

ANA MARIA PEDREIRA

***A REGULAÇÃO DO ENSINO SUPERIOR NO BRASIL E A
NECESSIDADE DE ADOÇÃO DE UM NOVO MODELO***

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO - 2017

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULDAD DE DERECHO
SALAMANCA – 2017

ANA MARIA PEDREIRA

***A REGULAÇÃO DO ENSINO SUPERIOR NO BRASIL E A
NECESSIDADE DE ADOÇÃO DE UM NOVO MODELO***

Trabalho de apresentação da tese de doutorado, como exigência parcial para a obtenção de título de dupla titulação, na área de concentração Direito de Estado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Faculdade de Derecho da Universidad de Salamanca.

Orientadores: Professor Dr. Edmir Netto de Araújo e Professora Dra. Maria Tereza del Pilar Jiménez Telló.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO - 2017

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO
SALAMANCA – 2017

Catálogo da
Publicação
Serviço de Biblioteca e
Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

PEDREIRA, ANA MARIA

A Regulação do Ensino Superior no Brasil e a Necessidade de
adoção de um novo modelo / ANA MARIA PEDREIRA ;
orientador EDMIR NETTO DE ARAUJO -- São Paulo, 2017.
372 p.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito
do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São
Paulo, 2017.

1. Administração Pública. 2. Educação superior. 3. Serviço público. 4. Regulação. I. ARAUJO, EDMIR NETTO DE, orient. II. Título.
-

PEDREIRA, Ana Maria. *A REGULAÇÃO DO ENSINO SUPERIOR NO BRASIL E A NECESSIDADE DE ADOÇÃO DE UM NOVO MODELO*. 2017. Tese de Doutorado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil; Universidad de Salamanca, Província de Salamanca, Comunidade Autonoma de Castilla y León, Espanha, 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr.: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor Doutor: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor Doutor: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor Doutor: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor Doutor: _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

APROVADA EM:

AGRADECIMENTOS

Seguramente, guardo uma certeza no coração: eu não cheguei até aqui sozinha, por esta razão eu honro e agradeço:

Ao Deus da minha vida e da minha alma, pela crença inabalável de que nunca estarei só ou desamparada, e a fé que me fortalece todos os dias e me impulsiona a continuar nessa jornada maravilhosa que é a vida terrena.

Aos meus saudosos e amados pais, Maria e Paulino, que me deixaram tão cedo, agradeço pela minha vida, pela educação que me proporcionaram e pelos valores e princípios que imprimiram em minha personalidade.

Ao estimado Professor Doutor Edmir Netto Araújo, mestre querido, amigo a quem devo muito e que palavras são muito pouco para expressar meu carinho e apreço.

À estimada Professora Dra. Monica Herman Salem Caggiano mestra admirável, exemplo de advogada atuante, professora dedicada, o mundo seria um lugar melhor para viver se houvesse outras pessoas como ela.

À querida Professora Dra. Maria Pilar Jimenez Telló, guerreira e vencedora, que enfrentou com coragem e dignidade duros golpes que a vida lhe impôs, mulher digna e ser humano, depositária da minha admiração e que sempre ocupará um lugar especial em meu coração.

Ao Professor. Dr. Fernando Dias Menezes a quem muito admiro e reverencio pelo caráter e generosidade. Homem correto, justo, ético, e acima de tudo um grande professor.

Às pessoas muito especiais: José Cretella Neto, Irene Patrícia Nohara, Vivian de Almeida Gregori Torres, Thalita Abdala Aris, Alessandra Mara Sales, Ana Paula Fuliaro, Dora Maria Vendramini Barreto, Álvaro Theodor Salem Caggiano (o Théo). O companheiro de dupla titulação Alessandro Soares, que compartilhou as pesquisas na biblioteca de Salamanca, no frio de zero grau.

Meu amado filho Lucas, luz que ilumina minha vida, estímulo verdadeiro para a luta por uma educação de qualidade e um mundo melhor.

Não posso deixar de registrar um agradecimento especial para todos os funcionários da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, sempre acolhedores e atenciosos e que trabalham no anonimato para fazer da gloriosa SanFran um lugar especial. Maria de Fátima, Marcos, Marli Moraes, Mário Sérgio, Felipe, Francisco, Neide, Eduardo, Alexandre, Valdir, Venâncio, Eloide, ao querido Eduardo (o Dudu).

Àqueles que não foram citados aqui, peço que me perdoem, mas saibam que não são menos importantes. Todos vocês me fazem sentir abençoada!

RESUMO

PEDREIRA, Ana Maria. *A REGULAÇÃO DO ENSINO SUPERIOR NO BRASIL E A NECESSIDADE DE ADOÇÃO DE UM NOVO MODELO*. 2017. Tese de Doutorado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil; Universidad de Salamanca, Província de Salamanca, Comunidad Autonoma de Castilla y León, Espanha, 2017.

O enfoque específico desta pesquisa se configura na análise da regulação do ensino superior no Brasil, bem como o mecanismo que envolve essa prática, buscando induzir à reflexão sobre os problemas e as dificuldades enfrentados no desenvolvimento de uma educação superior de qualidade e que cumpra o objetivo de melhorar a vida das pessoas tanto do ponto de vista profissional, quanto do aspecto de exercício pleno da cidadania. O tema integra o contexto do Direito Administrativo, pois suscita a prática rotineira e sequencial de atos administrativos, trata do processo administrativo que norteia a autorização e o funcionamento das Instituições públicas e privadas, de modo que a doutrina e o posicionamento de outras jurisdições foram suplementares para a compreensão do assunto. As pesquisas realizadas na Espanha, nos corredores da Biblioteca Francisco de Vitoria, na Universidad de Derecho da Universidad de Salamanca e a consulta efetivada no livro da lavra da Professora Doutora Maria Tereza del Pilar Jimenez Tello, entitulado *Auditoria universitaria y calidad, La evaluacion como conquista social ante la competencia universitaria global*, publicado em 2009, fruto da tese de doutoramento elaborada pela Doutora Pilar Jimenez, defendida na Universidade de Barcelona, foram os principais elementos inspiradores para a definição do objeto da pesquisa.

Palavras-chave: Administração Pública. Educação Superior. Serviço Público. Regulação.

ABSTRACT

PEDREIRA, Ana Maria. **The Regulation Of Higher Education In Brazil And The Need To Adopt A New Model**. 2017. Doctoral Thesis – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, Brazil; University of Salamanca, Province of Salamanca, Autonomous Community of Castilla y León, Spain.

The specific aim of this research is the analysis of the regulation of higher education in Brazil and its mechanisms. We seek to promote reflections on the problems and difficulties faced in fostering quality higher education, that can meet the goal of improving peoples' lives both from the professional point of view and from the perspective of exercising citizenship. The subject is inserted in the field of Administrative Law, since it evokes the regular and sequenced practice of administrative acts, and deals with the administrative process that guides the authorization and the functioning of public and private institutions, in such a way that the doctrine and positioning of other jurisdictions were supplementary for understanding the subject. The researches carried out in Spain – in the Biblioteca Francisco de Vitoria library and in the Universidad de Derecho of the University of Salamanca – and the work on the book of Professor Maria Tereza del Pilar Jimenez Tello (*Auditoría universitaria y calidad, La evaluación como conquista social ante la competencia universitaria global*, issued in 2009 as a result of the PhD thesis developed by Doctor Pilar Jimenez at the University of Barcelona) were the main motivational elements to define the research object.

Keywords: Public Administration. Higher Education. Public Service. Regulation.

RÉSUMÉ

PEDREIRA, Ana Maria. LE RÈGLEMENT DE L'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR AU BRÉSIL A REGULAÇÃO DO ENSINO SUPERIOR NO BRASIL ET LA NECESSITE DE L'ADOPTION D'UN NOUVEAU MODÈLE. 2017. Thèse de doctorat – Faculté de Droit, Université de São Paulo, São Paulo, Brésil; Université de Salamanca, Commune de Salamanca, Communauté Autonome de Castilla y León, Espagne, 2017.

L'objectif spécifique de cette recherche est définie dans l'analyse de la réglementation de l'enseignement supérieur au Brésil, ainsi que le mécanisme qui implique cette pratique, en essayant d'induire à une réflexion sur les problèmes et les difficultés rencontrées dans le développement d'une éducation supérieure de qualité et qui atteigne l'objectif d'améliorer la vie des personnes du point de vue professionnel que dans l'aspect de l'exercice plein de la citoyenneté. Le sujet intègre le contexte du Droit administratif puisque soulève de la pratique courante et séquentielle des actes administratifs, traite du processus administratif qui guide l'autorisation et le fonctionnement des Institutions publiques et privées, de sorte que la doctrine et la position des autres juridictions administratives ont été supplémentaires à la compréhension du sujet. Les recherches menées en Espagne, dans les couloirs de la Bibliothèque Francisco de Vitoria dans l' Université de Droit de l'Université de Salamanca et la consultation menées sur le livre des oeuvres du Professeur Maria Teresa del Pilar Jimenez Tello, intitulé Auditoria universitaria y calidad, La evaluacion como conquista social ante la competencia universitaria global. paru en 2009, le résultat de la thèse de doctorat développée par le Dr Pilar Jimenez, soutenue à l'Université de Barcelone, ont été les principaux éléments d'inspiration pour la définition de l'objet de recherche.

Mots-clé: Administration Publique. Éducation Supérieure. Service Public. Réglementation.

RESUMEN

PEDREIRA, Ana Maria. LA REGULACIÓN DE LA ENSEÑANZA SUPERIOR EN BRASIL Y LA NECESIDAD DE ADOPCIÓN DE UN NUEVO MODELO. 2017. Tesis de Doctorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, Brasil; Universidad de Salamanca, Comunidad Autónoma de Castilla y León, España, 2017.

El enfoque específico de esta investigación se configura en el análisis de la regulación de la enseñanza superior en Brasil, así como en el mecanismo que implica esa práctica, buscando inducir a la reflexión sobre los problemas y las dificultades enfrentadas en el desarrollo de una educación superior de calidad y que cumpla el objetivo de mejorar la vida de las personas tanto desde el punto de vista profesional, como del aspecto de ejercicio pleno de ciudadanía. La investigación integra el contexto del Derecho Administrativo, pues suscita la práctica rutinaria y secuencial de actos administrativos, trata del proceso administrativo que orienta la autorización y el funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, de manera que la doctrina y el posicionamiento de otras jurisdicciones sean suplementares para la comprensión del asunto. Los estudios realizados en España, por los pasillos de la Biblioteca Francisco de Vitoria, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca y la consulta hecha al libro de autoría de la Profesora Doctora María Teresa del Pilar Jiménez Tello, titulado Auditoria universitaria y calidad: la evaluación como conquista social ante la competencia universitaria global, publicado en 2009, fruto de la tesis de doctorado elaborada por la Doctora Pilar Jiménez, defendida en la Universidad de Barcelona, fueron los principales elementos inspiradores para la definición del objeto de la investigación.

Palabras clave: Administración Pública. Educación Superior. Servicio Público. Regulación.

Antes mesmo de começar a empreender, efetivamente, um itinerário tortuoso, eis sem rodeios, e em linhas gerais, a tese que submeto à discussão de vocês. Ela virá distribuída numa série de proposições. Na verdade, será menos uma tese, ou menos uma hipótese, que um compromisso declarativo, um apelo em forma de profissão de fé, fé na universidade e, nela, fé nas Humanidades de amanhã.

Jacques Derrida¹

¹ DERRIDA, Jacques. *A Universidade sem condição*. Trad. Evandro Nascimento. São Paulo: Estação Liberdade, 2003, p. 13.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1. Pressupostos metodológicos	14
2. Questões abordadas – Conteúdo	15
INTRODUCCIÓN	24
1. Presuposiciones metodológicas	24
2. Cuestiones abortadas - contenido	25
Capítulo I - A RELEVÂNCIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO COMPARADO E A CEPTÇÃO DO TERMO	35
1.1. A problemática conceitual: objeto e finalidade	35
1.2. Breves apontamentos sobre a evolução do direito comparado.....	43
1.3. O Direito comparado e a unificação do Direito	52
1.4. Os Sistemas jurídicos	54
1.5. A utilidade do direito administrativo comparado.....	63
1.6. Perspectivas teóricas sobre o direito administrativo comparado.....	71
1.7. Métodos e níveis de comparação.....	76
1.8. A micro e a macrocomparação	78
1.9. O paralelo sincrônico e diacrônico	83
1.10. A internacionalização do ensino jurídico no Brasil.....	86
1.11. Visão crítica do tema	89
Capítulo II – A DESCENTRALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	92
2.1. A Administração Pública Direta e Indireta	94
2.2. Administração Pública Indireta – categorias jurídicas	102
2.2.1. Fundações governamentais	102
2.2.2. Empresa Pública	108
2.2.3. Sociedade de Economia Mista.....	111
2.2.4. As Autarquias	112
2.2.4.1. As agências reguladoras no Brasil	123
2.2.4.2. Definição e características das agências reguladoras.....	125
2.2.4.3. Natureza jurídica e funções das agências reguladoras.....	131
2.2.4.4. Atuação das agências reguladoras e a sociedade	138
2.2.4.5. Espécies de agências reguladoras	141
2.2.5. As agências executivas	145
2.3. Dos órgãos Públicos	146
2.3.1. Características dos Órgãos.....	148
2.3.2. Classificação dos órgãos públicos	149
2.3.3. Aspectos jurídicos e funcionais do Ministério da Educação – MEC	152
Capítulo III – A REGULAÇÃO DO ENSINO SUPERIOR NO BRASIL	169
3.1. Notas introdutórias	169
3.2. Disposição da Carta Magna de 1988	171
3.3. Educação e política no Brasil	173
3.4. Educação em contraposição à instrução	181

3.5. A privatização da educação superior	189
3.6. O Direito Administrativo face à educação superior	191
3.7. Dos atos administrativos e atos da Administração	193
3.7.1. Fato jurídico x fato administrativo	199
3.7.2. Atos de direito privado praticados pela Administração.....	201
3.7.3. O Conceito de <i>ato administrativo</i>	201
3.7.4. A visão dos franceses.....	205
3.7.5. O entendimento dos italianos	206
3.7.6. O posicionamento dos espanhóis.....	207
3.7.7. Exteriorização do ato administrativo.....	208
3.7.8. Atributos ou características do ato administrativo.....	209
3.7.9. Elementos e requisitos de validade do ato administrativo.....	211
3.7.10. Classificação dos atos administrativos	217
3.7.11. Discricionariedade e vinculação	219
3.7.12. Atos administrativos em espécie	225
3.7.13. Dos vícios dos atos administrativos.....	226
3.7.14. Extinção do ato administrativo	228
3.7.15. Convalidação do ato administrativo	232
3.7.16. Dos atos autorizativos no âmbito do ensino superior	232
3.7.17. Os atos telemáticos, eletrônicos e informatizados	234
3.8. O Processo administrativo - Conceito	235
3.8.1. Processo administrativo e procedimento: disputa terminológica	239
3.8.2. A legislação brasileira acerca do processo administrativo	242
3.8.3. Princípios norteadores do processo administrativo	245
3.8.5. Espécies de processos administrativos	249
3.8.6. O processo administrativo eletrônico	251
3.8.8. Recorribilidade das decisões na esfera administrativa	252
3.8.9. A regulamentação do processo administrativo no Direito estrangeiro	253
3.8.10. A regulação do ensino superior no Brasil.....	255
3.9. O poder regulador da Administração Pública	262
3.10. Modalidades de instituições de ensino superior	268
3.11. Um novo público direcionado para educação superior	271
3.12. O Financiamento da educação superior.....	272
3.13. A Lei de Filantropia como elemento de investimento social	275
3.14. Novas perspectivas para o ensino superior brasileiro.....	277
3.15. O projeto para criar órgão avaliador (especificamente) para o ensino superior.....	282
Capítulo IV – O ENSINO SUPERIOR NO CONTEXTO ESTRANGEIRO	286
4.1. O tratamento internacional dispensado à educação.....	286
4.2. A Declaração Universal de Direitos Humanos.....	288
4.3. A Declaração de Salamanca	289
4.4. Processo de Bolonha	292
4.5. Convenção de Reconhecimento das Qualificações Relativas ao Ensino Superior na Região da Europa – Convenção de Lisboa.....	293

4.6. Convenção relativa à luta contra a discriminação no campo do ensino	294
4.7. Recomendação sobre educação para compreensão internacional, cooperação e paz e educação relativas a direitos humanos e das liberdades fundamentais.	296
4.8. O Espaço Europeu de Educação Superior	298
4.9. A educação superior no contexto a espanhol - A Lei de Reforma Universitária	301
4.10. A Lei Orgânica de Universidades espanholas	305
4.11. A reforma da Lei Orgânica de Universidades espanholas	309
4.12. Agência Nacional de Avaliação da Qualidade e Acreditação da Educação Superior na Espanha (ANECA)	313
4.13. Ensino superior nos Estados Unidos da América.....	315
4.14. Dos <i>colleges</i> coloniais às prestigiosas universidades.....	318
4.15. A segunda fase - a massificação do ensino superior	324
4.16. Terceira fase – A organização das estruturas	328
4.17. Quarta fase – Os gloriosos 25 anos do pós-guerra	328
4.18. Quinta fase – A privatização do ensino superior.....	329
4.19. A Ação Federal – um diferencial relevante	333
4.20. Trajetória da política federal para a educação superior norte-americana.....	333
4.21. A fase da formação dos <i>junior colleges</i>	334
4.22. As Agências de acreditação nos Estados Unidos da América.....	336
4.23. O Ensino superior no Reino Unido	338
4.24. Breves apontamentos sobre o ensino superior em Portugal	340
4.25. A acreditação na América Latina	341
CONCLUSÃO	343
CONCLUSIÓN	352
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	361

INTRODUÇÃO

1. Pressupostos metodológicos

Inicialmente cabem algumas considerações quanto à metodologia que envolveu a investigação e o desenvolvimento da pesquisa para elaboração da tese.

