a *ideologia* dominante em termos de interpretação constitucional quem afirmará quando o texto deva ser considerado em sua literalidade e quando não. O que não parece ser possível é afirmar que o único fundamento de tal conclusão possa ser a *literalidade* das palavras contidas no texto. Este será apenas o ponto de partida.

Superadas as fronteiras do *positivismo jurídico* tem-se que a *legalidade* não pode pura e simplesmente ser equiparada à idéia de *legitimidade*. A distinção teórica e a aproximação concreta destas duas idéias são de máxima relevância para a compreensão do significado do Estado Democrático de Direito. Como observa José Afonso da Silva<sup>121</sup>, a concepção de *legalidade*, nessa modalidade de Estado, funda-se na de *legitimidade*, a qual outorgará o lastro que regimes ditatoriais e autoritários não possuem, ainda que fundem seus atos em *leis*. Direito e Moral se aproximam, interpenetram-se, assim como Direito e Justiça, não sendo mais possível reconhecer uma identidade entre *legalidade* e *legitimidade* no momento em que se passa a admitir que determinada norma possa ser ao mesmo tempo injusta e formalmente legal. Conforme será adiante abordado, será a Constituição, e sua supremacia, que trarão para o ordenamento jurídico a alteração da estrutura liberal de *legalidade* e a necessária consagração dessa ideia aos valores mais caros para coletividade.<sup>122</sup>

Imperativo que não se olvide a importante observação apresentada por Norberto

---

<sup>120</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 250-251.

<sup>121</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p. 425.

<sup>122</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que para que a lei possa legitimamente limitar a liberdade não poderá adotar todo e qualquer conteúdo, devendo ser a expressão do justo, de forma a que a submissão à lei pudesse ser compreendida como a submissão à reta razão (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e Constituição*, op. cit., p. 20-21).

Bobbio,<sup>123</sup> no sentido de que apesar da *legalidade* e da *legitimidade* configurarem atributos do *poder*, esta é qualidade do *título do poder*, enquanto aquela do seu *exercício*. Nesse sentido, compreender como se exerce *legalmente* o *poder* em um Estado Democrático de Direito impõe necessariamente que se perquiria sobre a *legitimidade* do *poder* que será exercido, *legitimidade* esta insculpida com cristalina clareza no artigo 1º da Constituição de 1988.<sup>124</sup>

Será exatamente a partir dessa distinção, entre *legalidade* e *legitimidade democrática*, que se desenvolverá a avaliação da forma como se apresenta constitucionalmente possível a intervenção do Estado no domínio econômico, no que concerne à regulação da atividade desenvolvida pelo segmento privado de ensino.

### 1.2.3. O *interesse público* na Constituição de 1988

Romeu Felipe Bacellar Filho observa que a noção de *interesse público* sempre constituiu assunto muito caro aos estudiosos do Direito, em especial do Direito Administrativo, sendo que sua supremacia frente ao *interesse privado* tem sido consignada pela doutrina e pela jurisprudência como princípio estruturante do regime jurídico administrativo.<sup>125</sup>

Além dos conhecidos debates que a apreciação do primado do *interesse público* suscitou frente a idéias como *discricionariedade* e *conceitos indeterminados*,<sup>126</sup> recentemente cresce, surpreendentemente, o número de ilustres publicistas pátrios que passam a predicar a superação da idéia de supremacia do *interesse público*. Conforme resumem Emerson Gabardo e Daniel Wunder,<sup>127</sup> parte desses juristas<sup>128</sup> vislumbram

<sup>123</sup> Apud, SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p. 426.

<sup>124</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

<sup>125</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: Bacellar Filho, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antonio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 89.

<sup>126</sup> A abordagem sobre a discricionariedade administrativa, a existência de conceitos indeterminados ou termos indeterminados, e sua compatibilidade com o *interesse público* será realizada no capítulo 3.

<sup>127</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antonio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 155-

nessa concepção uma reprodução de práticas autoritárias típicas do regime do Estado Absolutista, enquanto outros<sup>129</sup> ofereceriam sua crítica a partir de uma perspectiva marxista, destacando a natureza *dominante, simbólica* ou *alienante* do Direito Administrativo. As críticas em questão parecem pretender reduzir a força legitimatória que *princípios* como o da *supremacia do interesse público* possuem em nosso sistema jurídico, entretanto, as possíveis origens autoritárias da *aplicação* do Direito brasileiro (não do *princípio* em si), bem como do uso e abuso do *interesse público* como fundamento retórico de legitimação, decorreriam da sua própria história personalista e carente de espírito Republicano.<sup>130</sup>

Romeu Felipe Bacellar Filho entende que os autores que refutam a manutenção do primado da *supremacia do interesse público* estariam incorrendo em flagrante equívoco metodológico, por colocarem especial importância em questões formais em detrimento da investigação da essência do princípio.<sup>131</sup> Afirma que sob a ótica do ordenamento jurídico pátrio a Administração Pública está submetida à imposição constitucional de promover o *interesse público* (o “bem de todos”, conforme art. 3º, IV,<sup>132</sup> da Constituição de 1988), o qual poderia ser alcançado pelo respeito incondicional aos princípios inscritos no artigo 37, caput,<sup>133</sup> da Constituição de 1988.<sup>134</sup>

Na esteira da doutrina de Renato Alessi e de Celso Antônio Bandeira de Mello, Romeu Felipe Bacellar Filho assevera que para que se possa bem compreender a idéia de *interesse público* é necessário compreender a distinção entre *interesses coletivos primários* e *interesses secundários*, sendo que sua correspondência residiria na idéia de

156.

<sup>128</sup> Arrolam com autores que se filiam a tal corrente Humberto Ávila, Gustavo Binenbojm, Daniel Sarmiento, Alexandre Santos de Aragão e Paulo Ricardo Schier (GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse publico e das origens do direito administrativo, op. cit., p. 156).

<sup>129</sup> Nessa linha arrolariam Marçal Justen Filho e Paulo Otero (GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse publico e das origens do direito administrativo, *idem.*).

<sup>130</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse publico e das origens do direito administrativo, op. cit., p. 157.

<sup>131</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro, *op. cit.*, p. 89-90.

<sup>132</sup> CF/88: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

<sup>133</sup> CF/88: “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: (...)”.

<sup>134</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo

*interesse coletivo primário*. Igualmente não se deve confundir *interesse público* com o *interesse da maioria*.<sup>135</sup> A particularidade do conceito de *interesse público* ser tomado majoritariamente como *conceito indeterminado* não significa que o mesmo não exista, nem tampouco que não existam elementos que lhe outorguem contornos objetiváveis em cada situação concreta.<sup>136</sup>

A determinação do que se entenda por *interesse público*, ou dos diversos interesses qualificáveis como públicos, em sua concreta individualização, deverá ser buscada no próprio direito positivo.<sup>137</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello compreende que uma coisa é a estrutura do *interesse público* e outra a colmatação deste ou daquele interesse frente a essa estrutura. A tarefa de qualificação é realizada primeiramente pela Constituição, para a partir dela, posteriormente, ser igualmente realizada pelo Estado, pela mão do legislador, e em seguida, pelo administrador (nos casos e limites da discricionariedade que a lei lhe confira).<sup>138</sup>

Nessa linha de raciocínio, não se vislumbra efetivamente uma contraposição entre as idéias acima expressadas e a concepção dos autores que realizam a crítica da derrocada da *supremacia do interesse público*. Paulo Ricardo Schier,<sup>139</sup> a título de exemplo, efetivamente afirma que no plano da dogmática constitucional não se sustentaria a tese indiscriminada da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Todavia, afirma que poderia ser verificada tal prevalência em determinadas situações definidas e delimitadas constitucionalmente.

Sob essas premissas, é imperativo que se tenha em mente a advertência

---

brasileiro, *op. cit.*, p. 90.

<sup>135</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro, *op. cit.*, p. 90-91.

<sup>136</sup> Nas palavras de Romeu Felipe Bacellar Filho: “A Constituição estabelece que o Brasil constitui-se num Estado Democrático de Direito, fundamentado na soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político (art. 1º da CF). Define ainda como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos” (art. 3º, IV, da CF). Se a cidadania e a dignidade da pessoa humana constituem fundamentos republicanos, e a promoção do bem de todos configura um de seus objetivos fundamentais, não é possível que o interesse perseguido com o exercício da função administrativa não encontre seu princípio e fim no interesse dos próprios cidadãos, tanto numa perspectiva individual quanto coletiva (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro, *op. cit.*, p. 90-91).

<sup>137</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 189.

<sup>138</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*, *op. cit.* p. 190.

<sup>139</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. *Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos Direitos Fundamentais*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 16 de julho de 2011, p. 19.

preconizada por Romeu Felipe Bacellar Filho,<sup>140</sup> no sentido de que o *conteúdo* do *interesse público*, do ponto de vista jurídico, será a solução que haja sido adotada pela Constituição ou pelas leis quando editadas em consonância com as diretrizes da Lei Maior. *Interesse público*, portanto, se aproxima da idéia de *juridicidade*, sem que se perca de vista a observância da *legalidade*. Este binômio revelará os contornos do *interesse público*.<sup>141</sup>

Se os contornos necessários à compreensão do que seja *interesse público* em cada situação concreta encontram-se inscritos na Constituição conclui-se que a interesse individualizado, concreto, que acabe prevalecendo, sempre será qualificável como *interesse público*, posto que este equivale à consagração das aspirações constitucionais. A contingência de que no cumprimento da Constituição se desaproprie um imóvel, seja paga uma indenização de vulto a um particular, seja permitida a realização de atividade econômica determinada ou se preserve o meio ambiente em nada alterará tal configuração. A fixação de tal premissa é absolutamente relevante para a sequência do trabalho, especialmente para que se compreenda que a atividade educacional privada e o direito à educação compatibilizam-se exatamente na complexa, mas determinável, síntese denominada *interesse público*.

Conjugando as idéias anteriormente lançadas e os princípios inscritos no artigo 37, *caput*, da Constituição de 1988, Romeu Felipe Bacellar Filho apresenta as linhas mestras para a compreensão do primado do *interesse público*:

- (i) quanto à sua *estrutura*, o interesse público corresponde ao interesse coletivo primário, compreendido como o conjunto de interesses da coletividade e dos cidadãos enquanto membros dessa coletividade; [...]
- (ii) quanto ao seu *conteúdo*, o interesse público encontra-se plasmado no direito positivo, que qualifica determinados interesses como públicos ao tutelá-los, revelando-se como elementos que compõe o seu núcleo fundamental:
  - (a) a *juridicidade* e a *legalidade* administrativas, cujo respeito implica no cumprimento da lei em sentido formal e do sistema jurídico como um todo, notadamente da Constituição Federal;
  - (b) a *impessoalidade* administrativa, pois se a Administração age em nome da coletividade, sua atuação não pode estar atrelada a favorecimentos ou perseguições personalizadas;
  - (c) a *moralidade* administrativa, que impõe o dever de atuação ética, proba e previsível;

<sup>140</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro, *op. cit.*, p. 95.

<sup>141</sup> Esta aproximação entre as concepções de *legalidade* e de *juridicidade*, vital para a compreensão de *interesse público*, será mais detidamente abordada quando da apresentação do problema relativo ao exercício de *função normativa* pelo Poder Executivo (*função regulamentar*), especialmente no que se refere à possibilidade ou não de inovação da ordem jurídica existente.

- (d) a *publicidade* administrativa, já que o interesse da coletividade exige meios transparentes e divulgação da gestão dos bens jurídicos que pertencem a todos;
- (e) a *eficiência* administrativa, visto que a realização plena de todos os componentes anteriores pressupõe o exercício diligente das competências que são conferidas à Administração Pública.<sup>142</sup>

### 1.3. Políticas públicas como instrumento de intervenção estatal na concretização do direito à educação na Constituição de 1988

Conforme inicialmente delineado, o presente trabalho não pretende tomar como objeto de estudo o direito fundamental à *educação* ou a multiplicidade de formas com as quais o mesmo se apresenta, mas enveredar pelo intrincado campo da intervenção do Estado no domínio econômico, especialmente focado na atividade regulatória desenvolvida no segmento educacional privado (intervenção por *direção*), buscando determinar se a forma com a qual a mesma hoje se apresenta encontra-se em consonância com as diretrizes inscritas na Constituição de 1988, formal e materialmente, bem como se é possível ou não afirmar a existência de *déficit democrático* na forma com a qual a mesma é desenvolvida.

O direito à *educação*, portanto, ingressa neste ponto da abordagem em face da especial característica inscrita no artigo 205,<sup>143</sup> da Constituição de 1988, o qual determina que este não só é *direito*, de todos, mas igualmente *dever*, do Estado e da família. A Constituição ainda determina, em seu artigo 206,<sup>144</sup> que o *ensino*, como um dos processos de promoção da *educação*, será ministrado segundo diversos princípios, dentre os quais o da coexistência de instituições públicas e privadas de ensino.

Especialmente pelo fato de se tratar de *dever* do Estado, aliado à característica

<sup>142</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro, *op. cit.*, p. 111-112.

<sup>143</sup> CF/88: “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”.

<sup>144</sup> CF/88: “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; 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; VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII - garantia de padrão de qualidade; VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal”.

*prestacional positiva* inerente aos direitos fundamentais sociais, também denominados direitos fundamentais de segunda geração, torna-se necessária a abordagem do instrumento estatal – *interventivo* – por meio do qual se promove a relação necessária entre o *direito à educação* e o *dever de prestar a educação/ensino* – as *políticas públicas*.

A abordagem doutrinária relativa ao tema das *políticas públicas* tem sido recorrente nos últimos anos, especialmente no que concerne à discussão sobre a possibilidade ou não de sua sindicabilidade judicial. Tal instigante tema apresenta-se com feição poliédrica, permitindo os mais variados ângulos para sua abordagem, sendo, entretanto, no mínimo curioso o fato de que em sua grande maioria não ocorra um efetivo aprofundamento na questão relativa ao próprio *conceito jurídico* de *política pública*.<sup>145</sup>

Por não se tratar do objeto específico do presente trabalho tomar-se-á como premissa (sabidamente controvertida) a possibilidade jurídica da apreciação judicial da validade das chamadas *políticas públicas*. Tomar-se-á como ponto de partida exatamente para que se possa questionar a questão de fundo desta parte do trabalho, qual seja, a existência ou não de um *conceito jurídico* de *política pública* e a existência ou não de um regime jurídico próprio que se lhe aplique, diverso daquele que individualmente seja aplicável às suas partes componentes.

As *políticas públicas* localizam-se em campo fronteiro, complexo e multifacetado, podendo ser compreendidas como o Estado em ação,<sup>146</sup> avaliando-se apenas os *atos* em que as mesmas se decompõe, pautados nas teorias pré-existentes sobre atos administrativos, atos legislativos e atos de governo, ou, por outro lado, vistas como uma nova categoria jurídica, cujos contornos necessários devem ser revelados pela atividade dos operadores do direito. Em muitas situações a expressão *política pública* parece padecer da ambigüidade *processo/produto*, pois tende a se referir ao padrão de ação do Estado, em certos momentos, sendo que em outros, refere-se à ação em si mesma.<sup>147</sup>

---

<sup>145</sup> COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In, MELLO, Celso Antonio Bandeira de. (Org) *Direito administrativo e constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba 2*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 352.

<sup>146</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

<sup>147</sup> MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In, *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Maria Paula Dallari Bucci (Org.). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 52.

### 1.3.1. Contextualizando as *políticas públicas*: a evolução dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais

Empreender uma análise sobre o conceito de *políticas públicas* significa, a priori, resgatar a evolução da ideia de *direitos humanos* e em especial dos *direitos fundamentais sociais*, cujo ponto de maturação poderia ser detectado na profunda transformação ocorrida no plano jurídico a partir do século XX, onde o embrião do constitucionalismo lançou ao plano estrutural Constituições que ultrapassariam os limites liberais clássicos de conformação do *poder* e de liberdades públicas.<sup>148</sup>

Se os *direitos humanos*, chamados de primeira geração, são *direitos de liberdade*, os *direitos sociais e culturais*, ditos de segunda geração, seriam *direitos-meio*, cuja principal função seria assegurar que toda pessoa pudesse gozar os direitos de primeira geração. São típicos do século XX, tendo aparecido em textos normativos como a Constituição mexicana de 1917 e a de Weimar em 1919. No Brasil seu surgimento ocorre com a Constituição de 1934.<sup>149</sup> Na expressão de Celso Lafer,<sup>150</sup> os direitos de primeira e segunda geração estabelecem uma relação profícua de necessária complementariedade.

A concretização dos *direitos sociais, econômicos e culturais*, portanto, apresenta característica absolutamente distinta daquela delineada para a concretização dos direitos de primeira geração, demandando prestações positivas no plano real, não apenas abstenções de fato, oferecendo uma evidente contradição sob o ponto de vista histórico na luta pelo estabelecimento dos contornos entre *Estado e Sociedade*.

<sup>148</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.) *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 02.

<sup>149</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito, *op. cit.*, p. 03.

<sup>150</sup> Assinalada Celso Lafer: “É por essa razão que os assim chamados direitos de primeira geração, previstos pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. [...] Daí a complementariedade, na perspectiva *ex populi*, entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas” (LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 127).

A ampliação de direitos e a concretização da cidadania imporiam uma maior intervenção do Estado, pelas mais variadas formas (as quais fogem aos lindes da presente abordagem), denunciando a contradição entre o ideal de liberdade, conquistado no processo revolucionário de limitação dos poderes estatais, e esse agigantamento estatal demandado para que se possam tornar efetivas as promessas de *dignidade* e *cidadania* consagradas nos direitos de segunda geração.<sup>151</sup>

O constitucionalismo surgido no segundo pós-guerra pode ser apontado como o ponto de virada (*turning point*) em termos de estruturação desse novo modelo de Estado, especialmente no que pertine à criação na Alemanha do Tribunal Constitucional Federal, em 1950. Sobre a particular transformação na compreensão do direito constitucional trazida por tal inovação assinala Maria Paula Dallari Bucci<sup>152</sup> que a partir desse momento os conflitos sociais não são negados e mascarados sob o manto de uma liberdade individual idealizada.

Abordando essa nova idéia de direito constitucional Konrad Hesse<sup>153</sup> assevera que este se distingue dos demais por suas competências e objeto, sendo suas peculiaridades essenciais seu nível hierárquico, a natureza de suas regras, bem como as condições de sua validade e de sua capacidade de impor-se na realidade social.

No que tange à sua primazia em relação a todo o restante do direito interno Konrad Hesse<sup>154</sup> destaca que tal peculiaridade seria pressuposto da função constitucional como ordem jurídica fundamental da comunidade. Assim sendo, todos os poderes encontrar-se-iam a ela vinculados. Destaca que essa vinculação não poderia se operar de qualquer forma, sendo necessário reconhecer a Constituição dentro de um processo histórico, onde somente a consciência dessa historicidade poderia possibilitar a compreensão do todo e o correto juízo das questões “jurídico-político-constitucionais”.<sup>155</sup>

A ideia de supremacia das normas constitucionais e especialmente sua força normativa para além da mera conformação do pacto político, estipulando contornos impositivos vinculantes tanto a indivíduos quanto a todos os organismos componentes

<sup>151</sup> LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos:..., op. cit.*, p. 129.

<sup>152</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito, *op. cit.*, p. 06.

<sup>153</sup> HESSE, Konrad. Constituição e direito constitucional. In: *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 08.

<sup>154</sup> HESSE, Konrad. Constituição e direito constitucional, *op. cit.*, p. 09.

<sup>155</sup> HESSE, Konrad. Constituição e direito constitucional, *op. cit.*, p. 02.

do aparelho estatal, apresenta-se como o retrato dessa nova visão constitucional.<sup>156</sup>

Para evidenciar esse processo e reencontro entre o Direito e a Moral e de resgate da força normativa da Constituição da escuridão do *positivismo jurídico*, Paulo Ricardo Schier relembra as contundentes considerações oferecidas por Luís Alberto Warat:

Viveu-se no Direito, por longos anos, sob o quarto escuro e empoeirado do positivismo jurídico. Sob a ditadura dos esquemas lógico-subsuntivos de interpretação, da separação quase absoluta entre direito e moral, da idéia do juiz neutro e passivo, da redução do direito a enunciados lingüísticos, da repulsa aos fatos e à vida em relação a tudo que se dissesse jurídico, da separação metodológica e cognitiva entre sujeito e objeto de interpretação, da prevalência sempre inafastável das opções do legislador em detrimento das opções da constituição e da criatividade hermenêutica do juiz, da negação de normatividade aos princípios e, assim, em grande parte, à própria Constituição.<sup>157</sup>

Apesar da evolução constitucional acima referida, tem-se que a mesma somente apresentou-se como mais um passo no sentido da concretização do ideal de dignidade da pessoa humana, posto que a própria Constituição Alemã de 1949 não trouxera os *direitos sociais* como *direitos fundamentais*, restringindo-se aos clássicos direitos humanos e civis. A evolução do papel dos *direitos fundamentais* ocorreria apenas em momento posterior, passando a não só proteger a pessoa em face do Estado, mas igualmente diante aos demais poderes existentes, não estatais (como os poderes de fato - econômico), bem como a agregar *direitos de participação e de prestação*.<sup>158</sup> O reconhecimento dos *direitos sociais, econômicos e culturais* dentro da ordem constitucional positivada não será, contudo, suficiente, por si só, para responder ao problema de sua efetiva concretização.<sup>159</sup>

Apesar da estipulação no plano internacional de tratados de caráter compromissório, como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), com estipulação de realização progressiva desses direitos, dentro do máximo que os recursos disponíveis possibilitassem, faltava que se assegurasse aos

<sup>156</sup> Para maior aprofundamento sobre as idéias embrionárias relativas à força normativa da Constituição veja-se a obra: HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

<sup>157</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da Filtragem Constitucional no momento do Neoconstitucionalismo, *op. cit.*, p. 02.

<sup>158</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito, *op. cit.*, p. 08.

<sup>159</sup> Sobre o problema da insuficiência da mera declaração de direitos afirma Maria Paula Dallari Bucci: “[...] especialmente nas sociedades com menor tradição de garantia de liberdades e mais atrasadas do ponto de vista das condições econômicas e sociais de seu povo, a introdução dos direitos sociais só faz sentido, do ponto de vista normativo, se estiver associada a um conjunto de garantias equivalente ao que permitiu que os direitos individuais se transformassem em pilar e referencial político e jurídico dos Estados democráticos modernos” (BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito, *op. cit.*, p. 07).

mesmos as garantias de efetivo cumprimento do compromisso. Os *direitos sociais, econômicos e culturais* ainda apresentariam uma debilidade inerente ao próprio estatuto constitucional, visto que não consubstanciaríamos, em regra, *direitos subjetivos*, cujo descumprimento poderia gerar direito de ação frente ao Estado para seu efetivo cumprimento.<sup>160</sup>

Konrad Hesse afirmou que se a Constituição impusesse ao processo de formação da vontade política *obrigações* ao invés de *objetivos e diretrizes* acabaria por contrariar a ordem democrática da Lei Fundamental enquanto marco do processo político em liberdade. Seria a substituição da política – judicialmente fiscalizada – por uma execução da Lei Fundamental, restringindo-se perigosamente o campo no qual deve formar-se a vontade parlamentar como fundamento de uma ordem democrática aberta.<sup>161</sup> O alerta formulado por Konrad Hesse pode facilmente ser estendido à atividade realizada pelo Poder Executivo quando eventualmente determina politicamente o conteúdo das *políticas públicas* em discutível processo de conformação de conteúdos não expressos, e por vezes sequer implícitos, no texto legal.<sup>162</sup>

A gradativa construção da doutrina dos direitos fundamentais e da supremacia da Constituição, com seu caráter vinculante e dirigente, tornaram real o delineamento de uma nova visão de Estado, o *Estado Constitucional*, o qual pautar-se-ia na força normativa dos princípios constitucionais e em um modelo substancial de justiça, na linha de pensamento das teorias pós-positivistas.

Nessa linha teórica salienta-se a construção desenvolvida por Paulo Ricardo Schier,<sup>163</sup> a qual denominou de *filtragem constitucional*. Trata-se de um método hermenêutico que adotará como eixo principal a defesa da força normativa da Constituição, a necessidade de uma dogmática constitucional principialista e a retomada da legitimidade e vinculatividade dos princípios. O caráter emancipatório e transformador do direito será igualmente tomado como base para que todo o ordenamento jurídico passe a ser compreendido a partir da Constituição, ou, ainda, a partir da ideia de que a Constituição *deve*, necessariamente, ser concretizada.

---

<sup>160</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito, *op. cit.*, p. 7-8.

<sup>161</sup> Apud, BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito, *op. cit.*, p. 08.

<sup>162</sup> A abordagem relativa à atividade normativa do poder executivo, inclusive na construção de políticas públicas voltadas para o segmento educacional, será realizada no capítulo 3.

<sup>163</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da Filtragem Constitucional no momento do Neoconstitucionalismo, *op. cit.*, p. 02.

A característica prestacional inerente aos *direitos sociais, econômicos e culturais* demanda postura hermenêutica dessa envergadura, sob pena de se retornar a concepções como a de *normas meramente programáticas*, as quais, em que pese *constitucionais*, submetiam-se à aplicação de uma temerária reserva de normatividade.<sup>164</sup>

### **1.3.2. Em busca de um conceito jurídico de políticas públicas para estruturação de um juízo de validade**

A pretensão positivista de equiparar *direito* à *lei*, ou a postular uma visualização do *direito* apenas como *norma*, sucumbe diante da parcialidade e incompletude de sua postulação. O direito, como já se salientara, significa algo bem além da *legalidade*,<sup>165</sup> sendo tanto norma, quando decisão e, sobretudo, ordenamento.<sup>166</sup>

Eros Grau<sup>167</sup> assevera que o *direito* apresenta-se não só como mera representação da realidade, portanto, externa a ela, mas em nível funcional do todo social, sendo elemento constitutivo do modo de produção social (no caso, capitalista). Atua, portanto, como instrumento de colmatação e de transformação social, interagindo com todos os demais níveis. A idéia de *dirigismo estatal*, ou ainda, *dirigismo constitucional*, suporá igualmente uma bem marcada separação entre Estado e Sociedade (suposição que igualmente lastreia o modo de produção capitalista), sendo que nessa linha de raciocínio a expressão *política pública* designaria em termos gerais a própria atuação do Estado, podendo afirmar-se, nessas bases, que a mesma sempre equivaleria a uma *intervenção na ordem social*.<sup>168</sup>

Toda atuação estatal será, sob esse prisma, expressiva de um *ato de intervenção*, sendo que o Estado contemporâneo atuaria exatamente intervindo na ordem social, onde a mera produção do direito, a delimitação do público e do privado, seriam expressões

<sup>164</sup> A apresentação completa da concepção denominada *filtragem constitucional*, construída por Paulo Ricardo Schier, encontra-se na obra: SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

<sup>165</sup> Consoante leciona Fabio Konder Comparato, não se pode olvidar, que a “montagem constitucional do Estado moderno foi feita, inteiramente, com base nessa substituição da vontade individual dos governantes pela autoridade da norma geral, superior e permanente, isto é, da lei”. COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. (Org) *Direito administrativo e constitucional: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba 2*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 345.

<sup>166</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 19.

<sup>167</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 19-20.

<sup>168</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 25.

dessa atuação interventiva. Se o Estado sempre esteve a intervir na ordem social naturalmente sempre esteve a desenvolver *políticas públicas*, podendo constatar-se no intervencionismo estatal do século XX uma alteração *qualitativa* no conteúdo de sua atuação.<sup>169</sup>

Se no Estado liberal clássico o fim último do direito, como *ato de intervenção* na ordem social, era a ordenação provedora de segurança, no Estado social a forma de intervenção passa a agregar uma nova gama de objetivos/fins, anteriormente não cogitados. A promoção desses objetivos dar-se-á com a ampliação do leque de *políticas públicas* a serem desenvolvidas pelo Estado.

Esclarece Eros Grau,<sup>170</sup> ressaltando lições de Fabio Konder Comparato,<sup>171</sup> que o Estado social “legitima-se, antes de tudo, pela realização de políticas, isto é, programas de ação; assim, o *government by policies* substitui o *government by Law*”.<sup>172</sup>

A ideia de *dirigismo* segundo *políticas públicas* apresenta-se muito intensa na doutrina de Fabio Konder Comparato,<sup>173</sup> especialmente quando se refere às lições de Karl Loewenstein, para o qual o novo equilíbrio entre os Poderes seria a de *policy determination, policy execution* e *policy control*, ou seja, a declaração, a execução e o controle determinados por *políticas públicas* ao invés da *lei*.

Neste sentido é possível afirmar que a função de governar seria o núcleo da ideia de *política pública*, onde ocorre o redirecionamento do eixo de organização do governo do âmbito da lei para o plano das políticas, com respaldo no aparato coativo de que dispõe o Estado para a realização do *bem comum*. A evolução historicamente percebida

<sup>169</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., 25.

<sup>170</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 26.

<sup>171</sup> Nas palavras de Fabio Konder Comparato: “Ora, essa ativação incessante dos órgãos estatais engendra fatalmente o caos e a confusão de atribuições se não for organizada no quadro de um planejamento estratégico, com a eleição prioritária de fins ou objetivos comuns e a escolha dos meios ou instrumentos mais adequados à sua consecução. Segundo o modelo do constitucionalismo liberal, não compete ao Estado guiar a sociedade civil para a realização de fins comuns. A grande, se não única, tarefa estatal consiste em propiciar, sob a égide de leis gerais, constantes e uniformes, condições de segurança – física e jurídica – à vida individual. Compete a cada indivíduo fixar suas finalidades de vida, no respeito às leis asseguradoras de uma convivência harmoniosa de escolhas individuais. Em radical oposição a essa nomocracia estática, a legitimidade do Estado contemporâneo passou a ser a capacidade de realizar, com ou sem a participação ativa da sociedade – o que representa o mais novo critério de sua qualidade democrática -, certos objetivos predeterminados” (COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, op. cit., p. 350).

<sup>172</sup> Maria Paula Dallari Bucci apresenta consideração no sentido as políticas seriam instrumentos de ação dos governos que aprimorariam pelo *government by policies* o *government by Law*, não cogitando de uma substituição em termos referenciais (BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*, op. cit., p. 252).

<sup>173</sup> COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, op.

na passagem do *government by men* para o *government by law*, opera um novo ciclo em direção ao *government by policies*.<sup>174</sup>

O impacto das diferentes técnicas utilizadas para atuação do Estado acaba refletindo na própria configuração da teoria geral do direito, sendo que as sanções premiais e a prospectividade do direito reclamam uma reanálise da estrutura da norma jurídica. O direito passa da ordenação exclusivamente estrutural,<sup>175</sup> com suas regras de conduta e de estrutura, para a regulação de situações conjunturais, as quais impõem reconhecer às normas jurídicas certas qualidades anteriormente não detectadas, tais como a flexibilidade e contínua revisibilidade.<sup>176</sup>

Já salientou-se na abordagem realizada à releitura do *princípio da separação de poderes* a proposta de tomar-se o direito como objeto de análise funcional (a qual não deve ser confundida com *funcionalismo*), questionando-se as funções do direito, na linha do pensamento de Norberto Bobbio e sua exposição sobre a função promocional do direito.<sup>177</sup> A crítica oferecida por Eros Grau reside na sua recusa em aceitar que a análise do direito seja realizada por uma perspectiva exclusivamente estrutural, sendo necessário que se busque a determinação de suas finalidades e de suas funções. Como essa análise não se bastaria exclusivamente em questões científicas, mas haveria de ingressar e perpassar questões políticas, o recurso à análise funcional envolveria uma postura de destemor frente às influências que os estudiosos das demais ciências sociais exerceriam sobre os estudiosos do direito. Seria, portanto, um contraponto em relação à tendência majoritária que se basta com análises meramente estruturais, como as de vertente kelseniana.<sup>178</sup>

Esse novo Estado (social) se enquadraria naquela espécie de *Estado dirigente* no qual os Poderes Públicos não se contentariam em adotar uma postura exclusivamente ordenadora, no sentido liberal clássico, produzindo unicamente *normas gerais*, de

---

*cit.*, p. 351.

<sup>174</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas, *op. cit.*, p. 252.

<sup>175</sup> Conforme esclarece COMPARATO, tem-se que a concepção de lei que aparece no pensamento de LOCKE tem o mesmo sentido que tivera na antiguidade, ou seja, regra geral e suprema de conduta, a qual não estaria sujeita, por sua própria natureza, a mutações e ajustes de caráter conjuntural. COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, p. 346.

<sup>176</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>177</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, *op. cit.*, p. 28. Para fiel compreensão da integralidade das idéias oferecidas por Norberto Bobbio sobre a função promocional do direito, veja-se a obra: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri-SP: Manole, 2007, p. 1-21.

<sup>178</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, *op. cit.*, p. 29.

*conduta* ou de *estrutura*, mas assumiriam o papel de condutores do destino da coletividade na direção de metas predeterminadas. Tal perspectiva, como já assinalado, exige uma revisão da clássica formatação oferecida pela teoria geral do direito, a qual não oferece, de plano, respostas para a enquadramento da figura denominada *política pública*. Tem-se, todavia, consciência de que não se está a tratar nem de *regras*, nem de *princípios*, mas de uma terceira figura de especial relevância na estrutura do direito contemporâneo.<sup>179</sup> Este terceiro padrão normativo seria o padrão-política, na esteira das lições de vanguarda apresentadas por Ronald Dworkin, comentadas em linhas anteriores.

Analisando a *política* como programa de ação Fabio Konder Comparato realiza uma primeira, mas importante, distinção em relação à mesma, de ordem negativa:

Ela não é uma norma nem um ato, ou seja, ela se distingue nitidamente dos elementos da realidade jurídica, [...]. Mas se a política deve ser claramente distinguida das normas e dos atos, é preciso reconhecer que ela acaba por englobá-los como seus componentes. É que a política aparece, antes de tudo, como uma *atividade*, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado. O conceito de atividade, que é também recente na ciência jurídica, encontra-se hoje no centro da teoria do direito empresarial (em substituição ao superado “ato de comércio”) e constitui o cerne da moderna noção de serviço público, de procedimento administrativo e de direção estatal da economia<sup>180</sup>

Nessa linha de raciocínio tem-se na noção de *conjunto*, de *atividade*, o ponto inicial para a construção do *locus* adequado para o enquadramento da figura denominada *política pública*. As *normas* e *atos* que a compõe, constituem o amálgama unificado pelo laço da finalidade. Esta distinção, aliás, é umas das questões assentes no debate contemporâneo relativamente à sindicabilidade ou não das políticas públicas.

O conjunto unificado e encadeado de *atos* e *normas* direcionados a um determinado fim, tal qual se referiu Fabio Konder Comparato,<sup>181</sup> na qualidade de programa de ação, *atividade*, apresenta-se como realidade jurídica distinta das suas partes componentes. Tal distinção é de curial importância em termos de seu juízo de

<sup>179</sup> Fabio Konder Comparato destaca o fato de que a evolução na direção de uma maior precisão de conceitos em termos de direitos fundamentais teria recebido importante contribuição da doutrina contemporânea, em especial a elaboração de duas novas categorias: princípios e políticas (COMPARATO, Fabio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In, GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. (Coord) *Estudos de direito constitucional: estudos em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 245).

<sup>180</sup> COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, *op. cit.*, p. 352-353.

<sup>181</sup> COMPARATO, Fabio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e

validade, posto que o controle jurisdicional aplicável poderá ser distinto entre todo e parte.<sup>182</sup>

Maria Paula Dallari Bucci,<sup>183</sup> ao apresentar sua tese de doutoramento, aparentemente convergia com essa linha de pensamento, asseverando que *políticas públicas* seriam “programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. Resgatando lições de Danièle Bourcier e Ronald Dwordin afirmou que a adoção da concepção de *política pública* como programa de ação seria um caminho para a superação do ideário da norma geral e abstrata como referência central no aparelho burocrático do Estado. A utilização de novos padrões de normatividade pautados em *princípios* e *objetivos*, seja em termos de *legislação*, seja em termos de *decisão*, decorreria, inclusive, da própria crise do modelo normativista e dedutivo-reducionista de outrora. A comunicação do direito passaria a operar segundo compreensões e expressões não-jurídicas, oriundas de outros subsistemas.<sup>184</sup>

Segundo Maria Paula Dallari Bucci<sup>185</sup> o direito do Estado-providência seria fundado agora em objetivos, não mais em condições a priori pautadas na típica lógica-normativa do ‘se-então’. Existiria, naturalmente, o perigo da descaracterização da *lei* quando ocorresse a interpenetração entre direito e política, exatamente pela lógica que rege a política, como vetor de programas para a realização de direitos.<sup>186</sup>

Reconhecendo a inovação na tradição jurídica até então existente essa jurista assente com a concepção de que as políticas públicas possuiriam uma proximidade com

culturais, *op. cit.*, p. 248.

<sup>182</sup> Nas palavras de Fábio Konder Comparato: “Uma lei editada no quadro de determinada política pública, por exemplo, pode ser inconstitucional sem que esta última o seja. Inversamente, determinada política governamental, em razão da finalidade por ela perseguida, pode ser julgada incompatível com os objetivos constitucionais que vinculam a ação do Estado sem que nenhum dos atos administrativos, ou nenhuma das normas que a regem, sejam, em si mesmos, inconstitucionais” (COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais, *op. cit.*, p. 353-354).

<sup>183</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*, *op. cit.*, p. 241.

<sup>184</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*, *op. cit.*, p. 253.

<sup>185</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*, *op. cit.*, p. 253-254.

<sup>186</sup> Pertinentes as advertências de Jürgen Habermas, citado por Maria Paula Dallari Bucci: “As condições constitutivas do direito e do poder político seriam violadas se a formação da política fizesse uso da forma da lei para *não importa que propósito*, com isso destruindo a função interna da lei. Mesmo no Estado social, o direito não deve ser completamente reduzido à política se não se quiser extinguir a tensão interna entre facticidade e validade, e entre esta e a normatividade da lei: ‘A lei se torna um instrumento da política se a tensão interna, e ao mesmo tempo o próprio meio legal, estipula as condições procedimentais sob as quais a política pode ter a lei à sua disposição’” (BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito*

o conceito de *atividade*. Diante dessa conclusão apresenta o mesmo questionamento que inicialmente colocara-se no presente trabalho: “se a *política pública* não se confunde com o *ato* ou a *norma*, mas é a *atividade* que resulta de um conjunto de *atos* e *normas*, o que deve ser submetido ao contraste judicial: *o ato, a norma ou a atividade?*”<sup>187</sup> Igual questionamento apresenta-se quando se avalia a possível forma exterior, reconhecível pelo sistema jurídico, que poderia ser assumida por uma *política pública*.

Em obra produzida posteriormente a mesma jurista volta atrás na posição anteriormente adotada, afirmando que consoante lições de Cirne Lima a *atividade* se decomporia em *atos* e *atos jurídicos*, sendo que o controle judicial que sobre ela se realizaria residiria no controle daqueles *atos* e *atos* que lhe deram composição. Em síntese: “O conceito de atividade, portanto, não configuraria propriamente um novo regime, mas uma perspectiva de agregação, para análise e aplicação do direito”.<sup>188</sup> Arremata afirmando que talvez o conceito *jurídico* de *política pública* sequer exista:

Embora estejamos raciocinando há algum tempo sobre a hipótese de um conceito de políticas públicas em direito, é plausível considerar que não haja um conceito *jurídico* de políticas públicas. Há apenas um conceito de que se servem os juristas (e os não juristas) como guia para o entendimento das políticas públicas e o trabalho nesse campo. Não há propriamente um conceito *jurídico*, uma vez que as categorias que estruturam o conceito são próprias ou da política ou da administração pública.<sup>189</sup>

Apesar da dificuldade inerente à assunção das *políticas públicas* como categoria jurídica autônoma, tem-se percebido uma tendência dos autores que enveredam pela matéria em aceitar a concepção de *política pública* como *atividade*, em seu sentido jurídico e não político ou em termos de administração pública.<sup>190</sup>

Apesar das dificuldades oferecidas para a operacionalização da concepção proposta por Dworkin e consagrada por autores como Fabio Konder Comparato e Eros Grau, afigura-se relevante lembrar que no contexto do *Estado dirigente* a *lei* perde a força que outrora tivera, como expressão da soberania popular, para tornar-se instrumento de governo.<sup>191</sup> Essa alteração qualitativa trará adiante um outro problema a

---

*administrativo e políticas públicas, op. cit.*, p. 254-255.

<sup>187</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas, op. cit.*, p. 256.

<sup>188</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito, *op. cit.*, p. 25.

<sup>189</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito, *op. cit.*, p. 47.

<sup>190</sup> Nesse sentido a obra: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 797, 8 set. 2005.

<sup>191</sup> COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, *op. cit.*, p. 354.

ser equacionado, consistente na tensão entre a *eficiência* e a *legitimidade democrática*, pois não necessariamente tudo que guarde correlação com a primeira valência seja compatível com a segunda, especialmente quando a compreensão de *eficiência jurídica* confundir-se com a de *eficiência econômica*.

Encerrando as considerações sobre a tessitura jurídica das *políticas públicas*, especialmente para que se possa ter a mínima compreensão sobre qual juízo de validade poderia ser realizado sobre as mesmas, apresenta-se o caminho sugerido por Fabio Konder Comparato:

[...] o juízo de constitucionalidade, nessa matéria, tem por objeto o confronto de tais políticas não só com os objetivos constitucionalmente vinculantes da atividade de governo, mas também com as regras que estruturam o desenvolvimento dessa atividade. Na primeira hipótese, por exemplo, uma política econômica voltada exclusivamente para a estabilidade monetária, interna e externa, pode se revelar incompatível com várias normas-objetivo da Constituição, notadamente com a de busca do pleno emprego, inscrita no art. 170, VIII. Na segunda hipótese, o exemplo é, sem dúvida, o de uma política municipal de saúde pública desligada do sistema nacional único, imposto pelo art. 198 da Constituição. Por outro lado, importa ter em mente que a inconstitucionalidade de uma política governamental pode ocorrer não apenas em razão de sua própria finalidade, mas também por efeito dos meios ou instrumentos escolhidos para a sua realização.<sup>192</sup>

Considerada como *atividade* e instrumentalizada como programa estatal, Fabio Konder Comparato esclarece a impossibilidade da sua existência sem que ao mesmo tempo exista comprometimento orçamentário, o que a luz da Constituição Federal de 1988 demanda a *lei*:

Toda política pública, com efeito, enquanto programa de ação governamental financiado com recursos públicos, deve concretizar-se nas três modalidades de orçamento previstas na Constituição Federal: o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais (art. 165). O primeiro deles, aliás, representa a síntese do conjunto de políticas públicas a cargo de cada unidade da Federação.<sup>193</sup>

Consoante dispõe o artigo 165, caput, da Constituição de 1988,<sup>194</sup> cabe ao Poder Executivo a iniciativa da propositura das *leis orçamentárias*, não sendo livre o administrador-político para se valer de suposta dimensão discricionária para determinar se cumprirá ou não as diretrizes financeiras ali consignadas. Tomando-se as *políticas públicas* como programas de ação estatais, no sentido de *atividade*, as quais

<sup>192</sup> COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, *op. cit.*, p. 356.

<sup>193</sup> COMPARATO, Fabio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais, *op. cit.* p. 255.

<sup>194</sup> CF/88: “Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; II - as diretrizes orçamentárias; III - os orçamentos anuais”.

necessariamente passam por *leis orçamentárias*, importante destacar, na linha de pensamento de Clèmerson Clève, de que essas *leis orçamentárias* são *leis* em todos os sentidos, especialmente no que concerne à obrigatoriedade do seu cumprimento. A idéia de que se trata de mera *autorização orçamentária* é inaceitável, especialmente quando se refiram a recursos destinados a tornar concretos *direitos fundamentais sociais*, como a *educação*.<sup>195</sup>

---

<sup>195</sup> Nas palavras de Clèmerson Clève: “Desta forma, tratar-se-ia de compelir o Poder Público a cumprir a lei orçamentária que contenha as dotações necessárias (evitando, assim, os remanejamentos de recursos para outras finalidades), assim como de obrigar o Estado a prever na lei orçamentária os recursos necessários para, de forma progressiva, realizar os direitos sociais. E aqui é preciso desmistificar a idéia de que o orçamento é meramente autorizativo. Se o orçamento é programa, sendo programa não pode ser autorizativo. O orçamento é lei que precisa ser cumprida pelo Poder Executivo” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 16 de novembro de 2011).

## CAPÍTULO 2. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E A ATIVIDADE EDUCACIONAL PRIVADA

### 2.1. A ordem econômica: *serviço público e atividade econômica*

Para que se possa alocar a *atividade educacional privada* dentro do largo espectro de atividades abarcadas pela ordem constitucional mister esclarecer em que sentido deverá ser tomada a expressão *Ordem Econômica* consagrada na Constituição de 1988, bem como em que dimensão igualmente deverá ser compreendida a ideia de *intervenção estatal* diante das profundas transformações pelas quais o próprio Estado passou ao longo do século XX e início do século XXI.

Para uma primeira aproximação tomam-se as lições de Vital Moreira,<sup>196</sup> o qual aponta existirem três possíveis sentidos para essa expressão *Ordem Econômica*. Primeiramente poderia ser entendido como conceito oriundo do mundo do *ser*, fático, identificando a *Ordem Econômica* com o modo com o qual se manifesta concretamente uma determinada economia. Seria um conceito de fato e não como um conceito normativo, típico da estrutura liberal. Um segundo sentido seria o de *sistema normativo* da ação econômica, designando o conjunto de regras de conduta, não somente jurídicas, que possuam relação com a regulação do comportamento dos sujeitos econômicos. Finalmente, um terceiro e último sentido seria o de *ordem jurídica da economia*, como um conjunto de regras jurídicas que regulariam a vida econômica (relações de produção e as relações econômicas em um determinado espaço). Tomada como *ordem jurídica econômica* possuiria fundamento na premissa de que a produção econômica - que envolve produção, distribuição e consumo -, implica em relações sociais que podem se sujeitar à regulamentação do direito.

Luis S. Cabral de Mocado<sup>197</sup> afirma que tanto a concepção de *Estado liberal* como a de *Estado Intervencionista* é jurídica, ou seja, são concepções de *Estados de Direito*, variando em um e outro as características da ordem jurídica estabelecida. Se no Estado liberal a ordem jurídica é instituída e mantida para garantir a coexistência da liberdade dos cidadãos, da livre iniciativa e do cumprimento dos contratos,<sup>198</sup> no Estado

<sup>196</sup> MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*, 3. ed. Coimbra: Centelho, 1975, p. 68-69.

<sup>197</sup> MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito econômico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 21-22.

<sup>198</sup> MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito econômico. op. cit.*, p. 22.

Intervencionista, chamado de *Estado Social de Direito*, a ordem jurídica se transforma e promove a funcionalização crescente da autonomia privada à vontade dos poderes públicos, por via *normativa e administrativa*.<sup>199</sup>

No Estado intervencionista a norma jurídica assumirá um papel ativo na conformação da vida econômica e social, perdendo a neutralidade axiológica característica do período liberal, passando a veicular valores e programas de ação a realizar. A dicotomia público/privado perde grande parte do sentido de outrora, sendo que a *norma jurídica* passa a ser utilizada como instrumento para a correção, controle e conformação da *atividade privada*.<sup>200</sup>

Comparando os modelos do Estado de Bem-Estar Social e o Estado Liberal, na linha de pensamento de Marçal Justen Filho,<sup>201</sup> tem-se que este, na forma como se apresentou nos séculos XVIII, XIX e início do século XX, identificava-se por sua concepção de *ordem jurídica econômica* omissa, onde o instrumento de conformação era exatamente a liberdade, propiciadora aos agentes sociais da realização de seus objetivos e finalidades. O Estado de Bem-Estar Social terá como característica de sua *ordem jurídica econômica* o ativismo socioeconômico dos organismos políticos, reconhecendo ao ente estatal o dever de modelar as relações sociais vigentes na comunidade.

Tomada a *Ordem Econômica* brasileira, concreta enquanto delimitada pelas normas inscritas na Constituição de 1988, a intervenção do Estado na vida econômica traz à tona uma nova abordagem do direito, o denominado Direito Econômico, muito embora essa intervenção se manifeste em sistemas econômicos muito diversos (direção, economia de mercado e apropriação coletiva). Com a superação do liberalismo econômico o Direito Econômico passa a ser predominantemente *Direito Público* (direito especial da intervenção estatal), contudo, não aplicável em seu estado puro, mas em combinação com elementos do *Direito Privado*, que serve de caráter instrumental para a sua efetivação. Em outras palavras, o *Direito Privado* é *funcionalizado*.<sup>202</sup>

A *Ordem Econômica* a qual a Constituição de 1988 guardaria correlação possuiria estes últimos contornos oferecidos por Luis S. Cabral de Moncada, cumprindo

---

<sup>199</sup> MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito econômico. op. cit.*, p. 31.

<sup>200</sup> MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito econômico. op. cit.*, p. 31-32.

<sup>201</sup> JUSTEN FILHO, MARÇAL. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 10-11

<sup>202</sup> MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito econômico. op. cit.*, p. 15.

salientar, na linha de pensamento de Romeu Felipe Bacellar Filho, que o ponto de corte onde se colocará a fronteira entre o espaço reservado à iniciativa privada e o espaço de titularidade do Estado, será determinado pelo *interesse público*, tal como delineado no capítulo anterior, determinador, inclusive, da modalidade interventiva que se operará (direta ou indireta).<sup>203</sup>

### 2.1.1. As modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico

Eros Grau,<sup>204</sup> valendo-se das categorias propostas por Gerson Augusto da Silva, menciona a existência de três modalidades de *intervenção* do Estado na ordem econômica: a) por *absorção* ou *participação*; b) por *direção*; c) por *indução*.

No capítulo primeiro já haviam sido lançadas as notas diferenciais das três modalidades interventivas segundo a concepção de Eros Grau, cumprindo agora divisar o objeto do estudo que a seguir será empreendido. Sem desconsiderar a possível importância que possam possuir as modalidades interventivas *por absorção ou participação*, onde a organização estatal assume ou participa do capital de uma unidade econômica que detém o controle patrimonial dos meios de produção e troca, nem tampouco a modalidade interventiva *por indução*, onde a organização estatal passa a manipular o instrumental de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento do mercado, para efeitos de aprofundamento e análise concentrar-se-á o trabalho na modalidade interventiva denominada *por direção*, na qual a organização estatal exerce pressão sobre a economia, estabelecendo *mecanismos e normas de comportamento compulsórias* para os sujeitos da atividade econômica.

Adotar-se-á a divisão proposta por Eros Grau para efeitos de apresentação, sem prejuízo ou desconhecimento de outras propostas classificatórias existentes na doutrina pátria.<sup>205</sup> No sentido proposto, portanto, verifica-se que a idéia de *intervenção* equivaleria à de *atuação estatal*, todavia, fora dos lindes constitucionalmente estabelecidos como esfera pública. O estabelecimento de tal premissa seria de curial

<sup>203</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*, 5. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 121.

<sup>204</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 91.

<sup>205</sup> Exemplificativamente, verifica-se que Emerson Gabardo também propõe classificação em três distintas espécies: a) a política econômica; b) intervenção; e c) a regulação. (GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 130).

importância na delimitação da idéia de *serviço público*, visto que sendo essa área de titularidade própria do Estado não haveria como se imaginar ocorrer intervenção estatal quando este atua desenvolvendo *serviço público* ou regulando-o.<sup>206</sup>

Tal premissa possui gigantesca relevância para a apresentação dos contornos interventivos do Estado realizados no segmento educacional privado, posto que se a atividade educacional em questão for considerada como *serviço público* sequer existiria razão lógica para se perquirir limites, pois sequer intervenção seria. Por outro lado, caso não se tratasse de *serviço público*, a atividade educacional privada estaria compreendida na área reservada à *atividade econômica*, sendo imperativo determinar-lhe a *natureza jurídica*, especialmente para se estabelecer o *regime jurídico* correspondente. A especial particularidade que se pode apontar em termos de *atividade educacional* consistiria no fato de que constitucionalmente não existe apenas uma abertura para que o particular possa prestá-la, mas uma determinação para isso ocorra, pautado nos princípios da pluralidade de ideias, de concepções pedagógicas, da coexistência de instituições públicas e privadas, todos inscritos no artigo 206, III,<sup>207</sup> da Constituição de 1988. Tal particularidade não se apresenta incompatível com o fato de que o Estado possui o dever de promover a educação, sendo que quando assim o faz, desenvolve inequívoco *serviço público*.

Em suma, o Estado *atua* tanto na área reservada à iniciativa privada, quanto naquela que é de sua titularidade, sendo que somente naquela poder-se-ia cogitar da idéia de *intervenção*. Trabalhando as possíveis formas de atuação estatal interventiva Eros Grau<sup>208</sup> ressalta que os dois valores fundamentais preservados nas economias de tipo capitalista são, simetricamente, o da *propriedade privada dos bens de produção* e da *liberdade de contratar*, sendo crucial estabelecer-se que nenhum dos dois modernamente poderá ser entendido em sentido absoluto. Não existiria, inclusive, simetria entre esses dois postulados, visto que em verdade a liberdade de contratar seria um corolário (instrumental) da propriedade privada dos bens de produção. Esse seria um dos motivos pelo quais a atuação estatal no domínio econômico possui grande impacto no regime jurídico dos contratos.

A intervenção do Estado no regime jurídico dos contratos firmados no âmbito do

---

<sup>206</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit. p. 91.

<sup>207</sup> CF/88: “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;”.

segmento educacional privado, *intervenção por direção*, pelo formato da edição de ato legislativo, possui tamanha relevância na regulação desse segmento que já foi até mesmo objeto de ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin 319-4 DF),<sup>209</sup> a qual será adiante detalhadamente apresentada. O contraste que se apresentava situava-se exatamente na determinação dos limites da atividade interventiva estatal por *direção* (nesse caso, por ato legislativo), realizando o cotejo entre os *princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de concorrência*, diante do *direito fundamental à educação*. A situação colocada sob cotejo deixou absolutamente evidente o fato de que apesar dos *princípios* invocados serem caros a ordem constitucional posta, não são, de forma alguma, absolutos, devendo em determinadas situações abrir espaço para a consagração e equilíbrio de outros valores igualmente caros à ordem constitucional vigente.

O *liberalismo econômico* abriu as portas para que as próprias partes efetivassem a construção do direito que iria regular-lhes as relações econômicas (voluntarismo), fruto da concepção *liberal de Estado* que lhe era correlata, com sua esfera de atuação reduzida a poucas atribuições deixando, a partir de uma evidente separação entre Estado e Sociedade, um amplo espaço para que as relações entre particulares fossem desenvolvidas com uma quase absoluta liberdade.

Esse ambiente eminentemente liberal atravessa o século XIX perdendo força ao seu final, sendo finalmente derrubado no primeiro quarto do século XX, quando a experiência de centralização das forças produtivas durante a Primeira Grande Guerra mundial e os esforços de reconstrução ao seu término, mostraram aos detentores do poder estatal algumas das inúmeras vantagens (e desvantagens) do gerenciamento (centralização, nesse caso) da atividade produtiva.<sup>210</sup>

No âmbito das relações contratuais essa mudança no papel do Estado, com funções ampliadas, traz consigo a alteração da própria perspectiva que anteriormente se tinha sobre a liberdade que os indivíduos possuíam na construção do direito, deixando-se de lado a idéia de voluntarismo e passando-se a uma perspectiva de *dirigismo*

---

<sup>208</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988, op. cit.*, p. 92.

<sup>209</sup> STF, DJ 30.abril.1993, Adin 319-4 DF, Rel. Min. Moreira Alves.

<sup>210</sup> Para maior aprofundamento sobre estas idéias e sobre as razões determinantes da passagem de uma economia de conotação eminentemente liberal para as economias planificadas do primeiro pós-guerra do século XX consultar a obra: PASTOR, Javier Viciano. *Libre competencia y intervención pública en la economía*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 49-55.

*contratual*, onde não se deixava de reconhecer o direito das partes na construção das regras que lhes regeriam as relações contratuais, contudo, o exercício de tal direito passaria a ser direcionado e condicionado sob a perspectiva dos demais valores buscados pelo Estado.<sup>211</sup>

A idéia de intervenção estatal pela via da imposição de uma conformação interna dos contratos é salientada por Eros Grau:

Passou o Estado, então, não apenas a regular a capacidade de padronização dos contratos pela parte hiper-suficiente, mas também a substituir a adesão de uma das partes ao contrato pela adesão de ambas as partes a padrões deles, que fixou. Aí o surgimento de contratos com cláusulas padronizadas por ato estatal, no que a relativização do princípio da liberdade de contratar, enquanto liberdade de configuração interna dos contratos.<sup>212</sup>

No âmbito dos contratos firmados pelo segmento educacional privado, para que se tenha clara a apresentação da atividade de *conformação contratual interna* acima mencionada, elenca-se a atividade interventiva *por direção* realizada com a edição da Lei Federal 8.039/90, a qual visou estipular parâmetros para a adequação dos *preços* dos contratos de prestação de serviços educacionais privados (objeto da Adin 319-4 DF, já referida). Mencione-se, ainda, a atividade interventiva realizada mediante a edição da Lei Federal 9.870/99, a qual objetivava *regular* o *conteúdo* das cláusulas dos contratos de prestação de serviços educacionais, *fixando parâmetros*, bem como a forma com a qual se procederia ao reajuste dos preços estipulados nos mesmos.

Apesar da atuação interventiva do Estado ter sido julgada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, outorgando claros contornos à ideia de força relativa do *princípio da livre iniciativa* da atividade educacional privada, seus *limites formais* e *materiais* ainda merecem melhor investigação, a qual será empreendida na sequência do trabalho.

Sinteticamente, pode-se estabelecer que a atividade ordenadora levada adiante pelo Estado, em sua atuação interventiva *por direção*, será viabilizada precipuamente mediante a produção de *normas*, as quais alcançarão os agentes econômicos não somente em suas relações para como a Administração, mas igualmente nas relações que serão estabelecidas com os demais agentes econômicos.

Para enfatizar a atividade interventiva que o moderno Estado Regulador

---

<sup>211</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 93.

<sup>212</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 95.

empreende na estipulação de limites à liberdade de contratar Eros Grau resgata a diferenciação adotada por Karl Larenz, destacando que essas poderão ser *limitações imanes* ao próprio instituto contratual – não dependentes de definição legal - e *limitações não imanes* - derivadas de princípios de economia dirigida - dependentes de expressa previsão pelo Poder Legislativo.<sup>213</sup>

A consideração oferecida por Eros Grau será especialmente relevante quando do enfrentamento das questões relativas à atividade interventiva estatal *por direção*, mas realizada com lastro em *normas regulamentares*. O debate instaurado no seio da doutrina e jurisprudência nacional e internacional sobre os limites da atividade regulatória do Estado, via atos normativos expedidos pelo Poder Executivo, não se resume à atividade normativa desenvolvida pelas *agências reguladoras independentes*. O debate pode, deve, e será adiante estendido à atividade desenvolvida pelos órgãos do Poder Executivo inteiros à Administração Pública Direta do Estado, especialmente aqueles editados pelo Ministério da Educação e pelo Conselho Nacional de Educação.

Na linha de pensamento de Romeu Felipe Bacellar Filho,<sup>214</sup> tem-se clara a importância da atividade regulatória realizada pelo Estado, inclusive no que tange aos órgãos acima indicados, que regulam o segmento educacional público e privado, bem como das diversas agências reguladoras criadas para desempenho de tarefas equivalentes em outros segmentos, todavia, não se poderá perder de vista o fato de que os limites ao exercício da *atividade interventiva estatal por direção* encontram-se encartados na Constituição Federal de 1988, sendo necessário evidenciar seus marcos limítrofes ou os procedimentos que possam auxiliar a que em cada caso estes possam ser consagrados em respeito ao *princípio democrático* (deliberativo, como se proporá).

### **2.1.2. A noção/conceito de *serviço público***

A abordagem pretendida no presente trabalho não aspira enveredar por toda a gama de questões relativas à figura jurídica dos *serviços públicos*, entretanto, diante das acentuadas divergências existentes no plano doutrinário e jurisprudencial relativamente à natureza jurídica dos *serviços educacionais privados*, tendo em vista o fato de que tal atividade é exercida tanto pelos particulares quando diretamente pelo Estado, somada à

---

<sup>213</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 96-97.

especificidade de que os limites da atuação interventiva estatal serão distintos conforme se qualifique a atividade como *serviço público* ou como *atividade econômica* (por enquanto sem qualificativos), entende-se necessário apresentar os argumentos que norteiam esse debate.

Para que se possa abordar satisfatoriamente o problema acima relatado será necessário, primeiramente, enveredar por outro delicado terreno *não pacificado* no campo do Direito Administrativo e Constitucional brasileiro – a determinação do conceito de *serviço público*. Ressalte-se, aliás, que a própria determinação se *serviço público* seria *conceito* ou *noção* já se apresenta como objeto de debate.

Indaga-se sobre a possibilidade, ou não, de se extrair (apreender) suas características ou propriedade delineadoras a partir de uma observação do plano do *real* (plano dos fenômenos físicos), atribuindo a essa realidade percebida uma roupagem jurídica correlata no plano jurídico, cujo termo seria *serviço público*. Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>215</sup> é um dos juristas que defende a necessidade de se percorrer o caminho inverso, afirmando que a *noção/conceito* jurídica de *serviço público* só poderá consistir no isolamento de determinada realidade cuja presença é correlata a um bloco homogêneo de *regras e princípios*.

Nessa linha de pensamento tem-se que não se poderia falar em *serviço público* como uma categoria jurídica que possui uma essência própria, universal e imutável, mas contingente, dependente da evolução cultural de uma determinada sociedade, em determinado tempo e local. O direito positivo selecionaria as mutações percebidas no plano físico que entendesse relevantes, jurisdicizando-as. Portanto, a *noção/conceito* de *serviço público* surgiria da análise de cada ordenamento jurídico e não da análise direta sobre dados extraídos da *realidade*.<sup>216</sup>

Na busca incessante trilhada pelos estudiosos do Direito, em especial do Direito Administrativo e Econômico, verifica-se existir uma tendência em alinhar a *noção/conceito* de *serviço público* com a atividade consistente no fornecimento de utilidades ou comodidades que visem satisfazer *a coletividade em geral*,<sup>217</sup> ou ainda

---

<sup>214</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo, op. cit.*, p. 122.

<sup>215</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo, op. cit.*, p. 271.

<sup>216</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo, op. cit.*, p. 271-272.

<sup>217</sup> Sobre as clássicas concepções de *serviço público* concebidas pela doutrina francesa do final do século XIX e início do século XX, Romeu Felipe Bacellar Filho destaca as de Leon Duguit – “serviços indispensáveis à interdependência social, de tal modo que não podem ser prestados sem a intervenção da força governante”, Gaston Jèze – “processo técnico para a satisfação de interesses gerais, submetido a um

com as atividades voltadas à realização do primado da dignidade do ser humano,<sup>218</sup> contudo, como alerta Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>219</sup> tal qualificação estará na dependência do pronunciamento estatal, segundo a forma do direito positivo de dado tempo e lugar, no qual se exteriorize a vontade de não relegar determinada atividade ao alvedrio da iniciativa privada, por reputar-se não ser socialmente desejável que esta se submetesse tão-só aos limites do controle e fiscalização de caráter geral exercidos sobre as atividades privadas.

Na busca dos parâmetros a serem disponibilizados para a tomada de decisão Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>220</sup> destaca ser imperioso que não se olvidem aqueles historicamente construídos e oferecidos pelas concepções clássicas, a fim de que se acentue a *instrumentalidade* do *serviço público* em relação aos *direitos fundamentais*. Tomado o *serviço público* como *meio* pelo qual se alcançará a concretização dos *direitos fundamentais*, seu *fim* constitucionalmente estabelecido (especialmente a *dignidade da pessoa humana*, valor máximo do sistema jurídico brasileiro) sequer existiriam razões racionais para não se admitir, sob qualquer pretexto, a participação do cidadão no controle das atividades públicas.

A linha de pensamento defendida por Eros Grau,<sup>221</sup> ao menos nesse ponto, encontra-se alinhada com a ideia de que o conceito (noção, para esse jurista) de *serviço público* seria *aberto*. Seu conteúdo será preenchido com os dados da *realidade social*, em função das vicissitudes das relações entre as forças sociais, ou seja, a inserção de uma atividade no campo das *atividades econômicas em sentido estrito* ou no campo dos *serviços públicos* dependerá do estágio em que se encontre em determinado momento histórico a tensão entre as forças do capital e do trabalho. Aquelas tenderão a trazer para o campo das atividades econômicas em sentido estrito todas as que possam oferecer

---

regime jurídico especial de prerrogativas de autoridade” e Maurice Hauriou – “serviço técnico prestado ao público de maneira regular e contínua, para satisfazer a ordem pública e por uma organização pública” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Reflexões sobre direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, *op. cit.* p. 47-48)

<sup>218</sup> Marçal Justen Filho declina clara e abertamente o fato de que qualquer trabalho doutrinário envolverá questões políticas fundamentais, sendo que as conclusões dependerão não apenas da correção lógica do pensamento ou da correta e exata observação da realidade, mas também (e essencialmente) das opções ideológicas adotadas (extrajurídicas). Nesse sentido, aponta que sua concepção de atividade regulatória estatal, bem como de *serviço público*, funda-se “na concepção de que o Estado é instrumento para promoção da dignidade da pessoa humana”. (JUSTEN FILHO, MARÇAL. *O direito das agências reguladoras independentes*, *op. cit.*, 10-11).

<sup>219</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*, *op. cit.*, p. 273.

<sup>220</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Reflexões sobre direito administrativo*, *op. cit.*, p. 48.

<sup>221</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, *op. cit.*, p. 108.

lucratividade, de forma imediata ou potencial. Por outro lado, as forças do trabalho pretenderão que o Estado abarque ao máximo possível, sem conotação especulativa, a maior quantidade de atividades econômicas (em sentido amplo), desenvolvendo-as na qualidade de *serviço público*.

A tensão no sentido de ampliar ou retrain cada uma das esferas de atuação mencionadas estará relacionada com poder de reivindicação do capital e do trabalho, cada qual instrumentado por *poder político*, tensão esta momentaneamente vencida pelos detentores do capital, na visão de Marçal Justen Filho.<sup>222</sup> A distinção e identificação do campo de cada uma das duas atividades não poderá ser realizada no plano dos modelos ideais, mas segundo a ordem jurídica, mais especificamente a ordem constitucional de 1988. Essas são as razões que levam Eros Grau a postular não ser o *serviço público* um *conceito*, mas uma *noção*, plena de *historicidade*.<sup>223</sup>

A importância dimensão histórica acima ressaltada, no que pertine a *noções/conceitos* como o de *serviço público*, é igualmente salientada por Marçal Justen Filho,<sup>224</sup> o qual ressalta que a mesma se estende para todas as questões relacionadas à *intervenção* do Estado na ordem econômica. A *noção/conceito* de *serviço público*, portanto, guardará relação de compatibilidade interna com o tipo de Estado vigente em cada época e em cada lugar. Sob essa premissa, a consideração de modelos e construções oriundas de experiências jurídicas de outros países<sup>225</sup> deverá ser tomada com a mais profunda cautela, posto que o único critério efetivamente válido para consideração de tal magnitude será o *critério jurídico*, extraído da Constituição de 1988 e princípios nela consagrados. O caráter histórico e político que permeia considerações dessa natureza e sua variabilidade conforme cada estrutura de Estado impedem o oferecimento de critérios universais para identificação do que seja *serviço público*.<sup>226</sup>

Apesar da ausência de fronteiras objetivamente estipuladas para efeitos de definição do que se entenderia por *serviço público* ou, como referiu Romeu Felipe

<sup>222</sup> JUSTEN FILHO, MARÇAL. *O direito das agências reguladoras independentes*, op. cit., p. 13.

<sup>223</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 108-109.

<sup>224</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 16.

<sup>225</sup> Sobre a diversidade de critérios propugnados pela doutrina estrangeira, em especial a anglo-saxã e francesa, poderá ser consultada, para aprofundamento, a obra: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 25-47.

<sup>226</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, op. cit., p. 17.

Bacellar Filho,<sup>227</sup> resgatando lições de Geraldo Ataliba, uma “definição ecumênica de *serviço público*”, não se trataria de um conceito (ou noção) que estivesse completamente ao sabor da vontade do intérprete. A Constituição sempre será o começo e o fim de qualquer processo hermenêutico-jurídico, possuindo indicadores que oferecerão condições para que se possa determinar, em cada caso, se existe um *serviço público* ou não.

Celso Antônio Bandeira de Mello oferece um modelo teórico que apresenta requisitos para que se possa configurar determinada atividade como sendo *serviço público*, alertando para a particularidade de que o preenchimento dos mesmos deverá ocorrer, necessariamente, de forma *cumulativa*:

- (a) tratar-se de uma *prestação de atividade singularmente fruível pelos usuários*;
- (b) consistir em *atividade material*;
- (c) destinar-se à *satisfação da coletividade em geral*;
- (d) ser reputada pelo Estado como particularmente importante para a satisfação dos interesses da sociedade;
- (e) ter sido havida como insuscetível de ser relegada tão-só aos empreendimentos da livre iniciativa, razão por que a assume como *pertinente a si próprio* (ainda que nem sempre com exclusividade); e
- (f) *submetê-la a uma específica disciplina de direito público*<sup>228</sup>

Percebe-se que os cinco primeiros constituiriam o *substrato material* da *noção/conceito* de *serviço público*, enquanto o último, *elemento formal*, elevaria a mesma do mundo dos  *fatos* para o mundo do  *direito*. A estrutura acima sugerida deixa absolutamente claro que a mera circunstância de se tratar de atividade promovida pelo Estado<sup>229</sup> ou de ser percebida ou compreendida como importante para a vida social, não será suficiente para que se atinja o *status* jurídico de *serviço público*. A atribuição estatal qualificadora, nos termos da Constituição e das leis, lhe é essencial para que atinja a dimensão jurídica de *serviço público*.<sup>230</sup>

Retornando à concepção oferecida por Celso Antônio Bandeira de Mello e tendo em vista essa exigir o preenchimento *cumulativo* de todos os requisitos que elencou, ter-

<sup>227</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Reflexões sobre direito administrativo*, op. cit., p. 46.

<sup>228</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*, op. cit., p. 274-275.

<sup>229</sup> Dinorá Adelaide Musetti Grotti, resgatando lições de JOSÉ L. MEILÁN GIL, afirma que teria sido Rousseau o primeiro a se valer da expressão *serviço público*, em um texto do *Contrato Social*, utilizando a expressão para abranger qualquer atividade estatal. Assinala que notas caracterizadoras apontadas naquela época seriam tratar-se de uma atuação estatal e não uma atividade privada, bem como uma atuação a serviço do público, para satisfazer uma necessidade sentida coletivamente pela sociedade. (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, op. cit., p. 19-20).

<sup>230</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*, op. cit., p. 275-276.

se-á que a concepção somente será concretamente aplicável se for possível tal preenchimento, não sendo suficiente que se faça presente um ou até vários daqueles requisitos indicados. Assim, no que concerne ao último elemento (*submetê-la a uma específica disciplina de direito público*), de caráter formal e estritamente jurídico, arremata:

Sêlo-á quando o Estado, tendo-lhe assumido a titularidade, entendeu de enquadrar sua prestação sob uma específica disciplina, a pública, a qual, de *um lado* – repita-se – *propõe-se a assegurar coercitivamente que o interesse público prepondere sobre conveniências privadas e, de outro, instaura sobre ele restrições especiais para garantir-lhe a proteção contra o próprio Estado ou contra seu exercente, a fim de impor, a um ou a outro, tanto o dever de assegurá-lo nos termos indicados quanto limitações para que não atuem abusivamente, isto é, de maneira a desrespeitar direitos dos administrados em geral e direitos e interesses dos usuários do serviço.*<sup>231</sup>

A pretensão de circunscrever-se a *noção/conceito* de *serviço público* ao preenchimento de um requisito de sujeição a um *regime jurídico de serviço público* é refutada por Eros Grau, inclusive por acreditar não existir uma totalidade que possa assim se referir. Seria privilegiar a *forma* em detrimento do *conteúdo*, além de evidente tautologia. Entende que determinada “atividade fica sujeita a regime de serviço público porque é serviço público; não o inverso”.<sup>232</sup>

O intrincado caminho criado por esse cipoal jurídico de concepções teóricas, todas buscando alcançar um critério de reconhecimento da categoria jurídica *serviço público*, tornou-se ainda mais conturbado, conforme destaca Romeu Felipe Bacellar Filho,<sup>233</sup> pela edição da Lei 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações), a qual teria surgido como *fato novo*, não para algo esclarecer, mas para tornar ainda mais acaloradas as discussões e as divergências já existentes. Em linhas gerais a lei em questão estabelecera a possibilidade de compatibilização do regime jurídico privado com a figura do *serviço público*, além de possibilitar que a *delegação* do serviço seja realizada por *autorizações*, em sentido diverso das tradicionais *concessões* e *permissões* de *serviço público*.