O estudo está focado na regulação do ensino superior, tema integrante do contexto do Direito Administrativo brasileiro, de modo que os trabalhos acadêmicos, normas e casos de outras jurisdições foram suplementar à compreensão do assunto em âmbito nacional. As pesquisas feitas na Espanha, na Biblioteca Francisco de Vitoria, na Universidad de Derecho da Universidad de Salamanca e a consulta efetivada no livro da lavra da Professora Doutora Maria Tereza del Pilar Jimenez Tello, intitulado *Auditoria universitaria y calidad, La evaluacion como conquista social ante la competencia universitaria global*, publicado em 2009, fruto da tese de doutoramento elaborada pela Doutora Pilar Jimenez, defendida na Universidade de Barcelona, foi um dos principais elementos inspiradores para a definição do objeto da pesquisa.

No mais, adotou-se uma metodologia fundamentalmente dogmática, com enfoques analíticos, normativos e empíricos.

O método analítico foi baseado na desconstrução e reconstrução² dos aspectos temáticos a partir da análise, inicialmente, da doutrina jurídica brasileira, pesquisando os fundamentos teóricos da educação superior e sua evolução histórica acompanhadas de suas peculiaridades. Recorreu-se também, aos ensinamentos nas palestras realizadas em Boston, no Insitutot Laspau – Harvard University (2013) e em Londres, no Education Institute of London (2011), e outros aspectos encontrados no levantamento bibliográfico.

De forma concomitante recorreu-se ao exame de trabalhos doutrinários, a análise comparativa de diplomas normativos (Constituição Federal, leis formais, atos normativos

² DEMO, Pedro. *Praticar ciência: metodologia do conhecimento científico*. São Paulo: Saraiva, 2011, pg. 31: “o primeiro gesto do conhecimento é desconstrutivo (questionador), para, depois, ser reconstruído (propositivo) e permanecer sempre aberto, discutível”.

infralegais), cujo levantamento e catalogação dos principais textos relacionados ao tema foram feitos invariavelmente por meio de leitura qualificada e com o objetivo de identificar o tratamento normativo conferido à regulação do ensino superior ao longo da histórica evolução do Direito brasileiro.

Por derradeiro, levando-se em conta que a ciência jurídica busca incessantemente uma relação entre o particular e o universal e um equilíbrio entre teoria e prática³, a abordagem empírica foi suplementar aos destaques doutrinários e normativos e valeu-se de casos da jurisprudência judicial e administrativa (fundamentalmente do Ministério da Educação).

Importante destacar que o exame empírico ocorreu de forma tímida e acessória, porque mesmo que fossem analisados todos os precedentes relacionados ao tema principal, ainda assim não seria possível formular quaisquer conclusões definitivas acerca do comportamento dos julgadores quando se deparam com a questão educacional, principalmente em decorrência da alta especificidade dos aspectos que envolvem a educação superior.

2. Questões abordadas – Conteúdo

O processo educativo brasileiro tem como alvo o adestramento do cidadão para a vida em sociedade, assim como sua formação técnica-laborativa. O ensino no Brasil está organizado em níveis (infantil, fundamental, médio ou técnico e superior) e cada nível está ligado a dimensões políticas diferentes. Em regra, município é responsável pela oferta do ensino infantil e fundamental (formação básica), as unidades federativas, ou estados-membros, são responsáveis pela oferta do ensino médio e/ou técnico, e a União, via de regra, pelo ensino superior, ressalvadas algumas exceções.

Diante da necessidade em restringir o objeto de investigação nos aproximaremos das nuances que envolvem apenas o ensino superior, bem como o tratamento dispensado pelos governantes, legisladores e magistrados a essa temática, as medidas implementadas nesse setor, assim como o alcance prático dessas medidas.

³ FLORES, Alfredo de J. *O estudo de casos na perspectiva da metodologia jurídico-filosófica*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 4, nº 3, 2009, pg. 9. Disponível em <http://dx.doi.org/10.5902/198136947036>. Acesso em 12 de junho de 2016.

Na tarefa de definir o caráter e a construção de uma teoria da educação ampla, é de curial importância elaborar a aproximação de conceitos entre “educação” e outros ramos do saber, neste estudo atrairemos o tema para o “direito administrativo”.

Face à sua essencialidade a efetivação de inúmeros direitos, o direito à educação foi consagrado no artigo XXVI da Declaração Universal dos Direitos Humanos e, bem como no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, sendo, desde então, reconhecido como um direito fundamental, essencial e indispensável à proteção da dignidade humana, necessidade básica da vida, um direito mínimo dos cidadãos, sendo sua efetivação requisito básico para o alcance da vida plena, e os Estados participantes, obrigatoriamente, devem proteger e promover esse direito.

A escolha de um tema representa a tomada de posição do jurista diante de determinada problemática. O objetivo desta investigação compreende a análise dos instrumentos de regulação do ensino superior, particularmente no contexto constitucional-administrativo brasileiro e estrangeiro. Nessa proposta, apresentamos um estudo de natureza comparativa⁴. Ou seja, buscaremos no primeiro plano evolutivo da pesquisa, estudar separadamente a regulação do ensino superior no Brasil sem desconsiderar a análise em outros países, e posteriormente propor a adoção de modelos que possam adequar-se à realidade brasileira.

O Brasil incorporou ao seu Direito Administrativo um instrumento moderno, muito eficiente e de intervenção na economia: a Agência Reguladora. A ela a administração delega: i.) o poder de produzir a nova regulamentação dos setores relevantes da economia nacional, voltada à preservação do interesse público; ii.) poder de fiscalização e controle de atividades desenvolvidas pelos atores privados da economia, de modo a impedir a o abuso do poder econômico que coloque em risco a saúde pública, o meio ambiente e o acesso universal dos

⁴ Em nosso entendimento, a expressão *Direito Comparado* não é a mais adequada, uma vez que não se trata de um ramo da ciência do Direito, pois não possui conteúdo normativo específico, como é o caso do Direito Penal, Direito do Trabalho, Direito Tributário, etc., se consubstanciando no exame dos ramos da ciência do Direito de ordenamentos jurídicos, institutos, nacionais e/ou estrangeiros. Há conceitos mais apropriados, como por exemplo: método comparativo. Muito embora sustentando o entendimento de que o *direito comparado* é, na sua essência, um método de estudo e não um ramo autônomo do Direito, utilizaremos a terminologia pela simples razão desta expressão já ser firmemente utilizada pela doutrina e nas discussões jurídico-científicas, conforme analisaremos no primeiro capítulo.

cidadãos aos serviços públicos; iii.) poderes quase jurisdicionais, a procura de solução de litígios que envolvem prestadores e usuários de serviços públicos.

Por outro lado, se impõe às agências reguladoras a obrigação de preservar a competição no mercado, como impulsionadora do desenvolvimento econômico. Impondo-se também, a elas, a observância do princípio do devido processo legal como modo de atuação, ou, mais precisamente, como princípio vetor do processo de tomada de decisão da Administração Pública, instrumento que tende a tornar cada vez mais racionais e transparentes as decisões administrativas.

Em primeiro lugar é importante destacar que a pesquisa está voltada para a análise da regulação no Estado brasileiro relacionada ao ensino superior e sua repercussão. No entanto, doutrinas, normas e experiências estrangeiras são fundamentais para compreensão mais límpida do conceito de regulação, pois permite perceber as diferenças entre o tratamento dado pelo Poder Público a esse direito reconhecidamente fundamental, nas diferentes nações.

Buscar-se-á, também, uma abordagem analítica acerca da forma como o Estado trata a questão da oferta e o acesso ao ensino superior pela iniciativa privada. Em que proporção o Poder Público deve interferir nesse setor, já que no Estado liberal a interferência estatal deve ser a mínima inevitável, uma vez que o liberalismo defende que o funcionamento da economia se dá a partir do princípio do lucro e da livre iniciativa, o que desenvolveria o espírito empreendedor e competitivo.

Propõe-se uma incursão compreensiva acerca das razões que podem fundamentar os mecanismos de controle e de aferição de qualidade das instituições de ensino superior no Brasil e na União Europeia, a partir da análise dos relatórios expedidos pelo Ministério da Educação, bem como aqueles contidos no Espaço de Acreditação Internacional, expedidos pela Asociación Internacional de Universidades: El Centro de Información sobre Educación Superior.

Uma vez superada a delimitação positiva do tema, mostram-se imprescindíveis também algumas delimitações negativas.

Primeiramente a investigação não analisa em profundidade aspectos políticos ou ideológicos que permeiam o discurso de que a educação é setor estratégico e que portanto deve ser incessantemente monitorado pelo Estado. Também não integra o núcleo da pesquisa o estudo e análise da educação básica ou fundamental, nem tampouco o ensino médio e profissionalizante.

Finalmente, o objeto do estudo não se confunde com o fenômeno do neoliberalismo que turbinou as privatizações no curso da década de 1990, afastando o Estado da execução de serviços públicos. De forma genérica, essas são as delimitações básicas do tema.

Para desenvolvimento apropriado da pesquisa, foram adotadas quatro hipóteses ou questionamentos principais, a fim de demarcar ainda mais o campo de estudo, orientar a investigação e possibilitar, finalmente, uma compreensão sistemática do assunto em comento.

Os questionamentos que devem guiar a investigação são os seguintes:

- 1.) Porque o Poder Público brasileiro dedica tão pouca atenção para um tema tão relevante e de grande dimensão?
- 2.) Em que medida se apresenta a convergência entre o Direito Administrativo e a educação superior?
- 3.) Quais medidas de alcance prático, no âmbito do estudo do Direito Administrativo quando aplicado ao ensino superior no Brasil?
- 4.) É possível formular uma proposta revestida de concretude para buscarr uma solução visando melhorar a qualidade do ensino superior?

Obviamente buscando manter a pesquisa coesa, com enfrentamento desses questionamentos e ao mesmo tempo escapando da sedução das abordagens periféricas, o estudo foi estruturado em quatro capítulos principais, cada um deles destinados a esmiunçar os questionamentos suscitados.

No primeiro capítulo serão abordados os aspectos inerentes ao direito comparado bem como a importância e a necessidade de implementação de estudos dessa natureza na busca de

aperfeiçoamento dos institutos jurídicos e o próprio ordenamento brasileiro integralmente. Não há dúvidas de que o conhecimento, a comparação das situações similares ou antagônicas podem indicar caminhos da solução possível.

No segundo capítulo, já sob uma perspectiva mais concreta analisar-se-á, a descentralização da Administração Pública, que se destrincha em entidades autárquicas e ainda subdivididas em agências, cujo objeto é a regulação de determinados setores.

No terceiro capítulo tratar-se-á da evolução da educação e instrução do ensino superior no Brasil, em seguida será apontado o tratamento constitucional dispensado ao tema, cujo objetivo é destacar os avanços e retrocessos perpetrados pelas ideologias político partidárias dos sucessivos governos federais. Também será possível analisar os atos administrativos editados pelos órgãos públicos acerca do tema em comento, bem como o procedimento administrativo que norteia a regulação, compreendendo nesse contexto, os atos autorizativos e o Sistema Nacional de Avaliação do Ensino Superior – SINAES. Este capítulo, em linhas gerais, versa sobre investigação dos atos administrativos editados pelo Ministério da Educação brasileiro destinado a regulação do ensino superior, mais especificamente os atos autorizativos, suas modalidades, sua natureza jurídica e a repercussão dos referidos atos no ordenamento jurídico brasileiro e no contexto educacional.

Finalmente no quarto e último capítulo, a abordagem tratará especificamente o ensino superior no contexto estrangeiro, mais especificamente a Espanha, modelo que sugerimos a adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Por derradeiro, serão confrontados os objetivos e questionamentos inaugurais com conclusões parciais de cada capítulo, encerrando momentaneamente o estudo, uma vez que uma pesquisa dessa envergadura passa ao largo de ser encerrada definitivamente, entretanto será possível uma adequada compreensão da incidência do direito administrativo em matéria relativa à regulação do ensino superior no Brasil.

A educação superior no Brasil é tema tormentoso e desafiante, e isto lhe infunde especial interesse, por isso a tese defendida neste trabalho aponta para identificação de

elementos, institutos e princípios do direito administrativo que podem contribuir para melhorar a qualidade da educação superior no Brasil. Assim, pretende-se demonstrar que há mecanismos e instrumentos que podem aperfeiçoar a oferta dessa modalidade educacional.

Procuramos confrontar conceitos e institutos do direito administrativo com aqueles que norteiam a educação superior no Brasil e no contexto estrangeiro. Obviamente, a pesquisa carece de aprofundamento para que sejam elucidados os aspectos que diferenciam a dinâmica do ensino superior no exterior em comparação com o Brasil. Esse trabalho, nem de longe, tem a pretensão de esgotar o assunto, mesmo porque isso seria impossível, mas a intenção é provocar o debate, despertando a atenção da sociedade e do Estado, além daqueles que se interessam pelo assunto e ao mesmo tempo convidando-os para uma jornada apaixonante, que é a luta pela melhoria da qualidade do ensino no Brasil.

Será focalizado, também, o posicionamento dos Tribunais brasileiros sobre questões ligadas ao ensino superior, colocando em destaque a construção pretoriana sobre o tema, em que posições vanguardistas e ousadas podem contribuir eficientemente para o desenvolvimento de políticas públicas educacionais mais atualizadas.

Preceder-se-á uma análise do contexto educacional espanhol acerca do tratamento dado ao ensino superior naquele país apontando os aspectos positivos que poderiam ser apropriados pelo Poder Público brasileiro, pela eficiência e eficácia que atingem.

Para isso, as visitas periódicas à Universidade de Salamanca, a orientação segura da Prof. Dra. Pilar Jimenez, e o levantamento bibliográfico foram de fundamental relevância, a fim de subsidiar a construção desta tese, uma vez que possibilitaram acesso direto às obras e autores espanhóis, indisponíveis no Brasil.

No universo do direito administrativo depararemos com institutos jurídicos presentes em dois contextos normativos (brasileiro e espanhol), mas que guardam íntima afinidade. Acerca desse aspecto, importante destacar que o desenvolvimento da pesquisa exige, como pressuposto lógico, o mínimo de similaridade ou analogia entre as realidades pesquisadas, isto é, sendo fundamental que os objetos sejam passíveis de comparação.

Não podemos olvidar o ponto mais importante da pesquisa comparativa seus elementos temporais. Propomos apontar os mecanismos de regulação no Brasil e na Espanha vigentes, e manejados pelos órgãos públicos da Administração Direta. Tanto no Brasil, quanto na Espanha, o órgão responsável pelo ensino em âmbito nacional é o Ministério da Educação que regula o setor, mas na Espanha, as administrações regionais são encarregadas de administrar e financiar os centros educacionais em seu território. Assim, procurando conservar um caráter sincrônico e simultâneo, ou seja, é a comparação de elementos que coexistem em vigor numa mesma época, num mesmo momento histórico. Nossos holofotes estão direcionados a partir das estruturas e normas vigentes.

O objetivo almejado é apontar as melhores práticas executadas, vistas como ideal que se alcançam com a concretização de políticas públicas educacionais, acesso ao ensino superior, melhoria na qualidade da educação, etc.

Não buscamos uma pesquisa meramente acadêmica para servir apenas como fonte de consulta ou simples base teórica, ou mesmo uma simples demonstração de apropriação de conhecimento teórico para futuros estudos sobre o tema. O que se busca nessa pesquisa são fundamentos sólidos para a propositura de medidas de alcance prático e que possam ser factíveis, viáveis, ideias com robustez teórica, mas com viabilidade prática.

Justifica-se a análise proposta diante da indigência de estudos que enfrentam o tema, pois embora a educação seja sempre colocada na agenda política nacional e internacional como prioridade máxima, entretanto, do ponto de vista prático muito pouco se faz para que o ensino de qualidade deixe ser apenas um conceito abstrato e se torne realidade.

Destaquem-se, mais fortemente no setor privado, inúmeras discussões e propostas tanto por parte de juristas, quanto de educadores e profissionais das diversas áreas de gestão, que têm como ponto de convergência a atuação no ensino superior. Sob o olhar das políticas formuladas pelo Estado, podemos compreender tais conexões e interdependências entre direito administrativo e educação, na medida da aplicação práticas dessas medidas.

De acordo com o senso comum, a educação está compreendida como prática social, portanto, constitutiva de relações sociais mais amplas, a partir de embates e processos em disputa que traduzem distintas concepções de homem, mundo e sociedade. Para efeito dessa análise, a educação será encarada como processo amplo de socialização da cultura historicamente produzido pelo homem, e a universidade como espaço privilegiado de produção e apropriação do saber, cujas políticas, gestão e processos se organizam, coletivamente ou não, em prol dos objetivos de formação, mas sempre sob os olhos atentos do Estado.

As últimas duas décadas foram marcadas, em todo o mundo, pelo crescimento das aspirações e da participação dos jovens e adultos em programas educacionais. Dentre as motivações para a busca de maiores níveis de escolarização após a infância e adolescência, destacam-se as múltiplas necessidades de conhecimento ligadas ao acesso aos meios de informação e comunicação, à afirmação de identidades singulares em sociedades complexas e multiculturais, assim como às crescentes exigências de qualificação em um mundo do trabalho cada vez mais competitivo e excludente.

No caso brasileiro, esses fatores resultaram na extensa demanda potencial acumulada ao longo de uma história de negação de direitos e acesso limitado à educação escolar, o que legou ao presente, grandes contingentes de jovens e adultos sem instrução, com reduzida escolaridade, além do precário preparo profissional⁵.