Empreender análise satisfatória sobre todos os ângulos dessa nova questão demandaria certamente a confecção de novo trabalho (de fôlego, certamente), fugindo aos propósitos da presente abordagem. Isola-se, portanto, do campo dos debates possíveis, o questionamento já existente, mas que se acentuou, sobre a possibilidade ou

<sup>231</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*, op. cit., p. 282.

<sup>232</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 117.

não de criação de serviços públicos por lei.

Fernando Herren Aguillar<sup>234</sup> compreende que no sistema constitucional brasileiro efetivamente não haveria um conceito jurídico de *serviço público*, o que acabaria remetendo seu delineamento à construção doutrinária e à norma de decisão proferida pelos tribunais. Afirma categoricamente que “os serviços públicos no regime constitucional vigente não podem ser instituídos por lei, inovadoramente em relação à lista de serviços públicos constitucionais”.

A qualificação de determinada atividade como sendo *serviço público*, ainda que não prevista expressamente na Constituição, realizada pela via legislativa, respeitadas as regras de competência, não parece ferir, na opinião de A. Saddy,<sup>235</sup> as disposições contidas na Constituição Federal de 1988, especialmente por realizar a atividade conformadora e concretizadora da *noção/conceito* de *serviço público*, a qual não estaria expressamente delineada no texto constitucional.

A Lei Geral de Telecomunicações acabou sendo questionada junto ao Supremo Tribunal Federal mediante a proposição da Adin 1668-5 DF<sup>236</sup> (como já era previsto), sendo que sem ingressar no mérito sobre a complexa questão inerente à possibilidade de utilização de *regime jurídico privado* para *serviços públicos*, pelas razões já declinadas, o fato a ser relatado é o de que o STF acabou entendendo-a constitucional em relação aos dispositivos que tratavam dessa matéria. Ao analisar a matéria relativa ao *regime jurídico* acabou firmando posição pela possibilidade da *qualificação* de determinada *atividade* como sendo *serviço público* pela via da legislação ordinária. Nesse ponto em específico Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>237</sup> já assinalava ser esse o pensamento dos ilustres ministros do STF, como seria o caso da Min. Cármen Lúcia Antunes Rocha.

---

<sup>233</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo, op. cit.*, p. 106.

<sup>234</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 134.

<sup>235</sup> SADDY, A. *Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 125-126.

<sup>236</sup> STF, DJ 16.abril.2004, Adin 1668-5 DF, Rel. Min. Marco Aurélio.

<sup>237</sup> Romeu Felipe Bacellar Filho destaca o posicionamento de Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha nos seguintes termos: “[...] cada povo o diz em seu sistema jurídico, que é onde se definem as atividades como tal consideradas. Constitui ele uma atividade que não é incompatível nem contrária á atividade econômica, como se chegou a supor e a encarecer anteriormente na doutrina. A atividade pode ser considerada econômica e nem por isso deixar de arrolar-se entre aquelas tidas como serviço público” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público no Brasil. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (Coord). TRYBUS, Daiane; RIBAS, Paulo Henrique; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. (Org.) *Serviços públicos: estudos dirigidos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 37).

Por toda a ordem de considerações anteriormente empreendidas e na esteira do pensamento, dentre outros, de Marçal Justen Filho,<sup>238</sup> Luiz Alberto Blanchet,<sup>239</sup> Odete Medauar<sup>240</sup> e Maria Sylvia Zanella Di Pietro,<sup>241</sup> parece claro o fato de que não há no momento qualquer espécie de critério satisfatório para *qualificação* jurídica de uma determinada *atividade* como sendo *serviço público* que não seja a sua concreta previsão no texto constitucional ou a sua estipulação em lei, que não vá de encontro às normas constitucionais. *Qualificações* realizadas à margem desses parâmetros remeterão às advertências de Eros Grau no sentido de se tratarem de concepções com pretensões de afirmação ideológica, fruto da tensão entre capital e trabalho. Nesse ponto de turbulência, onde não há menção expressa na Constituição de 1988, nem lei específica qualificadora como *serviço público*, parece residir o *serviço educacional privado*.

### **2.1.3. Atividade econômica em sentido amplo: serviço público e atividade econômica em sentido estrito**

Tomando-se como base o fato da Constituição de 1988 ter tentado realizar a conciliação entre as aspirações capitalistas e os primados da justiça social, acentuou-se a necessidade de se estabelecer a fronteira que diferencia a área de atuação que compete ao Estado e aquela reservada aos particulares. Inúmeros juristas trataram a matéria com maior ou menor detalhamento, contudo, vislumbra-se em Eros Grau um ponto de partida necessário para a presente abordagem, visto a estruturação por este concebida acabar sendo a mais utilizada para efeito classificatório.

Além disso, oportuno estabelecer e evidenciar a opção que se faz para a presente abordagem, onde se toma o *direito positivo* como um *sistema de linguagem* e a *dogmática jurídica* como um sistema de *sobrelinguagem* ou *meta-linguagem*, não havendo como se compreender o direito dissociado dessa dimensão, enquanto fenômeno *intersubjetivo* e *não intrasubjetivo*. Válida como premissa a ideia contida no salutar desafio proposto por Paulo de Barros Carvalho<sup>242</sup> quando solicita que seja apontado

<sup>238</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, op. cit., p. 44-45.

<sup>239</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de direito administrativo*, 5. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 53.

<sup>240</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 327.

<sup>241</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 101-102.

<sup>242</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*, 5. ed. rev. e

apenas um fato jurídico que não dependesse de linguagem. Caso existisse, ficaria comprovada a possibilidade de incidência jurídica sem qualquer expediente humano de aplicação.

Será exatamente no plano da linguagem que se iniciará o resgate da temática e a abordagem da problemática que recobre a discussão sobre o efetivo significado de *atividade econômica*. Eros Grau<sup>243</sup> alerta para o fato de que a linguagem jurídica se apresenta com textura *aberta*, permeada e nutrida pela *linguagem natural*, o que faz com que acabe por apresentar palavras e expressões que denomina de *camaleão*, extremamente perigosas para a composição de pensamento claro e expressão lúcida. Dentro desse espectro residiria a expressão *atividade econômica*.

Determinados problemas por vezes são gerados pela má compreensão do ordenamento jurídico, especialmente por não se tomar como ponto de partida o fato de que este seja versado, necessariamente, em linguagem. Segundo Eros Grau,<sup>244</sup> a cada conceito corresponderá um *termo*, o qual é o signo lingüístico do *conceito*, ou seja, é a expressão do *conceito*. Nesse sentido não haveria perplexidade alguma em se considerar que um mesmo vocábulo ou expressão possa ser tomado como *termo* de um ou mais *conceitos*.

Essa coexistência de *conceitos* expressados pelo mesmo *termo* é possível pela constatação de que os *conceitos jurídicos* não são *ideias*, reflexões sobre a essência das coisas, mas mecanismos que socialmente são utilizados pelos mais diversos atores sociais com o fito de descrição do plano do *real*. Além disso, essa descrição será voltada para uma determinada finalidade, visto que não existe norma ou instituto jurídico que não deva sua gênese à busca de finalidades. A compreensão dos *conceitos* e de seus *termos* deverá ser estabelecida, portanto, dentro do sistema de referências em que foi enunciado, com vistas às finalidades que lhe deram origem.<sup>245</sup>

---

ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. XVIII. Para maior aprofundamento sobre as idéias propostas por Paulo de Barros Carvalho e as teorias comunicacionais do direito consultar as seguintes obras: CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*, 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007; MORCHON, Gregorio Robles. *Teoría del derecho: fundamentos de teoría comunicacional del derecho*, vol. I, 2. ed. Navarra: Civitas, 2006; WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*, 2. versão, 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

<sup>243</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, *op. cit.*, p. 99.

<sup>244</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, *op. cit.*, p. 111.

<sup>245</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, *op. cit.*, p. 116.

O ponto de diferenciação da concepção de Eros Grau<sup>246</sup> reside no fato de que o mesmo não vislumbra na dicção oferecida pelos artigos 173,<sup>247</sup> 174<sup>248</sup> e 175,<sup>249</sup> da Constituição de 1988, uma necessária oposição entre *atividade econômica* e *serviço público*, vislumbrando encontrar-se a segunda subsumida à primeira. Em sua concepção *serviço público* também possuiria conotação econômica, pois “está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos”.<sup>250</sup>

Em síntese, o “*serviço público* está para o setor público assim como a *atividade econômica* está para o setor privado”.<sup>251</sup> A expressão *atividade econômica* poderá ser compreendida de duas formas, como *gênero* ou *espécie*. O gênero seria *atividade econômica*, em sentido amplo, o qual compreenderia duas espécies: *serviço público* e *atividade econômica em sentido estrito*.<sup>252</sup>

Na busca da delimitação das fronteiras entre *serviço público* e *atividade econômica* Emerson Gabardo<sup>253</sup> aponta que efetivamente a Constituição de 1988 não acolheu, sob o ponto de vista jurídico, a construção de uma categoria que pudesse ser alocada como *serviço público em sentido estrito*. Esclarece que ontologicamente o *serviço público* efetivamente seria *atividade econômica*, visto que toda atividade seria econômica quando tivesse por objeto um *bem econômico*.

O esclarecimento que se faz reside no fato da classificação mencionada encontrar-se longe de ser pacífica, especialmente pelo ponto de partida *extrajurídico* que adota. Emerson Gabardo<sup>254</sup> cita a doutrina de Romeu Felipe Bacellar Filho para demonstrar tal divergência, onde este, partindo de uma interpretação constitucional de seus dispositivos expressos, não vislumbra a diferenciação postulada por Eros Grau.

Tomando com eixo compreensivo a advertência consignada por Paulo de Barros

<sup>246</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 100-101.

<sup>247</sup> 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. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem *atividade econômica* de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...)”.

<sup>248</sup> CF/88: “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”.

<sup>249</sup> CF/88: “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*”.

<sup>250</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 101.

<sup>251</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 101-102.

<sup>252</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 102.

<sup>253</sup> GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*, op. cit., p. 131.

<sup>254</sup> GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*, op. cit., p. 132.

Carvalho, bem como as próprias colocações de Eros Grau anteriormente referidas, especialmente em relação ao sistema de referências em que devem ser tomados *termos* e *conceitos*, parece efetivamente não existir incompatibilidade teórica entre as duas proposições. Romeu Felipe Bacellar Filho ofereceria construção pautada em critério estritamente jurídico, enquanto Eros Grau adotaria ponto de partida diverso, econômico, permeado pela própria compreensão da tensão que se instaura entre capital e trabalho anteriormente referida. Nesse sentido igualmente compreendera Emerson Gabardo.

Com o estabelecimento das premissas acima referidas empreender-se-á a tentativa de enquadramento jurídico da *atividade educacional* desenvolvida pelo segmento educacional privado.

## **2.2. A natureza jurídica do *serviço educacional privado***

### **2.2.1. Aspectos introdutórios do problema**

A investigação realizada neste trabalho relativamente ao *serviço educacional privado* toma como ponto de partida o ordenamento jurídico brasileiro, tal como posto na Constituição de 1988, não pretendendo realizar investigações de cunho sociológico, histórico ou pedagógico em termos de *educação*, ainda que eventualmente possam ser mencionadas para melhor compreensão do que se pretende expor.

Com esse recorte metodológico pretende-se averiguar em que termos a Constituição de 1988 acolheu a possibilidade de prestação de *serviços educacionais* por parte da iniciativa privada, bem como qual seria sua localização em termos jurídicos, tendo em vista a *Ordem Econômica* vigente, assim entendida como *ordem jurídica da economia*. O modelo de Estado brasileiro foi identificado como *Interventor*, atuando no chamado domínio econômico, sendo que este fora dividido em duas partes componentes - *serviço público* e *atividade econômica*-, ao menos para efeitos de apresentação.

A atividade de intervenção do Estado no domínio econômico é realizada por três formas distintas, sendo definido que aquela que retém importância para a presente abordagem é a *intervenção* realizada *por direção*, especialmente por ser através dessa que o moderno *Estado Regulador* brasileiro vem diuturnamente se imitando no

segmento educacional privado.

Tal característica não causa qualquer espécie de perplexidade diante da constatação de que a forma de *intervenção* em cada Estado é determinada exatamente pela forma com a qual esses mesmos Estados se organizam. Marçal Justen Filho<sup>255</sup> esclarecera que a crise do Estado de Bem-Estar Social ocasionara uma mudança na concepção do tamanho que o aparato estatal deveria possuir, passando-se a um modelo de atuação estatal pautado fortemente em sua *competência normativa, reguladora e disciplinadora* da atuação dos particulares.

Para efeitos exclusivamente de apresentação deste trabalho divide-se a atividade de intervenção estatal *por direção* consoante o instrumento utilizado para veiculá-la,<sup>256</sup> ficando assim estabelecida: i) *intervenção por direção legislativa*; ii) *intervenção por direção regulamentar*.<sup>257</sup> Nos quadrantes deste segundo capítulo aborda-se exclusivamente a atividade denominada *intervenção por direção legislativa*, sendo que a *intervenção por direção regulamentar* será tratada no capítulo subsequente.

Como já fora salientado no capítulo anterior, a circunstância do objeto do contrato de prestação de *serviços educacionais* ser a prestação do *ensino*<sup>258</sup> e essa atividade encontrar-se abarcada no raio de eficácia do *direito fundamental à educação*, faz como que surjam dois naturais questionamentos: i) o *serviço educacional*, quando prestado pelos particulares, configura-se *serviço público* ou *atividade econômica*? ii) não sendo *serviço público*, e estando inserido no campo das *atividades econômicas*, a

<sup>255</sup> JUSTEN FILHO, MARÇAL. *O direito das agências reguladoras independentes*, op. cit., p. 20.

<sup>256</sup> Washington Peluso Albino de Souza apresenta essa mesma dissociação utilizando terminologia semelhante, sendo que na classificação apresentada neste trabalho altera-se o termo *intervenção administrativa* ou *intervenção executiva*, consignando o termo *intervenção por direção regulamentar*, para bem espelhar o elemento nuclear da classificação, qual seja, o instrumento veiculador da atividade interventiva. Nas palavras daquele autor: “Do ponto de vista de sua efetivação, fala-se de uma “intervenção legislativa” e outra “administrativa”, sendo que esta última seria chamada com maior propriedade de “intervenção executiva”, considerando-se o Poder Executivo a quem compete efetivá-la” (SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*, 4. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 333).

<sup>257</sup> Nesta subdivisão toma-se regulamento em seu sentido mais *lato*, tal como apresentado por Clèmerson Clève: “O poder regulamentar, conferido ao Presidente da República pela Constituição, consiste no mais importante meio pelo qual a Administração Pública exerce atividade normativa secundária. Não obstante, a atividade normativa secundária do Executivo não se resume à edição de regulamentos. Há uma gama imensa de atos normativos editados pelas autoridades integrantes da Administração Pública, a começar pelas instruções editadas pelos Ministros de Estado, as circulares, os regimentos, os estatutos, as ordens de serviço, entre outros. O próprio Presidente da República expede, por vezes, comandos normativos que, como será visto adiante, não podem integrar o conceito de regulamento. Todos os atos acima referidos, exceto os últimos, integram um conceito lato de regulamento” (CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*, op. cit., p. 300-301).

<sup>258</sup> Leva-se em conta a menção apresentada na *introdução* de que para efeitos da abordagem realizada

circunstância do mesmo configurar-se uma das formas de *concretização* do *direito fundamental à educação* faria com que o regime jurídico aplicável aos contratos de prestação de *serviços educacionais* pudesse ser *funcionalizado*, perdendo uma possível conotação estritamente privada?

Apesar dos dois questionamentos terem sido oferecidos em uma sequência que parece ser a que demanda o raciocínio lógico, por circunstâncias fáticas o Supremo Tribunal Federal acabou sendo solicitado a enfrentá-las e equacioná-las em ordem inversa. No julgamento da Adin 319-4 DF,<sup>259</sup> ocorrido em 1993, enfrentou o *segundo* tema e no julgamento da Adin 1007-7 PE,<sup>260</sup> ocorrido em 2006, o *primeiro*. Analisar-se-á a seguir quais foram as soluções apresentadas pelo STF nos respectivos julgamentos.

### 2.2.2. O Supremo Tribunal Federal e a Adin 319-4 DF<sup>261</sup>

Debatia-se na Adin 319-4 DF a possível inconstitucionalidade da Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, a qual estipulara critérios para o reajuste das mensalidades escolares, confrontando de um lado o *princípio da livre iniciativa e da liberdade de concorrência* e de outro os poderes estatais na *regulação e conformação interna* dos contratos de prestação de *serviços educacionais privados*.

Como facilmente depreende-se da colocação do conflito, estavam reunidas todas as condições para que as respostas aos dois questionamentos anteriormente colocados fossem devidamente apresentadas. Entretanto, de forma um tanto quanto curiosa, em momento algum do voto do Ministro Moreira Alves, relator da Adin, fora oferecida qualquer consideração que cogitasse a possibilidade do *serviço educacional privado* ser considerado *serviço público*.

O Ministro Moreira Alves, ao contrário, partiu da premissa de que fosse absolutamente evidente se tratar de *atividade econômica*, sendo que no seu entendimento a questão a ser enfrentada se restringiria a averiguar se a restrição ao reajuste nos preços daqueles contratos se encontraria ou não dentro dos lindes em que a

---

neste trabalho não se diferenciará a *educação* e o *ensino*, apesar de se tratarem de processos distintos.

<sup>259</sup> STF, DJ 30.abril.1993, Adin 319-4 DF, Rel. Min. Moreira Alves.

<sup>260</sup> STF, DJ 24.fev.2006, Adin 1007-7 PE, Rel. Min. Eros Grau.

<sup>261</sup> STF, DJ 30.abril.1993, Adin 319-4 DF, Rel. Min. Moreira Alves. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Tendo em vista que no presente tópico todas as remissões aos votos dos ministros do STF encontram-se no corpo do mesmo acórdão, não se repetirá a remissão em novas notas de rodapé.

Constituição de 1988 autorizaria a *intervenção* do Estado no domínio econômico.

Apesar de não ter afirmado com todas as letras a não *qualificação* do *serviço educacional* como *serviço público*, implicitamente assim procedeu, no momento em que passou a apresentar as razões pelas quais o Estado poderia intervir, *por direção*, no conteúdo dos contratos de prestação de *serviços educacionais*.

Passando, portanto, à outra questão suscitada, no sentido da possibilidade ou não de *funcionalização* dos contratos, o Ministro Moreira Alves, invocando lições Gomes Canotilho e Vital Moreira, esclareceu que a liberdade de determinação de preços estaria compreendida na liberdade de *gestão e atividade de empresa*, a qual seria distinta da liberdade de *iniciar uma atividade econômica*. Essa liberdade não seria absoluta e poderia sofrer restrições decorrentes da Constituição ou de leis editadas com fundamento nela. Tal possibilidade de *intervenção* estaria lastreada na própria idéia de *justiça social* consagrada no artigo 170 da Constituição, a qual deve ser entendida como uma *justiça distributiva*, visando outorgar a todos uma existência digna. Sustenta que existindo incompatibilidade concreta entre os diversos princípios e fundamentos contidos nesse dispositivo constitucional, caso tomados em sentido absoluto, seria necessário outorgar-lhes um sentido relativo, possibilitando sua conciliação.

Para atender-se aos ditames da *justiça social* e alcançar-se um equilíbrio entre a relatividade desses princípios, haveria que se admitir uma *intervenção indireta* do Estado na ordem econômica não só a *posteriori* (com aplicação de sanções às transgressões), mas a *priori*, visto que em muitas situações a recomposição dos danos sofridos restará impossibilitada ou quando muito, dificultada.

O Ministro Moreira Alves reconhece, portanto, que a Constituição de 1988 não conferira ao Estado poder apenas para realizar atividades executivas (fiscalizar, incentivar e planejar), mas poderes para efetiva e concretamente intervir no domínio econômico como *agente normativo e regulador*.

Um ponto importante a destacar na argumentação oferecida pelo Ministro Moreira Alves cinge-se à utilização da expressão *agente normativo e regulador*, expressão esta que se encontra inscrita no artigo 174,<sup>262</sup> da Constituição de 1988. Conforme prevê referido dispositivo, a exercício da *função normativa e reguladora* será

---

<sup>262</sup> CF/88: “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”.

exercido *na forma da lei*, não *em virtude de lei*.

Tal particularidade remete às colocações já oferecidas no primeiro capítulo deste trabalho quando fora abordada a questão relativa aos contornos do *princípio da legalidade* dentro da ordem constitucional vigente, bem como a existência um campo de *reserva absoluta* e outro de *reserva relativa de lei*.

Para que não pairasse dúvida alguma sobre qual seria o sentido no qual o Ministro Moreira Alves tomava a expressão *na forma da lei*, afirmou:

E, portanto, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa aumento arbitrário dos lucros.

Tem-se, portanto, uma dupla afirmação nas considerações do Ministro Moreira Alves, sendo a primeira, a do reconhecimento da relatividade do *princípio da livre iniciativa*, e a segunda, de que tal *atividade interventiva* estatal deveria ser procedida mediante *intervenção por direção legislativa*.

O fundamento pelo qual o Ministro Moreira Alves entendeu ser possível relativizar o *princípio da livre iniciativa*, reconhecido como existente no âmbito da atividade educacional privada, foi o fato já anteriormente destacado de que o *objeto* das relações contratuais firmadas no segmento educacional é a prestação de *ensino*, forma tradicional de concretização do *direito fundamental social à educação*.

Os demais Ministros do STF acompanharam o voto do Ministro Moreira Alves com exceção do Ministro Marco Aurélio. Todavia, para efeitos da análise proposta, poder-se-ia afirmar que não houve divergência. O Ministro Marco Aurélio não só reconheceu expressamente pertencer a atividade educacional ao campo da *atividade econômica*, como lhe reconhecia incidência do *princípio da livre iniciativa* em contornos mais fortes, os quais invalidariam o exercício de *intervenção por direção legislativa* no caso concreto. Afirmara que a lei impugnada não se apresentara como uma *lei geral de educação*, nem tampouco como dispositivo que regraria a autorização de funcionamento ou a averiguação da qualidade a que faria alusão o artigo 209 da Constituição de 1988. Além disso, não seria dispositivo legal que visaria conter o abuso do poder econômico.

Apesar dos demais Ministros terem acompanhado o voto do Ministro Moreira Alves, adicionando ou subtraindo argumentos, afigura-se significativo esclarecer quais

destes reconheceram expressamente a qualidade de *atividade econômica* ao *serviço educacional*.

O Min. Celso de Mello considerou que toda a *atividade econômica* estaria sujeita à atividade fiscalizadora do Estado, tendo a Constituição outorgado ao Estado a possibilidade de *intervir* no domínio econômico, como agente normativo e regulador. Nessas condições não vislumbraria como subtrair a atividade de ensino realizada pelos particulares do campo de incidência da atividade regulatória do Estado. Portanto, o exercício de tal atividade, além do respeito ao que dispõe o art. 209, I e II da Constituição de 1988, ficará adstrito ao cumprimento de todas as regras e condicionamentos genericamente existentes ao exercício de qualquer *atividade econômica*.

Nesse ponto da abordagem é importante considerar que salvo a hipótese de que o Ministro Celso de Mello estivesse adotando a concepção de Eros Grau no sentido de que *serviço público* seria *atividade econômica lato sensu*, e nesse sentido tivesse apresentado a afirmação, o que não parece ser o caso, restaria claro que o mesmo adotara a concepção de que os serviços educacionais prestados pelos particulares se inserem no campo da *atividade econômica*<sup>263</sup> (*em sentido estrito*, se referida à classificação de Eros Grau).

O Ministro Sepúlveda Pertence além de ratificar os argumentos que haviam sido oferecidos pelo Ministro Moreira Alves no que pertine à possibilidade de *intervenção*, asseverou que esta se faria ainda mais evidente nas atividades *abertas à iniciativa privada*, mas que possuem evidente *relevância e interesse social*, posto que situadas em área fundamental para a construção da ordem social idealizada pela Constituição de 1988, o que seria o caso da *educação*.

O Ministro Sepúlveda Pertence além de não cogitar o enquadramento do *serviço educacional* como sendo um possível *serviço público*, propõe sua alocação numa categoria intermediária entre as *atividades econômicas em sentido estrito* e os *serviços públicos*. Apesar de não ter se pronunciado nominando essa categoria intermediária, ofereceu seus pontos característicos: *relevância e interesse social*, nos termos da Constituição de 1988.

---

<sup>263</sup> Nas palavras do Min. Celso de Mello: “As atividades empresariais – qualquer que seja o campo em que se exerçam, inclusive na área de exploração econômica das atividades educacionais – não têm, nos princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, instrumentos de proteção incondicional”.

O Ministro Octávio Galloti foi outro que expressamente alinhou o *serviço educacional privado* no campo das *atividades econômicas*,<sup>264</sup> reconhecendo a possibilidade da atuação interventiva estatal. No caso do pronunciamento do Ministro Sepúlveda Pertence seriam igualmente válidos os comentários anteriormente oferecidos ao pronunciamento do Ministro Celso de Mello, onde a utilização da expressão *atividade econômica* significaria, na classificação de Eros Grau, *atividade econômica em sentido estrito*.

O pronunciamento do Ministro Paulo Brossard, apesar de ao final acompanhar o voto do Ministro Moreira Alves, acabou sendo o único que trouxe argumentos que destoaram dos oferecidos pelos demais ministros. Posicionou-se expressamente pela não qualificação da atividade educacional como “*atividade econômica propriamente dita*”, sendo que o fundamento que oferecera seria o de que a atividade de ensino não seria apta a gerar lucros, existindo apenas sobras que deveriam ser reaplicadas na melhoria e conservação do ensino.

Afirmou que ainda que seja possível a exploração da atividade de ensino visando lucro tal circunstância seria excepcional, ocorrendo apenas pela complacência do Poder Público, visto que o magistério seria uma espécie de *forma de vida*.

Pelo conjunto dos argumentos oferecidos fica absolutamente evidente o descompasso do voto do Ministro Paulo Brossard, sendo que possivelmente expendeu tais considerações com o intuito de refutar parte da argumentação que se apresentava, na direção de que a *intervenção* operava-se visando conter abuso de poder econômico, dominação dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros.

A análise deste importantíssimo precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal permite extrair as seguintes conclusões: i) o STF não enfrentou diretamente a questão relativa à qualificação do *serviço educacional*, seja como *serviço público*, seja como *atividade econômica*, ou ainda como uma categoria intermediária, *de interesse público*; ii) indiretamente a maioria dos Ministros e expressamente os Ministros Moreira Alves, Marco Aurélio, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Octávio Galloti, afirmaram que os *serviços educacionais privados* seriam *qualificados* juridicamente como *atividade econômica (em sentido estrito)*; iii) a totalidade dos Ministros entendeu

---

<sup>264</sup> Nas palavras do Min. Sepúlveda Pertence: “Distingo entre liberdade de ensino e liberdade econômica. A primeira, conferida pelo art. 209 da Constituição, não impede, a meu ver, que os estabelecimentos de educação estejam sujeitos aos imperativos ou às restrições estabelecidas pela Constituição, para a

ser aplicável ao *segmento educacional privado* o *princípio da livre iniciativa*; iv) a totalidade dos Ministros entendeu que para o *segmento educacional privado* o *princípio da livre iniciativa* poderia ser relativizado quando, aplicado em sentido absoluto, pudesse diminuir o potencial de concretização do *direito fundamental social à educação*.

### 2.2.3. O Supremo Tribunal Federal e a Adin 1007-7 PE<sup>265</sup>

Passada mais de uma década da realização do julgamento da Adin 319-4 DF, anteriormente analisado, o Supremo Tribunal Federal é novamente solicitado para apresentar pronunciamento sobre a constitucionalidade ou não de *intervenção por direção legislativa* realizada pelo Estado de Pernambuco, o qual editara a Lei Estadual 10.898/93, estabelecendo prazos diferenciados para o pagamento das mensalidades escolares naquela unidade da Federação. Para o julgamento da Adin 1007-7 PE o STF não só contava com a presença de Eros Grau, agora Ministro, como o tinha na qualidade de Relator. Por força dessa particularidade poder-se-á verificar até que ponto a doutrina desse jurista teve ressonância no âmbito do STF.

Ainda que a maior parte das questões pertinentes ao julgamento verse sobre a delimitação da competência dos entes federados, para alcançar-se essa delimitação foi necessário determinar-se qual espécie de relação jurídica estaria sendo regulada. Nesse contexto, as mesmas indagações que haviam sido colocadas na parte inicial deste tópico acabaram ganhando espaço no debate travado pelos Ministros do STF.

O Ministro Eros Grau acabou entendendo que a matéria relativa à determinação da data de vencimento dos contratos não se trataria de normatização sobre *educação e ensino*, tratando-se de matéria eminentemente contratual, portanto, de competência da União. Entretanto, ainda que fora do âmbito da discussão específica sobre a competência, acabou por afirmar que caso se tratasse de legislação sobre *educação e ensino* o raciocínio seria diverso, existindo competência concorrente, pois entenderia que:

---

liberdade de atividade econômica dos empreendimentos em geral, sejam eles ou não de ensino”.

<sup>265</sup> STF, DJ 24.fev.2006, Adin 1007-7 PE, Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Tendo em vista que no presente tópico todas as remissões aos votos dos ministros do STF encontram-se no corpo do mesmo acórdão, não se repetirá a remissão.

[...] os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, isto é, podem ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. São, porém, sem sombra de dúvida, serviço público. [...] O artigo 209 da Constituição do Brasil afirma que o ensino é livre à iniciativa privada, isso significando que o setor privado pode prestar esse serviço público independentemente da obtenção de concessão ou permissão. Tratando-se contudo de serviço público, incumbe às entidades educacionais particulares, na sua prestação, acatar rigorosamente as normas gerais de educação nacional.

Verifica-se que nesse julgamento a questão atinente à *qualificação* jurídica dos *serviços educacionais* (como *serviço público* ou como *atividade econômica*) foi objeto de apreciação por parte do Ministro Eros Grau, mesmo não se tratando da matéria de fundo.

O Ministro Eros Grau, comentando o voto do Ministro Carlos Britto, consigna que a natureza jurídica do *serviço* acabaria sendo determinada pela qualidade do *objeto* da relação jurídica que se instaura entre as partes, sendo que se a *educação* é um *direito fundamental social*, qualquer relação jurídica de fornecimento dessa utilidade seria um *evidente serviço público*:

[...]S. Excia está substituindo – permita-me essa observação – substituindo o Estado pelo mercado. O cidadão, neste País, é cidadão na medida em que tem direito à educação e à saúde, serviços públicos. Aliás, essa é a opinião de Celso Antonio Bandeira de Mello, na última edição de seu livro. Quem trava relação no campo da atividade econômica é o consumidor, mas o beneficiário do serviço público é o cidadão. Ele usufrui do serviço público porque é cidadão, não porque seja um sujeito econômico. [...] Quero insistir nesse ponto porque isso me parece, desde a perspectiva conceitual, muito importante e deve ser reconhecido por esta Corte. Não posso reduzir o cidadão a um agente econômico que tem direitos porque travou relações com um produtor de bens ou de serviços e que, atuando no mercado e tendo pago o custo, o preço desses bens, desses serviços, merece proteção jurídica. Não! A proteção jurídica que o usuário do serviço público merece do ordenamento jurídico é anterior ao seu ingresso no mercado. Ele a obtém na medida em que participa, como cidadão, do Estado.

Em debate com o Ministro Carlos Velloso o Ministro Eros Grau reiterou sua preocupação com a possibilidade de não se afirmar que o *serviço educacional* fosse *serviço público*:

Quero insistir no seguinte ponto: não tenho dúvida nenhuma em sustentar que educação é serviço público, dever do Estado e direito do cidadão. Mas tenho que ficar atento ao que prevê a Constituição. Não posso fazer daqui o lugar de exposição das minhas ansiedades sociais, devo fidelidade à Constituição. Então, o precedente é muito grave; não podemos – por conta do jargão da defesa do consumidor, repito, mero mecanismo de legitimação do modo de produção social – avançar sobre áreas de competência da União. Queria só alertar para o precedente, é muito sério isso.

Como contraponto à posição defendida pelo Ministro Eros Grau verifica-se que

o Ministro Carlos Britto adota expressamente a posição de que nem a *saúde*, nem a *educação* seriam *serviços públicos*, contudo, infelizmente, acabou afirmando que não seria o momento de se apresentar as razões, bastando assinalar que as relações estabelecidas entre instituição de ensino e o contratante são *relações de consumo*.

O Ministro Joaquim Barbosa defendeu a posição de que o *direito à educação é direito fundamental social*. Caberia ao Estado, mesmo com suas dificuldades financeiras, promover esse *direito fundamental* do cidadão, valendo-se, inclusive, de meios indiretos para tal satisfação, como a colaboração dos particulares, nos termos do art. 209 da Constituição de 1988.

Entendeu que regulamentação da data de vencimento dos contratos de prestação de *serviços educacionais* não se trataria de regra regulamentadora de direito do consumidor, mas de regra que visaria preservar e consagrar o acesso ao *direito fundamental à educação*. Para o Ministro Joaquim Barbosa, se o Estado não consegue entregar a todos os cidadãos o *direito fundamental da educação*, não poderia deixar ao desamparo aqueles que acabam se submetendo ao regime de exploração econômica dessa atividade. A consequência prática dessa conclusão seria a de que não seria possível que tal prestação de serviço ficasse exclusivamente submetida às regras do regime privado, sendo necessária alguma ingerência do Estado.

Baseado em tais considerações entendeu que a *educação (serviço educacional)* seria um *serviço público*. Todavia, arrematou afirmando que ainda que não fosse, a livre iniciativa estaria sempre submetida à supremacia da ordem pública. Uma situação curiosa do voto do Ministro Joaquim Barbosa é o fato de mencionar como fundamento para sua decisão o voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, quando do julgamento da Adin 319-4 DF. A curiosidade reside no fato de que naquele voto, como já demonstrado, o Ministro Sepúlveda Pertence expressamente acolhera a *qualificação do serviço educacional como sendo atividade econômica*.

O Ministro Celso de Mello, como se esperaria, manteve a mesma linha de pensamento que adotara no julgamento da Adin 319-4 DF. Antecipando seu voto entendeu que a lei pernambucana apenas visaria servir como meio instrumental ao estado-membro para garantir a efetividade do direito de acesso à *educação*, especialmente nas situações daqueles que na busca desse direito se submetem à situação do *serviço ser prestado mediante regime de exploração empresarial*.

O Ministro Sepúlveda Pertence, na mesma linha do Ministro Celso de Mello, também manteve a linha de pensamento que adotara no julgamento da Adin 319-4, destacando que já naquela decisão se divisara que a *liberdade de ensino* não se confundiria com um *livre mercado de exploração do ensino*, sendo válida a imposição de restrições por *lei federal*, visto a educação ser um valor e um direito social.

Todos os demais Ministros acabaram proferindo seus votos sem empreender qualquer espécie de consideração sobre a questão paralela que se travou e que é objeto da presente abordagem. Pronunciaram seus votos apenas pautados na questão relativa à determinação da competência ou não do ente federado. Tal omissão, em que pese até certo ponto natural em termos de política judiciária, visto não se tratar da matéria de mérito, acabou privando os operadores do direito, dentre os quais os juristas, da visualização clara do posicionamento dos atuais Ministros do STF sobre matéria tão relevante.

Em linha de conclusão, afigura-se importante destacar que todo o resgate apresentado visara demonstrar que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em momento algum alcançou o consenso dos Ministros, especialmente na *qualificação* dos *serviços educacionais* como *serviços públicos*, mesmo que sob a roupagem de *serviços públicos não privativos*.