Sendo assim, políticas educacionais efetivamente implicam no envolvimento e no comprometimento de diferentes atores, tais como os profissionais vinculados aos diversos órgãos públicos de ensino e a iniciativa privada, que figura como importante colaboradora na construção de um sistema educativo que alcance todos os cidadãos.

Na Europa, atualmente, percebe-se grande preocupação com o estabelecimento de interconexão universitária entre os países que fazem parte da União Europeia. O Guia do EEES – Espaço Europeu de Educação Superior ao qual acessamos na Biblioteca Francisco De

⁵ HÖFLING. Eloisa de Mattos. *Estado e Políticas (Públicas) Sociais*. Cadernos Cedes, ano XXI, nº 55. Campinas, 2001. Disponível em www.scielo.br. Acesso em 30 de março de 2015.

Vitória – Centro de Documentación Europea, trata de forma detalhada e didática o funcionamento do EEES.

Acreditamos que há, na observação da experiência europeia, elementos que possam sustentar uma proposta de mudança para melhor na qualidade do ensino superior no Brasil, particularmente na experiência espanhola.

Esquadrinhar com paciência e meticulosidade de fino artífice foi nossa empreitada, entretanto, tivemos que enfrentar o desafio de penetrar no espírito e na mecânica de funcionamento do poder regulador e controlador do Estado.

É imperioso que a busca por uma Sociedade justa continue seguindo em frente, e a discussão do tema ora proposto é de extrema relevância doutrinária, pois representa grande impacto nas relações que permeiam a educação superior no Brasil e sua regulação. Mais do que isso, representa de forma direta, um importante instrumento de evolução e desenvolvimento social.

Em 2011 em visita à Inglaterra, observando as Universidades de Oxford e Cambridge foi possível acreditar na possibilidade de um futuro melhor para a educação brasileira, pois seriedade e comprometimento da sociedade e do Estado são fundamentais seu progresso, que só é possível pelo caminho da educação de seu povo.

Em 2013 em visita a quatro instituições em Cambridge, Massachussets, mais especificamente à Universidade de Harvard e MIT (Massachussets Institute of Technology), Olin College e Babson College, foi possível presenciar formas inovadoras de apreensão de conhecimento, assim como a adoção de novas metodológicas.

Trazidas a lume todas essas considerações introdutórias necessárias para a perfeita compreensão do objeto de investigação, volta-se rumo ao desenvolvimento do tema.

INTRODUCCIÓN

1. Presuposiciones metodológicas

En principio caben algunas consideraciones acerca de la metodología implicada en el estudio y desarrollo de la investigación realizada para la elaboración de la tesis. El estudio se enfoca en la regulación de la enseñanza superior, tema integrante del contexto del Derecho Administrativo brasileño, de modo que los trabajos académicos, normas y casos de otras jurisdicciones fueron adicionales para la comprensión del asunto a nivel nacional. Los estudios realizados en España, en la Biblioteca Francisco de Vitoria, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca y la consulta hecha al libro de autoría de la Profesora Doctora María Teresa Del Pilar Jiménez Tello, titulado: Auditoria universitaria y calidad: la evaluación como conquista social ante la competencia universitaria global, publicado en 2009, fruto de la tesis de doctorado elaborada por la Doctora Pilar Jiménez, defendida en la Universidad de Barcelona fueron los principales elementos inspiradores para la definición del objeto de la investigación.

Por lo demás, se adoptó una metodología fundamentalmente dogmática, con enfoques analíticos, normativos y empíricos.

El método analítico se basó en la desconstrucción y reconstrucción⁶ de los aspectos temáticos a partir del análisis, inicialmente de la doctrina jurídica brasileña, investigando los fundamentos teóricos de la educación superior y su evolución histórica acompañadas de sus peculiaridades. También se han añadido al estudio las enseñanzas de las conferencias realizadas en Boston, en el Instituto Laspau – Harvard University (2013) y en Londres, en el Education Institute of London (2011), y otros aspectos encontrados en la búsqueda bibliográfica.

⁶ (DEMO, Pedro. Praticar Ciência: metodologia do conhecimento científico. São Paulo: Saraiva, 2011, pg.31, traducción propia):

“el primer gesto del conocimiento es deconstructivo (cuestionador), para luego ser reconstruido (propositivo) y permanecer siempre abierto, discutible”.

De forma concomitante se recurrió al examen de trabajos doctrinarios, al análisis comparativo de textos normativos (Constitución Federal, leyes formales, actos normativos infralegales) cuyo análisis y catalogación de los principales textos relacionados al tema fueron efectuados invariablemente a través de lectura calificada y con el propósito de identificar el tratamiento normativo conferido a la regulación de la enseñanza superior a lo largo de la histórica evolución del Derecho brasileño.

Por último, teniéndose en cuenta que la ciencia jurídica busca incesantemente una relación entre lo particular y lo universal y un equilibrio entre teoría y práctica⁷, el enfoque empírico fue adicional a los destaques doctrinarios y normativos y se valió de casos de la jurisprudencia judicial y administrativa (fundamentalmente del Ministerio de Educación).

Es importante destacar que el examen empírico ocurrió de forma tímida y accesoria, porque aunque fueron analizados todos los precedentes relacionados al tema principal, aun así no sería posible formular cualesquiera conclusiones definitivas acerca del comportamiento de los juzgadores cuando se deparan con la cuestión educacional, principalmente como consecuencia de la alta especificidad de los aspectos que implican la educación superior.

2. Cuestiones abortadas - contenido

El proceso educativo brasileño tiene como meta el adiestramiento del ciudadano para la vida en sociedad, así como su formación técnico laboral. La enseñanza en Brasil está organizada en niveles de educación (infantil, básica, media o formación técnica y superior) y cada nivel se relaciona con dimensiones políticas distintas. Por lo general, el municipio se responsabiliza por la oferta de la enseñanza en los niveles infantil y fundamental (educación básica), las unidades federativas o estados miembros se responsabilizan por la oferta de la

⁷ FLORES, Alfredo de J. O estudo de casos na perspectiva da metodologia jurídico-filosófica. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v.4, nº.3, 2009, pg. 9. Disponible en <http://dx.doi.org/10.5902/198136947036>. Consulta en 12 de junio de 2016.

enseñanza media o técnica, y la Unión, por lo general, se encarga de la enseñanza superior, salvo algunas excepciones.

Frente a la necesidad de restringir el objeto de investigación nos acercaremos a los matices que implican apenas la enseñanza superior, así como el tratamiento dispensado por los gobernantes, legisladores y magistrados a esa temática, las medidas aplicadas en ese sector, bien como el alcance práctico de esas medidas.

Ante la tarea de definir el carácter y la construcción de una teoría de la educación amplia, es evidente la importancia de elaborar una aproximación de conceptos entre “educación” y otros ramos del saber, por ello en este estudio se buscará acercar el tema al “derecho administrativo”.

Frente a la esencialidad y efectivización de innumerables derechos, el derecho a la educación fue consagrado en el artículo XXVI de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, siendo desde entonces reconocido como un derecho fundamental, esencial e indispensable para la protección de la dignidad humana, necesidad básica de la vida, un derecho mínimo de los ciudadanos, tornándose su efectivización, condición básica, para el alcance de la vida plena, y con los Estados participantes están sujetos a la obligación de proteger y fomentar ese derecho.

La elección de un tema representa la toma de posición del jurista ante una determinada problemática. El objetivo de esta investigación incluye el análisis de los instrumentos de regulación de la enseñanza superior, particularmente en el contexto constitucional-administrativo brasileño y extranjero. En esa propuesta presentamos un estudio de naturaleza comparativa⁸. O sea, buscaremos en el primer plan evolutivo de la investigación estudiar

⁸ Desde el punto de vista de nuestro entendimiento, la expresión Derecho Comparado no es la más adecuada, una vez que no se trata de un ramo de la ciencia del Derecho, pues no posee contenido normativo específico, como es el caso del Derecho Penal, Derecho del Trabajo, Derecho Tributario, etc., consubstanciándose en el examen de los ramos de la ciencia del derecho de ordenamientos jurídicos, institutos nacionales y/o extranjeros. Existen conceptos más apropiados, como por ejemplo: método comparativo. Aunque sosteniendo el entendimiento de que el derecho comparado es, en su esencia, un método de estudio y no un ramo autónomo del Derecho, utilizaremos la terminología por la única razón de

separadamente la regulación de la enseñanza superior en Brasil sin desconsiderar el análisis en otros países, y posteriormente propondremos la adopción de modelos que puedan adecuarse a la realidad brasileña.

Brasil ha incorporado a su Derecho Administrativo un instrumento moderno muy eficiente y de intervención en la economía: la Agencia Reguladora. La administración le delega a ese órgano: i.) la facultad de producir la nueva reglamentación de los sectores relevantes de la economía nacional, orientada a la preservación del interés público; ii.) la facultad de supervisión y control de actividades desarrolladas por los actores privados de la economía, de forma tal que se impida el abuso del poder económico que ponga en riesgo la salud pública, el medio ambiente y el acceso universal de los ciudadanos a los servicios públicos; iii.) poderes casi judiciales en la búsqueda de la solución de litigios que impliquen proveedores y usuarios de los servicios públicos.

Por otra parte, se les impone a las agencias reguladoras la obligación de mantener la competencia en el mercado como impulsora del desarrollo económico. Se les impone también a esos órganos la observancia del principio del debido proceso legal como modo de actuación o, más precisamente, como principio vector del proceso de toma de decisión de la Administración Pública, instrumento que tiende a hacer con que las acciones administrativas sean cada vez más transparentes y racionales.

En primer lugar es importante destacar que la investigación está enfocada en el análisis de la regulación en el estado brasileño, relacionado con la enseñanza superior y su repercusión. Sin embargo, las doctrinas, las normas y experiencias extranjeras son fundamentales para la comprensión más transparente del concepto de regulación, pues permite distinguir las diferencias entre el tratamiento dado por el Poder Público a ese derecho, reconocidamente fundamental, en las distintas naciones.

Se buscará, también, un enfoque analítico acerca del modo cómo el Estado aborda la cuestión de la oferta y el acceso a la enseñanza superior mediante la iniciativa privada. En qué

que esta expresión ya es firmemente utilizada por la doctrina y en las discusiones jurídico-científicas, conforme analizaremos en el primer capítulo.

proporción el Poder Público debe intervenir en ese sector, ya que en el Estado liberal la interferencia estatal debe ser la mínima inevitable, puesto que el liberalismo defiende que el funcionamiento de la economía se dé a partir del principio del beneficio y de la libre iniciativa, lo que desarrollaría el espíritu emprendedor y competitivo.

Se propone una incursión comprensiva sobre las razones que pueden fundamentar los mecanismos de control y de medición de calidad de las instituciones de enseñanza superior en Brasil y en la Unión Europea desde el análisis de los informes enviados por el Ministerio de Educación, así como aquellos contenidos en el Espacio de Acreditación Internacional, emitidos por la Asociación Internacional de Universidades y por el Centro de Información sobre la Educación Superior. Una vez superada la delimitación positiva del tema, se hacen imprescindibles también algunas delimitaciones negativas.

En primer lugar, la investigación no analiza en profundidad aspectos políticos o ideológicos que permean el discurso de que la educación es un sector estratégico y que, por lo tanto, debe ser incesantemente supervisado por el Estado. También no integra el núcleo de la investigación, el estudio y análisis de la educación básica o fundamental ni tampoco la enseñanza media o la formación profesional.

Finalmente, el objeto de estudio no se confunde con el fenómeno del neoliberalismo que propulsó las privatizaciones durante la década de los 90, apartando al Estado de la ejecución de los servicios públicos. En términos generales, esas son las delimitaciones básicas del tema.

Para el desarrollo apropiado de la investigación se han adoptado cuatro hipótesis o cuestionamientos principales, con el fin de precisar más claramente el campo de estudio, orientar la investigación y posibilitar, finalmente, una comprensión sistemática del asunto en análisis.

Los cuestionamientos que deben guiar la investigación son los siguientes:

1.) ¿Por qué el Poder Público brasileño dedica escasa atención para un tema tan relevante y de gran dimensión?

2.) ¿En qué medida se presenta la convergencia entre el Derecho Administrativo y la educación superior?

3.) ¿Cuáles son las medidas de alcance práctico, en el ámbito del estudio del Derecho Administrativo, cuando aplicadas a la enseñanza superior en Brasil?

4.) ¿Es posible formular una propuesta concreta para buscar una solución, con vistas a mejorar la calidad de la enseñanza superior?

Buscando mantener la cohesión de la investigación, con el enfrentamiento de esos cuestionamientos y al mismo tiempo huyendo de la seducción de los abordajes periféricos, el estudio fue estructurado en cuatro capítulos principales, cada uno de ellos destinados a desmenuzar los cuestionamientos planteados.

En el primer capítulo se abordarán los aspectos inherentes al derecho comparado, así como la importancia y la necesidad de la implementación de estudios de esa naturaleza, en la búsqueda del perfeccionamiento de los institutos jurídicos y el propio ordenamiento brasileño integralmente. No hay dudas de que el conocimiento, la comparación de situaciones similares o antagónicas pueden indicar caminos para la solución posible.

En el segundo capítulo, ahora en un ámbito más concreto, se va a analizar la descentralización de la Administración Pública que se desentraña en entidades autárquicas y además subdivididas en agencias, cuyo objeto es la regulación de determinados sectores.

En el tercer capítulo, se analizará la evolución de la educación y de la enseñanza superior en Brasil, luego se va a señalar el tratamiento constitucional dispensado al tema, cuyo objetivo es destacar los avances y retrocesos perpetrados por las ideologías político partidarias de los sucesivos gobiernos federales. También será posible analizar los actos administrativos editados por los órganos públicos acerca del tema en cuestión, así como el procedimiento que orienta la regulación, comprendiendo en ese contexto, los actos de contenido autoritativo y el Sistema Nacional de Evaluación de La Enseñanza Superior-SINAES. Este capítulo, en líneas generales, aborda la investigación de los actos administrativos editados por el Ministerio de Educación brasileño destinado a la regulación de la enseñanza superior, más específicamente, los actos de contenido autoritativos, sus

modalidades, su naturaleza jurídica y la repercusión de los referidos actos en el ordenamiento jurídico y en el contexto educacional.

Finalmente, en el cuarto y último capítulo, el enfoque recaerá específicamente sobre la enseñanza superior en el contexto extranjero, más particularmente en España, cuyo modelo se propone sea adoptado por el ordenamiento jurídico brasileño.

Por último, se confrontarán los objetivos y cuestionamientos inaugurales con las conclusiones parciales de cada capítulo, encerrando momentáneamente el estudio, una vez que una investigación de esa envergadura está muy lejos de agotar el tema definitivamente, sin embargo será posible una adecuada comprensión de la incidencia del derecho administrativo en lo que se refiere a la regulación de la enseñanza superior en Brasil.

La educación superior en Brasil es un tema tormentoso y desafiante, y ello le infunde un interés especial, por eso la tesis defendida en esta investigación apunta hacia la identificación de elementos, institutos y principios del derecho administrativo que pueden contribuir para mejorar la calidad de la educación superior en Brasil. Por consiguiente, se pretende demostrar que existen mecanismos e instrumentos que pueden perfeccionar la oferta de esa modalidad educacional.

Buscaremos confrontar conceptos e institutos del derecho administrativo con aquellos que guían a la enseñanza superior en Brasil y en el contexto extranjero. Obviamente, la investigación exige una profundización para que sean elucidados los aspectos que diferencian la dinámica de la enseñanza superior en el exterior en comparación con el Brasil. Este estudio no tiene en absoluto la pretensión de agotar el asunto, hasta porque eso sería imposible, pero la intención es provocar el debate despertando la atención de la sociedad y del Estado, además de aquellos que se interesan por el asunto y al mismo tiempo invitándolos a una jornada apasionante, que es la lucha por la mejoría de la calidad de la enseñanza en Brasil.

Se enfocará también el posicionamiento de los Tribunales brasileños sobre cuestiones relacionadas a la enseñanza superior, subrayando la construcción pretoriana sobre el tema, en

que posiciones vanguardistas y osadas pueden contribuir eficientemente para el desarrollo de políticas públicas educacionales más actualizadas.

Se efectuará un análisis del contexto educacional español acerca del tratamiento dado a la enseñanza superior en aquel país, señalando los aspectos positivos que podrían ser apropiados por el Poder Público brasileño, por la eficiencia y efectividad que alcanzan.

Para ello, las visitas periódicas a la Universidad de Salamanca, la orientación segura de la Prof. Dra. Pilar Jiménez, y el estudio de la bibliografía fueron de fundamental relevancia, con el fin de subsidiar la construcción de esta tesis, una vez que han permitido el acceso directo a las obras y autores españoles no disponibles en Brasil.

En el universo del derecho administrativo nos depararemos con institutos jurídicos presentes en dos contextos normativos (brasileño y español), los que sin embargo guardan íntima afinidad. En cuanto a ese aspecto, es importante señalar que el desarrollo de la investigación exige como presuposición lógica, un nivel mínimo de similitud o analogía entre las realidades investigadas, es decir, se hace fundamental que los objetos sean comparables.

No podemos olvidar el punto más importante de la investigación comparativa, sus elementos temporales. Proponemos apuntar los mecanismos de regulación vigentes en Brasil y en España, y manejados por los organismos públicos de la Administración Directa. Tanto en Brasil como en España el organismo responsable por la enseñanza en el ámbito nacional es el Ministerio de Educación que regula el sector, pero, en España, las administraciones regionales se encargan de administrar y financiar los centros educacionales en su territorio. De esta forma, buscando conservar un carácter sincrónico y simultáneo, es decir, la comparación de elementos que coexisten en vigor en una misma época, en un mismo momento histórico. Nuestro proyector se orienta a partir de las estructuras y normas vigentes.

El objetivo aspirado es señalar las mejores prácticas llevadas a cabo, percibidas como el ideal que se alcanza con la concreción de políticas públicas educacionales, acceso a la educación superior, mejora en la calidad de la educación, etc.

No buscamos una investigación meramente académica para servir como fuente de consulta o simple base teórica, ni incluso una sencilla demostración de apropiación del conocimiento teórico para futuros estudios sobre el tema. Lo que se busca en esta investigación son los fundamentos sólidos para la proposición de medidas de alcance práctico y que puedan ser factibles e ideales, con solidez teórica, pero con viabilidad práctica.

Se justifica el análisis propuesto ante la pobreza los estudios que enfrentan al tema, pues aunque la educación sea siempre colocada en la agenda política nacional e internacional como prioridad fundamental, entre tanto, desde el punto de vista práctico, se han adoptado muy pocas medidas para que la enseñanza de calidad deje de ser sólo un concepto abstracto y se haga realidad.

Cabe destacar, más fuertemente en el sector privado, las numerosas discusiones y propuestas por parte tanto de juristas, como de los educadores y profesionales de los diversos ámbitos de gestión, los que tienen como punto de convergencia la actuación en la enseñanza superior. Bajo la mirada de las políticas formuladas, podemos comprender tales conexiones e interdependencias entre el derecho administrativo y la educación, en la medida de la aplicación práctica de esas providencias.

De acuerdo con el sentido común, la educación es comprendida como práctica social, por lo tanto, constitutiva de relaciones sociales más amplias, a partir de embates y procesos en disputa, que reflejan distintas concepciones acerca del hombre, del mundo y de la sociedad. Para efectos de este análisis, la educación será encarada como un proceso amplio de socialización de la cultura históricamente producido por el hombre, y la universidad como un espacio privilegiado de producción y apropiación del saber, cuyas políticas, gestión y procesos se organizan, colectivamente o no, en pro de los objetivos de formación, pero siempre bajo la mirada atenta del Estado.

Las últimas dos décadas se caracterizaron, en todo el mundo, por el crecimiento de las aspiraciones y de la participación de los jóvenes y adultos en programas educativos. Entre las motivaciones para la búsqueda de mayores niveles educativos tras la infancia y la adolescencia, se destacan las múltiples necesidades de conocimiento relacionadas con el

acceso a los medios de información y de comunicación, a la afirmación de identidades singulares en sociedades complejas y multiculturales, así como a las crecientes demandas de capacitación en un mundo del trabajo cada vez más competitivo y excluyente.

En el caso brasileño, esos factores resultaron en la extensa demanda potencial acumulada a lo largo de una historia de negación de derechos y acceso limitado a la educación escolar, lo que ha legado al presente un enorme contingente de jóvenes y adultos sin educación y con reducida escolaridad, además del precario preparo profesional⁹.

Por consiguiente, las políticas educacionales efectivamente implican en la participación y en el compromiso de diferentes actores, tales como los profesionales vinculados a los diversos organismos públicos de enseñanza, así como la iniciativa privada, la que figura como importante colaboradora en la construcción de un sistema educativo que alcance a todos los ciudadanos.

En Europa, actualmente, se percibe una gran preocupación con el establecimiento de una interconexión universitaria entre los países que forman parte de la Unión Europea. La guía del EEES – Espacio Europeo de Educación Superior al que accedimos en la Biblioteca Francisco de Vitoria – Centro de Documentación Europea, trata de manera detallada y didáctica el funcionamiento del EEES.

Creemos que hay, en la observación de la experiencia europea, elementos que puedan sostener una propuesta de cambio para mejorar la calidad de la enseñanza superior en Brasil, particularmente en la experiencia española.

Escudriñar con paciencia y meticulosidad de sagaz artífice ha sido nuestra empresa, sin embargo tuvimos que enfrentar el reto de penetrar en el espíritu y en la mecánica de funcionamiento del poder regulador y controlador del Estado. Es imperioso que la búsqueda por una sociedad justa siga avanzando, y el debate del tema propuesto sea de extrema

⁹ HÖFLING, Eloisa de Mattos. *Estado e Políticas (Públicas) Sociais*. Cadernos Cedes, ano XXI, nº 55. Campinas, 2001. Disponible en www.scielo.br. Consulta en 30 de marzo de 2015.

relevancia doctrinaria, pues representa enorme impacto en las relaciones que impregnan la educación superior en Brasil y su regulación. Más que eso, representa de forma directa, un importante instrumento de evolución y desarrollo social.

En 2011, en una visita a Inglaterra, observando a las Universidades de Oxford y Cambridge, fue posible creer en la posibilidad de un futuro mejor para la educación brasileña, pues la seriedad y el compromiso de la sociedad y del Estado son fundamentales para su progreso, que sólo es posible por el camino educativo de su población.

En 2013, durante la visita a cuatro instituciones en Cambridge y Massachussets, más específicamente, la Universidad de Harvard, MIT (Massachussets Institutes of Technology), Ollin College y Babson College, fue posible presenciar formas innovadoras de aprehensión del conocimiento, así como la adopción de nuevas metodologías.

Al sacar a la luz todas esas consideraciones introductorias necesarias para la comprensión del objeto de la investigación, volvemos rumbo al desarrollo del tema.

Capítulo I - A RELEVÂNCIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO COMPARADO E ACEPÇÃO DO TERMO

1.1. A problemática conceitual: objeto e finalidade

Sob o aspecto didático-pedagógico, a ciência do Direito está organizada em áreas de estudo ou abordagem os quais são intitulados de *ramos* ou *áreas* do Direito. Esses ramos são apresentados de maneira que facilitem a análise, o acesso, o estudo, a abordagem e a pesquisa da ciência jurídica, em um senso pragmático, assim apresentados: Direito Constitucional, Direito Civil e suas ramificações, como o Direito de Família; Direito Penal; Direito Processual Penal; Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho, Direito Tributário, Direito Administrativo, e assim por diante.

De acordo com os ensinamentos de Alfredo Rocco¹⁰, para se reconhecer a autonomia científica de um determinado ramo da ciência jurídica, é necessário delimitar o campo temático vasto e específico, teorias próprias e princípios peculiares, bem como metodologia específica de construção e reprodução da estrutura e dinâmica, elementos que não estão presentes no tocante ao denominado *Direito Comparado*.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹ registra que:

[...] um ramo jurídico é verdadeiramente “autônomo” quando nele se reconhecem princípios que formam em seu todo uma unidade e que articulam um conjunto de regras de maneira a comporem um sistema, “um regime jurídico” que o peculiariza em confronto com outros blocos de regras.

Nas últimas décadas tem sido possível observar a necessidade crescente de estudos voltados para o campo do direito administrativo comparado. Antes, porém é importante advertir que *direito comparado*¹², nos remete a um campo extremamente controverso, e

¹⁰ ROCCO, Alfredo. *Corso di Diritto Commerciale - Parte Generale*. Padova: La Litotipo, 1921, p. 76.

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 28 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010, pg. 28.

¹² ANCEL, Marc. *Utilidade e Métodos do Direito Comparado*. Elementos Tradução: Prof. Sérgio José Porto, Sérgio Antônio Fabri Editor, Porto Alegre, 1980, pg. 15.

apesar de amplos debates, ainda se pergunta o que é preciso compreender exatamente por essa expressão.

Antes de qualquer consideração, é necessário esclarecer dois pontos importantes: Porque estudar o direito comparado, e ainda como abordar e conduzir esse estudo.

É comum o emprego da expressão *direito comparado* para referir-se a *direito estrangeiro* ou *legislação comparada*. Em face de tal ambiguidade, é de curial relevância a delimitação semântica, pois para este estudo, não basta fazer a simples confrontação entre a legislação nacional e a legislação estrangeira, o que na verdade, seriam os elementos do direito comparado; é preciso proceder à análise dentro de um quadro em que se incluem aspectos doutrinários e jurisprudenciais.

Outro ponto importante diz respeito ao estudo do direito estrangeiro que representa condição lógica da comparação, mas não é comparação em sentido próprio e completo. Por outro lado, esta etapa, que é uma das condições da comparação apresenta grandes obstáculos e um deles é o cuidado que o estudioso deve tomar para que não aplicar diretamente ao direito originalmente estudado, os conceitos, as maneiras, as atitudes mentais do sistema estrangeiro.

A resposta mais coerente parece aproximar-se do fato de que o estudo comparativo nos conduz à evolução do próprio direito, mas há sérias objeções daqueles que criticam o esforço dos comparatistas, cuja alegação se prende ao fato do direito nacional, isoladamente, por si só já ser dotado de alta complexidade e difícil de ser compreendido com lucidez, tanto pelo excesso de legislação quanto pelo surgimento de novas ramificações que pugnam pela atenção dos juristas no interior de nosso próprio sistema jurídico, e empreender o estudo comparativo causaria maior confusão conceitual.

A impressão que esse argumento nos dá, é que se prende à falta de coragem e disposição para o enfrentamento de questões desafiadoras, escorar-se na dificuldade natural de grandes empreitadas é a justificativa daqueles que preferem o comodismo de teorias tradicionais. Realmente não tarefa fácil um estudo dessa envergadura, por isso mesmo ficam adstritas a muito poucos estudiosos. Somente mesmo aqueles que possuem um manancial

distinto de conhecimentos e uma visão fora dos padrões convencionais embarcam nesse desafio, ou seja, só os visionários se aventuram a enfrentar desafios que as pessoas comuns se esquivariam.

Outro argumento daqueles que são contrários ao estudo comparativo é o fato de que não é possível conhecer intimamente o direito estrangeiro, uma vez que não se pode internalizar a sua significação exata, o valor do bem jurídico protegido e mesmo o conteúdo de determinado instituto, pois os institutos contidos no sistema jurídico de uma determinada sociedade parte do seu patrimônio nacional, fruto da tradição, herança de ancestrais e modo de expressão, ou seja, é o espelho da sociedade em que se aplica¹³.

É óbvio que cada sociedade possui seu próprio patrimônio histórico e cultural, cuja natureza imaterial é traduzida pelas suas tradições e costumes e que reflete diretamente em seus institutos jurídicos, mas essa é uma barreira que o jurista ávido pela pesquisa investigatória superaria com estudos interdisciplinares, como por exemplo, a História, as Letras que incluem o estudo da literatura e a linguística, a Sociologia, a Antropologia, as Artes em geral (música, teatro, pintura, etc.), as Relações Internacionais, e assim por diante.

Por mais que os opositores ao estudo do direito comparado se justifiquem, é preciso rechaçar tais ideias, pois a ciência não conhece fronteiras e não pode recuar em face das dificuldades. Aqueles que se ocupam das artes, de forma geral, músicos, escritores, pintores, etc., ou mesmo pesquisadores da medicina, biologia, genética não conhecem limites territoriais, nem idiomas, tampouco políticas. Porque, então, o jurista se intimidaria ou se aprisionaria aos limites de um só ordenamento ou sistema legal.

Em termos de alcance prático, é inegável que o conhecimento e contato com o direito estrangeiro é cada vez mais indispensável, apenas para exemplificar, no âmbito do direito administrativo, a figura das agências reguladoras se apresenta como um instituto trasladado do direito estadunidense e que foi incorporado ao sistema jurídico-administrativo brasileiro de

¹³ De acordo com Marc Ancel os aspectos particulares de cada país seria o principal motivo pelo qual alguns estudiosos sejam refratários ao estudo comparativo desestimulando sua prática.

forma permanente, apesar de guardar feições próprias havendo adaptações para nossa realidade.

De igual origem, ou seja, oriundo do mesmo sistema jurídico, a indenização punitiva ou *punitive damages*, como é originalmente denominado, pouco a pouco vem ganhando espaço no ordenamento jurídico brasileiro, segundo o qual a natureza compensatória do dano moral não exclui a natureza punitiva da conduta lesiva, tendo-se em conta que o acréscimo patrimonial do ofendido não será exatamente uma compensação, mas o exercício pleno da Justiça.

A *teoria da desconsideração da pessoa jurídica* é criação da jurisprudência inglesa, recepcionada pelo direito pátrio, que procura preservar o instituto da pessoa jurídica, possibilitando a correção de eventuais abusos e fraudes em seu exercício. Com a desconsideração, a personalidade distinta e a autonomia patrimonial são afastadas temporariamente, fazendo com que sócios e administradores sejam responsabilizados, como se a pessoa jurídica não existisse. A inserção da teoria da desconsideração no Código Civil Brasileiro de 2002 não se reveste de genuína novidade, vez que sua aplicação, há tempos, já era uma realidade em nossos tribunais.

Outro instituto jurídico não menos importante é a arbitragem, natural do direito comercial internacional, já é considerada matéria convertida ao sistema jurídico brasileiro, conforme se observa pela introdução da Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996.

Eugênio Facchini Neto e Martín P. Haeblerlin¹⁴, em artigo sobre o nascimento do sistema jurídico alemão, traz como exemplo a referência feita por Zweigert e Kötz acerca da importância do Direito alemão para a ciência do Direito, responsável pela disseminação dos seguintes institutos: cláusula geral, negócio jurídico, contratos reais, responsabilidade por culpa *in contrahendo*, quebra da base contratual, enriquecimento sem causa e registro fundiário. Pode-se acrescentar categorias, institutos ou temas *made in Germany*: a ideia de

¹⁴ FACCHINI NETO, Eugênio; HAEBERLIN, Martín P. *O “estilo” jurídico alemão – breves considerações sobre alguns dos seus fatores determinantes*. Revista da AJURIS – v. 41 – n. 133 – Março 2014. Disponível em <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/227/163>. Acesso em 28 abr. 2017.

uma parte geral no Código Civil, a boa-fé objetiva, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares (*Drittwirkung der Grundrechte*), interpretação conforme a Constituição, etc.

Estudiosos e doutrinadores de alguns países, notadamente da Espanha¹⁵ e do Brasil, denominaram como pós-positivismo a ideia de que o direito depende da moral, tanto no momento de reconhecimento de sua validade como no momento de sua aplicação. Sob essa perspectiva os princípios constitucionais, tais como a dignidade humana, o bem-estar de todos ou a igualdade, interferem na aplicação das leis e demais normas concretas.

Esse entendimento do direito é inspirado em obras de jusfilósofos como Robert Alexy¹⁶ e Ronald Dworkin¹⁷. Há aqueles que preferem utilizar a expressão *neoconstitucionalismo*, para explicar tal fenômeno, mas no final quer dizer a mesma coisa.

O fato é que o pós-positivismo surge, na modernidade, conforme esclarece Luís Roberto Barroso¹⁸, como um novo caminho que se descortina, no momento em que *o direito está em crise* e o positivismo vive uma crise existencial. Na sua percepção, *a injustiça passeia*

¹⁵ Manuel Atienza Rodríguez, professor doutor da Universidade de Alicante, na Espanha, é adepto da teoria pós positivista. Com livros, ensaios e artigos lançados, é reconhecido em vários países por sua produção intelectual. Radicado em Alicante desde 1983, o professor contribuiu decisivamente para transformar o Departamento de Filosofia do Direito da universidade local num dos centros mais reconhecidos nesse campo do conhecimento. Ele ainda dirige, desde 1984, a revista *Doxa-Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Atienza é doutor em Direito pela Universidade de Oviedo e professor em diversas universidades espanholas (Oviedo, Valencia, Autónoma de Madrid, Alcalá de Henares, Palma de Mallorca e Alicante). Atua como pesquisador visitante nas universidades de Buenos Aires, Milão, Maguncia, Harvard, Gênova e Cornell. Referência internacional em Filosofia do Direito, integra a Associação Mundial de Filosofia Jurídica e Social, a qual ajudou significativamente a impulsionar a Filosofia do Direito nos países latinos. O jurista já recebeu dez títulos de doutor *honoris causa* em universidades latinas (com informações da Secretaria de Imprensa da Academia Judicial).

¹⁶ **Robert Alexy**, filósofo do direito, nascido em Oldenburg (Alemanha) começou o estudo do Direito e Filosofia na Universidade Georg-August em Göttingen. Foi aluno de Günther Patzig (em filosofia) e o filósofo do Direito Ralf Dreier no campo da ciência jurídica. A base de sua obra e jurisprudencial são Aristóteles, Immanuel Kant, e Gottlob Frege. E também o influenciaram de modo particular os filósofos do Direito Hans Kelsen, Herbert Lionel Adolphus Hart, Gustav Radbruch e Alf Ross.

¹⁷ **Ronald Myles Dworkin**, filósofo do Direito, nascido em Massachusetts - EUA, falecido em 2013, foi um filósofo do Direito. Professor de Teoria Geral do Direito na University College London e na New York University School of Law. É conhecido por suas contribuições para a Filosofia do Direito e Filosofia Política. Sua teoria do *direito como integridade* é uma das principais visões contemporâneas sobre a natureza do direito.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. In: *Revista da Escola Nacional da Magistratura*. Ano I, n. 02, outubro de 2006, Brasília: Escola Nacional da Magistratura – ENM, p. 26. In: MARANHÃO, Ney Stany Morais. *O Fenômeno Pós-Positivista: Considerações Gerais*. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/sites/1200/1223/00001573.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2012.

pelas ruas com passos firmes e a insegurança é a característica da nossa era, e declara com segurança que:

O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos fundamentais. [...] O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito¹⁹.