Apesar da ressalva oferecida, a ementa construída para o acórdão deste julgamento consignou o pensamento defendido pelo Ministro Eros Grau:

EMENTA:

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

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

A análise deste outro importantíssimo precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal permite extrair as seguintes conclusões: i) o STF enfrentou apenas indiretamente a questão relativa à qualificação do *serviço educacional*, sendo que os fundamentos para a decisão restringiram-se à definição de regras de competência; ii) apenas os Ministros Eros Grau e Joaquim Barbosa se pronunciaram pela *qualificação* jurídica dos *serviços educacionais* como sendo *serviços públicos*, sendo que o Ministro Joaquim Barbosa, com ressalvas; iii) Os Ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence

novamente afirmaram que os *serviços educacionais privados* seriam *qualificados* juridicamente como *atividade econômica (em sentido estrito)*, sendo acompanhados pelo Ministro Carlos Britto, enquanto o Ministro Marco Aurélio, que adotara anteriormente esse mesmo posicionamento, não expressou-o por ocasião deste; iv) a apresentação na ementa do acórdão da *qualificação* jurídica dos *serviços educacionais* como *serviço público não privativo* não foi objeto do julgamento, nem tampouco objeto de consenso, ainda que implícito, visto que a decisão fora tomada nos estritos limites da definição de regras de competência.

Pelo fato do primeiro julgamento ter ocorrido em 1993 e o segundo em 2006, verifica-se que neste momento o Supremo Tribunal Federal já não conta com a presença de quatro dos oito Ministros que externaram posicionamento sobre a matéria (Ministros Moreira Alves, Sepúlveda Pertence, Octávio Galloti e Eros Grau). Remanescem no STF, dos Ministros que ofereceram pronunciamento, os Ministros Carlos Britto, Celso de Mello e Marco Aurélio, que se pronunciaram pela *qualificação* jurídica dos *serviços educacionais* como *atividade econômica* e o Ministro Joaquim Barbosa, que se pronunciara, com ressalvas, pela *qualificação* como *serviço público*.

#### **2.2.4. Atividade econômica de interesse público e serviço público não privativo**

Como fora apresentado no tópico precedente, o Supremo Tribunal Federal acabou oferecendo indicativos no sentido de que o *serviço educacional privado* deveria ser compreendido como um *serviço público não privativo*, na linha de pensamento do Ministro Eros Grau. Entende-se que ficou claramente demonstrada a inexistência de efetiva apreciação da questão relativa à natureza jurídica do *serviço educacional*, sendo que a ementa proposta pelo redator do acórdão consignou a qualificação de *serviço público não privativo* sem que tal matéria efetivamente tivesse feito parte do julgamento ou tivesse contado expressamente com a adesão dos demais ministros. A matéria de fundo foi resolvida segundo regras constitucionais de competência, permanecendo em aberto a resolução inerente à natureza jurídica do *serviço educacional privado*.

Não tendo o Supremo Tribunal Federal dissolvido a trama que recobre os

contornos jurídicos do instituto em análise, revelando sua consistência, há que se buscar em outras fontes a determinação da real configuração jurídica do *serviço educacional privado*. Como ponto de partida, cumpre esclarecer o que seriam os chamados *serviços públicos não privativos* mencionados pelo Ministro Eros Grau, qualificação jurídica oriunda da dicotomia classificatória entre *serviços públicos privativos* e *serviços públicos não privativos*.

Lição recorrente em doutrina propõe o postulado de que não existe classificação jurídica correta ou incorreta, apenas útil ou inútil, visto as mesmas não passarem de articulação de elementos alocados em categorias distintas consoante uma ou mais propriedades escolhidas por aquele que elabora a classificação. A adoção de determinada proposta classificatória, inclusive pelo próprio direito, é um ato de vontade, geralmente direcionado pela virtude que a classificação oferece à compreensão dos elementos classificados. Quando adotada pela lei ou pelo direito, implícita ou explicitamente, poderá ter o condão de determinar a adoção de uma pequena particularidade jurídica em uma categoria e não em outra, podendo até mesmo determinar a adoção de um regime jurídico totalmente distinto para cada uma das partes componentes da estipulação classificatória.

O âmbito dos serviços públicos não é uma exceção a essa regra, existindo propostas classificatórias das mais diversas. Dentre as propostas existentes destaca-se aquela que divide os serviços públicos em *privativos* e *não privativos*. Na concepção de Eros Grau,<sup>266</sup> serviços públicos *privativos* seriam aqueles em somente o Estado estaria apto a prestá-los, direta ou indiretamente, respeitando os ditames do art. 175 da Constituição de 1988 em relação ao regime das concessões e permissões.

Em sentido diverso, os serviços públicos *não privativos* possuiriam como traço diferencial poderem ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização (os *privativos* dependeriam necessariamente da adoção de um desses regimes para poderem ser prestados). Para Eros Grau<sup>267</sup> esse seria o enquadramento adequado aos *serviços de educação e de saúde*.

Apresenta-se um tanto quanto incompreensível a divisão sugerida por Eros Grau, posto que da maneira que colocado não aborda ou esclarece a situação da *titularidade* do serviço. Se a *titularidade* é do Estado e não é necessária *autorização*,

---

<sup>266</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 122.

*permissão* ou *concessão*, por qual circunstância surgiria a legitimidade do particular para seu exercício? Como na presente abordagem se analisa o *serviço educacional privado*, como seria possível compatibilizar o enquadramento sugerido se a própria Constituição de 1988, no artigo 209, II,<sup>268</sup> estabelece a necessidade de prévia *autorização* do Poder Público? Se o particular está legitimado pela Constituição para desenvolver a *atividade educacional* não ostentaria a qualificação jurídica de *titular* do serviço? Qual seria, então, o sentido da ideia de *titularidade*?

Como afirmado em linhas anteriores, Eros Grau adota a concepção de que *serviço público* não seria um *conceito*, mas uma *noção*, e que esta estaria ligada à historicidade, à cultura, ao tempo e ao local em que surgem as necessidades prestacionais e os serviços aptos a satisfazê-las. Afirmara, ainda, que o enquadramento ou alinhamento de determinadas atividades como *serviços públicos* ou como *atividades econômicas em sentido estrito* seria resultante das oposições ocorridas entre as forças sociais e capitalistas na dialética de suas oposições.

Aparentemente Eros Grau não oferece um critério eminentemente jurídico, fruto da Constituição posta, para enquadrar a *educação* como *serviço público*, mas um critério *ideológico* no sentido de que entende que esta atividade *deveria ser serviço público*, mesmo quando prestada pelo particular, para que mantivesse todo o arcabouço protetivo que entende deva ser resguardado à *educação*.

Eros Grau<sup>269</sup> apresenta como potencial argumento para sustentar sua concepção, e a necessidade de se compreender a *educação* como *serviço público*, a afirmativa de que não teria sentido o constituinte mencionar expressamente ser livre à iniciativa privada a realização de *serviços de saúde e de ensino* se tais atividades não lhes fossem vedadas até o momento dessa afirmação, como se na ausência dessa afirmação seu exercício lhes estivesse vedado, determinando o enquadramento como serviço público inquestionavelmente.

Em momento passado Eros Grau<sup>270</sup> havia apresentado concepção em sentido oposto, afirmando “terem por substrato atividade econômica que tanto pode ser desenvolvida pelo Estado, enquanto *serviço público*, quanto pelo setor privado,

---

<sup>267</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 122-123.

<sup>268</sup> CF/88: “Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: (...); II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público”.

<sup>269</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 123.

<sup>270</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 122-123.

caracterizando-se tal desenvolvimento, então, como modalidade de *atividade econômica em sentido estrito*”.

Essa linha de raciocínio é acompanhada por Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>271</sup> para o qual existiriam certos serviços que constitucionalmente não foram consagrados com *exclusividade* ao Estado, os quais ostentam natureza jurídica de *serviço público* quando por este prestado e natureza jurídica de *atividade econômica* quando realizados pelos particulares. Esse jurista elenca quatro atividades sobre as quais o Estado não possuiria *titularidade* exclusiva: serviços de *saúde*, de *educação*, de *previdência social* e de *assistência social*.

Sobre o regime jurídico a ser aplicável a essa modalidade de serviços Celso Antônio Bandeira de Mello entende que “ficam todos eles submetidos a um tratamento normativo mais estrito que o aplicável ao conjunto das atividades privadas. Assim, o Poder Público, dada a relevância social que possuem, os disciplina com um rigor especial”.<sup>272</sup>

Apesar de já ter consagrado o entendimento acima mencionado Eros Grau<sup>273</sup> atualmente entende que o raciocínio seria insustentável, pois alteraria a natureza da atividade conforme fosse distinta a pessoa que o prestasse.

Reitera-se que ao analisar as ponderações de Eros Grau não há como deixar de lado a própria advertência por ele apresentada, consistente no elemento determinante do enquadramento de determinada atividade como *serviço público* ou como *atividade econômica em sentido estrito*, qual seja, a tensão ideológica entre as forças do capital e do trabalho.

Apesar da refutação oferecida por esse jurista, não parece que a doutrina brasileira tenha acatado essa concepção. No tópico anterior constatou-se a dificuldade na própria determinação do que se entenderia por *serviço público*, concluindo-se que não existiria um conceito jurídico *universal e atemporal* para tal instituto, mas apenas a *qualificação jurídica de serviço público*, qualificação esta que seria realizada pela Constituição ou pela lei.

Na forma como apresentara Celso Antônio Bandeira de Mello, acredita-se que o critério da *titularidade* do serviço aparenta ser um critério jurídico sustentável para

---

<sup>271</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*, op. cit., p. 284.

<sup>272</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*, op. cit., p. 285.

<sup>273</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op. cit., p. 123.

determinar a natureza jurídica de *serviço educacional privado*. A incontestável relevância pública das atividades de *saúde* e de *educação* não desnaturam o fato de que o particular não necessita que o Estado lhe transfira a execução dos serviços, diversamente do que ocorre nas hipóteses em que a *titularidade* é do Estado e o particular apenas pode atuar mediante regime de *concessão* ou *permissão*.

Conforme assinala Alexandre Santos Aragão,<sup>274</sup> a *autorização* a que faz menção o artigo 209, II, da Constituição de 1988 se trata de *autorização operativa*, fruto da atuação ordenadora da Administração Pública, moderna forma daquilo que no passado se denominou *poder de polícia*, mas destituído de seus ranços autoritários oitocentistas. Não se pode olvidar de que a atuação ordenadora da Administração Pública é determinada pelo *interesse público* e, como advertira Romeu Felipe Bacellar Filho,<sup>275</sup> para que este prevaleça às vezes deverá ser consagrado o *princípio da liberdade de iniciativa* de forma plena, outras vezes com restrições, podendo chegar à sua supressão. Em suma, em certas circunstâncias, como parece ser o caso, a consagração da *liberdade de iniciativa* no segmento educacional privado, ainda que com restrições, configurar-se-á a realização do próprio *interesse público*, especialmente quando o texto constitucional, no artigo 206, IV,<sup>276</sup> afirma ser princípio da *atividade educacional* a coexistência entre instituições públicas e privadas, bem como a pluralidade de ideias e de concepções pedagógicas.

Consoante anteriormente esposado, Celso Antônio Bandeira de Mello estabelecera como requisito essencial para a caracterização de uma determinada atividade como serviço público a circunstância do Estado assumi-la como *pertinente a si próprio*, ainda que nem sempre exercida com *exclusividade*.

---

<sup>274</sup> Alexandre Santos Aragão ainda destaca: “[...] a Constituição as considera serviços públicos quando essas atividades são prestadas pelo Estado, e serviços de relevância pública quando exploradas por particulares, mantido, nesse caso, o regime jurídico privado e as regras da livre iniciativa, sem prejuízo, naturalmente, em alguns casos (principalmente saúde e educação), da forte regulação sobre elas incidente, inclusive mediante sujeição a autorizações administrativas prévias e operativas, constituindo-as como atividades econômicas privadas de interesse público” (ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos serviços públicos*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 182).

<sup>275</sup> Sobre a distinção entre serviços públicos e serviços de utilidade pública aponta Romeu Felipe Bacellar Filho: “A existência da Administração Pública, como aparelhamento do Estado preordenado à execução de seus objetivos, só se justifica pela prestação de atividades que sejam de interesse comum, de interesse público. A concepção originária da Administração não se desprende da ideia de prestação de serviços públicos à coletividade. Como bem observa Hely Lopes Meirelles, esses serviços podem ser essenciais ou apenas úteis à comunidade, daí a necessária distinção entre serviços públicos e serviços de utilidade pública” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 105).

<sup>276</sup> CF/88: “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;”

Assume-a, portanto, como seu *titular*, considerando-a como inerente ao seu campo de ação típico (esfera pública). A circunstância de mediante concessão, permissão ou autorização realizar a transferência do exercício da atividade não significa de modo algum que esteja a transferir a *titularidade* sobre ela, a qual reterá para si, podendo, inclusive, retomar o serviço caso assim o interesse público determine. A transferência da execução da prestação dos serviços, portanto, não se confundirá jamais com a transferência da *titularidade*. Situação diversa existirá nas circunstâncias em que a Constituição determine ao Estado que preste determinado serviço sem lhe reservar a *titularidade exclusiva*, liberando-a à iniciativa privada. Como salienta Celso Antônio Bandeira de Mello, em tal hipótese, “evidentemente, não há cogitar de outorga estatal do exercício do serviço, propriamente dita, mas apenas de um controle mais enérgico sobre ele”.<sup>277</sup>

Na mesma linha de pensamento verifica-se a doutrina de Nina Beatriz Ranieri,<sup>278</sup> a qual ressalta a particularidade de que não se deve confundir as concepções de esfera *pública* e de esfera *estatal*. Nesse ponto, a atividade educacional seria considerada uma atividade de *interesse público*, em razão de seus fins e dos benefícios que pode trazer para a sociedade e para o indivíduo, sendo que daí adviria sua natureza *pública*, não necessariamente *estatal*.

Seria estranho afirmar que a existência de *interesse público* a ser promovido pela atividade dos particulares, inclusive com vistas ao lucro, pudesse ser um óbice à configuração do *serviço educacional privado* como *atividade econômica*, posto que o exercício da livre iniciativa, inclusive na sua dimensão contratual, já convive com limitações equivalentes previstas na Constituição de 1988 quando se afirma a necessidade do respeito à *função social* da propriedade (dos contratos, etc.). Essa limitação já funciona como elemento de mediação entre as diversas aspirações consagradas no texto constitucional.<sup>279</sup>

Luiz Tropardi Filho<sup>280</sup> destaca a existência de autores que pensam em sentido

<sup>277</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*, op. cit., p. 280.

<sup>278</sup> RANIERI, Nina Beatriz. *O poder e o limite do Estado na atividade educacional*, Revista Estudos, n. 31, 2003, Abmes, jul. p. 30.

<sup>279</sup> TROPARDI FILHO, Luiz. *A exploração da atividade educacional pela iniciativa privada*. In: RANIERI, Nina Beatriz (Coord.). RIGHETTI, Sabine (Org.) *Direito à educação: aspectos constitucionais*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009, p. 225.

<sup>280</sup> TROPARDI FILHO, Luiz. *A exploração da atividade educacional pela iniciativa privada*, op. cit., p. 227.

diverso, citando a doutrina de Carlos Roberto Jamil Cury, o qual defenderia a ideia de que parte do *serviço educacional privado* seria uma concessão, especificamente os privados sem finalidade lucrativa, os quais atuariam em nome do Estado. Tal ilação teria como fundamento o fato de que estes estariam autorizados a receber recursos públicos. O enquadramento proposto, na esteira do que afirmara Nina Beatriz Ranieri, demonstra que a confusão entre esfera *pública* e esfera *estatal* ainda não está muito clara. Em sentido oposto a essa concepção Luiz Tropardi Filho arremata assinalando que “os serviços prestados pelos estabelecimentos privados, com ou sem finalidade lucrativa, são essencialmente privados, mas com interesse socioeconômico coletivo. Tratam-se, pois, de serviços privados, mas de interesse público”.<sup>281</sup>

Odete Medauar apresenta concepção nesse mesmo sentido, oferecendo um elemento argumentativo novo para determinar a natureza jurídica de *serviços de interesse público*, onde se alocaria o *serviço educacional privado*. Afirma que para que possa existir efetivo *serviço público* há a necessidade da existência de um *vínculo orgânico com a Administração*. Não significa que o serviço deva ser prestado diretamente pelo Poder Público, mas que exista uma absoluta preponderância da Administração Pública na organização e execução da atividade. Tendo como base essa premissa assinala:

Por isso, os chamados “serviços de utilidade pública”, realizados por particulares e reconhecidos pela Administração como de “utilidade pública”, não podem ser qualificados como serviços públicos, em sentido técnico, por faltar o vínculo orgânico com a Administração, por não incumbirem ao poder público;<sup>282</sup>

Em síntese, quando o Estado atua diretamente no campo da *educação* e presta o serviço diretamente aos cidadãos, nos termos da Constituição de 1988, não há dúvida alguma de que realiza *serviço público*, o qual deve ser disciplinado e regulado pelo Poder Público. Nesse particular a atuação estatal assume apenas a face do poder de império do Estado, fruto da soberania Estatal, outorgando-lhe um limite de atuação regulatória muito mais dilatado, seja do ponto de vista material, seja do ponto de vista formal (instrumento normativo que veiculará a regulação).

Entretanto, quando o desenvolvimento da *atividade educacional* é promovido

---

<sup>281</sup>TROPARDI FILHO, Luiz. *A exploração da atividade educacional pela iniciativa privada*, op. cit., p. 227-228.

<sup>282</sup>MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 328.

pelos particulares, igualmente nos termos constitucionais, preenchidos os requisitos do art. 209, parece não ser possível manter o enquadramento, ainda que sob o rótulo de *serviço público não privativo*. Apesar de Eros Grau ter oferecido uma distinção entre *serviços públicos* e *atividades econômicas em sentido estrito*, aparentemente a doutrina brasileira apresenta uma clara tendência no sentido de compreender que dentro dessa segunda modalidade existiriam certas atividades que possuiriam enquadramento diferenciado, sem perder, todavia, a qualidade de *atividade econômica em sentido estrito*.

Marçal Justen Filho<sup>283</sup> ressalta que não se pode confundir *serviços públicos* e *atividades econômicas* (em sentido estrito) sujeitas à *autorização*. Estas seriam atividades cujo desempenho caberia aos particulares, subordinado a prévia autorização governamental, nos termos art. 170, parágrafo único, da Constituição de 1988, demandando, devido à existência de determinadas características especiais, um controle estatal mais intenso. De qualquer forma, a necessidade de *autorização* não transformará a natureza da atividade, a qual continuará sendo privada, submetida a um regime especial.

Marçal Justen Filho não afirma que as *atividades econômicas em sentido estrito* não possam visar a realização de valores fundamentais, tal como ocorre no *serviço público*, mas teriam como diferença fundamental:

que o serviço público compreende atividades em que a realização dos valores fundamentais pressupõe afastar o postulado do lucro e da apropriação privada da riqueza. Há outras atividades em que a realização dos valores fundamentais envolve (ou não exclui) a busca do lucro. Quanto a estas últimas, o Estado pode deixá-las ao desempenho direito dos particulares, não pode abster-se de intervir. É que a busca do lucro nunca pode fazer-se às custas do sacrifício dos demais valores constitucionais (dignidade da pessoa humana, igualdade entre capital e trabalho, etc.).<sup>284</sup>

Nessa mesma linha, de existência de uma terceira categoria, dissociada dos *serviços públicos* e das *atividades econômicas em sentido estrito*, estaria a concepção de Carlos Ari Sundfeld, o qual consagraria a categoria do que chamara de *serviços sociais*. Tais serviços se constituiriam em atividades geradoras de comodidades ou utilidades fruíveis individualmente pelos particulares. Para este jurista os *serviços educacionais* seriam um exemplo clássico de *serviço social*. Sobre a dupla face apresentada por tal espécie de serviço esclarece:

---

<sup>283</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, op. cit., p. 48.

A prestação de tais serviços é dever inafastável do Estado, tendo os indivíduos o direito subjetivo de usufruí-los. O objetivo do Constituinte ao outorgar tais competências ao Poder Público não foi o de reservá-las, mas sim o de obrigar a seu exercício.

Os particulares exploram os serviços sociais independentemente de qualquer delegação estatal. Tais serviços se desenvolvem, portanto, em setores não reservados ao Estado, mas livres aos particulares. Daí uma importante consequência: quando prestados pelo Poder Público, submetem-se ao regime jurídico público; quando prestados pelos particulares, sujeitam-se ao regime jurídico de direito privado. Tal dualidade se justifica, porquanto os serviços sociais são, ao mesmo tempo, atividade estatal e atividade dos particulares.<sup>285</sup>

Esta terceira categoria de *serviços*, os quais foram denominados ao longo da exposição como sendo *serviços públicos não privativos*, *serviços sociais* ou *serviços privados de interesse público*, apresentam como característica uníssona, mesmo para Eros Grau, o fato de não estarem adstritos a um regime jurídico eminentemente público em sua execução, tal como ocorre com os *serviços públicos de titularidade exclusiva* do Estado.

Dinorá Adelaide Musetti Grotti,<sup>286</sup> resgatando doutrina de José L. Meilán Gil, afirma que o mecanismo ideológico que estabelece a separação entre Estado e sociedade, com uma separação entre tarefas de um de outro, reclamaria que Estado, para intervir em um certo campo, previamente o declarasse de sua competência, quer dizer, declarasse-o público<sup>287</sup>. Enfim, o elemento determinante para a *qualificação* jurídica de uma determinada atividade como sendo *serviço público* seria o ato de *publicatio*, o qual necessariamente deveria ocorrer por lei formal, e consistiria na “atribuição de sua titularidade à Administração e a exclusão de seu pelos particulares sem prévia concessão outorgada a seu favor pela Administração”.

Em termos concretos, inclusive para efeito dos objetivos buscados no presente trabalho, a nomenclatura que se pretenda utilizar para exteriorizar a natureza jurídica do *serviço educacional privado* seria questão de menor monta, sendo que o que realmente se encontra em perspectiva é o *regime jurídico* que lhe é aplicável, posto que será este que estabelecerá as *condições de possibilidade* do exercício da atividade regulatória

<sup>284</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, op. cit., p. 49.

<sup>285</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*, 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 83-84.

<sup>286</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, op. cit., p. 25.

<sup>287</sup> No mesmo sentido o pensamento de Emerson Gabardo: “De pronto é preciso reafirmar que o serviço público nada mais é do que uma atividade econômica em sentido estrito que teve seu regime jurídico alterado, mediante uma ação imperativa do Estado ao torná-lo típico” (GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*:..., op. cit., p. 134).

estatal. Como explicitado na abordagem dos dois julgamentos paradigmáticos realizados pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente quando do voto do Ministro Moreira Alves, o veículo jurídico adequado para que se estabeleça o equilíbrio entre a *liberdade de iniciativa* e o *direito fundamental social à educação*, será a *lei em sentido formal*.

Marcia Carla Ribeiro Pereira<sup>288</sup> realizou estudo detalhado dos argumentos expendidos no julgamento da Adin 1007-7 PE, enfatizando a dificuldade enfrentada pelos Ministros para realização do enquadramento jurídico dos fatos. Em sua opinião a situação que se encontrava em debate enquadrava-se no fato de contratar, sendo que a existência de relação entre o conteúdo desses contratos e determinados direitos constitucionais não excluiria a natureza do fato disciplinado, nem o distinguiria, permanecendo como surgira, uma relação de natureza obrigacional.

A incapacidade do Estado de assumir todo o encargo na prestação do *serviço educacional* teria sido vislumbrada pelo constituinte, desejando que a iniciativa privada não só pudesse igualmente desenvolver a tal modalidade de serviço, mas que o fizesse em regime jurídico distinto, o qual facilitaria a promoção da concepção pluralista de *educação* e de *ensino* (artigos 205 e 206 da Constituição de 1988). Sobre essa fragilidade da estrutura estatal para a prestação do *serviço educacional*, bem como sobre a necessidade de se estabelecer o regime regulatório do *serviço educacional privado*, apontou Marcia Carla Ribeiro Pereira:

Partindo-se da premissa de que o Estado não condições de atender toda demanda relacionada aos direitos assegurados aos cidadãos (incluindo-se aqui aqueles identificáveis como consumidores, assim como os não consumidores), há a necessidade de aceitação da oferta privada e, conseqüentemente, de sua inserção no mercado. Ora, se o propósito é tornar efetiva a oferta relacionada aos direitos sociais, se o Estado não pode cumprir satisfatoriamente o papel de ofertante, e se a oferta se produz no mercado, é preciso enfrentar questões concernentes ao poder do Estado para interferir e, por conseguinte, cotejar os direitos sociais ao princípio da liberdade de iniciativa. É preciso que se reconheça, por uma questão de coerência, a extensão do dever do Estado de realizar a oferta e de seu poder no controle da oferta privada.<sup>289</sup>

Dinorá Adelaide Musetti Grotti<sup>290</sup> trata da matéria em questão a partir de sua evolução na doutrina europeia, especialmente italiana, francesa e espanhola, onde a dicotomia se estabelece com outra terminologia, mas praticamente a mesma essência:

<sup>288</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Educação e cultura: direito e contrato*. In: Revista de Direito GV 4, v. 2, n. 21, jul-dez 2006, p. 127.

<sup>289</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Educação e cultura: direito e contrato*, op. cit., p. 134.

<sup>290</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, op. cit., p. 25-26.

*serviços públicos próprios e serviços públicos impróprios ou virtuais*. Alicerçada no pensamento de Gaspar Ariño Ortiz compreende ser um erro metodológico continuar a utilizar para *serviços* como os *serviços educacionais privados* a expressão *serviço público*, independentemente do adjetivo que se coloque na sequência (*virtual, impróprio* ou *objetivo*). Contribuindo para delinear o regime jurídico aplicável aos *serviços privados de interesse público*, sintetiza os pontos que os diferenciam dos *serviços públicos*, apresentados por Gaspar Ariño Ortiz:

- a) Diferente fonte e conteúdo do dever de prestação, que nas atividades regulamentadas não estaria no ato de autorização mas na norma, enquanto que na concessão estaria basicamente no título contratual no qual esta se legitima;
- b) O alcance do poder regulamentar da Administração seria distinto. Enquanto nos chamados serviços públicos impróprios estaria rigidamente estabelecido na norma, na concessão seria, além do que a norma prescreve, o que a Administração ordena em função de seu poder de alteração do contrato de concessão (salvo, naturalmente, que a norma o proíba);
- c) Um distinto alcance do poder sancionador, em caso de descumprimento dos deveres de prestação, em um e outro caso; para os exercentes de atividades regulamentadas, esta aparece detalhada na norma de uma maneira estrita e pormenorizada, enquanto que no caso dos concessionários dos serviços públicos, o regime de sanções se aproximaria mais ao do disciplinar interno da administração sobre seus agentes (...);
- d) Por último, a inexistência de um regime de possível substituição na prestação, a renunciabilidade, o caráter negociável da atividade diante de terceiros e a falta de direito ao equilíbrio econômico diferenciariam a posição do exercente de uma atividade regulamentada do concessionário.

Conclui-se o presente tópico fixando como premissa o fato de que os *serviços educacionais privados* ostentam a natureza jurídica de *atividade privada de interesse público*. A consequência que se extrai da fixação dessa premissa, consoante acima se destacou a partir das lições de Gaspar Ariño Ortiz, é a de que a *intervenção estatal por direção* deve levar em consideração a circunstância de que o regime jurídico aplicável será o *privado*, com a possibilidade de mediante a edição de *lei formal*, estabelecer-se uma funcionalização da atividade privada, inclusive em termos contratuais, no sentido da realização do *interesse público*.<sup>291</sup>

---

<sup>291</sup> Alexandre Santos Aragão conclui que as *atividades privadas de interesse público* se tratam de atividades que se localizam em um meio-termo entre os *serviços públicos* e as *atividades econômicas privadas*. Aduz: “As atividades de que estamos tratando são atividades econômicas privadas; não são desenvolvidas pelo Estado, seja diretamente, seja através de concessão ou permissão. São prestadas pelos particulares por direito próprio, mas o Estado as sujeita a um controle constante e que pode em alguns aspectos imiscuir-se em elementos contratuais de prestação da atividade, para que ela, não apenas não agrida o interesse público, mas também contribua para a sua realização” (ARAGÃO, Alexandre Santos.

### **2.3. A regulação setorial do segmento educacional privado: a intervenção por direção legislativa**

#### **2.3.1. Considerações introdutórias**

A passagem do modelo interventivo do Estado de bem-estar social para o formato do moderno Estado Regulador, foi acompanhada primordialmente por uma mudança na forma e na extensão da atividade interventiva estatal, mais que de objetivos a serem buscados. Uma primeira alteração significativa refere-se à abrangência das atividades que se sujeitarão a um regime de Direito Público e de Direito Privado. A segunda diria respeito a uma inversão da relevância do instrumento interventivo que será utilizado. Uma terceira característica é a de que a atuação regulatória do Estado não se norteia apenas no sentido de corrigir, atenuar ou eliminar defeitos do mercado, mas admite a possibilidade de uma atuação voltada a propiciar a realização de certos valores de natureza política ou social. Finalmente, como uma quarta característica, destaca-se a institucionalização de mecanismos de disciplina permanente da atividade econômica privada, passando-se de um estágio de regramento *estático* para uma concepção de regramento *dinâmico*.<sup>292</sup>

Se para determinados segmentos da economia o formato das agências reguladoras apresentou-se como solução (ou não) aos problemas que se apresentavam, no campo da regulação do *setor educacional privado* restou mantida a mesma fórmula longeva de estruturação hierárquico-burocrática, sob o comando de uma estrutura ministerial federal.

Os problemas inerentes à estrutura regulatória atualmente existente no âmbito do *segmento educacional* decorrem de diversos fatores, contudo, lastreado na avaliação realizada no tópico anterior, onde sequer a natureza jurídica dos *serviços educacionais privados* apresenta-se pacífica, pode-se afirmar que a reunião no mesmo corpo burocrático-ministerial das estruturas regulatórias do *serviço público de ensino* e do *serviço educacional privado* em nada contribuem para a modernização da própria atividade regulatória.

O modo de realização do bem-comum em um Estado regulador consiste na

---

*Direito dos serviços públicos, op. cit., p. 195).*

própria efetivação da atividade regulatória, concretizada, basicamente, com a edição de normas e outras providências orientadas a influir sobre a atuação das pessoas e instituições.<sup>293</sup>

O estabelecimento de regras de conduta e de controle será pautado pela busca do *interesse público*, sendo que no âmbito das *atividades econômicas* esse conjunto de medidas a serem desenvolvidas pelo Estado encontrar-se-ão abarcadas no conceito de *poder polícia*.<sup>294</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro menciona que a atividade educacional se enquadraria não tanto no âmbito na regulação econômica, mas naquela que denomina de *regulação social*. Pautada nessa ordem de ideias estabelece um conceito amplo de regulação com o fito de abarcar tanto a *regulação econômica*, quanto a *regulação social*:

[...] a regulação constitui-se como o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público.<sup>295</sup>

Atualizando a compreensão do exercício do *poder de polícia*, dissociado dos ranços oitocentistas, e adequando-o aos parâmetros e objetivos do moderno Estado regulador, Carlos Ari Sundfeld<sup>296</sup> cunha a expressão *administração ordenadora*, a qual congregaria as operações estatais de regulação do setor privado (e, portanto, ligadas à aquisição, exercício e sacrifício de direitos privados), com o emprego do poder de autoridade.

A ideia de *administração ordenadora* nega a existência de uma faculdade administrativa, estruturalmente distinta das demais, ligada à limitação dos direitos individuais. Somente a lei, de forma exclusiva, poderia originariamente regular os direitos, sendo que as operações administrativas destinadas a disciplinar a vida privada apresentar-se-iam, à semelhança das outras, como aplicação da lei. Tem-se, portanto, que enquanto a noção de *poder de polícia* ressaltava o suposto poder da Administração de interferir na liberdade e propriedade dos indivíduos, regulando-as em nome da *boa ordem da coisa pública*, a de administração ordenadora nasceria justamente com o fito

<sup>292</sup> JUSTEN FILHO, MARÇAL. *O direito das agências reguladoras independentes*, op. cit., 24-25.

<sup>293</sup> JUSTEN FILHO, MARÇAL. *O direito das agências reguladoras independentes*, op. cit., 27.

<sup>294</sup> DI PIETRO, Maria Zylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Zylvia Zanella. (Org). *Direito regulatório: temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 26.

<sup>295</sup> DI PIETRO, Maria Zylvia Zanella. *Direito regulatório:..., op. cit.*, p. 22.

<sup>296</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p.

de negá-lo, atualizando-o.<sup>297</sup>

A administração ordenadora pressupõe a disciplina da ação dos indivíduos enquanto atuantes em seu setor próprio, privado. Carlos Ari Sunfeld<sup>298</sup> afirma que quando os particulares atuam no campo *estatal*, estabelecem com a Administração o que denomina de *relação jurídica específica*. Nessas circunstâncias a Administração detém poderes especiais no trato com o particular. Por outro lado, quando atua no campo privado, submete-se apenas a vínculo *genérico* com o *Estado*, caracterizado pelo poder deste, através de *lei*, regulamentar as atividades privadas.

A Administração ordenadora se desenvolveria, portanto, dentro da vinculação genérica da Administração com o particular gerando as seguintes consequências:

- a) O princípio da legalidade, na relação genérica, tem aplicação muito mais intensa. Os poderes da Administração frente aos particulares, quando atuam no campo privado, são criação direta da lei. Logo a Administração só os exercerá se previstos em lei, como previstos e através dos instrumentos expressamente conferidos. Já na relação específica, entendem-se implícitos para a Administração poderes de mando, fiscalização e até de extinção do vínculo, independentemente de expressa previsão legal. Em outros termos, a lei apenas regulamenta os poderes que a Administração necessariamente tem – e que terá, mesmo na omissão da lei.
- b) Quando desenvolve atividade do Estado, em lugar dele, o particular vincula a responsabilidade deste pelos prejuízos que produzir. Quando, ao contrário, explora atividade privada – mesmo sob a administração ordenadora – os eventuais prejuízos resultantes são de sua exclusiva responsabilidade.

Diante da diretriz anteriormente fixada no sentido de que o *serviço educacional privado* possui natureza jurídica de *atividade privada de interesse público*, extraiu-se a conclusão de que o campo de possibilidade da regulação a ser exercida sobre esse segmento não poderia ocorrer nos mesmos moldes em que é efetivada sobre os *serviços públicos educacionais* promovidos pelo Estado.

Alexandre Santos Aragão<sup>299</sup> salienta que toda atividade privada é de alguma forma regulamentada, sendo que quando se utiliza a expressão *atividades privadas regulamentadas* está-se referindo a uma específica forma de regulamentação, setorial e

---

17.

<sup>297</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*, op. cit., p. 17-18.

<sup>298</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*, op. cit., p. 24.

<sup>299</sup> Alexandre Santos Aragão resgata as lições de Nicoletta Rangone: “sob o aspecto subjetivo são atividades privadas, mas que, em razão da sua função, são atividades particulares sujeitas a um especial regime publicístico; há, em outras palavras, atividades que não são imputáveis à Administração Pública, mas sim à iniciativa privada, mas que se sujeitam a um especial regime publicístico não derivado de uma concessão (serviço público em sentido impróprio). A evolução destas considerações levou à formulação da teoria dos ordenamentos setoriais” (ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos serviços públicos*, op. cit., p. 191).

funcionalizada.

Essas atividades privadas de interesse público, tal como o *serviço educacional privado*, face sua relação com o bem-estar da coletividade e diante de sua íntima relação com o *direito fundamental social à educação*, fazem com que a lei estabeleça uma exigência de *autorização* prévia para que possam vir a ser desenvolvidas, impondo uma contínua sujeição à regulação pelo poder público autorizante, a qual se concretiza pela estipulação de um ordenamento jurídico setorial.<sup>300</sup>

A validade da exigência de *autorização* para o desenvolvimento das *atividades econômicas em sentido estrito* é sustentada pelo que dispõe o artigo 170, parágrafo único,<sup>301</sup> da Constituição de 1988, sendo necessário que tal imposição seja estipulada por meio de *lei formal*. No caso específico da *atividade educacional privada* vislumbra-se a desnecessidade de edição de *lei formal* para a fixação de tal requisito prévio, tendo em vista que a própria Constituição de 1988, em seu artigo 209, II,<sup>302</sup> já estipulara que seu exercício dependeria de prévia *autorização* pelo Poder Público.