As reflexões feitas por Paulo Bonavides²⁰ nos mostram com clareza a complexidade do tema em questão, em trecho que se aproveite:

É na idade do pós-positivismo que tanto a Doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios. [...] A construção doutrinária da normatividade dos princípios provém, em grande parte, do empenho da Filosofia e da Teoria Geral do Direito em buscarem um campo neutro onde se possa superar a antinomia clássica Direito Natural/Direito Positivo. [...] Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra

¹⁹ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo). In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 27-28.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 265-276, 294.

sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.

Toda a tradição do pensamento jurídico ocidental é dominada pela distinção entre *direito positivo e direito natural*.

A Teoria Pura de Hans Kelsen²¹ situou a ciência do Direito na área do dever-ser. Segundo sua percepção, a ordem jurídica estaria disposta em uma estrutura normativa em forma de pirâmide, na qual uma norma está vinculada a outra norma, sucessivamente, e a denominada *norma fundamental* legitimaria toda esta estrutura normativa que se apresenta de maneira hierarquizada.

As normas jurídicas formam uma pirâmide, na qual se tem pela ordem: a Constituição, a lei, a sentença de execução. A Constituição estaria no topo da pirâmide e acima dela encontra-se a *norma fundamental*, ou *grande norma*, ou ainda *norma hipotética*, que poderia ser uma Constituição anterior ou uma revolução triunfante²². O objeto da ciência do Direito seria apenas o estudo da norma jurídica.

Kelsen admitia como conceito de justiça, a aplicação da norma jurídica ao caso concreto; a sua ideia era de que considerações de ordem valorativa estariam fora da ciência do direito.

Miguel Reale²³, em 1968, lançou a teoria de que o fenômeno jurídico só faz sentido com a participação dialética do *fato*, *valor* e da *norma*. Todo *fato* (evento) possui um *valor* (aspecto axiológico) e para tal uma determinada *norma*. Essa teoria ficou mundialmente conhecida (principalmente na América Latina) como *Teoria Tridimensional*, segundo a qual o Direito se define como *realidade histórico-cultural tridimensional, ordenada de forma bilateral atributiva, segundo valores de convivência*.

²¹ KELSSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. revista da tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

²² NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 374.

²³ REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

É perfeitamente justificável, no estudo do Direito Administrativo, a larga utilização do método comparativo, sobretudo pelo impacto da globalização, além de outros fatores, como por exemplo, a concretização de políticas públicas nas áreas de saúde, educação, segurança pública, e assim por diante.

E ainda, pode-se afirmar com segurança que é perfeitamente oportuno ao administrativista buscar a compreensão desse universalismo, que auxilia no entendimento de toda essa complexidade em um contexto de desenvolvimento científico e tecnológico, representado pelo surgimento e difusão em escala global da comunicação, via Internet, que torna as relações da vida, nacional e internacional, cada vez mais próximas e mais engendradas em sua multiplicidade de direitos, facilitando recepções legislativas para solução de problemas semelhantes.

Por mais contraditório que pareça, conhecer normas de outros ordenamentos, diferentes regras e sistemas distintos permite ao estudioso do direito compreender melhor seus mecanismos jurídicos internos, cujas características peculiares se tornam muito mais evidentes quando submetida ao processo comparativo.

O Direito comparado vai além de um simples método de análise, é também o processo de investigação das relações dos sistemas judiciais e suas regras, reclamando intimidade do estudioso no que diz respeito à estrutura legal de outros países, bem como os aspectos sociológicos, econômicos e culturais.

Dessa maneira, o alcance prático do direito administrativo comparado se faz latente na medida em que se destaca o esforço geral pela organização de uma ordem jurídica pacífica e coordenada, a exemplo do que ocorre com as comunidades europeias.

1.2. Breves apontamentos sobre a evolução do direito comparado

A pesquisa acerca de sistemas jurídicos estrangeiros, ainda em que na fase rudimentar da formação do Estado e a utilização da comparação dos direitos não é recente na trajetória histórica da humanidade.

Na Esparta do século VII a.C., para elaborar as leis, Licurgo²⁴ viajou pelo mundo para conhecer modelos de legislações. Em Atenas, Sólon²⁵, procedeu da mesma forma valendo-se de critérios utilizados em organizações estrangeiras para delinear as ideias formadoras da ordem jurídica-estatal a ser implantada.

Na Roma antiga, os *decemvires*²⁶ encarregados da elaboração da Lei das Doze Tábuas, buscaram estudar o sistema legal dos gregos, em especial as leis de Sólon, possivelmente nas colônias gregas do sul da península Itálica, conhecida então como Magna Grécia, para a partir destas criar e instituir suas próprias normas.

Não há como olvidar que Aristóteles ao elaborar sua obra a *Política* abordou temas como a composição da cidade, escravidão, família, riquezas, além de trazer uma crítica às teorias de Platão, mas sua obra analisa também as constituições de outras cidades-estados gregas descrevendo seus regimes políticos.

²⁴ **Licurgo** foi o estadista responsável pela criação das leis em Esparta. Entre outras previsões normativas, a lei determinava a educação dos jovens pela cidade de Esparta a partir dos 7 anos de idade e também a educação rígida para esses garotos que ficavam nesse "acampamento" até completarem 18 anos e servirem mais 10 anos no exército de Esparta.

²⁵ **Sólon** viveu em Atenas entre 638 a.C. e 558 a.C., era estadista, legislador e poeta grego antigo, considerado pelos antigos como um dos sete sábios da Grécia. Em 594 a.C., iniciou uma reforma das estruturas social, política e econômica da pólis ateniense.

²⁶ **Decenvirato** era uma comissão extraordinária de dez homens enviada à Grécia pelos romanos com poder consular (*decemvir legibus scribundis consulari imperio*), para estudar e transcrever as leis de Sólon. Segundo relatos históricos semilendários preservados por Lívio, no início da República Romana as leis eram guardadas em segredo pelos pontífices e por outros representantes da classe dos patrícios, sendo executadas com especial severidade contra os plebeus. Um plebeu chamado Terentílio (Gaius Terentilius) propôs em 462 a.C. a compilação e publicação de um código legal oficial, de modo que os plebeus pudessem conhecer a lei e não serem surpreendidos pela sua execução.

Aristóteles classificou-as de acordo com vários critérios: de um lado estão as constituições consideradas boas, assim vistas porque visam o bem comum, e do outro lado estão cartas constitucionais consideradas desvirtuadas, assim chamadas por atender ao interesse e bem-estar de apenas uma parte da cidade. Feita esta análise, Aristóteles verificou que há outro lado dessas constituições, qual seja, a quantidade de indivíduos que tomam parte nas decisões do governo, se são poucos, alguns ou muitos.

John Fortescue (1394-1476), jurista inglês que defendia o modelo constitucional das leis britânicas, comparativamente ao modelo francês, era adepto do regime misto. Na senda de São Tomás de Aquino, concebe um Estado de natureza estabelecido por Deus, considerado como a fonte de toda a autoridade política, contudo a autoridade do rei se afirmava pelo consentimento do povo, ele também proclamava que o sistema inglês seria um *regimen politicum et regale*, onde o rei pode governar o seu povo por meio de leis que ele mesmo faz.

O mesmo autor considerava que o *dominium regale* apenas pode ser estabelecido pela força, enquanto o *dominium politicum* assenta no consentimento do povo, salientando que o rei inglês é um *rex politicum* porque atua no interesse do reino e não no seu interesse próprio.

Edward Coke²⁷ (1552-1634), em um perigoso período para o desenvolvimento das lutas constitucionais, foi quem primeiro reavivou a teoria de que a lei não era o instrumento, mas o limite da prerrogativa real, e que os juízes não foram, como seu rival Francis Bacon declarou *leões sob um trono*, mas árbitros entre o soberano e o súdito.

Apesar de Coke ter abraçado crenças religiosas convencionais, ele promoveu a tolerância religiosa. Enquanto Chefe de Justiça das cortes de direito comum, trabalhou para manter muitos casos fora dos tribunais eclesiásticos, que sentenciavam dissidentes religiosos a

²⁷ **Edward Coke** (1552-1634), nasceu em Mileham, em Norfolk, na Inglaterra. Seu pai, Robert Coke, era advogado em Londres e Norfolk. Sua mãe, Winifred Knightley, era filha de um promotor. Coke graduou-se no Trinity College, em Cambridge. Destinado a seguir uma carreira jurídica, ele começou a estudar no Clifford's Inn, em 1571, e, no ano seguinte, transferiu-se para o Inner Temple. Estas eram instituições frequentadas por jovens para adquirir conhecimento de *common law* e para aprender a prática profissional. Desenvolveu laços com Lorde Burghley, conselheiro da Rainha Elizabeth, e ocupou cargos oficiais antes de a Rainha nomeá-lo procurador-geral, em 1592. No ano seguinte, ela o nomeou Presidente da Casa dos Comuns e o escolheu, ao invés de Francis Bacon, aprendeu o direito, usou de sua influência e entrou no Parlamento. Um de seus secretários foi Thomas Hobbes, que, mais tarde, destacou-se como teórico do absolutismo político.

ser torturados, encarcerados ou queimados. Ele nomeou ministros puritanos para suas igrejas. E, ainda contratou seu discípulo e ex-aluno como secretário que possuía uma mente independente, chamado Roger Williams, que transformou *Rhode Island* (EUA) em um santuário de tolerância religiosa²⁸.

Mais do que um jurista, Edward Coke merece o crédito pelo surgimento do governo representativo. Sob o governo de Elizabeth I, o Parlamento era mínimo em relação ao monarca. Seus membros não tinham uma visão ideológica nem uma experiência prática de oposição eficaz ou de liderança. Em 1621, 1624, 1625 e 1628, o Parlamento exigiu que os ministros do governo fossem responsáveis por suas ações. Ele articulou os princípios constitucionais e tomou a iniciativa na formulação das políticas.

A *common law* era a lei aplicada a todos. Abrangia os costumes do direito saxônico, as práticas comerciais padrões para resolução de conflitos, leis parlamentares, decisões judiciais e alguns decretos reais. Além disso, havia tratados escritos há cem anos por juristas respeitados. As decisões judiciais não eram sistematicamente baseadas em precedentes, porque estes eram difíceis de ser determinados.

Argumentos baseados em casos decididos, embora sejam comuns e persuasivos não dominavam os diálogos das cortes. As decisões anteriores eram, às vezes, seguidas por juízes que professavam sua não concordância com elas, outras vezes, rejeitadas por alguma razão ou simplesmente ignoradas. Alunos da *common law* tinham de aprender francês jurídico, o idioma usado nos pleitos, além de latim que era o idioma pelo qual os registros da corte medieval eram mantidos.

Os finlandeses criaram em 1640 a Universidade de Turku, o estatuto da Universidade de Uppsala (Suécia) que obrigava os professores a desenvolver o seu ensino de maneira

²⁸ **Roger Williams** (1603-1683) foi um teólogo batista Inglês e entusiasta da tolerância religiosa e da separação entre igreja e Estado, além de ser um defensor de relações justas com os nativos americanos. Em 1644, ele recebeu uma carta de criação da colônia de *Rhode Island* (ou Ilha de Rodes) que hoje é um dos 50 estados dos Estados Unidos, com apenas 4 001 km², é o menor estado em área do país e a fundação do condado de *Providence*, foi nomeado para a resolução que previa um refúgio para as minorias religiosas. É creditado frequentemente a Williams a origem da Primeira Igreja Batista na América.

comparativa. Por esse motivo, alguns professores trocavam correspondências sobre o direito sueco e romano e faziam comparações de outras ordens jurídicas daquela época.²⁹

Nos Estados Unidos do século XVIII, o interesse pelo direito estrangeiro se destaca quando analisamos as pretensões das colônias pela independência localizando em primeiro plano a questão do modelo jurídico sobre o qual inspirar o sistema legal nascente. Sabe-se que Thomas Jefferson, pai da Declaração de Independência de 1776, vislumbrava a adoção do modelo jurídico francês, entretanto a dificuldade idiomática e o desconhecimento do sistema codificado favoreceram a adoção do modelo inglês³⁰.

Avançando até o século XIX, mais precisamente 1869, surge na França a Sociedade de Legislação Comparada, cuja criação é frequentemente apontada como marco inicial do estudo do direito comparado. Também foi nessa época, na Inglaterra, que se criou em Oxford a cadeira de *Historical and Comparative Jurisprudence* simultaneamente, na Bélgica, fundou-se a *Revue de Droit International et de Droit Comparé*. E até mesmo no Japão, na era da ocidentalização (Meiji) em 1868, realizou-se a tradução dos códigos franceses, ocasião na qual as instituições de ensino universitárias receberam juristas ocidentais para dar ensejo à criação de uma codificação moderna.³¹

O século XIX foi a era das codificações nacionais, Frederico II (Prússia) submeteu o *Lundrecht* de 1797 a discussões abrangentes, enquanto o Rei da Baviera fez o mesmo para o primeiro projeto do que seria o Código Penal de 1813. Napoleão Bonaparte, buscando a melhor preparação do seu Código Civil, instituiu em 1801, o Departamento de Legislação Estrangeira, órgão que funcionava dentro do Ministério da Justiça.

²⁹ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino. *Teoria e Prática do Direito Comparado e Desenvolvimento: Estados Unidos X Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, UNIGRANRIO, IBRADD, 2002, pg. 77.

³⁰ PEGORARO, Lúcio. RINELLA, Ângelo. *Introducción al Derecho Público Comparado-Metodología de Investigación*. Traducción: César Astudillo. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pg. 11

³¹ ANCEL, Marc. *Utilidade e Métodos do Direito Comparado*. Elementos Tradução: Prof. Sérgio José Porto, Sérgio Antônio Fabri Editor, Porto Alegre, 1980, pg. 25.

Não é apenas no mundo jurídico que o estudo comparado se faz imprescindível, nas ciências exatas isso aparece com clareza cristalina. *Cuvier*³², em *Lições de Anatomia Comparada* iluminou os caminhos para a psicologia, embriologia e posteriormente a biologia comparada. Na Alemanha foram desenvolvidas pesquisas sobre gramática comparada e na França surge a expressão literatura comparada que se firma na Inglaterra de 1876 com a publicação da *Comparative Literature* de Posnett³³.

Em 1831 foi criado, no Colégio de França, uma cadeira de *História Geral e Filosofia das Legislações Comparadas*, na qual o objeto era justamente a comparação das instituições sociais.

Por outro lado, o direito comercial francês dá guarida para normas jurídicas sobre sociedades comerciais oriundas de sistemas estrangeiros minuciosamente estudados, assim como o direito marítimo, revelado na segunda metade do século XIX.

Nessa linha de raciocínio não se pode deixar de destacar a monumental obra de Eugen Huber³⁴ (*System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes*), cujo objeto é a confrontação do direito privado dos cantões suíços, que serviu de preparação para o Código Suíço de 1907.

O Congresso Internacional de Paris de 1900, exaustivamente citado por Marc Ancel em seus escritos, pode ser considerado como o marco de nascimento do direito comparado moderno, pois foi a partir daí que houve considerável avanço nessa área.

³² **Georges Cuvier** foi um naturalista francês situado na primeira metade do século XIX, que desenvolveu métodos e programas de pesquisas para várias áreas da história natural.

³³ **Hutcheson Macaulay Posnett** foi um irlandês, estudioso e pioneiro no campo da literatura comparada. 1885 até 1890 ocupou a Cadeira de Clássicos e Inglês e Literatura na Universidade de Auckland (Nova Zelândia).

³⁴ **Eugen Huber** era suíço do Cantão de Zurique, estudou jurisprudência e recebeu um doutorado em 1872. Em 1880, tornou-se professor na Universidade de Basileia e, mais tarde, em 1888, veio a ser professor da Universidade de Halle e Wittenberg, onde lecionou história legal, privado e direito comercial, terreno público lei, bem como o direito canônico e filosofia do direito.

Diante desse contexto, a ideia fundamental dos comparatistas configurou-se, basicamente, em proceder a comparação dos direitos cientificamente organizada, e evidenciar a diversidade das soluções para os problemas comuns, embora ocorridos em universos plurais, mas com o pano de fundo, invariavelmente, a identificação dos princípios gerais de direito reconhecidos pelos países civilizados.³⁵

A posição dominante dos comparatistas do início do século XX comporta três características marcantes. A primeira diz respeito à existência de um direito legislativo comum que só poderá existir entre países com o mesmo desenvolvimento político-social, econômico e moral, nesse sentido é que está baseado o direito dos países civilizados. A segunda característica se refere à comparabilidade que se traduz pela possibilidade de se confrontar o que é comparável. E a terceira característica é aquela na qual em que é preciso saber superar a divergência das regras para encontrar a unidade essencial do direito.

Assim, desse posicionamento científico extrai-se que o direito comparado não mais se limita à confrontação de textos de leis, mas leva em consideração a jurisprudência, a prática exercitada, a doutrina, a formação histórica e a evolução de um regime jurídico determinado.

Fato importante na análise desta temática foi a primeira Conferência de Haia (1899) que adotou uma Convenção permanente de arbitragem, criada para resolver pacificamente conflitos entre as nações. Na sequência, a Conferência de 1907, realizada também em Haia, foi mais longe, pois estabeleceu o programa da Corte de Justiça arbitral.

No direito brasileiro há pouquíssima produção doutrinária e bibliográfica sobre direito administrativo comparado, há uma enorme carência de estudos sobre o tema e mesmo aqueles disponíveis aos pesquisadores são consubstanciadas em traduções de trabalhos realizados por autores estrangeiros. O Brasil necessita de estudos sobre direito administrativo comparado, pois sua utilização, cuja aplicação prática é natural, poderia ser de grande valia para o aperfeiçoamento desse ramo do direito.

³⁵ ANCEL, Marc. Utilidade e Métodos do Direito Comparado. Elementos Tradução: Prof. Sérgio José Porto, Sérgio Antônio Fabri Editor, Porto Alegre, 1980, pg. 30-31.