Seguindo essa ordem de ideias, e alicerçado nos parâmetros em que a *administração ordenadora* pode atuar, conclui-se que esse ordenamento jurídico setorial voltado para o *segmento educacional privado* somente poderá estruturar-se a partir dos dispositivos constitucionais que legitimam sua atuação interventiva e nas *leis formais* editadas visando restringir e limitar o exercício *do direito à livre iniciativa*. Assim sendo, mister apresentar-se em que bases a Constituição de 1988 permite à iniciativa privada o desenvolvimento da atividade educacional.

### **2.3.2. Os alicerces constitucionais para o exercício da *atividade educacional privada***

Consoante dispõe o artigo 209, I e II,<sup>303</sup> da Constituição de 1988, o *ensino* é livre

<sup>300</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos serviços públicos*, op. cit., p. 192.

<sup>301</sup> CF/88: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

<sup>302</sup> CF/88: “Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: (...) II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público”.

<sup>303</sup> CF/88: “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

para que a iniciativa privada o desenvolva, condicionado ao cumprimento de três requisitos: a) submissão a um procedimento prévio de *autorização* frente ao Poder Público; b) sujeição à constante fiscalização do cumprimento das normas gerais de educação; c) sujeição à avaliação regular da qualidade do serviço prestado.

Ainda que a Constituição de 1988 não tenha sido expressa em afirmar que a densidade normativa desses requisitos seria estipulada por meio de *lei formal*, compreende-se que essa seja a correta interpretação sistemática dos comandos constitucionais. Como delineado no tópico precedente, especialmente na análise dos julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal em matéria de *serviço educacional privado*, o princípio constitucional da *livre iniciativa* foi amplamente reconhecido como aplicável a tal modalidade de serviço, ressaltando-se, apenas, a necessidade de concretamente equacioná-lo frente aos demais fundamentos, princípios e direitos constitucionais, tal como o próprio *direito fundamental social à educação*.

Sendo-lhe aplicável o *princípio da livre iniciativa*, o instrumental normativo idôneo para operar a imposição de restrições e limitações ao seu exercício seria a *lei formal*, premissa igualmente reconhecida pela doutrina já apresentada, bem como pelos próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal.

O fato da Constituição de 1988 ter estipulado em seu artigo 209 os requisitos para o desenvolvimento da *atividade educacional privada*, inclusive a necessidade de *autorização* prévia, em momento algum importou numa declaração de inaplicabilidade da regra geral destinada às *atividades econômicas*, inscrita no artigo 170, parágrafo único. Não se verifica nenhuma incompatibilidade entre os dois dispositivos.<sup>304</sup>

Analisando-os em conjunto compreende-se que o constituinte pretendeu remeter ao Poder Legislativo o *juízo de conformação* cabível a cada *atividade econômica*, sendo que para as *atividades econômicas em sentido estrito* o legislador realizaria o *juízo de conformação* não só da *oportunidade* e da *conveniência* de se impor *limites e restrições*, mas também do *conteúdo* e *forma* com o qual estes se materializariam.

No caso específico do *serviço educacional privado* a única alteração que se percebe é a de que o legislador constituinte entendeu por bem não remeter ao legislador infraconstitucional o primeiro *juízo de conformação* acima indicado (*oportunidade* e

---

Poder Público.”

<sup>304</sup> RANIERI, Nina Beatriz. O poder e o limite do Estado na atividade educacional, *op. cit.*, p. 31.

*conveniência* na imposição de *limites e restrições*). No que concerne ao segundo *juízo de conformação* (estipulação do *conteúdo e forma* com a qual se materializariam) remanesceu integralmente aplicável a regra geral inscrita no artigo 170, parágrafo único, da Constituição de 1988.

Essas seriam, em linhas gerais, as diretrizes constitucionais que norteariam o exercício da atividade interventiva estatal *por direção legislativa*, passando-se adiante à análise de como as mesmas se operaram no plano concreto.<sup>305</sup>

### 2.3.2.1. Submissão a um procedimento prévio de *autorização* estatal

A Constituição de 1988 estabeleceu a necessidade de prévia autorização do Poder Público para que iniciativa privada pudesse desenvolver os *serviços educacionais*. Sendo assim, dúvida não há em relação à existência objetiva do requisito em questão, entretanto, o termo *autorização* tem-se prestado a uma utilização nas mais variadas acepções, especialmente no corpo do texto constitucional brasileiro de 1988. Portanto, imperativa a realização de uma incursão sobre o referido instituto, ainda que não em caráter exaustivo, para que se possa compreender em qual dos *sentidos possíveis* o legislador constituinte utilizou o termo *autorização* ao inscrevê-lo no artigo 209, II, da Constituição de 1988, bem como os efeitos jurídicos de tal enquadramento no procedimento regulatório.

Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>306</sup> esclarece que tradicionalmente, em termos constitucionais, a expressão *autorização* era utilizada para significar um *ato administrativo unilateral, discricionário e precário*, para atender necessidades coletivas instáveis ou de emergência transitória.<sup>307</sup>

Não parece ser a esta modalidade de *autorização* que estejam fazendo referência

<sup>305</sup> Conforme apresentado na introdução deste trabalho, a competência para legislar sobre *educação e ensino*, nos termos do artigo 24, IX, da Constituição de 1988, é concorrente, sendo que dado os objetivos expositivos pretendidos na presente dissertação, restringir-se-á a abordagem à intervenção *por direção legislativa federal* e à intervenção *por direção regulamentar* realizado pela União, especialmente no âmbito no Ministério da Educação.

<sup>306</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público no Brasil*, op. cit., p. 29-30.

<sup>307</sup> Nesse mesmo sentido a conceituação clássica proposta por Sara Jane Leite de Farias: “A autorização clássica é conceituada com um ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração” (FARIAS, Sara Jane Leite de. *Regulação jurídica dos serviços autorizados*. Rio

os artigos 209, II, e 170, parágrafo único, da Constituição de 1988. Sara Jane Leite de Farias<sup>308</sup> assevera que a *autorização* clássica seria unilateral pelo fato de que o pedido não se incorporaria ao ato administrativo. Seria igualmente discricionária porque o Poder Público decidiria discricionariamente sobre a conveniência ou não do atendimento da pretensão. Finalmente, ostentaria a característica da precariedade pelo grau de revogabilidade que lhe seria inerente, bem como pela ausência de direito à indenização nos casos de sua revogação.

A prestação do *serviço educacional privado* visa o cumprimento de mandamento inscrito no artigo 205, da Constituição de 1988, consistente na busca do pleno desenvolvimento da pessoa humana, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, objetivos que não guardam qualquer espécie de pertinência lógica com a ideia de necessidades coletivas instáveis ou de emergência transitória. *Educação* e *ensino* são processos que se desenvolvem ao longo de largos espaços de tempo dadas suas próprias características intrínsecas, estando ligados a noções exatamente opostas como planejamento, perenidade e estabilidade.

Visando superar as limitações descritivas oferecidas pela concepção clássica das *autorizações* Alexandre Santos Aragão propõe a existência de duas formas de *autorização*: a) por operação (tradicionais); b) operativas ou de funcionamento. Lastreia sua construção nas lições de Juan Carlos Cassagne, o qual assevera:

Nas autorizações de operação, o poder desta última se esgota com a emissão do ato, não dando, salvo previsão expressa em contrário, origem a nenhum vínculo posterior com o administrado. Ao revés, nas autorizações de funcionamento há uma vinculação permanente com a administração, com a finalidade de tutelar o interesse público, admitindo-se – tanto na doutrina como na jurisprudência espanhola – a possibilidade de modificação do conteúdo da autorização para adaptá-lo, constantemente, à dita finalidade, durante todo o tempo em que a atividade autorizada seja exercida.<sup>309</sup>

Nessa mesma linha conceitual Dinorá Adelaide Musetti Grotti<sup>310</sup> entende que a Administração Pública, nas autorizações operativas ou de funcionamento, poderá manter o particular sob diversos controles, os quais se iniciariam com a exigência da

---

de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 66-67.

<sup>308</sup> FARIAS, Sara Jane Leite de. *Regulação jurídica dos serviços autorizados*, op. cit., 67-68.

<sup>309</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos serviços públicos*, op. cit., p. 212. No mesmo sentido verifica-se a doutrina de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (ENTERRÍA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo, 10. ed., vol II. Madri: Civitas Editorial, 2011, 144-145).

<sup>310</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, op. cit. p. 121.

*autorização*, e manter-se-iam ao longo do desenvolvimento da atividade autorizada. A relação jurídica que se instaura entre Administração Pública e particular vai além da mera relação de trato instantâneo a que a doutrina clássica faria alusão. Para essa jurista, essa modalidade de *autorização* seria título jurídico habilitante do exercício de um determinado direito, o qual outorgaria legitimidade à atuação do particular. Não se trataria de uma legitimidade indireta, tal como se apresenta nas concessões administrativas, mas de instrumento de legitimação direta conferida pela Administração, mediante um ato de eficácia constitutiva.<sup>311</sup>

Carlos Ari Sundfeld<sup>312</sup> e Alexandre Santos Aragão<sup>313</sup> apresentam doutrina no mesmo sentido, compreendendo não existir direito algum antes do ato de autorização, sendo evidente o caráter *constitutivo* da *autorização* para desenvolvimento de *atividade econômica* em situações como a dos *serviços educacionais privados*.

Alexandre Santos Aragão resgata importante lição oferecida por Jose Maria Souvirón Morenilla, a qual se adequa com especial importância ao *segmento educacional privado*, visto a circunstância do órgão regulatório federal (Ministério da Educação), realizar a regulação tanto dos *serviços privados* quando dos *serviços públicos de ensino*:

A titularidade sobre as atividades privadas de interesse público não é da Administração, mas dos particulares, que as levam a cabo (ainda que condicionadas à obtenção de uma autorização) em razão de sua livre iniciativa. A Administração, portanto, não tem poderes decisórios sobre o seu estabelecimento, permanência, desenvolvimento e extinção, nem exerce sobre elas poderes 'domésticos', mas sim os próprios de sua supremacia geral. Poderá, pois condicionar o exercício da atividade, mas não criar, modificar ou extinguir tais serviços como queira. Enfim, a posição do titular de tais atividades não pode ser confundida com a de um gestor indireto dos serviços públicos da Administração (...). Os princípios do serviço público não podem ser aplicados com caráter institucional e in totum à atividade privada, nem ser exigidos com caráter vinculante dos seus operadores. A regulamentação dessas atividades com vista ao interesse público pode demandar que se ajustem a algumas exigências dessa natureza (p. ex. por imperativo constitucional, à não-discriminação e respeito aos direitos dos consumidores), mas em caso algum poderá haver uma sujeição global da atividade às exigências objetivas do serviço público como técnica institucional.<sup>314</sup>

A ideia acima referida afigura-se central na exposição do campo de possibilidade da atuação interventiva do Estado no *segmento educacional privado*. Parece ser absolutamente evidente o fato de que se deve dissociar a regulação da

<sup>311</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, op. cit. p. 123.

<sup>312</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*, op. cit., p. 44-45.

<sup>313</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos serviços públicos*, op. cit., p. 216.

atividade voltada à prestação de *ensino público-estatal* da atividade voltada à prestação de *ensino privada*. A questão relativa à existência de uma norma geral sobre a *educação*, consistente na chamada Lei de Diretrizes e Bases da Educação (lei 9394/96) poderia ser entendida como o estabelecimento das bases para a promoção do Ensino no Brasil, sendo válida a uniformização do direcionamento à Educação Pública e à Educação Privada naquilo que se poderia chamar da ideia constitucional da *educação* ou da ideia constitucional do *ensino*.

Todavia, a própria dicção constitucional que estabelece ser imperativa a *pluralidade de concepções educacionais* e da atuação do *ensino privado* em conjunto com o *ensino público*, não possibilita a admissão, ainda que pela via indireta, de que o procedimento de edição do ato de *autorização* acabe se prestando como instrumento de ação estatal no sentido da imposição de uma da atuação do *segmento educacional privado* à semelhança daquilo que se deseja do *ensino público*.

Os limites regulatórios do *ensino privado*, conforme se extrai da passagem acima mencionada, encontram-se nos objetivos constitucionalmente estabelecidos, não tendo sido remetido ao Poder Executivo a faculdade de dirigir a *atividade privada de ensino*, mas de estabelecer a regulamentação da legislação nacional sobre a educação (artigo 174, caput, da Constituição de 1988).<sup>315</sup>

Ainda no campo das autorizações de funcionamento, Alexandre Santos Aragão ressalta que estas não necessariamente estarão atreladas à ideia de discricionariedade, apesar de reconhecer que a tradição da doutrina pátria assim aponte, não tendo sido adotada essa concepção pela Constituição de 1988. Poderão existir, portanto, autorizações que decorram simplesmente do preenchimento dos requisitos objetivamente previstos em lei.<sup>316</sup>

Parte da doutrina acaba diferenciando as *autorizações* das *licenças*, consoante a Administração Pública detenha ou não discricionariedade na sua outorga. Cid Tomanik Pompeu<sup>317</sup> vislumbra nas autorizações para funcionamento de estabelecimento de ensino a natureza jurídica do que denomina *autorização de polícia*, a qual no direito

---

<sup>314</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos serviços públicos, op. cit.*, p. 217.

<sup>315</sup> CF/88: “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”.

<sup>316</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos serviços públicos, op. cit.*, p. 218.

<sup>317</sup> POMPEU, Cid Tomanik. *Autorização administrativa*, 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, 169-170.

italiano corresponderia à *licença*. Não se vislumbra na *autorização* para funcionamento de estabelecimento de ensino, portanto, uma modalidade de *autorização discricionária*, independentemente da nomenclatura utilizada pelo constituinte. Assim sendo, caso se adote a dicotomia *autorização/licença* conforme exista ou não discricionariedade, poder-se-ia afirmar que tal autorização em realidade teria natureza jurídica de *licença*.

Retornando ao espectro da atividade interventiva estatal *por direção legislativa*, verifica-se que no plano federal os únicos dispositivos legais editados com o fito de regular a autorização para o funcionamento dos estabelecimentos de ensino privados foram os artigo 7º, II,<sup>318</sup> e 9º, IX,<sup>319</sup> da Lei Federal 9394/96, os quais acabaram simplesmente silenciando sobre os contornos jurídicos formais e materiais para a sua concessão. Por ostentar a natureza jurídica de norma geral sobre a *educação*, caberia à União, aos Estados e ao Distrito Federal editarem *lei formal* regulamentando o procedimento e os requisitos para a concessão das referidas autorizações, nos termos do artigo 24, IX,<sup>320</sup> da Constituição de 1988, o que, ao menos no plano federal, ainda não ocorreu. Somente uma rápida menção no artigo 2º, parágrafo único,<sup>321</sup> da Lei Federal 10861/2004, denominada de Lei dos SINAES, acabou mencionado sua vinculação ao processo de avaliação, a seguir abordado.

### **2.3.2.2. Sujeição à constante fiscalização do cumprimento das normas gerais de educação e à avaliação da qualidade do serviço prestado**

Pautado no corte metodológico estabelecido na parte introdutória deste trabalho, analisar-se-á apenas a atividade interventiva estatal *por direção legislativa federal*. Como será demonstrado no próximo capítulo, a intervenção estatal *por direção* no *segmento educacional privado* opera-se primordialmente pela edição de normas *infralegais (direção regulamentar)*. Sob esse prisma, constata-se a inexistência de

<sup>318</sup> Art. 7º O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: (...); II - autorização de funcionamento e avaliação de qualidade pelo Poder Público;

<sup>319</sup> Art. 9º A União incumbir-se-á de: (...) IX - autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino.

<sup>320</sup> CF/88: “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...); IX - educação, cultura, ensino e desporto”.

<sup>321</sup> Art. 2º. (...): Parágrafo único. Os resultados da avaliação referida no caput deste artigo constituirão referencial básico dos processos de regulação e supervisão da educação superior, neles compreendidos o credenciamento e a renovação de credenciamento de instituições de educação superior, a autorização, o

legislação federal editada com o fito de regular o específico procedimento de fiscalização dos estabelecimentos de ensino superior.

Quanto às normas gerais de educação,<sup>322</sup> a atividade interventiva estatal *por direção legislativa* já foi realizada com a edição da Lei Federal 9394/96, a qual estabeleceu as diretrizes e bases para a educação nacional a serem seguidas tanto pelo segmento público quanto pelo *segmento educacional privado*.

Se em relação à estipulação de procedimentos para a fiscalização do ensino superior não houve a edição de legislação federal, situação diversa ocorre no campo da *avaliação de qualidade do ensino superior privado*, a qual se encontra regulada pela Lei Federal 10861/2004, denominada de Lei dos SINAES, bem como pelo artigo 9º, VI, VII e VIII,<sup>323</sup> da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei Federal 9394/96.

Por se tratar de requisito essencial ao desenvolvimento da *atividade educacional privada*, entende-se que o mínimo que se esperaria com relação a uma lei federal sobre procedimentos de avaliação do ensino superior fosse a estipulação de critérios ou procedimentos para a definição do que se entenderia por *qualidade*. Sobre esse aspecto específico verifica-se que a Lei dos SINAES não estabeleceu o que se entenderia por *qualidade* ou *como* a mesma seria aferida em termos objetivos. O artigo 2º<sup>324</sup> da Lei dos SINAES pretendia oferecer critérios para a *avaliação das instituições de ensino*, todavia, apenas elencou diretrizes absolutamente genéricas, sem estabelecer como seriam determinados os critérios positivos e negativos em cada item. A inexistência de

---

reconhecimento e a renovação de reconhecimento de cursos de graduação.

<sup>322</sup> Sobre a recorrente discussão sobre a natureza jurídica da Lei de Diretrizes e Bases da Educação como sendo ou não *norma geral*, José Afonso da Silva assinala: “A legislação concorrente da União sobre as matérias indicadas supra se limitará a estabelecer *normas gerais*. Nisso a Constituição foi, às vezes, redundante. Por exemplo, no art. 22, XXIV, dá como privativo da União legislar sobre *diretrizes e bases da educação nacional*, enquanto, no art. 24, IX, combinado como o § 1º, declara caber-lhe legislar sobre *normas gerais de educação*. Não há nisso incoerência, como pode parecer. Legislar sobre *diretrizes e bases* da educação nacional e sobre *normas gerais* de educação somam, no fundo, a mesma coisa” (SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, *op. cit.* p. 503).

<sup>323</sup> Art. 9º A União incumbir-se-á de: (...); VI - assegurar processo nacional de avaliação do rendimento escolar no ensino fundamental, médio e superior, em colaboração com os sistemas de ensino, objetivando a definição de prioridades e a melhoria da qualidade do ensino; VII - baixar normas gerais sobre cursos de graduação e pós-graduação; VIII - assegurar processo nacional de avaliação das instituições de educação superior, com a cooperação dos sistemas que tiverem responsabilidade sobre este nível de ensino;

<sup>324</sup> Art. 2º. O SINAES, ao promover a avaliação de instituições, de cursos e de desempenho dos estudantes, deverá assegurar: I – avaliação institucional, interna e externa, contemplando a análise global e integrada das dimensões, estruturas, relações, compromisso social, atividades, finalidades e responsabilidades sociais das instituições de educação superior e de seus cursos; II – o caráter público de todos os procedimentos, dados e resultados dos processos avaliativos; III – o respeito à identidade e à diversidade de instituições e de cursos; IV – a participação do corpo discente, docente e técnico-administrativo das instituições de educação superior, e da sociedade civil, por meio de suas

estipulação regulatória no texto da *lei formal* versando sobre os contornos do processo de avaliação não se coaduna com a premissa estabelecida no início do presente tópico no sentido de que o veículo idôneo para a estipulação da atividade interventiva seria a *lei*.

Sob o ponto de vista da potencial violação ao direito de *livre iniciativa* previsto na Constituição de 1988, o parágrafo único, desse mesmo artigo 2º, apresenta contornos de evidente inconstitucionalidade, visto que vincula abertamente os resultados aferidos no processo de avaliação com os procedimentos regulatórios que serão impostos ao *segmento educacional privado*. Igualmente estipula que os resultados das avaliações determinarão os rumos dos processos de *credenciamento* e de *renovação de credenciamento* das *instituições de educação superior*, bem como os processos de *autorização*, *reconhecimento* e de *renovação de reconhecimento* de cursos de graduação.

Denota-se que a extensa estipulação prevista no artigo 3º,<sup>325</sup> da Lei dos SINAES, acaba por não outorgar a mínima densidade normativa sobre os contornos jurídicos da figura inscrita no próprio texto da Constituição de 1988, denominada *avaliação de*

---

representações.

<sup>325</sup> Art. 3º A avaliação das instituições de educação superior terá por objetivo identificar o seu perfil e o significado de sua atuação, por meio de suas atividades, cursos, programas, projetos e setores, considerando as diferentes dimensões institucionais, dentre elas obrigatoriamente as seguintes: I – a missão e o plano de desenvolvimento institucional; II – a política para o ensino, a pesquisa, a pós-graduação, a extensão e as respectivas formas de operacionalização, incluídos os procedimentos para estímulo à produção acadêmica, as bolsas de pesquisa, de monitoria e demais modalidades; III – a responsabilidade social da instituição, considerada especialmente no que se refere à sua contribuição em relação à inclusão social, ao desenvolvimento econômico e social, à defesa do meio ambiente, da memória cultural, da produção artística e do patrimônio cultural; IV – a comunicação com a sociedade; V – as políticas de pessoal, as carreiras do corpo docente e do corpo técnico-administrativo, seu aperfeiçoamento, desenvolvimento profissional e suas condições de trabalho; VI – organização e gestão da instituição, especialmente o funcionamento e representatividade dos colegiados, sua independência e autonomia na relação com a mantenedora, e a participação dos segmentos da comunidade universitária nos processos decisórios; VII – infra-estrutura física, especialmente a de ensino e de pesquisa, biblioteca, recursos de informação e comunicação; VIII – planejamento e avaliação, especialmente os processos, resultados e eficácia da auto-avaliação institucional; IX – políticas de atendimento aos estudantes; X – sustentabilidade financeira, tendo em vista o significado social da continuidade dos compromissos na oferta da educação superior.

§ 1º. Na avaliação das instituições, as dimensões listadas no caput deste artigo serão consideradas de modo a respeitar a diversidade e as especificidades das diferentes organizações acadêmicas, devendo ser contemplada, no caso das universidades, de acordo com critérios estabelecidos em regulamento, pontuação específica pela existência de programas de pós-graduação e por seu desempenho, conforme a avaliação mantida pela Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES.

§ 2º Para a avaliação das instituições, serão utilizados procedimentos e instrumentos diversificados, dentre os quais a auto-avaliação e a avaliação externa *in loco*.

§ 3º A avaliação das instituições de educação superior resultará na aplicação de conceitos, ordenados em

*qualidade*. A remissão desses parâmetros jurídicos interventivos para uma conformação pela via *regulamentar* (ou até mesmo infra-regulamentar, se considerar-se a ideia de *regulamento* em um sentido mais estrito), não aparenta se encontrar em consonância com o instrumento jurídico idôneo para a materialização da atividade interventiva.

Ainda sobre a estipulação do processo de avaliação inscrito no artigo 3º, da Lei dos SINAES, Luiz Tropicardi Filho<sup>326</sup> assinala que a lei em questão submete todas as *instituições de ensino privadas* ao sistema federal de ensino, sujeitando-as ao mesmo sistema de avaliação promovido pelo Ministério da Educação. Tal circunstância desconsideraria as peculiaridades de cada região do Brasil e as singularidades de cada instituição de ensino. Em outras palavras, o Ministério da Educação estabelece os mesmos critérios de avaliação e padrões de qualidade tanto para universidades, comprometidas com *pesquisa* e *extensão*, quanto para instituições não-universitárias, que têm como único objetivo o *ensino*, em cursos de *graduação*.

Para melhor compreensão desse ponto específico é importante que se esclareça que não existe no texto constitucional, na Lei de Diretrizes e Bases da Educação ou em qualquer outra lei federal, um dispositivo que determine que todas as *instituições de ensino superior* devam, necessariamente, desenvolver *pesquisa* e *extensão*, ou para que possuam *planos de carreira* para seus *docentes* (na esfera privada), entretanto, tais critérios são consignados como pontos de avaliação os quais ao final determinarão os rumos da *atividade econômica* desenvolvida por essas instituições e, em determinados casos, sua própria extinção.

Como fora anteriormente destacado, a própria dicção constitucional que estabelece ser imperativa a *pluralidade de concepções educacionais* e da atuação do *ensino privado* em conjunto com o *ensino público*, não possibilita a admissão, ainda que pela via indireta, de que procedimentos *de autorização*, *de credenciamento* ou mesmo *de avaliação*, possam se prestar como instrumento de ação estatal no sentido da imposição de *pensamento único*, de *concepção educacional única*, de *forma de estruturação única*, ou qualquer outro mecanismo que confronte a aspiração constitucional a uma sociedade plural. Novamente salienta-se que os limites regulatórios do *ensino privado* encontram-se estabelecidos constitucionalmente, não

---

uma escala com 5 (cinco) níveis, a cada uma das dimensões e ao conjunto das dimensões avaliadas.

<sup>326</sup> TROPARDI FILHO, Luiz. *A exploração da atividade educacional pela iniciativa privada*, op. cit., p. 229.

tendo sido remetido ao Poder Executivo a faculdade de dirigir ou conformar a *atividade privada de ensino* por força de expediente oblíquos.

Em relação à avaliação dos cursos de graduação a Lei dos SINAES, em seu artigo 4º,<sup>327</sup> incorreu nas mesmas inconstitucionalidades acima destacadas. Detecta-se situação no mínimo curiosa em termos de produção normativa voltada para a intervenção estatal no *segmento educacional privado*, onde o Plano Nacional de Educação (Lei Federal 10172/2001) apresenta-se como norma-objetivo, e silencia sobre o que se entenda por *processos de avaliação* ou sobre o que se entenda por *qualidade do ensino superior privado*, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei Federal 9394/96) igualmente silencia, e a Lei dos SINAES (Lei Federal 10861/2004), após indicar dezenas de conceitos vagos ou ambíguos, remete à regulamentação pelo Poder Executivo.

A avaliação dos estudantes dos cursos de graduação é realizada por meio do Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes, cujas diretrizes inscritas no artigo 5º,<sup>328</sup> da Lei dos SINAES, apresentam os mesmos vícios indicados em relação à avaliação das instituições de ensino e dos cursos de graduação.

Talvez nesse ponto não resida somente um problema de matriz normativa, mas um dilema entre *liberdade* e *controle* dos próprios mecanismos de produção e reprodução social. A legislação consagra a *liberdade de ensino*, portanto, liberdade do que se ensina e como se ensina. Todavia, se estabelece que certos padrões de qualidade deverão ser atingidos pelos alunos de graduação. Para que se possa cobrar um conteúdo mínimo é necessário que se estabeleça esse conteúdo mínimo. Para que se possa aferir *qualidade* é necessário que se estabeleça o que será compreendido como *qualidade*.

---

<sup>327</sup> Art. 4º A avaliação dos cursos de graduação tem por objetivo identificar as condições de ensino oferecidas aos estudantes, em especial as relativas ao perfil do corpo docente, às instalações físicas e à organização didático-pedagógica.

§ 1º A avaliação dos cursos de graduação utilizará procedimentos e instrumentos diversificados, dentre os quais obrigatoriamente as visitas por comissões de especialistas das respectivas áreas do conhecimento.

§ 2º A avaliação dos cursos de graduação resultará na atribuição de conceitos, ordenados em uma escala com 5 (cinco) níveis, a cada uma das dimensões e ao conjunto das dimensões avaliadas.

<sup>328</sup> Art. 5º A avaliação do desempenho dos estudantes dos cursos de graduação será realizada mediante aplicação do Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes - ENADE.

§ 1º O ENADE aferirá o desempenho dos estudantes em relação aos conteúdos programáticos previstos nas diretrizes curriculares do respectivo curso de graduação, suas habilidades para ajustamento às exigências decorrentes da evolução do conhecimento e suas competências para compreender temas exteriores ao âmbito específico de sua profissão, ligados à realidade brasileira e mundial e a outras áreas do conhecimento.

Todas as estipulações vagas, de conteúdo indeterminado ou ambíguas, existentes no *ato legislativo interventivo federal* poderiam não redundar na qualificação jurídica de inválidas (inconstitucionais) não fosse a circunstância já apresentada anteriormente no sentido de que a *autorização* prevista na Constituição apresenta-se como uma *autorização operativa*, estabelecendo uma relação dinâmica entre as *instituições de ensino superior privado* e o Poder Público, mediada exatamente pelos instrumentos de *fiscalização* e de *avaliação* determinados constitucionalmente. Tal gravame apresenta-se evidente diante do conteúdo previsto no artigo 10,<sup>329</sup> da Lei dos SINAES, o qual estabelece que aquelas instituições de ensino que tiverem resultados *insatisfatórios* (outro *conceito vago* ou *indeterminado*), terão que firmar *termo de compromisso* para poderem continuar realizando sua *atividade econômica* e exercitando sua *livre iniciativa*, podendo chegar ao limite da *suspensão* ou da *cassação* de sua *autorização de funcionamento*.

Sobre a avaliação dos estudantes ainda seria importante frisar o que dispõe o artigo 5º, parágrafo 8º,<sup>330</sup> da Lei dos SINAES, o qual delega poderes totais sobre a determinação do que se entenderia por *avaliação dos alunos* a uma comissão de *experts*, os quais serão escolhidos a critério único e exclusivo de representantes do Poder Executivo. A adoção de critérios técnicos para determinação de algo que a lei denominou de *conceitos*, graduados de 1 a 5, consoante parâmetros que somente esses *especialistas* saberão, não parece realmente ser critério idôneo para que se valide a

<sup>329</sup> Art. 10. Os resultados considerados insatisfatórios ensejarão a celebração de protocolo de compromisso, a ser firmado entre a instituição de educação superior e o Ministério da Educação, que deverá conter:

- I – o diagnóstico objetivo das condições da instituição;
- II – os encaminhamentos, processos e ações a serem adotados pela instituição de educação superior com vistas na superação das dificuldades detectadas;
- III – a indicação de prazos e metas para o cumprimento de ações, expressamente definidas, e a caracterização das respectivas responsabilidades dos dirigentes;
- IV – a criação, por parte da instituição de educação superior, de comissão de acompanhamento do protocolo de compromisso.

§ 1º O protocolo a que se refere o caput deste artigo será público e estará disponível a todos os interessados.

§ 2º O descumprimento do protocolo de compromisso, no todo ou em parte, poderá ensejar a aplicação das seguintes penalidades:

- I – suspensão temporária da abertura de processo seletivo de cursos de graduação;
- II – cassação da autorização de funcionamento da instituição de educação superior ou do reconhecimento de cursos por ela oferecidos;
- III – advertência, suspensão ou perda de mandato do dirigente responsável pela ação não executada, no caso de instituições públicas de ensino superior.

<sup>330</sup> Art. 5º. (...) § 8º A avaliação do desempenho dos alunos de cada curso no ENADE será expressa por meio de conceitos, ordenados em uma escala com 5 (cinco) níveis, tomando por base padrões mínimos

*atuação interventiva estatal por direção legislativa.*

Em termos educacionais certamente se conseguirá reunir inúmeras comissões de *especialistas*, de incontestável conhecimento técnico, com formação acadêmica distinta, linhas ideológicas talvez até antagônicas, os quais proporão critérios de *avaliação* e conceitos de *qualidade* provavelmente distintos. Todos os argumentos anteriormente oferecidos em relação à idoneidade do *instrumento interventivo estatal – lei* -, aliados ao reconhecimento do *princípio da livre iniciativa* aos *serviços educacionais privados*, sem olvidar-se dos princípios que regem a atividade de *ensino (pluralidade de concepções pedagógicas e de ideias)*, fazem com que efetivamente não se possa reconhecer a constitucionalidade da pura e simples renúncia do dever de legislar que se vislumbra no conteúdo da Lei dos SINAES, salvo na hipótese da aceitação de que o Poder Executivo já possuiria tal atribuição normativa originariamente ou poderia recebê-la por delegação ou autorização do Poder Legislativo.

Em termos práticos, todo e qualquer conteúdo normativo pertinente ao conceito de *avaliação* ou em termos de *qualidade* foi remetido e entregue ao critério do Poder Executivo. Como será melhor abordado no terceiro capítulo, em termos de legitimação democrática, no bojo da construção das decisões burocrático-ministeriais, os artigos 6º<sup>331</sup> e 7º,<sup>332</sup> da Lei dos SINAES, remetem-nas à Comissão Nacional de Avaliação da

---

estabelecidos por especialistas das diferentes áreas do conhecimento.

<sup>331</sup> Art. 6º Fica instituída, no âmbito do Ministério da Educação e vinculada ao Gabinete do Ministro de Estado, a Comissão Nacional de Avaliação da Educação Superior – CONAES, órgão colegiado de coordenação e supervisão do SINAES, com as atribuições de:

- I – propor e avaliar as dinâmicas, procedimentos e mecanismos da avaliação institucional, de cursos e de desempenho dos estudantes;
- II – estabelecer diretrizes para organização e designação de comissões de avaliação, analisar relatórios, elaborar pareceres e encaminhar recomendações às instâncias competentes;
- III – formular propostas para o desenvolvimento das instituições de educação superior, com base nas análises e recomendações produzidas nos processos de avaliação;
- IV – articular-se com os sistemas estaduais de ensino, visando a estabelecer ações e critérios comuns de avaliação e supervisão da educação superior;
- V – submeter anualmente à aprovação do Ministro de Estado da Educação a relação dos cursos a cujos estudantes será aplicado o Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes - ENADE;
- VI – elaborar o seu regimento, a ser aprovado em ato do Ministro de Estado da Educação;
- VII – realizar reuniões ordinárias mensais e extraordinárias, sempre que convocadas pelo Ministro de Estado da Educação.

<sup>332</sup> Art. 7º A CONAES terá a seguinte composição:

- I – 1 (um) representante do INEP;
- II – 1 (um) representante da Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES;
- III – 3 (três) representantes do Ministério da Educação, sendo 1 (um) obrigatoriamente do órgão responsável pela regulação e supervisão da educação superior;
- IV – 1 (um) representante do corpo discente das instituições de educação superior;
- V – 1 (um) representante do corpo docente das instituições de educação superior;

Educação Superior – CONAES, cujos membros são indicados pelo Ministro da Educação ou pelo Presidente da República, deixando que os casos omissos e os demais detalhes em termos do processo de avaliação sejam regulados ao talando daquele, nos termos do artigo 10<sup>333</sup> da referida lei.

Alexandre dos Santos Aragão faz importante comentário sobre os limites existentes à imposição regulatória, destacando que em se tratando de atividade privada, existiria um *direito subjetivo* à entrada e permanência no mercado, que, naturalmente, poderia ser limitado por normas de Direito Público, ainda mais quando a atividade for fortemente regulamentada em razão do seu liame com os interesses da coletividade, todavia, mesmo nesses casos, haverá um *mínimo* daquele direito subjetivo de iniciativa privada que deverá ser sempre resguardado contra qualquer interesse coletivo, por mais relevante que seja.<sup>334</sup>

Referido jurista ainda destaca que uma das formas mais comuns de se realizar uma violação do núcleo essencial do direito à *iniciativa privada* nas atividades privadas regulamentadas, desnaturando-as, é tratá-las como se serviço público fosse, impondo-lhe quantitativa ou qualitativamente obrigações excessivas.<sup>335</sup> Não se nega o fato de que as atividades privadas reguladas, como é o específico caso *atividade privada de ensino*, possam vir a ser *funcionalizadas para a realização das políticas públicas* do setor educacional, entretanto, tal procedimento de funcionalização não pode chegar ao ponto

VI – 1 (um) representante do corpo técnico-administrativo das instituições de educação superior;

VII – 5 (cinco) membros, indicados pelo Ministro de Estado da Educação, escolhidos entre cidadãos com notório saber científico, filosófico e artístico, e reconhecida competência em avaliação ou gestão da educação superior.

§ 1o Os membros referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão designados pelos titulares dos órgãos por eles representados e aqueles referidos no inciso III do caput deste artigo, pelo Ministro de Estado da Educação.

§ 2o O membro referido no inciso IV do caput deste artigo será nomeado pelo Presidente da República para mandato de 2 (dois) anos, vedada a recondução.

§ 3o Os membros referidos nos incisos V a VII do caput deste artigo serão nomeados pelo Presidente da República para mandato de 3 (três) anos, admitida 1 (uma) recondução, observado o disposto no parágrafo único do art. 13 desta Lei.

§ 4o A CONAES será presidida por 1 (um) dos membros referidos no inciso VII do caput deste artigo, eleito pelo colegiado, para mandato de 1 (um) ano, permitida 1 (uma) recondução.

§ 5o As instituições de educação superior deverão abonar as faltas do estudante que, em decorrência da designação de que trata o inciso IV do caput deste artigo, tenha participado de reuniões da CONAES em horário coincidente com as atividades acadêmicas.

§ 6o Os membros da CONAES exercem função não remunerada de interesse público relevante, com precedência sobre quaisquer outros cargos públicos de que sejam titulares e, quando convocados, farão jus a transporte e diárias.

<sup>333</sup> Art. 14. O Ministro de Estado da Educação regulamentará os procedimentos de avaliação do SINAES.

<sup>334</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos serviços públicos*, op. cit., p. 202.

<sup>335</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos serviços públicos*, op. cit., p. 208.

de forçar que as próprias instituições de ensino as executem.<sup>336</sup>

### 2.3.2.3. A LDBE e a capacidade de autofinanciamento

Delineados os contornos constitucionais que impõe requisitos ao exercício da *livre iniciativa* no segmento educacional privado, vislumbra-se que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei Federal 9394/96), em seu artigo 7º, III,<sup>337</sup> acabou por estipular um requisito novo, inexistente naquilo que se previu no artigo 209 da Constituição de 1988.

Nina Beatriz Ranieri, analisando a circunstância do acréscimo operado pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação, pronunciou-se no sentido de sua inconstitucionalidade:

Neste caso, extrapolou completamente o limite estabelecido pela Constituição Federal. E, repito, a lei, aqui, não poderia inovar estabelecendo uma exigência que não tem natureza diretivo-basilar. Não consigo compreender em que medida a capacidade de autofinanciamento possa ser uma diretriz do sistema nacional de educação. Não consigo compreender. Poderia ser uma base? Estaria o Governo preocupado em garantir educação para todos, uma vez que só poderiam se estabelecer aquelas instituições que comprovadamente tivessem capacidade de autofinanciamento? Não é o que diz o Art. 170 da Constituição! Não é o que diz o Parágrafo único do Art. 170, segundo o qual a atividade econômica é livre, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. A ordem econômica e financeira estabelecida em nossa Constituição e os princípios que regem a atividade econômica, em nosso sistema constitucional, não exigem comprovação prévia de autofinanciamento para a atividade educacional. E esse dispositivo da LDB, ou seja, o inciso III, eu considero inconstitucional, por ferir o Art. 170 e Parágrafo único da Constituição, bem como os princípios que devem orientar a atividade educacional.<sup>338</sup>

Luiz Tropardi Filho<sup>339</sup> espousa entendimento no mesmo sentido, asseverando que a delimitação constitucional já teria realizado o juízo de conformação sobre o campo de possibilidade do exercício da atividade educacional privada.

Não obstante a flagrante inovação realizada, a qual não se considera idônea em termos de *intervenção estatal por direção legislativa*, cumpriria destacar-se que novamente os termos inscritos no referido dispositivo legal se apresentam como conceitos vagos ou indeterminados, sendo de discutível constitucionalidade seja

<sup>336</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos serviços públicos*, op. cit., p. 209.

<sup>337</sup> Art. 7º O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: (...); III - capacidade de autofinanciamento, ressalvado o previsto no art. 213 da Constituição Federal.

<sup>338</sup> RANIERI, Nina Beatriz. *O poder e o limite do Estado na atividade educacional*, op. cit., p. 36-37.

<sup>339</sup> TROPARDI FILHO, Luiz. *A exploração da atividade educacional pela iniciativa privada*, op. cit. p. 231.

possível a lei estabelecer requisito restritivo ao exercício do direito à livre iniciativa, materializado em conceito que sequer se localiza no plano do direito, permanecendo ao critério elástico e extrajurídico da ciência da administração.

### **2.3.3. A regulação da *atividade educacional privada* na perspectiva do Superior Tribunal de Justiça**

No presente tópico não se pretende realizar uma profunda análise de todas as formas com as quais os Estado, mediante o exercício de função *legislativa*, estabelece normas que pretendam promover o equilíbrio entre os direitos constitucionais à *liberdade de iniciativa e livre concorrência*, diante dos demais direitos igualmente consagrados na Constituição de 1988, em especial o direito à *educação*, mas tentar demonstrar, pela análise da visão do Superior Tribunal de Justiça, que apesar do cotidiano debate sobre a natureza jurídica da atividade educacional privada, esta vem judicialmente sendo considerada como *atividade econômica em sentido estrito*.

A intervenção do Estado opera-se mediante a imposição legislativa de restrições à liberdade de contratar (limitações não iminentes, na classificação de Larenz anteriormente referida), na linha do que se poderia chamar de um dirigismo contratual *moderado*, diante da especial relevância dos valores constitucionais igualmente consagrados, mas que necessitam harmonizar-se no plano dinâmico da realidade subjacente à norma.

A perspectiva que se oferece, portanto, já se funda na superação do debate sobre a possibilidade ou não *intervenção estatal* na determinação do conteúdo dos contratos de prestação de serviço educacionais pela via legislativa, questão decidida no julgamento da Adin 319-4 anteriormente analisado.<sup>340</sup>

---

<sup>340</sup> Como salienta Romeu Felipe Bacellar Filho, uma das formas de intervenção estatal no domínio econômico consiste exatamente na repressão ao abuso de poder econômico, na forma do artigo 173, parágrafo 4º, da CF-88. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo, op. cit.*, p. 122). Sobre o julgamento da Adin 319-4 e a possibilidade de controle prévio dos preços dos contratos por abuso de poder econômico, Luis Roberto Barroso assinalou que essa decisão valeu-se em parte desse dispositivo como fundamento da decisão ao final proferida, todavia, em uma perspectiva mais retórica, fruto das circunstâncias particulares daquele caso, do que efetivamente sob o ponto de vista normativo. No caso examinado não houve demonstração da ocorrência de abuso de poder econômico, atuando o legislador em caráter preventivo, ou seja, impondo muito mais uma limitação ordenadora à atividade do particular para a salvaguarda do interesse público do que efetivamente atuando na repressão a abuso, ainda que nesse sentido se tenha pontualmente apresentado argumentos. Em outras palavras, a atuação foi cautelar, pela via legislativa, não para reprimir, mas para evitar que fosse necessária futura repressão, em suma, para

Os artigos 5º<sup>341</sup> e 6º<sup>342</sup> da Lei 9870, de 23 de novembro de 1999, são um exemplo claro da situação relativa em que se encontram os contratos de prestação de serviço no segmento educacional privado. Na mesma medida em que reconhece a *liberdade* no estabelecimento das bases contratuais opera-se uma redução no campo das possibilidades que são conferidas às partes no exercício de tal liberdade.

Reconhece o direito ao contratante efetivamente matriculado em ter reconhecido seu direito à renovação da matrícula, salvo se esteja inadimplente, mas restringe a possibilidade que normalmente existiria nas relações contratuais privadas de impor sanções por descumprimento contratual, especialmente àquelas que possuam reflexos no processo ensino-aprendizagem e no direito do educando.

As tradicionais regras de natureza privada, oriundas do Código Civil, são ajustadas a partir do encontro com as novas regras de ordem pública, construindo um regime jurídico novo, híbrido, que não se adequa, de forma alguma, à tradicional dicotomia público-privado.

A promoção dessa harmonização, pelo exercício da *função legislativa*, é reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça quando preceitua que é por essa via que se estabelecerá o regime jurídico contratual diferenciado aplicável às atividades

---

atuar de forma a *ordenar* a atuação do particular, conformando a atuação do particular aos lindes do interesse público (BARROSO. Luis Roberto. *A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 14, maio/junho/julho, 2008. Disponível na internet: < <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em 14 de janeiro de 2011).

<sup>341</sup> Art. 5º Os alunos já matriculados, salvo quando inadimplentes, terão direito à renovação das matrículas, observado o calendário escolar da instituição, o regimento da escola ou cláusula contratual.

<sup>342</sup> Art. 6º São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil Brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias.

§ 1º O desligamento do aluno por inadimplência somente poderá ocorrer ao final do ano letivo ou, no ensino superior, ao final do semestre letivo quando a instituição adotar o regime didático semestral.

§ 2º Os estabelecimentos de ensino fundamental, médio e superior deverão expedir, a qualquer tempo, os documentos de transferência de seus alunos, independentemente de sua adimplência ou da adoção de procedimentos legais de cobranças judiciais.

§ 3º São asseguradas em estabelecimentos públicos de ensino fundamental e médio as matrículas dos alunos, cujos contratos, celebrados por seus pais ou responsáveis para a prestação de serviços educacionais, tenham sido suspensos em virtude de inadimplemento, nos termos do caput deste artigo.

§ 4º Na hipótese de os alunos a que se refere o § 2º, ou seus pais ou responsáveis, não terem providenciado a sua imediata matrícula em outro estabelecimento de sua livre escolha, as Secretarias de Educação estaduais e municipais deverão providenciá-la em estabelecimento de ensino da rede pública, em curso e série correspondentes aos cursados na escola de origem, de forma a garantir a continuidade de seus estudos no mesmo período letivo e a respeitar o disposto no inciso V do art. 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

econômicas de especial interesse público, na qual será possível, inclusive, estipular-se previsão no sentido da impossibilidade do desligamento do aluno antes do término do ano letivo ou, no ensino superior, do semestre letivo.<sup>343</sup>

Esse regime contratual diferenciado encontra sua origem e seus limites no texto constitucional, todavia, diante da colisão de direitos acima referida, entende o Superior Tribunal de Justiça ser possível ao legislador, mediante a edição de *lei formal*, equacionar normativamente os valores em aparente conflito, operando o recorte no grande espectro das possibilidades contratuais que normalmente seriam inerentes ao primado da *livre iniciativa*, fundamento da República e da ordem econômica. O destaque é realizado diante da abordagem que se empreenderá no capítulo seguinte, quando se tratará do exercício de *função normativa* pelo Poder Executivo, e os contornos que a ordem constitucional vigente lhe impõe.

Situação semelhante é igualmente equacionada pelo Superior Tribunal de Justiça quando afirma reiteradamente ser vedado à *instituição de ensino* contratada realizar a retenção de diploma de aluno inadimplente, por entender que se trata de penalidade pedagógica imposta em virtude de inadimplência, nos termos do artigo 6º da Lei 9870/99.<sup>344</sup>

---

<sup>343</sup> Nesse sentido os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça: REsp 1.081.936-SP, Relator Min. Benedito Alves; DJe 26-11-2008; REsp 837.580-MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 31-05-2007; REsp 660.439-RS, Min. Eliana Calmon, DJ 27-06-2005; REsp 637.617-RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 03-10-2005.

<sup>344</sup> Nesse sentido os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça: REsp 913.917-ES, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 12-09-2008; AgRg no REsp 637.204-PR, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ. 03.11.2004 e REsp 223.396-MG, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 29-11-1999)

## **CAPÍTULO 3. A ATIVIDADE NORMATIVA DO PODER EXECUTIVO E A REGULAÇÃO DO SEGMENTO EDUCACIONAL PRIVADO**

### **3.1. O Poder Executivo e a intervenção por *direção regulamentar***

Para efeitos de apresentação deste trabalho ofereceu-se no capítulo anterior uma proposta classificatória das modalidades de *intervenção estatal por direção*, consoante o instrumento utilizado para veiculá-la, ficando assim estabelecida: i) *intervenção por direção legislativa*; ii) *intervenção por direção regulamentar*. Na primeira modalidade, *por direção legislativa*, o Estado regularia as atividades econômicas por meio da edição de leis ou outras normas com força de *lei*, sendo que na segunda, *por direção regulamentar*, a atividade regulatória do Estado seria desenvolvida mediante a expedição de regulamentos em sentido lato, na forma concebida por Clèmerson Clève.

Não se pretende, naturalmente, exaurir a vasta temática relativa aos *regulamentos* no ordenamento jurídico brasileiro, mas apenas oferecer as linhas gerais sobre como o assunto é tratado na doutrina brasileira, estruturando as bases sobre as quais se poderá analisar e localizar a forma com a qual a *intervenção por direção regulamentar* se materializa no âmbito do *segmento educacional privado*.

Poder-se-ia basicamente alinhar as correntes que pretendem abordar a temática relativa aos regulamentos em três linhas teóricas distintas: i) a concepção tradicional de regulamento; b) a função regulamentar estruturada em uma concepção material de separação de poderes; c) a função regulamentar como realização do princípio da eficiência administrativa;

#### **3.1.1. A concepção tradicional de regulamento**

Para José Afonso da Silva,<sup>345</sup> nos termos do art. 84, IV e VI,<sup>346</sup> da Constituição de 1988, existiriam duas modalidades de *regulamentos*: i) *regulamento de execução*; e,

<sup>345</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 426.

<sup>346</sup> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; (...); VI - dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

ii) *regulamento de organização*. Afirma que o sistema constitucional brasileiro não admite os chamados *regulamentos independentes* ou *autônomos*. O poder regulamentar, portanto, consistiria em um poder administrativo no exercício de função normativa subordinada, qualquer que seja o objeto. Trata-se de poder normativo limitado, não apto a criar normatividade que inove a ordem jurídica.

Com o ingresso na ordem constitucional brasileira da EC 32/2001, dando nova redação ao artigo 84, VI, entendeu esse jurista ter-se criado fundamento jurídico à edição de *regulamentos de organização*, os quais teriam certa feição de regulamento autônomo, apesar de terem que atender a forma da lei, e respeitarem as demais regras constitucionais que estipulem forma legal específica para sua edição (ex. emancipação municipal depende de *lei estadual*, organização de Territórios, etc.).<sup>347</sup>

Nessa mesma ordem de ideias Celso Antônio Bandeira de Mello relega ao regulamento mero papel de estabelecimento de critérios e procedimentos de atuação administrativa, dentro de limites rígidos fixados em lei. Dessa forma, o poder regulamentar visaria dar procedimentalidade à lei, servindo à sua fiel execução. Afirma que o princípio da legalidade no Brasil impõe ao regulamento o caráter de “ato estritamente subordinado, isto é, meramente subalterno e, ademais, dependente de lei”. Conceitua *regulamento* como sendo:

Ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução da lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública.<sup>348</sup>

Esse jurista não admite regulamento sem lei anterior que o estipule e o limite. Assim, não toleraria outra forma de regulamento no direito brasileiro que não os *regulamentos executivos*, estabelecidos para fiel execução da lei pela Administração. Afirma que não haveria lugar sequer para os *regulamentos autorizados* ou *delegados* (atividade normativa desempenhada pelo Executivo mediante expressa autorização de ato do Legislativo, dentro de seus limites), muito menos para os chamados *regulamentos independentes* ou *autônomos* (atividade normativa autorizada implícita ou explicitamente pela Constituição ao Executivo) e julga que a função do regulamento em

<sup>347</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p. 427.

<sup>348</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 27. ed. rev. e atual até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 343.

nosso sistema seria modesta e reduzida.<sup>349</sup>

Quanto a possibilidade de inovação do ordenamento jurídico, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>350</sup> somente a admitiria por força de *lei formal* ou instrumento normativo com força de lei, como no caso das medidas-provisórias e leis delegadas. Nessa mesma linha de pensamento destacam-se, ainda, as lições de Osvaldo Antonio Bandeira de Mello:

A lei e o regulamento, na verdade, distinguem-se sob o aspecto material e formal. Segundo a matéria, a diferença está em que a lei inova originariamente na ordem jurídica, enquanto o regulamento não a altera. Isso é verdade tanto para o regulamento executivo, que desenvolve a lei para efeito de sua aplicação, como para o regulamento autorizado ou delegado, porquanto a modificação da ordem jurídica, que resulta dos seus preceitos expressos, deve já estar virtualmente contida nas disposições programáticas, que lhe dão habilitação legislativa. Destarte, a inovação originária da ordem jurídica é da lei, e não dele. (...)

Formalmente, o regulamento subordina-se à lei, pois nela se apoia como texto anterior, para sua execução, seja quanto à sua aplicação, seja quanto à efetivação das diretrizes por ela traçadas na habilitação legislativa. Sujeita-se, então, o regulamento à lei, como regra jurídica normativa superior, colocada acima dele, que rege suas atividades e é por ele inatingível, pois não pode opor a ela.<sup>351</sup>

Aclamando o princípio da legalidade, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>352</sup> não admite que o regulamento inclua no sistema positivo qualquer regra geradora de direito ou obrigação novos (os chamados efeitos externos do regulamento). Interpreta o art. 5º, inciso II, da Constituição de 1988, de forma muito restrita, argumentando que tal dispositivo determina a exigência de *lei* em sentido *formal* para que o Poder Público imponha obrigações aos administrados, de maneira a não tolerar que o Poder Executivo, por meio de decreto, pudesse, por si mesmo, interferir na liberdade ou na propriedade das pessoas. Nesse mesmo sentido é a doutrina do ex Ministro do STF Carlos Mario Velloso.<sup>353</sup>

Romeu Felipe Bacellar Filho posiciona-se claramente em sentido contrário à possibilidade de transferência ao Poder Executivo do poder de editar normas primárias, inovadoras da ordem jurídica, inclusive nas situações atinentes às chamadas *agências reguladoras independentes*:

Revela-se bastante discutível a posição adotada por alguns juristas brasileiros que vêem na competência reguladora da Agência uma capacidade para produção de atos

<sup>349</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 343-344.

<sup>350</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 344.

<sup>351</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, vol. 1: Introdução, 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 373.

<sup>352</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 345.

<sup>353</sup> VELLOSO, Carlos Mario da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 423.

normativos primários, dotados de força para inovar, de forma originária, o ordenamento jurídico. Afinal, aceitar a transferência de funções legislativas ou mesmo regulamentares a pessoas jurídicas que integram a Administração pública poderia importar, no regime brasileiro, quebra do princípio da separação de poderes, erigido à cláusula pétrea e verdadeiro limite material ao poder de reforma constitucional (art. 60, § 4º, III, da CF).<sup>354</sup>

Para esse jurista, mesmo no que se refere às agências reguladoras, defender um aumento da *discricionabilidade* administrativa, ainda que sobre o manto do princípio da eficiência, não configuraria avanço algum, mas um retrocesso ao período imperial, no qual as leis conteriam fórmulas genéricas, deixando a cargo da Administração a tarefa de estatuir conforme suas conveniências.<sup>355</sup>

Parte da doutrina aceita, em certa medida, a possibilidade da delegação da função normativa ao Poder Executivo, mediante o que se denominou de *delegação por standards*, sendo essa a linha de pensamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho.<sup>356</sup> Relata que nos Estados Unidos ocorreu o mesmo fenômeno do manejo de delegações ao Poder Executivo, tendo a Suprema Corte, em um primeiro momento, invalidado as leis que delegavam ao Executivo o poder de editar atos normativos primários. Posteriormente, nos anos 30, passou a se estabelecer uma distinção entre a ideia de *abdicação* e a de *delegação*.

Entendeu-se que a *delegação* seria possível, sendo que esta ocorreria quando o legislador consignasse *standards* (padrões), fixando os limites entre os quais poderia o Poder Executivo atuar, mediante regras subordinadas.<sup>357</sup> Não existindo esses *standards*, ou apresentando-se *vagos* ou *imprecisos*, ocorreria *abdicação*. Passou a Suprema Corte americana a realizar um controle pela via da *razoabilidade*, ou seja, um controle de aferição entre meios e fins (adequação/proporcionalidade/razoabilidade).<sup>358</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello posiciona-se francamente contrário à transferência da função normativa primária, mecanismo este que denomina de *delegações disfarçadas*, portanto, inconstitucionais. Tal invalidade surgiria sempre que a lei remetesse ao Poder Executivo a possibilidade de inovar a ordem jurídica. Essa abdicação ficaria configurada quando fosse deferido ao “*regulamento definir, por si*

<sup>354</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Reflexões sobre direito administrativo*, op. cit., p. 53-54.

<sup>355</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo código civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 105.

<sup>356</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e Constituição*, op. cit., p. 54.

<sup>357</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*, 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 161-162.

*mesmo, as condições ou requisitos necessários ao nascimento do direito material ou ao nascimento da obrigação, dever ou restrição*".<sup>359</sup> Entende que atualmente não haveria espaço algum para tal pretensão, por força do que dispõe o artigo 25<sup>360</sup> do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o qual demonstraria a clara intenção do legislador constituinte de banir essa prática abusiva, muito utilizada no passado recente brasileiro.<sup>361</sup>

### **3.1.2. A função regulamentar e a concepção material da separação de poderes**

Como já fora salientado no capítulo primeiro do presente trabalho, Eros Grau<sup>362</sup> propôs uma releitura do primado da *separação de poderes*, concebendo as funções estatais a partir da utilização de um critério *material*, a partir do qual somente seria cabível cogitar-se de *delegação da função legislativa* nos termos previstos nos artigos 62 a 68 da Constituição de 1988, não de *função normativa regulamentar*.

Refuta o que denomina de *equivoco* proposto pela doutrina tradicional, o qual oporia o *princípio da legalidade* ao exercício da *função regulamentar*, aceitando apenas *regulamentos* de execução. Essa concepção tradicional, acima exposta, propõe a estruturação dos *regulamentos* nos seguintes moldes:

- i) os regulamentos executivos (ou de execução) destinam-se ao desenvolvimento de textos legais, tendo em vista a fiel execução da lei;
- ii) regulamentos delegados são os que, em decorrência de delegação legislativa, o Poder Executivo emana como manifestação unilateral de sua vontade, suficientes para inovar a ordem jurídica;
- iii) regulamentos autônomos (ou independentes) são os que, consubstanciando inovação na ordem jurídica, emanam do Poder Executivo não como mero desenvolvimento de lei anterior e independentemente de delegação legislativa; são expressões da prerrogativa do exercício de funções normativas pelo Poder Executivo;
- iv) regulamentos de urgência ou necessidade são os que emanam do Poder Executivo em situação excepcional, de verdadeiro estado de necessidade, para impedir danos ao interesse público, que não seriam evitados senão mediante a sua emanção.<sup>363</sup>

<sup>358</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*, op. cit., p. 165.

<sup>359</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 358-359.

<sup>360</sup> CF/88 (ADCT): "Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I - ação normativa;"

<sup>361</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, op. cit., p. 359.

<sup>362</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 244.

<sup>363</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 244-245.

A sustentação da *função regulamentar* apenas na existência de poder hierárquico, sendo os agentes da Administração seus destinatários, sem a possibilidade de vinculação aos comportamentos dos particulares, constituiria para Eros Grau um acatamento absoluto da *doutrina liberal*, concebida para uma *separação de poderes*, não para um *equilíbrio de poderes*.<sup>364</sup> Apesar de ter se valido da construção de Renato Alessi no que tange à determinação do conceito de *função*, não concorda com as conclusões a que o mestre italiano chega, visto que este acaba por conceber que a emanção de *regulamentos* pelo Executivo seria uma derrogação do princípio da *separação de poderes*. Para Eros Grau<sup>365</sup> somente haveria derrogação se a delegação ocorresse no plano da *função legislativa*.

Igualmente refuta outra conclusão de Renato Alessi na qual este afirma que o *regulamento*, porque se apresentam como derivado, possui seu fundamento em uma *atribuição de poder normativo* e não em um poder discricionário da Administração. Sua refutação é sustentada na premissa de que a partir de uma classificação *material* das funções estatais, a *função normativa* estaria espalhada pelo todo em que se constitui o Estado. Apenas parte dela seria destinada à titularidade do Poder Legislativo, qual seja, a *função legislativa*. Remanesceria parte da *função normativa* (regulamentar e regimental) como faculdades dos chamados Poderes Executivo e Judiciário, os quais apenas em nome do *equilíbrio* e não da *separação de poderes*, reclamariam uma autorização por ato legislativo.<sup>366</sup>

Uma das preocupações centrais do presente trabalho reside no fato de que durante toda a construção oferecida por Eros Grau em momento algum ocorre o questionamento da *legitimidade* dessa suposta *função normativa* a ser exercitada pelo Poder Executivo. A menção recorrente ao fato de que a *separação de poderes* seria uma construção liberal que tenderia a beneficiar os ideais burgueses e individuais e que, portanto, não prevaleceriam na atual quadra da história, não esclarece *de onde surgiria a legitimidade democrática para a produção dessas normas*.

Apesar de Eros Grau considerar a *função regimental* como espécie do gênero *função normativa*, parece importante destacar que nesse particular não é a *lei* que

---

<sup>364</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 246.

<sup>365</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 248-249.

<sup>366</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 249.

autoriza o seu exercício por parte dos Tribunais, mas a própria Constituição,<sup>367</sup> constituindo-se, portanto, em norma constitucional de atribuição de competência, não uma possível delegação ou autorização, em deferência ao equilíbrio entre os Poderes. Trata-se do próprio equilíbrio instituído pelo legislador constituinte. Não haveria, portanto, como colocar-se no mesmo patamar a atribuição do constituinte de funções normativas aos Tribunais para estabelecerem seus regimentos internos e a atribuição genérica de função regulamentar ao Poder Executivo, realizada pelo legislador ordinário.

Para Eros Grau<sup>368</sup> o reconhecimento da superação dos ideais liberais diante do texto Constitucional de 1988 é um imperativo necessário à própria compreensão da nova ordem constitucional, sendo que o reconhecimento da concepção *material* da *separação de poderes* guardaria compatibilidade com a ideologia consagrada pelo constituinte, a qual reclamaria, de modo intenso, a ação do Poder Executivo, realizando uma aproximação cada vez maior entre política e direito.

Apesar de se tratar de construção doutrinária não tão recente, o interesse sobre o assunto passou a crescer em ritmo acelerado a partir de 29 de setembro de 2006, quando o Supremo Tribunal Federal, colocou em julgamento a Adin 2591-1 – DF,<sup>369</sup> a qual versava sobre arguição de inconstitucionalidade de Resoluções expedidas pelo Conselho Monetário Nacional. Para que se possa compreender o que se decidira nesse julgado passa-se a uma pequena síntese.

Na decisão proferida nesse julgamento o Ministro Eros Grau, redator do acórdão, acabou consignando, como razões de sua decisão, a doutrina da *capacidade normativa de conjuntura*. Explicitou que essa situação de abertura ao Poder Executivo da efetivação de *função normativa* valeria somente para situações que denominou de *conjunturais*.

O Ministro Eros Grau reconheceu no texto do artigo 192 da Constituição de 1988 autêntica *norma-objetivo*, com força normativa, a qual estabeleceria “os fins a

---

<sup>367</sup> CF/88: “Art. 96. Compete privativamente: I - aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;”

<sup>368</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, op. cit., p. 250-251.

<sup>369</sup> STF, DJ 29.setembro.2006, Adin 2591-1 - DF, Relator originário Min. Carlos Velloso, Redator do acórdão Min. Eros Grau. Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Tendo em vista que no presente tópico todas as remissões se referem ao voto do Ministro Eros Grau, e encontram-se no corpo do mesmo acórdão, não se repetirá a remissão.

serem perseguidos pelo sistema financeiro nacional, a promoção do desenvolvimento equilibrado do País e a realização dos interesses da coletividade”. Afirmou que o art. 4º, inciso VIII, da Lei n. 4.595/64 reconheceu ao Conselho Monetário Nacional (o Banco Central somente daria publicidade às deliberações), segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República (redação da Lei. N. 6.075), “(r)egular a constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas a esta lei, bem como a aplicação das penalidades previstas”.

Nesses termos, no entender do Ministro Eros Grau seria o Conselho Monetário Nacional quem deteria, portanto, a *capacidade normativa de conjuntura*. Poderia regular a ‘constituição’, ‘fiscalização’ e o ‘funcionamento’ das instituições financeiras, no desempenho de suas atividades no plano do sistema financeiro. Em conclusão para esse julgamento fixou-se entendimento de que tudo o que excedesse a esses limites seria francamente ilegal, tal como na situação da Resolução do Conselho Monetário Nacional n. 2.878, de 26 de julho de 2001 e sua alteração pela resolução 2.892 de 27 de setembro de 2001, por tratarem sobre proteção do consumidor dos serviços prestados por instituições financeiras. Como a lei foi específica não se poderia aceitar que a *capacidade normativa de conjuntura* fosse utilizada *em virtude de lei*.

A utilização dessa construção doutrinária denominada *capacidade normativa de conjuntura* sem que se debatesse com profundidade sua compatibilidade com o sistema constitucional brasileiro, tal como ocorreu no julgamento em apreço, deixou em aberto relevantes questões que demandarão esforços da doutrina nacional e internacional para serem equacionadas, especialmente no que tange à sua efetiva compatibilidade com cada ordenamento jurídico e ao delineamento de eventuais parâmetros limitadores de sua aplicabilidade.

A referida fundamentação teórica sustentadora da ideia de *capacidade normativa de conjuntura* merece intensos debates no âmbito da discussão do chamado *poder normativo* das *agências reguladoras independentes*, todavia, sua circunstância legitimadora – a *ideia de urgência da ação estatal em uma situação conjuntural, dinâmica* - parece não poder ser estendida à regulação do *segmento educacional*. Como já fora destacado, a prestação do *serviço educacional privado* visa o cumprimento de mandamento inscrito no artigo 205, da Constituição de 1988, consistente na busca do pleno desenvolvimento da pessoa humana, seu preparo para o exercício da cidadania e

sua qualificação para o trabalho, objetivos que não guardam qualquer espécie de pertinência lógica com a ideia de *atuação conjuntural*. Reitera-se que a *educação* e *ensino* são processos que se desenvolvem ao longo de largos espaços de tempo dadas suas próprias características intrínsecas, estando ligados a noções exatamente opostas como planejamento, perenidade, estabilidade, política pública de médio e longo prazo e orçamentos plurianuais.

### 3.1.3. A função regulamentar e a discricionariedade administrativa

O surgimento da concepção de legitimação da *função regulamentar* do Poder Executivo pela via da realização do princípio da eficiência administrativa pode ser situado no mesmo momento histórico da transformação do Estado de bem-estar para o moderno Estado regulador. Sendo assim, é contemporâneo do debate sobre a natureza jurídica das *agências reguladoras autônomas*, da privatização do aparato estatal, e da alteração do instrumento de atuação do Estado no domínio econômico.

Segundo sustenta Tércio Sampaio Ferraz Junior,<sup>370</sup> a alteração se processa pela substituição do modelo de gestão com base em controles formais (legalidade e motivação fundamentada) e na intervenção direta (Estado empresário), pelo modelo gerencial, com base em avaliação de desempenho (eficiência) e intervenção condicionante da eficiência (regulação e regulamentação).

Nos Estados Unidos a proliferação das agências teve como uma de suas explicações a alta complexidade da atividade administrativa, sendo que a independência que se lhes foi sendo reconhecida decorreu do alto grau de *discricionariedade técnica* de seus atos regulamentares, que se supunham politicamente neutros (comparados com os do Legislativo). Essas premissas mostraram-se equivocadas, em especial aquela que preconizava neutralidade.<sup>371</sup>

O advento do Estado social altera a concepção que se tinha sobre o papel do Estado (em sua formatação liberal-burguesa), passando a Administração a ter como sua função precípua a “de legitimar a satisfação de certos interesses coletivos, por meio de

---

<sup>370</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *O poder normativo das agências reguladoras à luz do princípio da eficiência*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (Orgs.) *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 271.

<sup>371</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *O poder normativo das agências reguladoras à luz do princípio da eficiência*, *op. cit.*, p. 273.

certos bens ou serviços e com preferência sobre as necessidades individuais”.<sup>372</sup>

Para Tércio Sampaio Ferraz Junior não se poderia compreender o poder regulamentar inominado como uma *delegação legislativa*, o que faria com que perdesse todo sentido a diferenciação entre lei e regulamento. Assinala:

Do ponto de vista da divisão dos poderes, a faculdade regulamentar é antes uma competência própria, inerente ao exercício da atividade administrativa, que requer uma certa margem de discricionariedade, mas sempre balizada pela ordem legal. Conforme o grau dessa discricionariedade, contudo, é possível falar em poder regulamentar strictu sensu, que, à diferença das delegações nominadas, toma a configuração de uma impropriamente chamada “delegação” lato sensu, que se chama, por isso, delegação inominada.<sup>373</sup>

Nessa linha de raciocínio, a chamada delegação de complementação não passaria de um problema de discricionariedade administrativa, e não de delegação propriamente dita. Onde houvesse reserva de lei estariam vedadas *delegações abdicatórias*, que configurassem uma renúncia ao poder-dever do Legislativo. Nas hipóteses em que o Executivo pudesse emanar normas com força de lei (medida provisória..), estaria excluída a chamada competência regulamentar inominada.<sup>374</sup>

Tércio Sampaio Ferraz Junior entende que doutrina e jurisprudência vem reconhecendo a possibilidade de estipulação de *regulamentos de complementação*, enquanto mera *interpretação discricionária* da lei, cabendo delimitar-se o campo onde isto pode ocorrer ou em que ponto passa a configurar-se como *delegação abdicatória*. Apesar da inexistência de uma linha divisória objetiva e universal, vislumbra-se algum consenso, tópico, na doutrina e na jurisprudência. Entende que nestas a lei deve estabelecer com clareza os limites, as condições e as diretrizes para o exercício da complementação.<sup>375</sup>

Na doutrina norte-americana tal estipulação é considerada uma delegação não nominada constitucionalmente, mas aceita pela via legal, desde que acompanhada da estipulação de *standards* adequados (*delegation with standard*). A solução, para Tércio Sampaio Ferraz Junior consistiria em interpretar o poder regulamentar como uma forma

---

<sup>372</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *O poder normativo das agências reguladoras à luz do princípio da eficiência*, op. cit., p. 276.

<sup>373</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *O poder normativo das agências reguladoras à luz do princípio da eficiência*, op. cit., p. 278.

<sup>374</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *O poder normativo das agências reguladoras à luz do princípio da eficiência*, op. cit., p. 279.

<sup>375</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *O poder normativo das agências reguladoras à luz do princípio da eficiência*, op. cit., p. 279-280.

de delegação inominada, com a função de estabelecer normas de implementação ou complementação de leis-quadro que contenham *princípios e diretrizes gerais*. O ponto central dessa construção residiria no manuseio de *conceitos indeterminados* pelo legislador conferindo uma margem de *discricionariedade* ao órgão que editará a norma regulamentar.<sup>376</sup>

O mecanismo legitimador da *função normativa* do Poder Executivo (e das agências) seria finalístico, a luz do primado da eficiência administrativa:

Entendo que não só a justificação como também os limites do papel normativo são dados pelo princípio da eficiência dos atos administrativos, inserido pela Emenda Constitucional nº 19/98, que possibilita uma reinterpretação do princípio da legalidade, em termos de uma legitimação finalística dos atos administrativos (CF, art. 37), isto é, os atos são legítimos desde que alcancem os objetivos estabelecidos em lei de forma proporcional. Assim, o sentido moderno da legalidade vê na lei não tanto uma *condição* e um *limite*, mas, basicamente um *instrumento* de exercício da atividade administrativa. Como *instrumento*, seu princípio hermenêutico está na *solidariedade entre meios e fins*, donde a *razoabilidade* da atividade administrativa, submetida, então, a uma *avaliação de sua eficiência*. Nestes termos, o respeito à legalidade exige do intérprete uma distinção entre conceitos indeterminados e discricionários, bem como uma concepção da discricionariedade que não se limita a um juízo de oportunidade, mas alcança os juízos de realidade (avaliação de políticas de implementação de objetivos e, por conseguinte, de adequação dos meios escolhidos em face dos fins propostos).<sup>377</sup>

Tércio Sampaio Ferraz Junior aborda a legalidade sobre uma dupla perspectiva, quais sejam: como *estrutura condicional* ou como *estrutura finalística*. Suas formas de validação se materializam de formas distintas, pautando-se na ideia de que a validade das normas expressaria uma relação entre normas. Se a forma de validação for condicional, se preestabelecem condições que devem ser respeitadas e nessas condições localiza a validade da norma subsequente, independentemente se os fins normativos são ou não atingidos. Por outro lado, se a norma extrai sua validade de forma finalística, serão preestabelecidos fins que devam ser alcançados, devendo ser encontrados os meios adequados. Neste caso, a validade da norma subsequente localiza-se na solidariedade entre fins e meios, donde a questão da validade levantar problemas de proporcionalidade, razoabilidade, adequação, etc.<sup>378</sup>

Para Tércio Sampaio Ferraz Junior o “conceito indeterminado tende a um fechamento, por via interpretativa. O discricionário não se fecha nunca. O regulador

<sup>376</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *O poder normativo das agências reguladoras à luz do princípio da eficiência*, op. cit., p. 281-282.