Como exemplo brasileiro de estudo de direito comparado, é possível citar a pesquisa realizada para a elaboração da Constituição Federal de 1891, a primeira republicana, ocasião em que se analisou o constitucionalismo estadunidense para subsidiar debates naquela assembleia constituinte³⁶.

José Cretella Júnior, sensível à carência de estudos comparativos e compreendendo tal necessidade, empreendeu o esforço na publicação de obra tratando tal problemática, em versão na língua portuguesa³⁷ e no idioma francês³⁸.

Cretella Júnior prestou grande contribuição para o direito brasileiro, no que tange ao estudo do direito administrativo em sistemas jurídicos internacionais. Não é tarefa fácil buscar elementos na doutrina estrangeira tornando a pesquisa mais enriquecida, pois as barreiras são quase intransponíveis, começando pela indigência bibliográfica nacional e internacional³⁹. O método comparativo é reconhecido em todo o universo jurídico; a comparação dos vários sistemas permite que se compreenda todos e cada um dos institutos confrontados, ao mesmo tempo que esclarece, de modo direto e profundo, o próprio sistema em que se integra o estudioso que utiliza esse instrumento⁴⁰.

Por outro lado, adverte Álvaro Lazzarini⁴¹ que há de se ter cuidado, pois é necessário que o estudioso conheça também as fontes do direito no país pesquisado, sob pena

³⁶ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino. *Teoria e Prática do Direito Comparado e Desenvolvimento: Estados Unidos X Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, UNIGRANRIO, IBRADD, 2002, pg. 77.

³⁷ CRETELLA JR., José. *Direito Administrativo Comparado-De acordo com a Consituição de 1988*, 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1992.

³⁸ CRETELLA JR., José. *Droit Administratif Comparé*, São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, José Bushatsky Editor, 1973.

³⁹ José Cretella Júnior, o único doutrinador brasileiro a escrever sobre o Direito Administrativo Comparado, destacava que o método comparativo é instrumento muito delicado que precisa ser manejado com prudência se se pretender que traga proveito mais do que converta em causa de prejuízo. O autor examinou os principais sistemas da Europa (sistema francês, italiano, alemão, espanhol, belga e português) e os principais sistemas da América Latina (sistema argentino, uruguaio, chileno, colombiano e mexicano), na obra “*O Estado e a obrigação de indenizar*”.

⁴⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a Obrigação de Indenizar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 157.

⁴¹ LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 421-423.

de se expor a erros grosseiros, e ainda, referindo-se à advertência feita por Jean Rivero⁴², na sua obra *Droit Administratif Comparé, o estudo dos textos não basta. É preciso ver e viver a instituição, enfim, não basta o ponto descritivo dado pela legislação, assim, estático e superficial*.

Otto Mayer,⁴³ pioneiro no estudo do direito administrativo na Alemanha, partindo do princípio da equidade, desenvolveu uma teoria própria acerca do sacrifício, segundo a qual, quando um indivíduo fosse submetido a um *sacrifício especial* em face dos demais administrados, e havendo nexos causal entre o resultado e a atividade estatal, sendo a atividade lícita ou não, se impunha ao Estado o dever de reparar o dano. O autor definiu como *sacrifício especial* o evento cujos prejuízos afetam o indivíduo de maneira desigual e fora de proporção.

Por muito tempo vigorou na França a teoria da irresponsabilidade, tanto que Laferrière, no clássico livro *Traité de la Jurisdiction Administrative et des Recours Contentieux*, de 1896, escrevia que *o normal da soberania é impor-se a todos sem compensação*. Segundo a análise de Paul Duez, distinguindo as etapas do desenvolvimento da jurisprudência relativa à responsabilidade do Estado, a primeira fase imperava a teoria da irresponsabilidade, já na segunda fase o problema é equacionado parcialmente no terreno civilista e, na terceira fase, a questão ganha musculatura e se desenvolve em âmbito peculiar ao direito público.⁴⁴

Na visão de Georges Vedel⁴⁵, os índices típicos que caracterizam a história da responsabilidade civil do Estado na França, são três: a ampliação quase constante da responsabilidade da potestade pública; o aperfeiçoamento técnico da teoria das relações entre

⁴² RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. Tradução: J. Cretella Jr., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.

⁴³ MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alémon*, vol. 4. Tradução Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954. In: ZANCANER BRUNINI, Weida. *Responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 30.

⁴⁴ CRETILLA JR., José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p. 160.

⁴⁵ VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. 5. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1973. p. 327 *apud* CRETILLA JR., José. Op. cit. p. 161.

a Administração, seus agentes e as vítimas dos danos; e a delimitação da responsabilidade administrativa, como teoria autônoma.

Quanto à doutrina italiana⁴⁶, sabe-se que estes acompanharam quase que paulatinamente a orientação francesa. A doutrina italiana reflete as alterações políticas e sociais daquele país, tendo passado pela fase da irresponsabilidade para a fase civilista e, atualmente, equacionado os casos da responsabilidade civil do Estado em termos autênticos de direito público.

A construção jurisprudencial e a doutrina francesa concederam grande contribuição para a construção do Direito Administrativo, mais precisamente, do instituto da responsabilidade do Estado, entretanto, curiosamente, ainda prevalece na França a teoria subjetiva - muito embora a teoria objetiva seja reconhecida, só é aplicada em casos excepcionais.⁴⁷

No continente europeu, o processo de integração e, de forma especulativa, a consolidação de estudos de direito comunitário, acentua uma constante histórica nas investigações do direito público comparado: o euro-centrismo que as caracteriza, ou seja, a elevada atenção prestada aos países europeus (em geral ocidentais ou os que derivam dos europeus) sobre o estudo de outros modos de fazer direito e dos sistemas organizativos que emanam deles. Se na órbita da macrocomparação e da classificação é necessário analisar por um lado, o sistema das fontes baseadas em preceitos divinos, nos costumes, na jurisprudência dos tribunais e outros interpretes.

De outra parte, os ordenamentos autoritários, teocráticos, socialistas, e assim sucessivamente, é evidente que a força expansiva do constitucionalismo liberal oferece uma justificativa mais forte para a curiosidade por aquelas investigações centradas em ordenamentos e instituições de países que pertencem à forma de Estado liberal-democrática. Ao mesmo tempo, não é ilusório imaginar que estas investigações têm concorrido, por sua

⁴⁶ CRETILLA JR., José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p. 162.

⁴⁷ BRUNINI, Weida Zancaner. *Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 31.

vez, para a impetuosa expansão dos princípios do constitucionalismo liberal e para sua penetração na América Latina, e de maneira parcial na África e na Ásia.

A crescente propagação do direito produzido pela União Europeia, que tem transitado pelo *Acto Único*, pelo Tratado de Maastricht, a *Carta de Niza*, até agora denominada Constituição Europeia, comporta consequências de ampla relevância para o estudo do direito comparado, mas que nada em relação ao doutrinador.

O processo de integração europeia e a consolidação especulativa de estudos de direito comunitário tem que os ordenamentos da União Europeia sejam mais conhecidos há algum tempo, na sua individualidade e especificidade com repercussões sobre a proclamada diferença entre o estudo do direito estrangeiro e o estudo do direito comparado. Ademais, propicia que o mesmo ordenamento da União seja assumido como ordenamento de comparação frente a outras realidades institucionais.

Neste contexto, os estudos comparativos contribuem para enriquecer o meio cultural do qual, ao longo dos anos os países europeus tem extraído e continuam extraindo suas motivações para formar *more perfect union*. Ao mesmo tempo os formadores normativos e jurisprudenciais europeus requerem que a doutrina desenvolva investigações a partir de novas perspectivas, por exemplo, apartando-se dos esquemas tradicionais de estudo, talvez seja o momento de questionar-se sobre a influência dos modelos nacionais sobre a construção do processo de tomada de decisões comunitário (e vice-versa).

1.3. O Direito comparado e a unificação do Direito

Hodiernamente se cogita a alianças regionais, como a das Comunidades Europeias ou mesmo o Mercosul (no âmbito da América do sul), estamos em uma época em que se nota o esforço geral pela organização de uma ordem jurídica pacífica e coordenada.

Um dos aspectos, talvez mais interessante, do direito comparado é a ideia de uniformização dos sistemas jurídicos. O movimento pela unificação encontra raízes

longínquas e em certas épocas o estudo comparativo tinha como objetivo final alcançar a unidade. Logo após a Segunda Guerra Mundial, o movimento pela unificação ganhou novos contornos⁴⁸ e um extenso número de organismos e centros de estudos se debruçaram para coordenar esforços ou promover política de unificação ou uniformização.⁴⁹ Nessa matéria os países nórdicos fizeram avanços significativos.⁵⁰

A ideia de unificação de direitos deita suas raízes em priscas eras. Na Roma o *iuris gentium* poderia ser considerado como uma tentativa de produzir-se um direito uniforme aplicável às relações entre os romanos e estrangeiros, ou moradores das províncias. Entretanto, antes de proceder qualquer comparação mais profunda, o jurista deve delimitar em blocos de legislações particulares.

É possível vislumbrar uma unificação que se aperfeiçoaria, não em termos de regras precisas, técnicas e limitadas, mas no patamar de princípios gerais ou de comportamentos. Todavia um processo de unificação demandaria a análise minuciosa de todos os sistemas existentes, devendo guardar um caráter substancial e não apenas formal.

Não é preciso uma análise minuciosa ou profunda para entender as dificuldades que se impõe à tarefa de unificar os sistemas jurídicos existentes, bastando observar, que superficialmente, a regra do direito da *common law*, menos abstrata que a regra de direito do sistema romano-germânico, busca dar solução a um processo, e não formular uma regra geral de conduta para o futuro, sendo sua preocupação imediata restabelecer a ordem perturbada .

⁴⁸ ANCEL, Marc. Utilidade e Métodos do Direito Comparado. Elementos Tradução: Prof. Sérgio José Porto, Sérgio Antônio Fabri Editor, Porto Alegre, 1980, pg. 89.

⁴⁹ A similaridade linguística, de cultura, costumes e tradições aliados a vontade de se juntar e ainda a confiança recíproca está na base da união nórdica. No final do século XIX, a Dinamarca, a Noruega e a Suécia começaram a investigar a aproximação sistemática de suas legislações, resultando no início de 1881 a uniformidade para os títulos de créditos e direito marítimo.

⁵⁰ A Finlândia e a Islândia se uniram aos países escandinavos para tratar do direito contratual, a representação, e o direito de família (Convenção de Estocolmo de 1931 acerca do divórcio).

De outro ângulo, países de direito romano-germânico e países da *common law* mantiveram, no decorrer dos tempos, vários contatos. Nos dois casos, o direito experimentou a influência da moral cristã e as doutrinas filosóficas em evidência colocavam em primeiro plano, desde a época da Renascença, o individualismo, o liberalismo e a noção de direitos subjetivos.

Hodiernamente, a *common law* conserva seu substrato estrutural, muito distinto daquele inerente aos direitos romano-germânicos, entretanto o papel desempenhado pela lei foi aumentando e os métodos utilizados nos dois sistemas tendem a aproximar-se. No que tange à essência, soluções muito próximas, inspiradas por uma mesma ideia de justiça, são muitas vezes dadas às questões pelo direito, tanto no sistema da *common law* quanto no do romano-germânico.

René David⁵¹ acredita que há uma tentação em se falar de uma *família de direito ocidental*, tanto quanto é fato que estas existem. Contudo, em certos países não é possível definir a qual família pertence aquele ordenamento, pois utilizam alguns dos elementos da família romano-germânica e também família da *common law*, formulando um sistema híbrido.

1.4. Os Sistemas jurídicos

Pela análise do desenvolvimento histórico é possível identificar múltiplas classificações de sistemas jurídicos. O francês René David⁵², um clássico comparatista, propõe uma classificação dos sistemas jurídicos contemporâneos atendendo, principalmente, a um critério ideológico. Para ele, os sistemas jurídicos são agrupados em *famílias*, mas reconhece a aridez do tema.

⁵¹ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução: Hermínio A. Carvalho, São Paulo: Martins Fontes, 2014, pg. 26.

⁵² DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução: Hermínio A. Carvalho, São Paulo: Martins Fontes, 2014, pg. 21.

O agrupamento dos direitos em famílias é o meio próprio para facilitar, reduzindo-os a um número restrito de tipos, a apresentação e a compreensão dos diferentes direitos do mundo contemporâneo. Porém não há concordância sobre o modo de efetuar esse agrupamento, e sobre quais famílias de direitos se deve por conseguinte reconhecer. Alguns baseiam as suas classificações na estrutura conceitual dos direitos ou na importância reconhecida às diferenças de ordem técnica têm um caráter secundário, pondo em primeiro plano as considerações de conteúdo, o tipo de sociedade que se pretende estabelecer com a ajuda do direito, ou, ainda, o lugar que é reconhecido ao direito como fator de ordem social.

A ideia de *família de direito*⁵³ não está relacionada a uma realidade biológica, recorre-se a ela apenas para fins didáticos, conforme o critério de aproximação escolhido, destacando os aspectos idênticos e distintos que se pode encontrar entre os diferentes direitos. Nesse estudo a prudência aconselha que nos afastemos da polêmica ensejada entre os autores que propuseram classificações diferentes.

René David⁵⁴ coloca em relevo as características essenciais de três grupos de direitos que, no mundo contemporâneo, ocupam uma situação proeminente: família romano-germânica, família da *common law* e família dos direitos socialistas. Há outros sistemas ou famílias, menos expressivas.

i.) O sistema romano-germânico agrupa os países nos quais a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano. Nessa concepção, as regras de direito são concebidas como sendo regras de conduta, estreitamente ligadas a preocupações de justiça e moral, os países integrantes dessa família dotaram-se de *códigos*, uma vez que um papel de extrema importância lhe foi atribuído a partir do século XIX, à lei.

A família romano-germânica tem seu nascedouro na Europa, e consolidou-se graças aos esforços das universidades europeias, que idealizaram esses sistemas a partir do século XII, baseando-se nas compilações do imperador Justiniano, ou seja, uma ciência jurídica comum a todos, adaptadas às condições do mundo moderno. Fora da Europa, um grande

⁵³ Edmir Netto de Araújo também compartilha da opinião que o agrupamento dos direitos em *famílias* torna o estudo do Direito Comparado mais organizado.

⁵⁴ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução: Hermínio A. Carvalho, São Paulo: Martins Fontes, 2014, pg. 23-32.

número de países receberam os direitos europeus, consequência da colonização e expansão dos territórios, contudo esses países possuíam uma civilização autóctone, que nutriam concepções e instituições próprias, nestas condições, a recepção foi, frequentemente, parcial. Os doutrinadores do sistema da *common law* chamaram o sistema romano-germânico de *civil law* ou *continental law*, no qual está inserido o Direito brasileiro.

ii.) O sistema da *common law*, que não deve ser confundido com o sistema inglês, nem com o sistema britânico⁵⁵, tampouco com sistema anglo-saxão⁵⁶. A *common law* foi formada pelos juízes, que tinham de resolver litígios particulares, e hoje ainda é portadora, de forma inequívoca, da marca dessa origem.

Edmir Netto de Araújo ensina que:

Integram o bloco ou “sistema” da *common law*, os direitos da Inglaterra, Escócia, Irlanda do Norte, Irlanda do Sul, País de Gales, Estados Unidos da América, Canadá (exceto a região de Quebec) e outros, de colonização ou dominação britânica (como a Austrália, África do Sul, Índia), cujos princípios não são formulados de maneira similar aos dos países de direitos de origem romanística.⁵⁷

iii.) O sistema dos direitos socialistas tem sua origem na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas - URSS, localizadas na Europa do Leste, constituem, nos dizeres de René David, uma terceira família, totalmente distinta das duas primeiras. Destaque-se que os países de sistemas jurídicos socialistas, originalmente eram baseados no sistema romano-germânico. Dessa forma, a regra do direito é sempre considerada como uma regra geral de conduta, mas os dirigentes dos países socialistas queriam fundar um novo tipo de sociedade, no qual não haveria Estado, nem direito. A fonte exclusiva das regras do direito socialista é de produção iminentemente legislativa, baseada na vontade popular guiada pelo partido comunista. Conforme a doutrina marxista-leninista, procurava-se em primeiro lugar

⁵⁵ Adjetivo aplicado à Grã-Bretanha- entidade política que inclui a Escócia, que pertence ao sistema da família romano-germânica.

⁵⁶ Este adjetivo se refere ao sistema dos direitos que regiam as tribos, antes da conquista normanda da Inglaterra, anterior à criação da *common law* naquele país.

⁵⁷ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015, pg. 34.

estabelecer uma nova estrutura econômica, todos os bens de produção foram coletivizados, o direito privado perdeu a sua proeminência em benefício do direito público.

iv.) O direito pode estar ligado a uma religião ou pode corresponder a um determinado modo de conceber a ordem social. Nos países muçulmanos, a atenção, concentrou-se num sistema ideal, ou seja, o do direito ligado à religião do islã; os costumes locais são considerados fenômenos de puro fato; leis e ordenanças do príncipe são classificadas como medidas de administração, expedientes de alcance local e transitório. Reprodução disso pode ser verificada com relação ao direito judaico, e ainda, em um contexto diverso, na Índia, o *dharma* (ciência do justo) e a *artha*, que fornece as receitas de poder e riqueza.

v.) Os sistemas jurídicos do Extremo Oriente (China e Japão), principalmente na China, rejeitam a concepção de que o direito é um lastro necessário para a ordem social, diferentemente do que se pensa no Ocidente, no islã ou na Índia, onde os homens devem viver conforme o direito, sendo este espelho da justiça, considerando que fora dele somente pode haver a anarquia ou a arbitrariedade, a anarquia ou o caos. Contrariamente, aos olhos das nações do extremo-orientes, o direito é instrumento do arbítrio e um fator de desordem.