<sup>377</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *O poder normativo das agências reguladoras à luz do princípio da eficiência*, op. cit., p. 283.

<sup>378</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *O poder normativo das agências reguladoras à luz do princípio*

hermenêutico do primeiro é a certeza e a segurança. O do segundo, a eficiência e a adequação”.<sup>379</sup>

Eros Grau<sup>380</sup> não concorda com a concepção de discricionariedade oferecida por Celso Antônio Bandeira de Mello e Tércio Sampaio Ferraz Junior, afirmando que esta ideia sempre prestou-se como instrumento da força dominante para subverter a ideia de legalidade. As concepções daqueles autores acabariam por confundir discricionariedade e interpretação. Uma das formas de tornar evidente esse descompasso seria a análise do papel realizado pelo Poder Judiciário, onde não lhe caberia apreciar a decisão discricionária, mas lhe cumpriria, inquestionavelmente, manifestar-se sobre a correção na aplicação de conceitos indeterminados.

Essa tendência da doutrina tradicional em superpor e identificar a atividade discricionária com a atividade de interpretação do direito incide, em seu entender, em lamentável equívoco, visto que o mesmo juízo lógico quando praticado pela Administração seria *discricionariedade* (juízo de oportunidade) e quando praticado pelo Judiciário seria dicção do direito (*interpretação*, juízo de legalidade). Realizando o cotejo dos conceitos de *discricionariedade* (na linha de Celso Antônio Bandeira de Mello e Francisco Campos) e *interpretação*, conclui, esquematicamente, que aquilo que a doutrina tradicional denomina de discricionariedade é, em verdade, a interpretação:

- i) Margem de liberdade (do Administrador) **versus** a) faculdade (do *intérprete*)
- ii) para eleger (segundo critérios consistentes de razoabilidade) **versus** b) de escolha
- iii) um **versus** c) de uma
- iv) entre pelo menos dois comportamentos cabíveis (perante cada caso concreto) **versus** d) entre várias interpretações possíveis, em cada caso
- v) a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal **versus** e) de modo que essa escolha seja apresentada como adequada
- quando **versus** sempre –
- vi) (por força da fluidez das expressões da lei) dela não se possa extrair **objetivamente** uma solução unívoca para a situação vertente **versus** f) inexistente, em cada caso, um interpretação verdadeira (única correta).<sup>381</sup>

---

da eficiência, *op. cit.*, p. 288-289.

<sup>379</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *O poder normativo das agências reguladoras à luz do princípio da eficiência*, *op. cit.*, p. 291

<sup>380</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, *op. cit.*, p. 203-204.

<sup>381</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, *op. cit.*, p. 212.

### 3.2. A intervenção por direção regulamentar no segmento educacional privado e o Poder Executivo federal

Uma das recorrentes discussões geradas por força das propostas de releitura do primado da *separação de poderes*, originariamente concebido e tradicionalmente aceito sob a roupagem liberal, reside na definição dos novos contornos que serão estipulados para a relação entre *lei* e *regulamento* a partir da alteração do paradigma ideológico-filosófico que norteia a moderna concepção do Estado Regulador, questão abordada no tópico precedente.

No capítulo segundo chegou-se à conclusão de que *serviço educacional privado* configura *serviço privado de interesse público*, sendo-lhe aplicável regime jurídico diverso daquele que seria extensível aos *serviços públicos*. O reconhecimento da aplicabilidade do *princípio da livre iniciativa*, ainda que com restrições diante de sua especial relevância para a sociedade, não retirou a garantia de que a atividade interventiva estatal regulatória tivesse como veículo idôneo para sua materialização a *lei* em sentido *formal*.

Se o marco regulatório no *setor educacional privado* deveria ocorrer mediante a edição de *ato legislativo*, especialmente para que se outorgasse densidade normativa ao que a Constituição de 1988 estipulou no artigo 209, I e II,<sup>382</sup> constatou-se que em termos de legislação federal tal objetivo não foi alcançado. O requisito da submissão a um procedimento prévio de *autorização* frente ao Poder Público não foi regulado por lei federal, ficando restrito às normas gerais previstas da LDBE (Lei Federal 9394/96) e a uma breve menção no artigo 2º, parágrafo único,<sup>383</sup> da Lei Federal 10861/2004, denominada de Lei dos SINAES, vinculando-o ao processo de avaliação. Referida lei, por outro lado, regulou o mecanismo com o qual a *intervenção estatal* se processaria em sua maior dimensão, valendo-se, outrossim, de *conceitos vagos* ou *indeterminados* para delinear *qualidade* e *avaliação*. O procedimento de fiscalização do cumprimento das normas gerais de educação e da própria forma como serão travadas as relações entre

<sup>382</sup> CF/88: “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.”

<sup>383</sup> Art. 2º. (...): Parágrafo único. Os resultados da avaliação referida no caput deste artigo constituirão referencial básico dos processos de regulação e supervisão da educação superior, neles compreendidos o credenciamento e a renovação de credenciamento de instituições de educação superior, a autorização, o reconhecimento e a renovação de reconhecimento de cursos de graduação.

Estado e *segmento particular de ensino* não foi objeto de edição de *ato legislativo* específico, sendo-lhe, portanto, aplicável a Lei de Processo Administrativo Federal (Lei Federal 9784/99).

Alicerçando-se nessas premissas, passa-se agora a avaliar como o Poder Executivo federal efetivamente promoveu sua *intervenção por direção regulamentar*. Como já fora anteriormente salientado, a presente abordagem limitar-se-á à atividade normativa do Poder Executivo federal na regulação do *segmento educacional privado* voltado ao *ensino superior*, especialmente aquela veiculada por meio de Decretos expedidos pelo Presidente da República ou por outros atos infralegais de natureza regulamentar, em sentido lato, expedidos pelo Ministro da Educação ou pelo Conselho Nacional de Educação. Tal recorte metodológico se justifica em face da existência de competência concorrente<sup>384</sup> dos estados-membros para legislar sobre *educação e ensino*, sem mencionar a produção normativa realizada pelo Poder Executivo estadual e por cada um dos 27 Conselhos de Educação dos 26 estados-membros e do Distrito Federal.

Tendo em vista o artigo 8º, parágrafo 1º,<sup>385</sup> da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei Federal 9394/96), estipular que caberá à União a coordenação da política nacional de educação e a articulação dos diferentes níveis e sistemas, exercendo, inclusive, função normativa para desincumbir-se de tal tarefa, entende-se que a análise do *sistema federal* proporcionará não só uma visão adequada de como vem sendo realizada a *intervenção estatal por direção regulamentar* no *segmento educacional privado*, mas igualmente permitirá abordar no tópico subsequente a existência ou não de *déficit democrático* na sua efetivação.

### 3.2.1. O Conselho Nacional de Educação

A ideia de um Conselho Superior que realizasse uma potencial unificação da *educação* em caráter *nacional* iniciou-se 1911, com o Decreto 8.659, de 05/04/1911, o qual criaria o Conselho Superior de Ensino. Posteriormente a estrutura foi alterada para

---

<sup>384</sup> CF/88: “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) IX - educação, cultura, ensino e desporto”.

<sup>385</sup> Art. 8º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão, em regime de colaboração, os respectivos sistemas de ensino. § 1º Caberá à União a coordenação da política nacional de educação, articulando os diferentes níveis e sistemas e exercendo função normativa, redistributiva e supletiva em relação às demais instâncias educacionais.

que se criasse o chamado Conselho Nacional de Ensino, pela edição do Decreto 16.782-A, de 13/01/1925, criando-se, alguns anos mais tarde, a primeira versão do Conselho Nacional de Educação, pela edição do Decreto 19.850, de 11/04/1931. Com a edição da primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação em 1961, Lei 4.024, de 20/12/1961, foram alteradas as antigas estruturas administrativas existentes e criados o Conselho Federal de Educação e os Conselhos Estaduais de Educação. Em 1971 foram criados os Conselhos Municipais de Educação, pela edição da Lei 5692, de 11/08/1971. Finalmente, com a edição da MP 661, de 18/10/94, convertida na Lei 9.131/95, extinguiu-se o antigo Conselho Federal de Educação e criou-se a versão atual do Conselho Nacional de Educação.<sup>386</sup>

No ano seguinte, quando da edição da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei Federal 9394/96), ficou estipulada em seu artigo 9º, § 1º,<sup>387</sup> a previsão de que referido órgão seria criado por *lei* (o que já havia ocorrido) e possuiria funções normativas e de supervisão e atividade permanente.

Não se pretende na presente exposição realizar-se análise detalhada de todos os aspectos que norteiam o funcionamento do Conselho Nacional de Educação, mas exclusivamente os que se referem à sua missão institucional dentro do *espectro regulatório*, a forma como seus cargos são preenchidos, autonomia orçamentária, bem como o grau de eficácia própria de suas *deliberações*.

O primeiro aspecto, e talvez o mais importante deles, consiste na *missão institucional* para a qual o Conselho Nacional de Educação fora criado. Com a edição da Lei Federal 9.131, de 24 de novembro de 1995, houve a mudança na redação de quatro artigos da antiga Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei Federal 4.024/61, revogando-se os demais. A nova redução conferida ao artigo 7º, da Lei 4.024/61,<sup>388</sup> dispôs que o Conselho Nacional de Educação teria atribuições normativas, deliberativas e de assessoramento ao Ministro da Educação, de forma a que fosse *assegurada a participação da sociedade no aperfeiçoamento da educação nacional*.

---

<sup>386</sup> A sequência histórica relatada encontra-se disponível no site do Conselho Nacional de Educação, em: <http://portal.mec.gov.br> – acesso em 20/01/2012.

<sup>387</sup> Art. 9º A União incumbir-se-á de: (...) § 1º Na estrutura educacional, haverá um Conselho Nacional de Educação, com funções normativas e de supervisão e atividade permanente, criado por lei.

<sup>388</sup> Art. 1º Os arts. 6º, 7º, 8º e 9º da Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961, passam a vigorar com a seguinte redação: (...) Art. 7º. O Conselho Nacional de Educação, composto pelas Câmaras de Educação Básica e de Educação Superior, terá atribuições normativas, deliberativas e de assessoramento ao Ministro de Estado da Educação e do Desporto, de forma a assegurar a participação da sociedade no

Sem sombra de dúvida o legislador pretendia com a criação do Conselho Nacional de Educação estabelecer um veículo de diálogo entre o Estado e a sociedade civil, especialmente com os segmentos diretamente afetados pela atividade regulatória estatal. Como visto ao longo de toda a exposição, a adequação da produção normativa estatal ao primado da legalidade, por qualquer dos ângulos formais com os quais vem sendo abordada pela doutrina pátria, não pode ser confundida com a existência de *legitimidade democrática* para sua edição.

A definição de atribuições normativas ao Conselho Nacional de Educação, de natureza regulamentar em sentido lato, com garantia da participação da sociedade civil na sua composição, parece, ao menos formalmente, ter sido um significativo passo na busca da *legitimação democrática* da produção normativa realizada pelo Poder Executivo, legitimação esta somente alcançada, ao menos em certa medida, pela concepção tradicional sobre a função regulamentar do Poder Executivo. As outras duas concepções expostas no tópico precedente (capacidade normativa de conjuntura e legitimidade em face do princípio da eficiência), apresentam-se como construções aparentemente inacabadas, as quais, apesar de toda a coerência lógica de sua estruturação, ainda demandam complementação que lhes outorgue referida *legitimação democrática*, o que será abordado no último tópico deste trabalho.

Estruturando, portanto, a forma de participação da sociedade civil na composição do Conselho Nacional de Educação, o artigo 8º, da Lei 4.024/61,<sup>389</sup> com a

---

aperfeiçoamento da educação nacional.

<sup>389</sup> Art. 1º Os arts. 6º, 7º, 8º e 9º da Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961, passam a vigorar com a seguinte redação: (...) Art. 8º A Câmara de Educação Básica e a Câmara de Educação Superior serão constituídas, cada uma, por doze conselheiros, sendo membros natos, na Câmara de Educação Básica, o Secretário de Educação Fundamental e na Câmara de Educação Superior, o Secretário de Educação Superior, ambos do Ministério da Educação e do Desporto e nomeados pelo Presidente da República.

§ 1º A escolha e nomeação dos conselheiros será feita pelo Presidente da República, sendo que, pelo menos a metade, obrigatoriamente, dentre os indicados em listas elaboradas especialmente para cada Câmara, mediante consulta a entidades da sociedade civil, relacionadas às áreas de atuação dos respectivos colegiados.

§ 2º Para a Câmara de Educação Básica a consulta envolverá, necessariamente, indicações formuladas por entidades nacionais, públicas e particulares, que congreguem os docentes, dirigentes de instituições de ensino e os Secretários de Educação dos Municípios, dos Estados e do Distrito Federal.

§ 3º Para a Câmara de Educação Superior a consulta envolverá, necessariamente, indicações formuladas por entidades nacionais, públicas e particulares, que congreguem os reitores de universidades, diretores de instituições isoladas, os docentes, os estudantes e segmentos representativos da comunidade científica.

§ 4º A indicação, a ser feita por entidades e segmentos da sociedade civil, deverá incidir sobre brasileiros de reputação ilibada, que tenham prestado serviços relevantes à educação, à ciência e à cultura.

§ 5º Na escolha dos nomes que comporão as Câmaras, o Presidente da República levará em conta a necessidade de estarem representadas todas as regiões do país e as diversas modalidades de ensino, de acordo com a especificidade de cada colegiado.

redação outorgada pelo artigo 1º, da Lei 9131/95, estipulou que no mínimo metade dos membros escolhidos pelo Presidente da República seria proveniente das indicações realizadas pelas entidades da sociedade civil relacionadas às áreas de atuação dos respectivos colegiados de que se compõe o Conselho (Câmara de Educação Básica e Câmara de Educação Superior). Seriam consultadas entidades nacionais representativas dos setores público e privado, vinculadas à promoção da atividade educacional nos seus mais variados âmbitos.

Apesar da aparente lisura com a qual o legislador ordinário pretendeu conceber o processo de composição do Conselho Nacional de Educação, como órgão mediador entre sociedade e Estado no âmbito regulatório da *educação* nacional, acabou olvidando-se em estabelecer quais seriam as entidades que efetivamente teriam direito de formular listas com indicações de potenciais membros do Conselho. Igualmente não houve estipulação da forma com a qual tal indicação seria processada, nem tampouco o grau de publicidade que deveria ser outorgado ao processo de escolha. Essa pequena omissão do legislador (eloquente ou não) apresentou-se em termos práticos como a válvula de escape para que a *abertura democrática* pretendida ficasse em certa medida comprometida.

Conforme relatara Amanda Ciegliniski,<sup>390</sup> quando do processo de renovação de parte dos Conselheiros ocorrida em março de 2010, nenhuma entidade representativa das instituições particulares de ensino privado fora habilitada a formular lista com indicações de potenciais membros, em que pese a participação do *segmento educacional privado* possua mais da metade dos alunos matriculados no *ensino superior*.

A ausência de procedimento e de publicidade causaram ao longo do tempo situações bastante curiosas, como a ocorrida em 2008, quando o então Ministro Fernando Haddad, acusando o Conselho Nacional de Educação de *corporativista*, reduziu o número de entidades que teriam a possibilidade de formular listas com indicações para a renovação do corpo de conselheiros.<sup>391</sup>

---

§ 6º Os conselheiros terão mandato de quatro anos, permitida uma recondução para o período imediatamente subsequente, havendo renovação de metade das Câmaras a cada dois anos, sendo que, quando da constituição do Conselho, metade de seus membros serão nomeados com mandato de dois anos.

<sup>390</sup> CIEGLINSKI, Amanda. Conselho Nacional de Educação irá substituir de dois a 10 de seus 24 membros. Mas, ainda que mudem os integrantes, pouca coisa deverá se alterar. Disponível em: <http://revistaeducacao.uol.com.br/textos/156/artigo234752-1.asp> - acesso em 29-12-2011.

<sup>391</sup> A caixa-preta do CNE: Afinal, quem indica quem para o Conselho Nacional de Educação? *In*: Folha

Sinteticamente, portanto, tem-se que a lei define que a sociedade civil será consultada para a indicação, mas não define qual parte dela, sendo que há claros sinais de que o Poder Executivo direciona ou pode direcionar a escolha já em seu ponto de partida, pela determinação de quais entidades poderão ou não formular listas com indicações. Além do controle no ponto de partida, caberá ao Presidente da República realizar a escolha, controlando o ponto de chegada.

Não sendo suficiente a existência desses dois mecanismos de controle por parte do Poder Executivo, ainda realiza discutível e artificial procedimento tendente a criar uma *assimetria* na disponibilidade de informações sobre o processo de escolha, onde somente alguns privilegiados possuem acesso aos nomes indicados e quem os indicou.

Se o papel pretendido pelo legislador para o Conselho Nacional de Educação fora o de realizar a mediação entre as aspirações da sociedade e as obrigações do Estado, operando como um canal de diálogo e oxigenação democrática no seio da burocracia estatal, em termos práticos tal aspiração realmente não parece ter ocorrido.

Finalmente, analisando-se o grau de eficácia própria das *deliberações* produzidas pelo Conselho Nacional de Educação, denota-se que efetivamente o papel que lhe fora reservado pelo legislador ordinário foi absolutamente simbólico, visto que dispôs o artigo 2º,<sup>392</sup> da Lei 9.131/95, que todas deliberações e pronunciamentos do Conselho deverão ser *homologados* pelo Ministro da Educação.

Apesar de não estar previsto na Lei 9.131/95, o artigo 18, § 3º,<sup>393</sup> do Regimento interno do Conselho Nacional de Educação, foi ainda mais enfático na exteriorização do poder de controle, absoluto, exercido pelo Ministro da Educação, afirmando que este poderá devolver ao Conselho, para que estes realizem reexame, pareceres e deliberações

---

dirigida. Disponível em: [http://www.metodista.br/sala-de-imprensa/clipping\\_digital/noticias/marco/dia-24-de-marco/a-caixa-preta-do-cne-afinal-quem-indica-quem-para-o-conselho-nacional-de-educacao](http://www.metodista.br/sala-de-imprensa/clipping_digital/noticias/marco/dia-24-de-marco/a-caixa-preta-do-cne-afinal-quem-indica-quem-para-o-conselho-nacional-de-educacao).

<sup>392</sup> Art. 2º As deliberações e pronunciamentos do Conselho Pleno e das Câmaras deverão ser homologados pelo Ministro de Estado da Educação e do Desporto.

<sup>393</sup> Art. 18 – O Colegiado, por seu Conselho Pleno e por suas Câmaras, manifesta-se por um dos seguintes instrumentos: I - Indicação – ato propositivo subscrito por um ou mais Conselheiros, contendo sugestão justificada de estudo sobre qualquer matéria de interesse do CNE; II - Parecer – ato pelo qual o Conselho Pleno ou qualquer das Câmaras pronuncia-se sobre material de sua competência; III - Resolução – ato decorrente de parecer, destinado a estabelecer normas a serem observadas pelos sistemas de ensino sobre matéria de competência do Conselho Pleno ou das Câmaras. § 1º - Aprovada uma indicação, independentemente do mérito da proposição, será designada comissão para estudo da matéria e conseqüente parecer. § 2º - As deliberações finais do Conselho Pleno e das Câmaras dependem de homologação do Ministro de Estado da Educação. § 3º - O Ministro de Estado da Educação poderá devolver, para reexame, deliberação que deva ser por ele homologada. Portaria MEC nº 1.306 de 02/09/1999, resultante da homologação do Parecer CNE/CP nº 99, de julho de 1999.

Disponível: <http://portal.mec.gov.br> – acesso em 20-01-2012

que lhe sejam submetidos para homologação. Em suma, se o Ministro não gostar, por qualquer motivo, do conteúdo dos pareceres e deliberações do Conselho, poderá pura e simplesmente devolvê-los para que este os adeque às pretensões ministeriais.

Para encerrar esta abordagem sobre a estrutura de atuação do Conselho Nacional de Educação, cumpre mencionar que aparentemente a conduta autoritária que muitas vezes permeia a atuação dos órgãos e agentes do Poder Executivo acabaram igualmente permeando a atuação do Conselho Nacional de Educação.

Se democracia participativa e pluralidade de ideias e de concepções de ensino não parecem estar em consonância com práticas costumeiras realizadas pelo Ministério da Educação, como imposição de literatura aceitável ou não (Monteiro Lobato) ou de padrões gramaticais de cunho ideológico (como a polêmica gerada pelo ex Ministro Fernando Haddad sobre o livro que mencionaria que escrever como se fala coloquialmente estaria correto), atuações como a desenvolvida pelo próprio Conselho Nacional de Educação, em desrespeito do *devido processo legal* no âmbito administrativo, igualmente não colaboram para o aperfeiçoamento do Estado de Democrático de Direito.

A ausência de previsão no regimento interno do Conselho Nacional de Educação de que advogados pudessem sustentar oralmente as razões de seus recursos, ou se manifestar nos julgamentos realizados pelo Conselho, fez com que este entendesse que não existiria o direito à manifestação. Tal desrespeito ao *devido processo legal* no âmbito administrativo, acabou obrigando a impetração de Mandado de Segurança Coletivo por parte da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Distrito Federal, para que tal ilegalidade fosse afastada, sendo concedida liminar pela 4ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal.<sup>394</sup>

Quanto à existência ou não de autonomia orçamentária por parte do Conselho Nacional de Educação, verifica-se que a Lei 9.131/95 limitou-se a criar as bases funcionais e operacionais do referido órgão, sem qualquer preocupação com sua autonomia, a qual, pela análise acima empreendida, já nascera em termos absolutamente simbólica. A *função regulamentar* é exercida efetivamente pelo Ministro da Educação, sendo o Conselho Nacional de Educação, ao menos da forma como hoje se apresenta,

---

<sup>394</sup> Reportagem de Thayanne Braga, Assessoria de Comunicação, OAB/DF, disponível em: <http://www.oabdf.org.br/noticias/457/146399/AdvogadosPoderaoIntervirEmSessoesDeJulgamentoDoCne/> - acesso em 10-01-2012

mero órgão de assessoramento.

Tratam-se de quadros extremamente qualificados, sob o ponto de vista técnico, todavia, submetidos ao juízo de adequação político-ideológico dos governantes de plantão.

### 3.2.2. Autorizações operativas

Para efeitos da obtenção de autorização para o desenvolvimento da *atividade educacional privada*, voltada para o *ensino superior*, nos termos preconizados pelo artigo 209, I, da Constituição de 1988, concluiu-se que a legislação infraconstitucional permaneceu omissa no que tange à estipulação de seus contornos materiais e formais. A efetiva materialização da *intervenção estatal por direção* ocorre na dimensão *regulamentar*, encontrando-se, portanto, imersa na discussão sobre os limites da produção *regulamentar*, já analisados no tópico precedente.

Os artigos 9º e 10,<sup>395</sup> do Decreto 5773, de 9 de maio de 2006, estabeleceram em nível regulamentar os contornos da autorização operativa necessária ao *desenvolvimento da atividade educacional* voltado para o *ensino superior*. Através da análise do presente assunto pretende-se demonstrar a limitação existente à *função regulamentar* realizada pelo Poder Executivo. Como fora afirmado anteriormente, a legislação federal não regulou a matéria concernente aos requisitos para a outorga da autorização operativa para funcionamento de uma instituição de ensino superior, sendo que tais requisitos acabaram sendo impostos pela via regulamentar, através do artigo 15,<sup>396</sup> do Decreto

<sup>395</sup> Art. 9º A educação superior é livre à iniciativa privada, observadas as normas gerais da educação nacional e mediante autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Art. 10. O funcionamento de instituição de educação superior e a oferta de curso superior dependem de ato autorizativo do Poder Público, nos termos deste Decreto.

§ 1º São modalidades de atos autorizativos os atos administrativos de credenciamento e recredenciamento de instituições de educação superior e de autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos superiores, bem como suas respectivas modificações.

§ 2º Os atos autorizativos fixam os limites da atuação dos agentes públicos e privados em matéria de educação superior.

<sup>396</sup> Art. 15. O pedido de credenciamento deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - da mantenedora:

- a) atos constitutivos, devidamente registrados no órgão competente, que atestem sua existência e capacidade jurídica, na forma da legislação civil;
- b) comprovante de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda - CNPJ/MF;
- c) comprovante de inscrição nos cadastros de contribuintes estadual e municipal, quando for o caso;
- d) certidões de regularidade fiscal perante as Fazendas Federal, Estadual e Municipal;

5773/2006.

A imposição dos requisitos mencionados nas alíneas (d) certidões de regularidade fiscal perante as Fazendas Federal, Estadual e Municipal; (e) certidões de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS; e (f) demonstração de patrimônio para manter a instituição; são extremamente ilustrativos em relação à forma com a qual opera o Poder Executivo na construção das normas regulamentares. O princípio da eficiência administrativa destacado por Tércio Sampaio Ferraz Junior no tópico precedente, foi utilizado como instrumento legitimador da atividade regulamentar do Poder Executivo, consignando-se que a validação dessa modalidade normativa se faria pelos fins que busca alcançar.

A eleição desse ponto como objeto de análise reside no fato de que o assunto em questão já fora submetido ao crivo dos Tribunais, estando pacífico no âmbito do Superior Tribunal de Justiça<sup>397</sup> o entendimento de que a exigência de certidões de regularidade fiscal e previdenciária para efeitos de autorização de funcionamento de atividade educacional extrapola o campo de possibilidade da função regulamentar, visto se tratar de exigência não prevista em lei. A linha de raciocínio adotada pelo Superior Tribunal de Justiça foi fixada independentemente da análise dos objetivos buscados pela norma regulamentar, demonstrando que no âmbito educacional a o pressuposto interventivo não dispensa a edição de *lei forma* para sua validade.

### **3.2.3. Ensino fundamental de 9 anos**

Apesar da menção inicial no sentido de que a análise levada a efeito neste

---

e) certidões de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS;

f) demonstração de patrimônio para manter a instituição;

g) para as entidades sem fins lucrativos, demonstração de aplicação dos seus excedentes financeiros para os fins da instituição mantida; não remuneração ou concessão de vantagens ou benefícios a seus instituidores, dirigentes, sócios, conselheiros, ou equivalentes e, em caso de encerramento de suas atividades, destinação de seu patrimônio a outra instituição congênere ou ao Poder Público, promovendo, se necessário, a alteração estatutária correspondente; e

h) para as entidades com fins lucrativos, apresentação de demonstrações financeiras atestadas por profissionais competentes;

<sup>397</sup> Nesse sentido, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça: REsp 1.008.488/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 19.8.2009; REsp 1.116.469/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 5.8.2009 REsp 1.069.595/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 27.5.2009; REsp 662.972/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 5.10.2006; REsp 651.207/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 30.5.2005.

trabalho cingir-se-ia ao *ensino superior*, no caso específico do Ensino Fundamental de 9 anos, pelo fato da mesma ter sido objeto de regulamentação pela Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação, através da Resolução 1,<sup>398</sup> de 14 de janeiro de 2010, com pretensão de aplicabilidade nacional, e da mesma encontrar-se sistematicamente sendo afastada por decisões judiciais<sup>399</sup> que lhe negam a possibilidade regulamentar pretendida, acredita-se que sua abordagem seja pertinente para demonstração dos limites à *intervenção estatal por direção regulamentar*.

Apesar do artigo 208, I e IV,<sup>400</sup> da Constituição de 1988, estipularem, respectivamente, a garantia de educação básica dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos, e o dever do Estado prestar a educação infantil às crianças até 5 (cinco) anos de idade, em creches e pré-escolas, atualmente o Conselho Nacional de Educação, fazendo uso de sua suposta competência normativa, estabeleceu o que passou a se denominar de *idade de corte*, determinando que crianças que completassem 6 (seis) anos após 31 de março do respectivo ano letivo não poderiam ingressar no ensino fundamental, devendo permanecer na educação infantil. O artigo 32, da Lei 9394/96,<sup>401</sup> estabelece que o ensino fundamental (agora de 9 anos) inicia-se aos 6 (seis) anos de idade, nada dispendo sobre essa propugnada *idade de corte*.

Novamente vislumbra-se o exercício da atividade normativa regulamentar pretendendo inovar a ordem jurídica, em âmbito não regulado pelo legislador ordinário, criando obrigações frente aos particulares (efeito regulamentar externo). Os mais intensos debates sob o ponto de vista pedagógico são travados em relação aos fins almejados pela norma regulamentar, não faltando seus mais ferrenhos defensores,

<sup>398</sup> Art. 1º Os entes federados, as escolas e as famílias devem garantir o atendimento do direito público subjetivo das crianças com 6 (seis) anos de idade, matriculando-as e mantendo-as em escolas de Ensino Fundamental, nos termos da Lei nº 11.274/2006.

Art. 2º Para o ingresso no primeiro ano do Ensino Fundamental, a criança deverá ter 6 (seis) anos de idade completos até o dia 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula.

Art. 3º As crianças que completarem 6 (seis) anos de idade após a data definida no artigo 2º deverão ser matriculadas na Pré-Escola. Resolução CNE 1, de 14 de janeiro de 2010, disponível em: [portal.mec.gov.br](http://portal.mec.gov.br).

<sup>399</sup> Nesse sentido mencionam-se os precedentes do Tribunal de Justiça do Paraná: TJ/PR - 6ª CC - AI nº 403.969-4 - Rel. Des. Sérgio Arenhart - DJ de 13.07.07; TJ/PR - 6ª CC - AI nº 403.524-5 - Rel. D. Luiz Cezar Nicolau. - DJ de 29.06.07. Disponível em: [WWW.tj.pr.gov.br](http://WWW.tj.pr.gov.br).

<sup>400</sup> CF/88: “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 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (...) IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

<sup>401</sup> Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante:

entretanto, novamente a avaliação da pretensão regulamentar esbarra na fragilidade da utilização do elemento extrajurídico da eficiência (pedagógica, neste caso), como alicerce sustentador da *legitimidade (democrática)* no exercício dessa função regulamentar.

A questão é extremamente ilustrativa, pois abre caminho para a abordagem que será realizada no tópico final deste trabalho relativamente à existência de *déficit democrático* no exercício da atividade normativa do Poder Executivo, tal qual retratadas nas situações (não únicas) ora abordadas. Não se discute a validade, ao menos neste momento, dos argumentos oferecidos pelos defensores do mérito da regulamentação operada pelo Poder Executivo, todavia, a forma da produção da decisão sobre a regulamentação a ser estipulada e os mecanismos de *legitimação democrática* dos mesmos, devem passar para o primeiro plano no debate que instaura na tensão entre legitimidade e eficiência (tão cara ao Estado regulador).

### **3.3. O *déficit democrático* na regulação do segmento educacional privado**

#### **3.3.1. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição e a legitimação pelo procedimento**

Na esteira do alerta lançado por Marçal Justen Filho em linhas anteriores, ainda que se pudesse aceitar a premissa da *flexibilização da legalidade*, com uma nova leitura e compreensão do primado da *separação de poderes/funções*, restaria em seguida indagar como se faria a *legitimação democrática* e o *controle desses atos-normas*, visto que as concepções trazidas pela doutrina situaram-se o debate na justificação teórico-formal do exercício de *função normativa*.

Se o Poder Legislativo pode delegar o todo ou parcela da competência para a inovação normativa (o que é absolutamente discutível!), criando standards (parâmetros de equalização) ou utilizando delegações abertas (com terminologias como “*nos termos do regulamento...*”), o novo ângulo de abordagem a ser exercitado é o do procedimento com o qual o Poder Executivo chegará ao conteúdo dessa regulamentação e a forma de legitimação democrática com o qual será sustentada.

A tensão em termos de *legitimidade democrática* detectada no confronto entre produção normativa edita pelo *Poder legislativo* e produção normativa editada pelo Poder Executivo em certa medida guarda uma relação lógica com a tensão igualmente existente entre Constituição e legislação infraconstitucional. Essa proximidade poderia ser melhor compreendida quando se questiona se o conteúdo de uma norma constitucional, ou a compatibilidade de uma norma infraconstitucional diante da norma constitucional, que seria destinada e aplicada para toda a Sociedade, poderia legitimamente ser determinada por apenas onze cabeças privilegiadas, as quais deteriam o direito supremo de definir em seus gabinetes qual seria o seu conteúdo.

A interpretação dos atores oficiais não é a única e não necessariamente a melhor e a mais adequada como um a priori inquestionável. Em um Estado de Direito que pretende ser *democrático* o sufrágio universal não é a única forma de se alcançar esse objetivo. Afigura-se clara a ideia de que não existe apenas *norma*, enquanto enunciado lingüístico, mas *norma interpretada*, sendo que não só a definição do método é condicionante em termos de interpretação, mas a definição do intérprete e de sua legitimidade se apresentam como igualmente condicionantes.

Nessa medida, as doutrinas de Luhmann<sup>402</sup> (legitimação pelo processo) e de Peter Haberle<sup>403</sup> (interpretação pluralista e procedimental da Constituição) oferecem novas perspectivas em termos de concreção das normas constitucionais. Peter Haberle<sup>404</sup> propugna a adoção de uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista ou à chamada *sociedade aberta*. Segundo essa ideia todo aquele que vive a Constituição ou sob esta seria seu legítimo intérprete. Essa ampliação do círculo de intérpretes seria apenas uma consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação

Importante consideração traçada por Haberle é aquela que esclarece o fato de que “não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada”<sup>405</sup>. Assim sendo há que se levar em conta o atual estágio do problema, onde o círculo de intérpretes da Constituição em geral é institucionalizado e restrito. Nas palavras de Haberle a

---

<sup>402</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 66.

<sup>403</sup> HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 36.

<sup>404</sup> HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*,..., *op. cit.*, p. 10.

<sup>405</sup> HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*,..., *op. cit.*, p. 09.

“Interpretação Constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” (...) e aqueles participantes formais do processo constitucional.”<sup>406</sup>. Numa sociedade aberta e pluralista não são somente estes os atores que vivenciam e se regem pela constituição, não detendo, portanto, o monopólio da interpretação da Constituição.<sup>407</sup>

Essa visão concretista e realista de Peter Haberle sugere, inclusive, a maior análise e ponderação do direito costumeiro que se forma no seio da sociedade.<sup>408</sup> Esclarece que a interpretação constitucional não seria um “evento exclusivamente estatal”, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático.”<sup>409</sup>

Sob essa perspectiva, Peter Haberle aponta como determinante a análise da legitimação para interpretação, legitimação esta compreendida no sentido proposto por Luhmann<sup>410</sup> (material). Assevera que a abertura do sistema deve ser compreendida com uma abertura interpretativa, não sendo esta, portanto, um procedimento de submissão passiva, posto que a interpretação conheceria possibilidades e alternativas diversas. “A vinculação se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção”.<sup>411</sup>

Assim sendo, se é pela interpretação que se concretiza a Constituição, Peter Haberle afirma que a legitimação para o procedimento deve ser compreendida como sendo uma legitimação “mediante participação no procedimento”, no sentido proposto por Luhmann.<sup>412</sup>

A proposta formulada por Peter Haberle<sup>413</sup> é de que a interpretação jamais fique limitada à lógica puramente normativa, a qual faria com que se perdesse de vista o própria vinculação social da jurisdição (especialmente a constitucional). As forças sociais não seriam meros objetos, sob essa perspectiva, asseverando que a *legitimidade interpretativa* deveria, ainda, ser analisada sob a perspectiva da *legitimação democrática*, sendo que sequer o procedimento de eleição de juízes seria suficiente para

<sup>406</sup> HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*,..., *op. cit.*, p. 13.

<sup>407</sup> HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*,..., *op. cit.*, p. 15.

<sup>408</sup> HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*,..., *op. cit.*, p. 17.