Nessa linha de raciocínio, a preocupação principal dos homens não deve ser o respeito ao direito, pois a conduta de cada um deve ser dominada continuamente, fora de qualquer consideração jurídica, pela busca da harmonia e da paz. A conciliação tem mais valor do que a justiça; a mediação deve prestar-se a resolver os conflitos, mais do que o direito para resolvê-los. A China repudiou os códigos inspirados no Ocidente que haviam sido elaborados depois da queda do regime imperial, da mesma forma afastou-se da concepção soviética e enveredou por via própria, reservando um lugar muito restrito ao direito, para construir o comunismo. No Japão publicaram-se códigos de acordo com o modelo europeu, mas a população, de modo geral, não lhes dá a menor atenção, abstendo-se de recorrer aos tribunais que quando acionados se esforçam para que as partes conciliem.

vi.) O direito da África subsaariana, ou África negra e Madagascar, podem valer-se das mesmas considerações feitas para o Extremo Oriente, também ali, em uma realidade que

coloca em primeiro plano a coesão da sociedade e que pouca importância se dá ao individualismo, o importante é a manutenção ou a restauração da harmonia, bem mais que a observância ao direito. As populações vivem de acordo com suas tradições, e se for realmente necessário restringir o estudo a alguma categoria jurídica, seria o direito consuetudinário africano.

Marc Ancel define sistema jurídico como *um conjunto mais ou menos amplo de legislações nacionais, unidas por uma comunidade de origem, de fontes, de concepções fundamentais, de métodos, e de processos de desenvolvimento*⁵⁸.

De acordo com Guido Fernando Silva Soares⁵⁹ a comparação entre sistemas jurídicos se apresenta como uma atividade extremamente enriquecedora no universo do direito:

[...] Os termos de comparação, tomando-se por base um determinado sistema jurídico nacional, vigente no momento da análise, podem ser considerados em duas grandes perspectivas: a) da sucessividade, no tempo, de dois sistemas, partindo-se do pressuposto de que o Direito anterior teria ficado cristalizado, e que o Direito tomado por referência se originou [...] b) da concomitância de dois sistemas, ambos vigentes no momento da análise, de um lado, o sistema de um país estrangeiro, e de outro, o sistema tomado por referência.

A confrontação dos diversos sistemas jurídicos os agrupou em grandes blocos que tem variado segundo os doutrinadores em função dos critérios para dividi-los. René David reuniu em subsistemas os direitos nacionais nos seguintes sistemas ou famílias, porque lhe pareceu um critério que guardava certa coerência:

Para Tomás J. Aliste Santos⁶⁰ trata-se de uma classificação que atende fundamentalmente a um critério sincrônico, fiel à época em que se realizou (anos 60 do século

⁵⁸ ANCEL, Marc. *Utilidade e Métodos do Direito Comparado*. Elementos Tradução: Prof. Sérgio José Porto, Sérgio Antônio Fabri Editor, Porto Alegre, 1980, pg. 58.

⁵⁹ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law – Introdução ao Direito dos EUA*, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

⁶⁰ SANTOS, Tomás J. Aliste. *Sistema Common Law*. Ratio Legis Libreria Juridica. UNIR – Universidad Internacional de la Rioja, Salamanca-Espanha, 2014, pg. 37.

XX), contudo ultrapassado pelo próprio curso da história. Comprovando tal afirmação constata-se o desaparecimento do direito soviético e também o conjunto de sistemas fundamentados no socialismo real (com exceção de Cuba e Coréia do Norte).

Nesse mesmo caminho, segue o direito consuetudinário africano, nos países onde o direito baseado em costumes tinha excepcional protagonismo, sendo substituído gradativamente pelos sistemas ocidentais.

A crítica que Tomás Aliste Santos faz à classificação de René David refere-se ao fato do critério utilizado por David, ser fundamentalmente sincrônico, impedindo relacionar o conjunto de sistemas jurídicos analisados com outros sistemas históricos, impossibilitando a análise de qualquer aspecto diacrônico.

Até esse ponto dispensamos, de forma breve, atenção apenas para a análise das *famílias de Direito*, levando em conta cada sistema jurídico de forma genérica. Ao partirmos para a investigação acerca do direito administrativo comparado, o foco deve se voltar para uma parte do sistema jurídico, o sistema administrativo, convenientemente classificado como subsistema do ordenamento geral.

Isso significa que a simples descrição dos diversos sistemas jurídicos não implica na aplicação do *direito comparado*, pois este não deve ser confundido com a mera exposição de sistemas e/ou institutos individualmente. Somente quando estamos procedendo às análises, confrontando e comparando semelhanças e distinções é que se alcançaria o verdadeiro e correto objeto material do direito comparado. O comparativismo dedica um esforço substancial para explorar o grau de similaridade que existe ou inexistente em torno dos elementos equivalentes.

Importante destacar que o objeto de análise particular deve sempre ser antecedido de uma compreensão global do sistema jurídico em que se insere o instituto confrontado. Ou

seja, o pesquisador deve partir da compreensão geral do direito para o entendimento particular de determinado instituto.

Na década de 1950 do século XX, o espanhol Castán Tobeñas⁶¹ propôs um esquema de classificação atendendo ao duplo critério sincrônico e diacrônico (simultaneamente) sobre os grandes sistemas do mundo. Segundo este critério, a classificação dos principais sistemas jurídicos seriam ordenado em primeiro lugar observando a civilização onde os mesmos se desenvolveram. Neste sentido, poderia se trazer uma divisão fundamental que integra o sistema em dois grandes grupos: i) Os sistemas de cultura ocidental; e ii) Os sistemas de culturas *não* ocidentais.

i) Na órbita dos sistemas de cultura ocidentais, situam-se:

i.i) *Sistemas históricos ocidentais*: neste grupo integram o direito romano e o direito canônico.

i.ii) *Sistemas de filiação românico-cristã*: nestes distingue-se os direitos de tipo germânico (alemão, austríaco, e suíço) e os sistemas do tipo latino; os sistemas francês e afins e o sistema italiano, os sistemas de filiação ibérica (espanhol e direito comum e foral, direito português) e direitos ibero-americanos, compreendendo estes últimos os sistemas mistos influenciados pela *common law*, como é o caso de Porto Rico e Filipinas.

i.iii) *Sistemas jurídicos escandinavos*: Historicamente o direito dos países nórdicos foi baseada nos direito alemão.

i.iv) *Sistemas de filiação anglo-saxão*: direito inglês e do direito estadunidense, assim como o conjunto de ordenamentos fieis à *common law*, outros sistemas mistos em que há elementos de direito romano, como é o caso da Escócia, África do Sul (onde subsiste o direito romano devido à influência holandesa durante a época colonial) e dos estados-membros de Luisiana (EUA) e Quebec (Canadá).

ii.) No que concerne aos sistemas *não* ocidentais, há uma série de sistemas caracterizados por inspiração religiosa ou ideológica, radicalmente diferente dos direitos ocidentais, destacando-se:

⁶¹ CÁSTAN TOBEÑAS, J. *Los sistemas jurídicos contemporâneos del mundo occidental*, 1ª. ed. Madrid, 1956, pg. 23.

- ii.i) *O direito muçulmano*, impregnado e dominado pela religião.
- ii.ii) *O direito soviético*: totalmente antirreligioso e inspirado no socialismo real.
- ii.iii) *O conjunto de sistemas orientais*: fundados na filosofia tradicional dos principais povos do Oriente (direito hindu, direito chinês e direito japonês).

Na concepção de Tomás J. Aliste dos Santos a taxonomia de Cáston Tobeñas tem a vantagem de satisfazer critérios sincrônicos e diacrônicos, oferecendo um panorama geral dos principais sistemas existentes no mundo. Entretanto, essa classificação foi realizada em um contexto histórico bastante distinto do que se vê atualmente.

Observe-se que não há referência aos sistemas jurídicos africanos, e sob a rubrica de direitos orientais inclui sistemas que respondem a fundamentos religiosos e filosóficos completamente diversos e bastante antiquados.

Destaque-se o desaparecimento do direito soviético, consequência do colapso político e econômico dos países socialistas no final do século XX, e no impacto de fenômenos como a globalização e o multiculturalismo do mundo contemporâneo.

Assim, em um intento metodológico renovado, Antônio Gambaro e Rodolfo Sacco oferecem uma nova taxonomia, apresentando uma classificação simplificada de sistemas jurídicos contemporâneos, que se reduzem a cinco grandes blocos⁶²:

- i.) Sistemas fundados na tradição jurídica Ocidental;
- ii.) Direito Islâmico;
- iii.) Direito Hindu;
- iv.) Direito do Extremo Oriente; e
- v.) Direito da África Subsaariana.

A classificação dos sistemas proposta por Gambaro e Sacco tem como virtude a simplificação, em cinco grupos de sistemas contemporâneos, e também combina o enfoque

⁶² GAMBARO, Antônio; SACCO. *TRATATO DE DIRITTO COMPARATO - Sistemi giuridici comparati*, Turin, 2009.

sincrônico e diacrônico, uma vez que quando expõe os sistemas fundados na tradição jurídica ocidental, não deixa de elaborar uma reflexão comum sobre os elementos compartilhados pelos grandes sistemas jurídicos do ocidente: a *common law* e a *civil law*, cujas raízes estão no complexo quadro histórico doutrinário fruto da recepção do direito romano e sobretudo, do direito canônico na Europa Continental e Inglaterra durante a Idade Média.

Trata-se de uma taxonomia mais precisa que aquelas formuladas anteriormente, porque submete a uma observação crítica, uma vez que ignora a construção de um novo direito comum por parte de organizações supranacionais, especialmente a União Europeia que irradia seus efeitos em grande parte do velho continente.

De outra parte, a taxinomia formulada por Tomás J. Aliste Santos apresenta os principais sistemas jurídicos do mundo, mas mantendo-se fiel ao duplo critério sincrônico e diacrônico como elemento essencial de estudo.

Sintetizando a ideia de sistemas, Edmir Netto de Araújo⁶³ destaca que, fundamentalmente, sistemas são integrados por Direitos que se orientam pela mesma ideologia no que se refere a direitos fundamentais, pertencem a mesma origem, imediata ou remota, as mesmas tradições, a mesma filosofia de atuação na relação Estado/administrado, a despeito de sua língua ou localização geográfica.

Os sistemas de maior relevância para a civilização ocidental e alguns países a margem desse universo, são essencialmente os sistemas de base romanística e o sistema da *common law*.

Edward Coke empreendeu grande esforço para compartilhar seu conhecimento de *common law*. Ele começou a editar um relatório anual sobre casos em 1600, e fez isso até 1616. Qualquer coisa que pudesse ser recolhida em Westminster, no *London Guildhall* ou nas cortes dos condados ele colocava em seu próprio formato, adicionando comentários e

⁶³ ARAÚJO, Edmir Netto. *O Direito Comparado nos Cursos de Pós-Graduação. In Estudos de Direito Constitucional-Estudos em Homenagem à Prof. Mônica Herman Salem Caggiano*. Organizadores: CAGGIANO, Álvaro Theodor H. S.; TORRES, Vivian de Almeida Gregori. Editora IELD, São Paulo, 2014, pg. 157.

comparações ao lado. Antes de Coke nenhum relatório legal tinha sido tão claro e imediatamente seus livros se tornaram uma referência essencial nas cortes de justiça.

Tomás J. Aliste Santos, ao empreender minuciosos estudos sobre a *common law* constata que o método comparativo é o mais adequado e eficaz nesse intento:

[...] la metodología de análisis por excelência sobre a que se asienta toda nuestra exposición es el método del Derecho comparado, que consideramos el más adecuado para penetrar de forma eficaz em el analisis de nuestro objeto de estudio: el *common law*.⁶⁴

E segue concluindo que:

[...] Precisamente, el método del derecho comparado se caracteriza por la ampliación del círculo de enfoque de los problemas e instituciones jurídicas existentes a través del análisis de otros derechos, tanto em el ámbito espacial como em la dimensión temporal de los derechos cuya comparación se pretende [...]

1.5. A utilidade do direito administrativo comparado

A comparação dos sistemas jurídicos considerados em sua diversidade geográfica é uma questão tão antiga quanto a própria ciência do direito, mas o direito comparado é o resultado do encontro de dois fenômenos principais: o primeiro seria o alargamento de nossos horizontes histórico e científico, sem supor uma mera curiosidade científica; enquanto que o segundo fenômeno seria a radical e acelerada transformação do mundo em que vivemos⁶⁵.

O Direito Administrativo comparado tem utilidade imediata e sua aplicação é especialmente necessária por dois motivos: Nas últimas décadas, a internacionalização e a globalização, têm aproximado cada vez mais as nações, ampliando as relações comerciais, culturais, o que faz com que os governos criem mecanismos de interação. Por outro lado, as

⁶⁴ SANTOS, Tomás J. Aliste. *Sistema Common Law*. Ratio Legis Libreria Juridica. UNIR – Universidad Internacional de la Rioja, Salamanca-Espanha, 2014, pg. 32.

⁶⁵ FUENTES, Gastón J. Enríquez. *Estudio introductorio: La circulación de modelos y el derecho constitucional comparado*. In: MAILLARD, Jose L. Prado; BURRIEZA, Ángela Figueruelo; FUENTES, Gastón J.E.; TORRES, Michel Núñez (orgs.) *El Control Político en el Derecho Comparado*, Granda:Editorial Comares, 2010, pg. XIX.

diferenças culturais e políticas impõem especificidades às sociedades modernas, na medida em que o estudo do Direito Administrativo comparado é desenvolvido, podendo contribuir para a compreensão da mentalidade governamental de cada país com a qual se queira travar relações políticas, comerciais ou culturais.

Na era colonial eram aplicadas as leis portuguesas, mais especificamente as ordenações do reino (Manuelinas, Afonsinas e Filipinas⁶⁶). No período imperial, foram adotados os princípios do Estado Liberal, sob a ascendência do direito francês, inclusive com a introdução do Conselho de Estado, muito embora esse não exercesse função jurisdicional, apenas consultiva, e suas manifestações estavam sujeitas à aprovação do Imperador, que representava o Poder Moderador.

O advento da primeira República fez suprimir o Poder Moderador e o Conselho de Estado, esse fato ocorreu devido ao abandono da concepção francesa de dualidade de jurisdição e acolhendo o modelo anglo-americano de unidade de jurisdição. Ainda sob a influência do direito norte-americano, a jurisprudência passou a ostentar papel de destaque como fonte do direito.

Sobre o surgimento do Direito Administrativo no Brasil, Edmir Netto de Araújo destaca que:

Poucos são os autores que oferecem alguma menção ao Direito Administrativo do Brasil colônia, e mesmo dos primeiros anos do Brasil império. Na verdade, a literatura administrativa desse período é escassa mesmo nos países europeus, pois, como se viu, o Direito Administrativo começou a ser elaborado como ciência, doutrina e mesmo um corpo de regras especiais para a estrutura da Administração e suas relações com seus agentes e com os administrados, somente em fins do século XVIII, tendo como ponto de referência a época da Revolução.⁶⁷

Apesar da influência do direito francês e de outros direitos integrantes do sistema de base romanística (direito português, espanhol, alemão, italiano, etc.), o regime jurídico

⁶⁶ As ordenações Filipinas eram as leis espanholas, formuladas na época em que Portugal estava sob o domínio espanhol. As ordenações filipinas resultaram da reforma feita por Felipe II da Espanha (Felipe I de Portugal), ao Código Manuelino, durante o período da União Ibérica. Continuou vigente em Portugal ao final da União, por confirmação de D. João IV. Até a promulgação do primeiro Código Civil brasileiro, em 1916, estiveram também vigentes no Brasil.

⁶⁷ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015, pg. 39.

administrativo brasileiro, também foi influenciado pelo sistema da *common law*, marcadamente o direito estadunidense, no que tange *ao sistema de unidade de jurisdição, à jurisprudência como fonte de direito, à submissão da Administração Pública ao controle jurisdicional*. E ultimamente, vem sofrendo influência do direito comunitário europeu, oriundo da União Europeia⁶⁸.

Nos dias atuais, os direitos ocidentais, vêm se tornando moderados, ou seja, tal dicotomia entre direito e moral não desconhece ou nega o influxo positivo da moral objetiva. Os próprios ordenamentos jurídicos ocidentais, historicamente, graças a ação do cristianismo, tem sabido manter permeabilidade a tal influxo por meio da recepção constitucional de valores morais e fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a justiça.

Em segundo lugar, Direito Administrativo comparado deve informar, de maneira precisa e rigorosa, sobre as instituições estrangeiras e procurar, nas experiências de outros sistemas, os mecanismos técnicos para suprir as lacunas e imperfeições do direito interno. É necessário para que se tome conhecimento dos pontos convergentes e divergentes que sobrevivem entre os diferentes direitos, de maneira que visa a busca de uma solução internacional para um problema concreto, a omissão legislativa, ou a ineficiência sobre determinado instituto.

O Direito Administrativo comparado se mostra especialmente idôneo para compreender de forma eficaz os recursos fundamentais dos sistemas jurídicos atuais, é dizer que a diversidade coexiste no mundo contemporâneo. O Direito Administrativo comparado é um instrumento valiosíssimo de auxílio que nos permite descobrir as relações entre a diversidade de normas dos distintos ordenamentos jurídicos ao mesmo tempo, possibilitando a conexão entre as referidas normas e a realidade social existente, sendo, por consequência um enfoque apropriado para averiguar a capacidade de resolução dos problemas dos distintos ordenamentos.