<sup>409</sup> HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*,..., *op. cit.*, p. 23.

<sup>410</sup> HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*,..., *op. cit.*, p. 29.

<sup>411</sup> HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*,..., *op. cit.*, p. 30.

<sup>412</sup> HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*,..., *op. cit.*, p. 31.

<sup>413</sup> HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*,..., *op. cit.*, p. 34.

o alcance de tal propósito.<sup>414</sup>

Assim sendo, esta concepção que leva em consideração o caráter plural da sociedade que se encontra dentro e sob a Constituição, deveria fornecer elementos para que as Cortes Constitucionais interpretassem a Constituição em consonância com essa atualização pública.<sup>415</sup>

A participação plural no processo formal de interpretação da Constituição é uma das formas de concretização do pensamento de Peter Haberle, sendo materializada nas chamadas *audiências públicas* realizadas pelas Cortes Constitucionais ou ainda com a possibilidade de inserção segmentos da sociedade plural no processo formal na qualidade de *amicus Curia*. Para Peter Haberle o “consenso resulta de conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses.”<sup>416</sup>

Em termos de interpretação e construção do conteúdo das normas constitucionais a *sociedade* como um todo gradualmente está sendo inserida e consultada antes e durante esses procedimentos, sendo essa uma valiosa forma de possibilitar a garantia da *legitimação democrática* na produção normativa.

O ponto crucial neste caso é determinar se a tensão que se verifica entre sociedade e Estado na construção da compreensão da norma constitucional pode ou não ser redirecionada para uma equivalente tensão entre esses mesmos atores quando se trata da busca de *legitimação* para a produção de normas jurídicas primárias, que irão inovar o ordenamento jurídico.

O Poder Executivo, através do Ministério da Educação ou do Conselho Nacional de Educação, ainda que superados todos os empecilhos relativos à validade das delegações legislativas, do exercício de discricionariedade administrativa ou, ainda, da utilização de uma suposta capacidade normativa de conjuntura, poderia editar Portarias ou Resoluções regulamentando questões afetas à *educação* e ao *ensino*, afetando à indiretamente a totalidade da população, sem sequer ouvir a sociedade ou no mínimo os grupos diretamente interessados?

A regulação do *setor educacional privado* e a determinação de *políticas públicas* que o afetem, poderia ocorrer mediante o manuseio de instrumental infralegal, sob a

---

<sup>414</sup> HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*,..., *op. cit.*, p. 35-36.

<sup>415</sup> HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*,..., *op. cit.*, p. 41.

<sup>416</sup> HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*,..., *op. cit.*, p. 51.

invocação do exercício de um poder discricionário, em vista de conceitos indeterminados inscritos em texto de lei, sem que o esse juízo de conformação normativa se *legitime* pela consulta e participação dos interessados na construção dessa decisão?

Apesar da existência de previsão normativa para a realização de audiências públicas no âmbito da Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade ou da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, bem como em algumas outras leis ordinárias que tratam de assuntos específicos,<sup>417</sup> não existe no âmbito da Educação qualquer dispositivo legal que determine a obrigatoriedade de realização dessas audiências, bem como o procedimento que eventualmente deveria ser adotado para discussões e para a tomada de decisões.

A passividade de nossa sociedade e a cultura que se moldou no seio do Poder Executivo faz com que não se questione a *legitimidade democrática* dos *regulamentos* que tratam sobre a *educação e ensino*.

Partindo-se da premissa que o Poder Executivo pudesse ou até mesmo tivesse que expedir normas sobre a *educação* e o *ensino*, de plano surgiria o seguinte questionamento: qualquer conteúdo seria possível a esse *regulamento*?

As concepções que lastreiam a possibilidade do exercício de *função normativa* primária pelo Poder Executivo justificam sua atuação, sob o ponto de vista formal, mediante a invocação de que se está valendo do poder discricionário de adotar, dentre as possíveis soluções igualmente cabíveis, aquela que melhor se adeque ao *interesse público*. Segundo a linha doutrinária de Eros Grau o juízo não seria de discricionariedade, mas de legalidade, tratando-se, portanto, de *interpretação*. De uma forma ou de outra, os defensores dessas construções teóricas sustentam juízos formais de adequação do *produto normativo*. O controle a ser realizado será um controle formal, de adequação, razoabilidade e proporcionalidade da opção adotada pelo Poder

---

<sup>417</sup> Exemplificativamente tem-se os artigos 31 e 32 da Lei de Processo Administrativo Federal, Lei 9784/99: Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada. § 1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas. § 2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais. Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

Executivo.

Caso se entenda que o progresso de uma nação e o desenvolvimento sustentável de sua economia e de sua sociedade dependam do desenvolvimento da *educação* de seu povo, novamente surgirá o questionamento anteriormente realizado em relação às 11 (onze) cabeças do STF. A construção de políticas públicas para a *educação nacional* e a regulação do setor de educacional privado devem ocorrer dentro de um ambiente plural, democrático, respeitador da vontade da sociedade e dos princípios basilares da legalidade e da separação de poderes.

Se *legitimidade democrática* que supostamente reside na produção da lei pelo Parlamento fica em certa medida prejudicada quando o Poder Executivo exerce *função normativa*, a forma que parece adequada para que se superem os infundáveis debates formais sobre o fundamento desse exercício para efetivamente passar pela resgate do ideal democrático, em sua modalidade participativa e deliberativa.

Na esteira da lição oferecida por Luis S. Cabral de Moncada,<sup>418</sup> a legitimação pelo procedimento não ocorre apenas sob o ponto de vista da interpretação constitucional, mas igualmente no que se refere à legitimação da ação administrativa, especialmente na construção de normas regulamentares. Ouvir a sociedade para discutir e encontrar dentre as soluções possíveis aquela que traga o melhor resultado com o menor comprometimento dos direitos dos cidadãos não é um favor, mas uma obrigação, como concreção dos princípios da razoabilidade, reserva legal e principalmente, o democrático de direito.

### 3.3.2. Habermas e a *Democracia deliberativa*

Afigura-se extremamente interessante perceber a intensidade com a qual a doutrina debate a possibilidade ou não do exercício de função normativa por parte das *agências reguladoras independentes* e a existência ou não de *déficit democrático* na referida atuação, mas ao mesmo tempo não oferece ao debate o mesmo questionamento em relação à produção normativa realizada no âmbito burocrático-ministerial do Ministério da Educação.

A ideia de autonomia decisória dessas *autarquias especiais*, de busca da

---

<sup>418</sup> MONCADA, Luis S. Cabral de. *Lei e Regulamento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 26.

legitimação pela eficiência, dentre outras garantias que se propugnam como instrumentos legitimadores de sua atuação, inclusive normativa, *não se verificam no âmbito da estrutura burocrática* do órgão regulatório do *segmento educacional*.

Resgatando as origens da ideia de *déficit democrático*, Marçal Justen Filho<sup>419</sup> esclarece ter sido David Marquand, em 1979, quem cunhara referida expressão ao apontar a deficiência na forma de indicação dos membros do Parlamento Europeu, os quais à época eram indicados indiretamente pelos parlamentos nacionais, propugnando que fossem eleitos diretamente. Passou-se a aludir-se, de modo amplo, ao *deficit democrático* da União Européia, visando a indicar não apenas a ausência de mecanismos de participação direta do cidadão na formação da vontade política, mas também a inaplicação das concepções clássicas de tripartição de poderes à organização comunitária européia.

Na visão desse jurista, a própria colocação da ideia de *déficit* já expressaria uma tomada posição no sentido de que as *agências reguladoras* teriam que observar instrumentos democráticos. Déficit significaria uma relação de insuficiência e, neste caso, seria de democracia no desenvolvimento de sua atuação. Sendo assim, primeiramente caberia questionar e discutir a efetiva necessidade de uma organização administrativa estatal ser norteada por princípios democráticos, o que igualmente demandaria definir-se o que se compreenderia por democracia.<sup>420</sup>

Levando-se em consideração o que fora apresentado no primeiro capítulo deste trabalho, especialmente no que concerne ao debate atual sobre a forma com a qual deve ser compreendido o princípio da *separação de poderes*, afigura-se importante reiterar a premissa teórica de que esse princípio jamais esteve dissociado do contexto histórico no qual se encontrava inserido, muito menos alheio à concepção ideológica hegemônica em cada respectiva época.

Fora destacado que no período de hegemonia do pensamento liberal a construção teórica da *separação de poderes* apresentara-se extremamente conveniente diante dos valores que seriam caros àquela forma de pensamento, especialmente no que tange à ideia de segurança jurídica. Há que se destacar, entretanto, que o ideal de liberdade (pelo menos formal) vitorioso na revolução francesa não significou a

---

<sup>419</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Agências Reguladoras e Democracia: Existe um déficit democrático na “regulação independente”?* In: ARAGÃO, Alexandre Santos (Orgs.) *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 302.

concomitante vitória do ideal democrático, relegado para uma luta posterior.<sup>421</sup>

Paulo Bonavides,<sup>422</sup> citando lições de Leibholz, relembra que *liberalismo* e *democracia* não são termos que possuam significados idênticos, aliás, podem inclusive possuir significados opostos, sendo que a defesa dos mesmos possuiu uma comunhão histórica de interesses no combate ao Estado monárquico autoritário, inimigo comum. Resgatando o pensamento de Luis Legaz y Lacambra esse jurista destaca que *liberalismo* e a *democracia* seriam ideias distintas, “embora tenham andado juntas e apareçam ambas como produtos do espírito moderno e consubstanciais com a realidade do Estado oriundo da Revolução”.<sup>423</sup>

A equalização das aspirações de *liberdade* e *igualdade* fora e continua sendo um dilema político-ideológico não resolvido. A *igualdade* em que se arrimara o liberalismo fora apenas *formal*, e teria encoberto em realidade, sob seu manto da *abstração*, um mundo de desigualdades econômicas, sociais, políticas e pessoais, que se apresentam na dimensão da facticidade contingente.<sup>424</sup> A equalização da *igualdade real*, nos quadrantes da *liberdade formal* proposta pelo liberalismo, acabava por se resolver na perspicaz *liberdade* detectada por Bismarck, qual seja, “numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome”.

A concretização dos ideais democráticos, portanto, é um objetivo ainda não alcançado, especialmente em países como o Brasil, permeado com exemplos históricos de práticas autoritárias das mais variadas. Assim sendo, verifica-se ser necessário apresentar-se as concepção teóricas que dialogam modernamente visando estabelecer modelos democráticos.

Paulo Todescan Lessa Mattos<sup>425</sup> resgata a concepção teórica de *democracia deliberativa* proposta por Jurgen Habermas, a qual decorreria de uma possível superação das visões *liberal* e *republicana* de política democrática. Para Habermas, na

<sup>420</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Agências Reguladoras e Democracia:...*, *op. cit.*, p. 303.

<sup>421</sup> Paulo Bonavides destaca que o triunfo na França seria triunfo do liberalismo burguês, não da democracia, sendo que o sufrágio universal somente chegaria pela força das armas na revolução de 1848. Sobre a passagem da conquista da liberdade à conquista da democracia, assinala: “Da liberdade do Homem perante o Estado, a saber, da idade do liberalismo, avança-se para a idéia mais democrática da participação total e indiscriminada desse mesmo Homem na formação da vontade estatal. Do princípio liberal chega-se ao princípio democrático. Do governo de uma classe, ao governo de todas as classes” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, *op. cit.* p. 43).

<sup>422</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, *op. cit.* p. 52-53.

<sup>423</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, *op. cit.* p. 54.

<sup>424</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, *op. cit.* p. 61.

<sup>425</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São

concepção democrática *liberal* o processo democrático cumpriria a tarefa de programar o Estado no interesse da sociedade, sendo o Estado compreendido como o aparato de administração pública e a sociedade como sistema, estruturada em termos de uma economia de mercado. Essa concepção liberal de política democrática, centrada no Estado e no interesse privado dos cidadãos, foi a base de argumentação que norteou o debate sobre *teorias de regulação econômica*, tal como formuladas nos Estados Unidos após o New Deal, momento no qual se introduziu, nesse país, o modelo das agências reguladoras.<sup>426</sup>

Consoante destaca Jean Paul C. Veiga da Rocha,<sup>427</sup> na concepção democrática liberal a política seria vista como uma luta por posições que pudessem garantir acesso ao poder administrativo, sendo que a disputa pelo voto, que franqueia aos partidos políticos o acesso ao poder, seria desenvolvida em um mercado político, o qual moldaria a formação da vontade política.

A concepção republicana de democracia, em oposição à visão liberal, não veria a sociedade estruturada primordialmente em torno do mercado, nem tampouco a política como instrumento de mediação entre Estado e Sociedade. A forma de integração social se daria pela solidariedade, sendo que a prioridade seria a formação de uma vontade política fundada num entendimento mútuo ou em um consenso construído de forma comunicativa.<sup>428</sup>

Paulo Todescan Lessa Mattos destaca, ainda, que segundo o ideal republicano, diálogo e discussão pública dos objetivos e meios a serem perseguidos na construção de políticas públicas comporiam a base dessa linha de pensamento, sendo que seria pressuposta uma razão comunicativa com vistas ao entendimento, mediante o oferecimento de justificativas e argumentos racionais.<sup>429</sup>

Habermas construirá um modelo teórico de superação das duas concepções precedentes, o qual denominara de *procedimental*, no qual o direito possuirá papel central diante do fato de operar como meio pelo qual o *poder comunicativo* pode se transformar em *poder administrativo*. Para Habermas, portanto, o que estará em questão

---

Paulo: Singular, 2006, p. 170.

<sup>426</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado regulador no Brasil:..., op. cit.*, p. 171.

<sup>427</sup> ROCHA, Jean Paul C. Veiga da. *Separação de poderes e democracia deliberativa*. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org). *Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 179.

<sup>428</sup> ROCHA, Jean Paul C. Veiga da. *Separação de poderes e democracia deliberativa, op. cit.*, p. 179.

<sup>429</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado regulador no Brasil:..., op. cit.*, p. 178.

serão as condições de participação pública dos diferentes grupos de interesse que se formam na sociedade civil, os quais, a partir das estruturas comunicacionais da esfera pública, exercerão pressão sobre o sistema administrativo.<sup>430</sup>

Dois conceitos centrais na concepção de democracia deliberativa de Habermas são *sociedade civil* e de *esfera pública*, sendo *sociedade civil* o “conjunto de organismos privados” e *esfera pública* o “espaço não institucionalizado no qual interesses, preferências e opiniões são expressos”. Nesse sentido Habermas oporia sociedade civil ao que chama de *sistema*, “o Estado, enquanto conjunto de instituições administrativas, e o mercado”. Para Habermas a *sociedade civil* e a *esfera pública*, enquanto espaço não institucionalizado, comporiam aquilo que denominou de *mundo da vida*.<sup>431</sup>

A construção habermasiana do *mundo da vida* é igualmente essencial para a abordagem da idéia de *democracia*. Jürgen Habermas<sup>432</sup> afirma que a “motivação racional para o acordo, que se apóia sobre o “poder dizer não”, tem certamente a vantagem de uma estabilização *não-violenta* de expectativas de comportamento. Todavia, o alto risco de dissenso, alimentado a cada passo através de experiências, portanto, através de contingências repletas de surpresas, tornaria a integração social através do uso da linguagem orientado pelo entendimento inteiramente implausível, se o agir comunicativo não estivesse embutido em contextos do mundo da vida, os quais fornecem apoio através de um maciço pano de fundo consensual. Os entendimentos explícitos movem-se, de si mesmos, no horizonte de convicções comuns não problemáticas; ao mesmo tempo, eles se alimentam das fontes daquilo que sempre foi familiar. O agir comunicativa, portanto, não ocorre em uma dimensão constituída do vazio, mas pautado no que Habermas chama de *pano de fundo*:

O mundo da vida forma o horizonte para situações de fala e constitui, ao mesmo tempo, a fonte de interpretações, reproduzindo-se somente através de ações comunicativas. O saber que constitui o pano de fundo do mundo da vida revela um aspecto que chama minha atenção: é o caráter pré-predicativo e pré-categorial, que já despertara a curiosidade de Husserl, que fala num fundamento “esquecido” do sentido da prática cotidiana e da experiência do mundo”. Durante o agir comunicativo o mundo da vida nos envolve no modo de uma certeza imediata, a partir da qual nós vivemos e falamos diretamente. O que empresta ao saber que serve de pano de fundo uma certeza absoluta e lhe confere subjetivamente a qualidade de um saber condensado? De um ponto de vista objetivo, é a qualidade que falta ao saber objetivo: nós nos utilizamos desse tipo de saber sem ter consciência de que ele pode ser falso”.<sup>433</sup>

<sup>430</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado regulador no Brasil:..., op. cit.*, p. 191-192.

<sup>431</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado regulador no Brasil:..., op. cit.*, p. 56.

<sup>432</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a faticidade e validade*, volume I, 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 40.

<sup>433</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:..., op. cit.*, p. 41.

Será dentro desse contexto que se poderá visualizar a existência ou não de *déficit democrático*, posto que o problema da legitimidade do conteúdo das normas que dão suporte às políticas públicas no âmbito de um determinado sistema jurídico não poderá ser solucionado sem que se tenha a clara compreensão de como ocorre a circulação do poder político na esfera pública, bem como no interior do próprio sistema político. Lastreado na concepção habermasiana de democracia, será vital determinar-se como o *poder comunicativo* emanado no seio da *sociedade civil*, e formado da *esfera pública*, poderá ser convertido em poder administrativo, resolvendo o problema da *legitimidade democrática* do conteúdo da regulação.<sup>434</sup>

Será nessa linha teórica que consignará a ideia de a *legitimidade democrática* da normas possuirá uma razão inversa em relação ao nível de discricionariedade com a qual a mesma é produzida no âmbito do Poder Executivo. Paulo Todescan Lessa Mattos<sup>435</sup> coloca em evidência a relação entre *norma* enquanto instrumento de controle – inclusive de controle sobre a ação regulatória do Estado (normas procedimentais, por exemplo) – e *discricionariedade administrativa* enquanto diminuição do controle sobre as decisões políticas tomadas pelos órgãos do Poder Executivo – o que conduz a problemas de legitimidade decisória e de racionalidade do conteúdo da *regulação administrativa*.

A *democracia deliberativa* habermasiana, portanto, não é excludente da ideia de *democracia representativa*, fornecendo instrumental teórico com o qual parece ser possível dissolver a teia que recobre a falácia da *democracia como sufrágio*. Como ressalta Marçal Justen Filho,<sup>436</sup> às vezes a imposição da vontade das majorias ocasionais poderia, inclusive, comprimir e até mesmo eliminar o direito das minorias, sendo que o princípio democrático deveria ser entendido como um direito plural que apesar das majorias assegurasse tratamento justo a estas e evitasse toda e qualquer forma de abuso dessa posição de predomínio.

Um dos pontos de destaque na ideia democrática é a preservação da possibilidade de se pensar diferente em termos educacionais, situação garantida pelo princípio democrático, bem como pela consagração de concepção uma sociedade plural

---

<sup>434</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado regulador no Brasil:..., op. cit.*, p. 192-193.

<sup>435</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado regulador no Brasil:..., op. cit.*, p. 39-40.

<sup>436</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Agências Reguladoras e Democracia:..., op. cit.*, p. 305.

(art. 3º, da Constituição de 1988), além da pluralidade de concepções de pedagógicas e da liberdade de aprender e ensinar.

Conforme pondera Marçal Justen Filho,<sup>437</sup> referindo às agências reguladoras, mas extensível à regulação do *segmento educacional privado*, a legitimidade da produção normativa editada pelos órgãos reguladores decorreria exatamente de sua capacidade de minorar o *déficit democrático externo* do sistema político, ampliando o processo de comunicação da sociedade e a burocracia.

A sustentação da *legitimação democrática* mediante a legitimação técnica é algo inaceitável, especialmente pela própria característica daquela ser avaliada a priori e esta a posteriori. A *legitimação democrática* vincula-se muito menos aos resultados a serem obtidos do que ocorre com a legitimação técnica. Para aquela a parte relevante é o modo de composição e forma da produção das decisões, de forma a que se assegure a existência de mecanismos garantidores da soberania popular e dos direitos e garantias fundamentais. A *legitimação técnica* tem compromisso com a melhor escolha segundo primados da racionalidade técnico-científica.<sup>438</sup>

A outra ideia que parece ser inaceitável é o mito adstringente da *eficiência*, como elemento outorgador de potencial legitimidade democrática à produção normativa operada pelo Poder Executivo, seja no âmbito das agências reguladoras, seja na esfera regulatória do *segmento educacional privado*. Nesse ponto entendem-se perfeitamente aplicáveis as conclusões extraídas por José Eduardo Faria, a dissociar legitimidade democrática de legalidade e imbricar racionalidade formal e racionalidade material como forma de construção de um formato adequado ao reconhecimento de uma legítima produção normativa:

2) Por isso, a legitimação do poder num país tão contraditório e complexo como o Brasil exige fórmulas jurídicas modernas e abrangentes, capazes de transcender a velha tendência idealizante do liberalismo e do positivismo em confundir a sociedade como simples produto do direito, o Estado como mero ordenamento jurídico e o cidadão como um centro de imputação de deveres e direitos. A percepção da lei como objeto único do fenômeno jurídico nada mais é do que um reducionismo vinculado a uma tradição ideológica identificável basicamente como o Estado do século XIX;

3) isso não significa, contudo, que a obtenção de legitimidade no Estado intervencionista do século XX prescindir de critérios de racionalidade formal. Afinal, os modos de intermediação do poder na obtenção do consenso dos governados são altamente problemáticos, motivo pelo qual precisam ser explicitados por um contrato social. Sem esse contrato, o arbítrio se torna um risco sempre presente.

4) A legitimidade é, assim, um tema permanentemente aberto, requerendo, de um lado, que a opinião pública tenha o direito de julgar os títulos e os fundamentos em nome dos

<sup>437</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Agências Reguladoras e Democracia:..., op. cit.*, p. 313.

<sup>438</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Agências Reguladoras e Democracia:..., op. cit.*, p. 322-323.

quais as obrigações jurídico-políticas são exigidas e, de outro, que o espaço público da palavra e da ação seja institucionalizado por uma ordem constitucional democraticamente formulada.

(...)

6) Em suma: a legitimação do poder somente é possível quando a conjugação da racionalidade formal com a racionalidade material estiver integrada em formações sociais específicas. A dialética entre prática social e racionalidade formal revela a necessidade da revisão tanto dos códigos vigentes quanto das categorias jurídicas tradicionais relativas ao Estado de direito.<sup>439</sup>

Retornado à avaliação da estrutura atualmente existente no âmbito no Ministério da Educação e do Conselho Nacional de Educação, cumpre frisar a inexistência de mecanismos mínimos para que se realize o diálogo social entre sociedade e órgão regulador. As poucas audiências públicas realizadas no âmbito do Ministério da Educação ou do Conselho Nacional de Educação são convocadas a critério do Poder Executivo. A forma com a qual se processa também não é institucionalizada no âmbito da estrutura burocrático ministerial, não havendo clareza sobre como a sociedade poderá se manifestar e atuar na construção das decisões que serão produzidas no âmbito daqueles órgãos.

Não existe, igualmente, diálogo entre sociedade e Estado institucionalizado pela publicidade das razões pelas quais se acatam ou se rechaçam as sugestões ali apresentadas, sendo evidente o fato de que até mesmo para um eventual e futuro controle judicial das decisões tomadas, será pela fundamentação que alicerçara a tomada dessa decisão, o motivo e a motivação do ato, que se poderá estabelecer um juízo de legalidade e o respeito ou não ao interesse público.

Em termos de publicidade, aliás, como já fora destacado no tópico precedente, sequer se dá conhecimento de quais instituições de ensino podem formar listas para indicar membros do Conselho Nacional de Educação, qual o critério para sua escolha, bem como quem indicou quem. Assim sendo, não há como se reconhecer *legitimidade democrática* para efeitos de produção normativa do Poder Executivo federal, no âmbito da regulação do *segmento educacional privado*.

---

<sup>439</sup> FARIA, José Eduardo. Legalidade e legitimidade – o Executivo como legislador. *Revista de*

## CONCLUSÃO

Apesar da constatação presente em quase todas as obras consultadas no sentido de que o primado da separação de poderes não possui mais espaço para ser compreendido nos mesmos moldes com que fora concebido no período de hegemonia liberal, a chamada *capacidade normativa de conjuntura* postulada por Eros Grau apresenta-se como uma proposta de releitura do princípio que oferece apenas uma resposta parcial ao problema do *equilíbrio entre os poderes*, visto não esclarecer por onde a atuação do Poder Executivo extrairia *legitimação democrática* para a produção de normas jurídicas.

Não há no momento qualquer espécie de critério satisfatório para *qualificação* jurídica de uma determinada *atividade* como sendo *serviço público* que não seja a sua concreta previsão no texto constitucional ou a sua estipulação em lei, que não vá de encontro às normas constitucionais. *Qualificações* realizadas à margem desses parâmetros remeterão às advertências de Eros Grau no sentido de se tratarem de concepções com pretensões de afirmação ideológica, fruto da tensão entre capital e trabalho.

Os *serviços educacionais privados* ostentam a natureza jurídica de *atividade privada de interesse público*. A consequência que se extrai da fixação dessa premissa, é a de que a *intervenção estatal por direção* deve levar em consideração a circunstância de que o regime jurídico aplicável será o *privado*, com a possibilidade de mediante a edição de *lei formal*, estabelecer-se uma funcionalização da atividade privada, inclusive em termos contratuais, no sentido da realização do *interesse público*.

Consoante dispõe o artigo 209, I e II, da Constituição de 1988, o *ensino* é livre para que a iniciativa privada o desenvolva, condicionado ao cumprimento de três requisitos: a) submissão a um procedimento prévio de *autorização* frente ao Poder Público; b) sujeição à constante fiscalização do cumprimento das normas gerais de educação; c) sujeição à avaliação regular da qualidade do serviço prestado. A densidade normativa desses requisitos deverá ser estipulada por meio de *lei formal*, visto ter sido reconhecido ao *serviço educacional privado* a aplicabilidade do princípio constitucional da *livre iniciativa*.

Não se vislumbra na *autorização* para funcionamento de estabelecimento de ensino uma modalidade de *autorização discricionária*, independentemente da nomenclatura utilizada pelo constituinte. Assim sendo, caso se adote a dicotomia *autorização/licença* conforme exista ou não discricionariedade, poder-se-ia afirmar que tal autorização em realidade teria natureza jurídica de *licença*.

Existiria um *direito subjetivo* à entrada e permanência no mercado, que, naturalmente, poderia ser limitado por normas de Direito Público, ainda mais quando a atividade for fortemente regulamentada em razão do seu liame com os interesses da coletividade, todavia, mesmo nesses casos, haverá um *mínimo* daquele direito subjetivo de iniciativa privada que deverá ser sempre resguardado contra qualquer interesse coletivo, por mais relevante que seja. A estipulação de critérios vagos e imprecisos na chamada Lei dos SINAES, a qual regulou o procedimento de *avaliação de qualidade* do ensino superior, qualifica-a como lei *abdicatória*, a qual não fixa sequer *standards* que poderiam possibilitar um controle *a posteriori* sobre a regulamentação a ser procedida pelo Poder Executivo.

A intervenção estatal *por direção regulamentar* exercida sobre o *segmento educacional privado* é efetivamente determinada pelo Ministro da Educação, sendo o Conselho Nacional de Educação, ao menos da forma como hoje se apresenta, mero órgão de assessoramento. Tratam-se de quadros extremamente qualificados, sob o ponto de vista técnico, todavia, submetidos ao juízo de adequação político-ideológico dos governantes de plantão.

Não há como se reconhecer *legitimidade democrática* para efeitos de produção normativa do Poder Executivo federal, no âmbito da regulação do *segmento educacional privado*, sendo que a adoção dos mecanismos inerentes à democracia deliberativa, na concepção habermasiana, parecem ser um caminho viável para realização do diálogo entre sociedade e Estado.

## REFERÊNCIAS

- AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- \_\_\_\_\_. Atividades privadas regulamentadas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (Orgs.) **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Direito dos serviços públicos**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- \_\_\_\_\_. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. **Revista eletrônica de direito administrativo econômico (REDEA)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível na internet: <HTTP://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 29 de dezembro de 2011.
- ARANHA, Marcio Iorio. Poder normativo do Executivo e teoria da regulação. In: **Notícia do Direito Brasileiro** 9: 135-154, 2002, disponível em <<http://www.marcioaranha.org>> - acesso em 02-02-2012.
- ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. A natureza jurídica do serviço prestado pelas instituições privadas de ensino: controvérsias sobre o tema. In: RANIERI, Nina Beatriz (Coord.). RIGHETTI, Sabine (Org.) **Direito à educação: aspectos constitucionais**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.
- ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**, 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**, 5. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Reflexões sobre direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- \_\_\_\_\_. A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público no Brasil. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz

Alberto (Coord). TRYBUS, Daiane; RIBAS, Paulo Henrique; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. (Org.) **Serviços públicos: estudos dirigidos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo e o novo código civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

\_\_\_\_\_. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. *In*: Bacellar Filho, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antonio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 89-116.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**, vol. 1: Introdução, 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas**. Disponível em: [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/artigo\\_controle\\_pol\\_ticas\\_p\\_blicas\\_.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf). acesso em 03-12-2011, 31p.

\_\_\_\_\_. O direito à educação e o STF. *In*: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 609-634.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle jurisdicional de políticas públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**, 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 14, maio/junho/julho, 2008. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em 14 de janeiro de 2011.

- BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de direito administrativo**, 5. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2007.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Barueri-SP: Manole, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**, 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Crise econômica e reforma do Estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina**. São Paulo: Ed 34, 1996.
- BRUNA, Sérgio Varella. **Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.) **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CARRAZA, Roque Antônio. **O regulamento no direito tributário brasileiro**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**, 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.
- \_\_\_\_\_. Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**, 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (Orgs.) **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- CHEVALLIER, Jaques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- CIMADON, Aristides. **Autonomia dos estados federados e direito educacional**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**, 3. ed.

- rev. atual. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais.** Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 16 de novembro de 2011.
- COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **A natureza jurídica dos contratos de prestação de serviços em educação.** In: Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, n. 13.
- COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In, MELLO, Celso Antonio Bandeira de. (Org) **Direito administrativo e constitucional:** estudos em homenagem a Geraldo Ataliba 2. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- \_\_\_\_\_. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In, GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da. (Coord) **Estudos de direito constitucional:** estudos em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 797, 8 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7254>>. Acesso em: 06 dez. 2011.
- CYRINO, André Rodrigues. **O poder regulamentar autônomo do Presidente da República:** a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- DEMO, Pedro. **A nova LDB: ranços e avanços.** Campinas: Papyrus, 1997.
- DERANI, Cristiane. **Privatizações e serviços públicos:** As ações do Estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- DERZI, Misabel de Abreu Machado. **Direito tributário, direito penal e tipo,** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- DI PIETRO, Maria Zylvia Zanella. **Direito Administrativo,** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- \_\_\_\_\_. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. (Org). **Direito regulatório:** temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 19-50.

- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**, 10. ed., vol I. Madri: Civitas Editorial, 2011.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**, 10. ed., vol II. Madri: Civitas Editorial, 2011.
- FARIA, José Eduardo. Legalidade e legitimidade – o Executivo como legislador. **Revista de Informação Legislativa de Brasília**, ano 22, n. 86, p. 93-104, abr-jun. 1985
- FARIAS, Sara Jane Leite de. **Regulação jurídica dos serviços autorizados**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O poder normativo das Agências Reguladoras à luz do princípio da eficiência. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (Orgs.) **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 271-297..
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**, 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Estado de direito e constituição**, 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FRANCISCO, José Carlos. **Função regulamentar e regulamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Eficiência e legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político**. Barueri: Manole, 2003.
- GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse public e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antonio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 155-201.
- GARCIA, Marcia. Educação, problema básico da democracia?: o Estado Federal

- e a atuação dos Conselhos educacionais. **Revista de direito educacional**, São Paulo, n. 1, p. 206-216, jan./jun. 2010.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica), 14. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- \_\_\_\_\_. **O direito posto e o direito pressuposto**, 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. Editora Revista dos Tribunais, 1988.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.
- HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre a faticidade e validade**, volume I, 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Direito e democracia: entre a faticidade e validade**, volume II, 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- \_\_\_\_\_. Constituição e direito constitucional. In: **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. Agências Reguladoras e Democracia: Existe um déficit democrático na “regulação independente”? In: ARAGÃO, Alexandre Santos (Orgs.) **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- \_\_\_\_\_. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o**

- pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Trad. Julio Fisher. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.
- MARTINES JUNIOR, Eduardo. As instituições de educação superior e as autoridades estatais: autonomia e controle. In: RANIERI, Nina Beatriz (Coord.). RIGHETTI, Sabine (Org.) **Direito à educação: aspectos constitucionais**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.
- MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.) **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo Estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade**. São Paulo: Singular, 2006.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**, 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 27. ed. rev. e atual até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- MONCADA, Luís Cabral de. **Lei e regulamento**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Direito econômico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de. **Do espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MORCHON, Gregorio Robles. **Teoría del derecho: fundamentos de teoría comunicacional del derecho**, vol. I, 2. ed. Navarra: Civitas, 2006.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Os limites á competência normativa das agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos (Orgs.) **O poder normativo**

- das agências reguladoras.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**, 3. ed. Coimbra: Centelho, 1975.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Direito regulatório.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Mutações do Direito Administrativo**, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MOTTA, Fabrício. **Função normativa da administração pública.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- NÉRICI, Imídeo Giuseppe. **Educação e ensino.** São Paulo: Ibrasa, 1985.
- PASTOR, Javier Viciano. **Libre competencia y intervención pública en la economía.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
- PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. **Poder regulamentar da administração pública: os regulamentos autônomos como ferramentas de atenção à dinâmica social.** Recife: Editora Nossa Livraria, 2006.
- POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização administrativa**, 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- RANIERI, Nina Beatriz. **Educação Superior, Direito e Estado: na lei de diretrizes e bases (Lei nº 9.394/96).** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Fapesp, 2000.
- \_\_\_\_\_. Hard-cases e leading-cases no campo do direito à educação: o caso das quotas raciais. **Revista de direito educacional**, São Paulo, n. 1, p. 245-275, jan./jun. 2010.
- \_\_\_\_\_. O poder e o limite do Estado na atividade educacional, **Revista Estudos**, n. 31, 2003, Abmes, pp. 29-47, jul.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Educação e cultura: direito e contrato. In: **Revista de Direito GV 4**, v. 2, n. 21, jul-dez 2006, pp 117-138.
- ROCHA, Jean Paul C. Veiga da. *Separação de poderes e democracia deliberativa.* In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org). *Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas.* São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 173-197.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social.** São Paulo: Malheiros Editores,

- 1999.
- SADDY, A. **Discricionariedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato: limites e técnicas de contenção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica** (Princípios e Fundamentos Jurídicos), 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- SAVIANI, Demerval. **A nova lei de educação: trajetória, limites e perspectivas**, 11. ed. Campinas: Autores Associados, 2008.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da Filtragem Constitucional no momento do Neoconstitucionalismo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público da Bahia, nº. 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 14 de janeiro de 2012.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos Direitos Fundamentais. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 16 de julho de 2011, p. 19
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- SMITH, Adam. **Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**, 4<sup>a</sup> ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**, 4. ed. São Paulo: LTr, 1999.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.
- \_\_\_\_\_. Serviços públicos e regulação estatal. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Fundamentos de Direito Público**, 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

- TROPARDI FILHO, Luiz. A exploração da atividade educacional pela iniciativa privada. In: RANIERI, Nina Beatriz (Coord.). RIGHETTI, Sabine (Org.) **Direito à educação: aspectos constitucionais**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.
- TRYBUS, Daiana. A educação na Constituição da República de 1988. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (Coord). TRYBUS, Daiane; RIBAS, Paulo Henrique; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. (Org.) **Serviços públicos: estudos dirigidos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- VITTA, Heraldo Garcia. **Poder de polícia**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**, 2. versão, 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.
- WERLE, Denilson L.; SOARES, Mauro V. Política e Direito: a questão da legitimidade do poder político no Estado Democrático de Direito. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org). **Direito e Democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 117-145.
- KANT, Immanuel. Doutrina do direito; tradução Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.
- KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do estado: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático**. Trad. Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009.