Santiago González-Varas Ibáñez afirma com propriedade que:

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2017, pg. 28-29.

Los administrativistas, siempre que pueden, no dudarán em aportar contenidos de otros Derechos nacionales. Esta actitud habla em favor de los trabajos que se realizan. Se utiliza el Derecho comparado em su forma más genuína de innovar y reformar el Derecho próprio, inspirándose em otros Derechos para poder mejorar el propio Derecho. Esta actitud se corresponde com los fines que pretende la ciencia jurídico-comparada. El propio Derecho foráneo podrá verse inmerso em el análisis del propio Derecho nacional.⁶⁹

Tratando o tema de forma genérica, Oswaldo Agripino de Castro Júnior comenta que o uso do direito comparado decorre do fato dele ser uma ferramenta útil à reforma de legislação e do sistema judicial, assim como de processo de integração, como por exemplo, o Mercosul, uma vez que somente a análise de uma variedade de culturas e sistemas judiciais e jurídicos demonstra o que é fundamental e conceitualmente necessário para um sistema.

E segue advertindo que o direito comparado tem função de grande relevância na medida em que aumenta o arsenal de alternativas para solucionar problemas internos. Isto porque o Direito doméstico, de maneira geral, sempre atua limitadamente para cuidar de problemas de seu próprio interior.⁷⁰

Trata-se de método útil para combater o etnocentrismo e chauvinismo comum nas culturas jurídicas de países que sofram rupturas no processo democrático. Deste modo, através da comparação, poder-se-á descobrir alternativas e percepções que podem colaborar para a melhoria do sistema doméstico⁷¹.

Ivo Dantas⁷² esclarece que muito embora a maioria dos autores defenda que o direito comparado se presta para estudar sistemas jurídicos distintos, para esse doutrinador parece mais produtivo, que o comparatista dedique-se a setores do sistema e/ou determinados

⁶⁹ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *Derecho Admnsitrativo em Iberoamérica*. 2ª. Edição, Instituto Nacional de Administración Pública-INAP. Madrid, 2012, pg. 20.

⁷⁰ CASTRO JUNIOR, Oswaldo Agripino. *Teoria E Prática Do Direito Comparado E Desenvolvimento: Estados Unidos X Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, Unigranrio, Ibradd, 2002, pg. 74.

⁷¹ CASTRO JUNIOR, Oswaldo Agripino. *Teoria E Prática Do Direito Comparado E Desenvolvimento: Estados Unidos X Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, Unigranrio, Ibradd, 2002, pg. 67.

⁷² DANTAS, Ivo. *Novo Direito Constitucional Comparado – Introdução, Teoria e Metodologia*. 3ª. Edição, Editora Juruá, Curitiba, 2010, pg. 105.

institutos, tornando o estudo mais produtivo do que aquele que vislumbra o sistema jurídico como um todo.

A história do Direito, da Ciência Política e da Sociologia jurídica, o Direito Público comparado se diferencia igualmente da Teoria Geral do Direito. Esta última, para forjar suas construções científicas próprias, não pode deixar de servir-se mesmo que inadvertidamente do direito comparado, pois as elaborações teóricas partem da observação dos ordenamentos tal e que operam e tem operado sem embargo, sua finalidade consiste em realizar comparações, mas na construção de um aparato conceitual válido e aplicável em todos os sentidos.

Cada estudioso, antes ou depois, acaba por enfrentar os institutos ou ordenamentos diferentes daquele ao qual pertence. Esta aquisição de conhecimento em sua visão geral é instrumental ao cotejo de outras instituições ou ordenamentos.

Para o autor espanhol Tomás J. Aliste Santos corroborando com posicionamento daqueles que são simpáticos à disciplina comparativa, aponta com propriedade a utilidade e o alcance prático da disciplina em comento, conforme se verifica:

El derecho comparado, entendido como método de análisis tanto de sistemas jurídicos vigentes como de sistemas jurídicos históricos, tiene una utilidad extraordinaria al servicio de la ciencia jurídica general. Ante todo, la comparación de sistemas jurídicos ofrece un conocimiento muy útil en cuanto conocimiento de los propios derechos particulares y las relaciones que pueden trenzarse a partir del hecho mismo de su diferenciación em un marco de necesidad de coexistencia y cooperación entre los países por cuyos territorios dichos sistemas jurídicos diferenciados se extienden y aplican⁷³.

Dessa maneira, poderá o estudioso debruçar-se, por exemplo, sobre o sistema tributário, sistema administrativo, sistema penal (campos específicos do sistema jurídico total), ou ainda, dentro de cada um deles, esmiunçar institutos específicos como, fato gerador, contratos administrativos, responsabilidade do Estado, etc..

O comparativismo jurídico, além do conhecimento científico de outros sistemas, ou de outras famílias de Direito, também se presta a auxiliar o aplicador do Direito, a fazer valer,

⁷³ SANTOS, Tomás J. Aliste. *SISTEMA COMMON LAW*. Ratio Legis Libreria Juridica. UNIR – Universidad Internacional de la Rioja, Salamanca-Espanha, 2014, pg. 32.

num sistema jurídico determinado, os efeitos de um instituto jurídico desconhecido e que precise ser reconhecido, sob pena de denegação da justiça.

Guido Fernando Silva Soares⁷⁴ ilustrando essa ideia oferece como exemplo uma situação em que o juiz brasileiro nunca poderia deixar de dar efeito a um contrato particular de *trust*, constituído segundo o direito inglês, apenas pelo fato de que o direito brasileiro não contempla restrições à propriedade real, além daquelas fixadas rigidamente na lei, como o usufruto, as servidões, etc. e, portanto, não autorizadas por disposições contratuais, tal como o *trust*⁷⁵.

Sobre esse tema, importante destacar que entre os desmembramentos da propriedade que o direito inglês nos oferece, um dos mais importantes do ponto de vista prático, é o *trust*. Por meio do *trust*, é assegurado na Inglaterra os interesses pecuniários dos incapazes. Ou seja, em vez de dar a propriedade dos bens ao incapaz e nomear um representante para administrá-lo, conferir-se-á a propriedade desses bens a um terceiro, fazendo dele um *trustee*, obrigando-o a exercer seus direitos no interesse do incapaz.

Os dirigentes de um empreendimento ou de uma associação também poderão ser colocados na situação de *trustees*. O grupo não será ele próprio, titular de direitos, estes serão atribuídos pessoalmente aos dirigentes, mas com a obrigação, para estes últimos, de exercê-lo no interesse dos membros do grupo. O direito inglês também recorre ao instituto do *trust* para organizar a partilha de bens nas sucessões.

Esses são apenas alguns exemplos, sem deixar de sublinhar que há uma grande variedade de hipóteses em que se pode aplicar esse instituto. A estrutura do direito inglês é profundamente marcada pela existência do *trust*, no entanto a noção desse instituto permaneceu desconhecida para o direito continental europeu.

⁷⁴ SOARES, Guido Fernando Silva. *COMMON LAW – Introdução ao Direito dos EUA*, 2ª. Edição, Editora Revista dos Tribunais, 2000, pg. 19-20.

⁷⁵ O *trust* nasceu no direito comum da Inglaterra, que permitia ao instituidor de um fundo ou benefício transferir bens para outra pessoa (fiduciário) a fim de ser administrado para o benefício de terceiros (beneficiários).

É de curial relevância aceitar que no estudo de direito comparado não se encontra problemas e possíveis soluções universais, mas perspectivas jurídicas para situações específicas.

Para Sérgio Fernando Moro⁷⁶, figura que se destacou pela atuação em processos que investigam crimes de corrupção no Brasil, em seu artigo sobre lavagem de dinheiro, traça breves considerações sobre o princípio da autonomia do crime de lavagem em relação ao crime antecedente e sobre a prova de ambos os crimes.

Analisando a questão da prova indiciária à luz do Direito comparado, mediante a jurisprudência das cortes federais norte-americanas e do Supremo Tribunal espanhol, constata-se que a jurisprudência dos tribunais de apelação brasileiros ainda não é significativa a esse respeito. Moro argumenta que a admissão da validade da prova indireta para caracterizar o crime de lavagem não implica o enfraquecimento das garantias do acusado no processo penal, pois tal prova deverá ser convincente *acima de qualquer dúvida razoável*.

No estudo do direito comparado, tem-se entendido que a prova indiciária é fundamental no processo por crime de lavagem e dinheiro, inclusive quanto à prova de que o objeto da lavagem é produto de um crime antecedente. Assim, por exemplo, nos Estados Unidos, tal prova pode ser satisfeita com elementos circunstanciais, a expressão usualmente utilizada para representar a prova indireta.

Para exemplificar seu raciocínio ele cita os seguintes casos:

a) Em *United States vs. Abbel*, 271 F3d 1286 (11th Cir. 1001), decidiu-se que a prova de que o cliente do acusado por crime de lavagem era um traficante, cujos negócios legítimos eram financiados por proventos do tráfico, era suficiente para concluir que as transações do acusado com seu cliente envolviam bens contaminados;

b) Em *United States vs. Golb*, 69 F3d 1417 (9th Cr. 1995), entendeu-se que, quando o acusado por crime de lavagem faz declarações de que o adquirente de um avião é um traficante, e quando o avião é modificado para acomodar entorpecentes, pode ser concluído que o dinheiro utilizado na aquisição era dinheiro proveniente de tráfico de entorpecentes;

⁷⁶ MORO, Sérgio Fernando. *Autonomia do crime de Lavagem e Prova Indiciária*. Revista CEJ, Brasília, Ano XII, n. 41, p. 11-14, abr./jun. 2008.

c) No caso *United States v. Reiss*, 186 f. 3d 149 (2ndCir. 1999), a utilização de subterfúgios para o pagamento de um avião envolvendo conhecido traficante foi considerada suficiente para estabelecer a procedência ilícita dos recursos empregados na compra;

d) Em hipóteses como *United States v. Hardwell* , 80 F.3d 1471 (10thCir. 1996), e *United States v. King* , 169 F.ed 1035 (6th Cir. 1999), decidiu-se que a falta de prova de renda legítima ou suficiente para justificar transações feitas por criminoso era prova suficiente da origem criminosa dos recursos empregados.

O estudo dos crimes de colarinho branco ganhou impulso a partir das pesquisas do sociólogo norte-americano Edwin Hardin Sutherland⁷⁷, criador da *teoria da associação diferencial*, que ao desenvolvê-la Sutherland buscou formular uma explicação científica e universal do fenômeno da criminalidade. A formulação de tal teoria, em sua visão, permite uma compreensão muito mais ampla da delinquência e do crime, além de fornecer instrumentos valiosos para a aplicação prática na diminuição das taxas de criminalidade.

De forma semelhante ao posicionamento adotado pelas Cortes norte-americanas, o Supremo Tribunal Espanhol – STE vem entendendo que a condenação pelo crime de lavagem não exige a condenação pelo crime antecedente, que a prova de que o objeto da lavagem é produto de crime anterior pode ser satisfeita com prova indiciária e que esta, em geral, tem um papel fundamental no processo por crime de lavagem de dinheiro. Exemplos 3:

a) Na STS 392/2006 entendeu-se que a prova de que o acusado figurava como proprietário de embarcação de alta velocidade em Ceuta (do tipo comumente utilizado para transporte de droga na região do Estreito de Gibraltar), sem ter renda lícita que pudesse justificar tal propriedade, aliada à prova de que a embarcação, na única vez em que utilizada, teria sido conduzida por pessoa com antecedente de crime de tráfico de drogas, era suficiente para caracterizar o crime de lavagem de dinheiro ;

De acordo com J. Edward Eberle é fundamental que além do direito escrito formalmente, é necessário escavar a estrutura primária do direito para entender melhor o que ele realmente é, e como de fato funciona dentro de uma Sociedade. Para tanto é preciso explorar as forças subestruturais que influenciam esse direito⁷⁸.

⁷⁷ SUTHERLAND, Edwin H.; LEMOS, Clécio (Trad.). *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia- Revan, 2015.

⁷⁸ EBERLE, J. Edward. *The method and role of comparative law*. Washington University Global Studies Law Review. Volume 8, number 3, 2009, pg. 452.

Partilhamos do entendimento de Jean Rivero⁷⁹, para quem uma das dificuldades que se apresenta na implementação do estudo do direito administrativo comparado é o fato dessa disciplina não ter valor universal. Ou seja, de país para país, o sentido e conteúdo do direito administrativo variam totalmente⁸⁰. Ao contrário do que ocorre em outras áreas, os estudiosos dedicados ao direito civil ou constitucional, por exemplo, que não se deparam com tal dificuldade.

De qualquer forma, utilizando tal ferramenta, o jurista ultrapassa seu ambiente doméstico e entra em um novo universo naturalmente diversificado, ampliando seus horizontes intelectuais, tornando-se analiticamente melhor preparado, mais flexível e aberto para destrinchar temas complexos dentro de seu próprio ordenamento jurídico, conquistando habilidades para entender com profundidade aspectos típicos do seu sistema, apropriando-se da mais ampla visão crítica.

1.6. Perspectivas teóricas sobre o direito administrativo comparado

Como bem destaca René David⁸¹, “[...] os juristas ingleses não têm consciência de que existe em seu país, como na França, um “direito administrativo”. Em matéria relativa aos agentes públicos, por exemplo, a relação que une a Coroa a seus prepostos se distingue profundamente, sob vários aspectos, da relação que existe no direito comum, entre o empregador e o empregado (*master and servant*).

Os empregados da Coroa podem ser despedidos a qualquer momento, mesmo que tenham sido contratados por tempo determinado, só exercem suas funções enquanto for vontade da Coroa e não podem mover nenhum processo para receber o pagamento de seus

⁷⁹ RIVERO, Jean. Curso de Direito Administrativo Comparado-Tradução José Cretella Jr., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, pg. 35.

⁸⁰ Nos Estados Unidos, por exemplo, o direito administrativo se revela no direito das agências reguladoras.

⁸¹ DAVID, René. *O Direito Inglês*. Tradução: Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 2006, pg. 88.

salários. Nesse contexto, em tese, a função pública seria a mais precária, contudo na realidade é a mais estável e que oferece mais benefícios.

No vocabulário inglês não existem as palavras *Estado* nem *Administração Pública*. Comprometido com seu princípio de concepção feudal da sociedade, o direito inglês não identifica o Estado, reconhece apenas a Coroa (*the Crown*)⁸². A Coroa, sob vários aspectos, foi colocada numa situação privilegiada em relação aos cidadãos, não se pode, por exemplo, obter contra a Coroa nenhuma ordem de execução forçada ou mandado de penhora, também não é possível impetrar nenhum mandado de segurança.

Não existe na Inglaterra uma hierarquia autônoma de jurisdições administrativas; mas há um estatuto concedido às coletividades locais, que não são consideradas subdivisões do Estado.

Difícilmente distinta do monarca, cujo objetivo é exprimir perenidade, a *Coroa* representa o *Poder Executivo* da Inglaterra, da mesma forma como as Cortes Superiores representam o Poder Judiciário. Diferentemente do *Estado*, a *Coroa*, mais personalizada, não possui divisões territoriais, comparáveis aos *départements*⁸³ ou *communes*⁸⁴ francesas, ou ainda aos estados-membros ou municípios brasileiros.

A *Coroa* é o poder central. Condados, burgos e paróquias, que a primeira vista, evocam subdivisões territoriais do Estado, são concebidos na Inglaterra como simples agrupamentos de pessoas, não há no condado, burgo ou paróquia nenhum representante do poder central. É verdade que os agrupamentos de cidadãos, estabelecidos em um plano territorial, são absolutamente subordinados ao direito comum, são submetidos ao controle das Cortes ordinárias, e estas lhe aplicam a *common law*.

⁸² DAVID, René. *O Direito Inglês*. Tradução: Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 2006, pg. 82-83.

⁸³ O território francês está dividido em 96 *départements*. A França sendo o Estado central, os *départements* equivalem aos nossos estados-membros.

⁸⁴ Equivalentes aos municípios.

A discussão sobre o direito comparado ser *ciência* ou *método* causa desconforto para muitos estudiosos da ciência jurídica. Segundo o *Vocabulaire Juridique*, publicado em Paris (1936) e coordenado por Henri Capitant, definiu-se o direito comparado como “o ramo da ciência do direito que tem por objeto a aproximação sistemática das instituições jurídicas de diversos países”. Esse conceito também correspondeu, ao mesmo tempo, ao da Academia Internacional de Direito Comparado de Haia, nos estatutos de sua fundação (13 de setembro de 1924)⁸⁵.

Ao contrário do que à primeira vista possa parecer direito comparado não é uma área da ciência do direito, como, por exemplo, direito civil, direito penal, direito constitucional, e assim por diante, apesar de causar essa impressão. Em verdade, trata-se de um método de estudo e exposição da pesquisa, baseados no confronto entre fenômenos jurídicos que residem em coletividades diversificadas⁸⁶.

Mauricio Godinho Delgado⁸⁷, reportando-se aos ensinamentos de Alfredo Rocco propõe três critérios para que a autonomia de um ramo seja alcançada, quais sejam: a) a existência de um campo temático específico, b) a elaboração de teorias próprias, e c) uma metodologia específica.

Analisemos se o direito comparado preenche tais requisitos:

a) *Campo temático específico*: o direito comparado tem por objeto principal o estudo, a confrontação entre institutos e ordenamentos jurídicos alienígenas, confrontação esta que não possui sistematização;

b) *Teorias próprias*: o direito comparado não possui teorias próprias, como é o caso do direito do trabalho que apresenta a teoria da hierarquia das leis, que determina que uma norma

⁸⁵ ANCEL, Marc. *Utilidade e Métodos do Direito Comparado*. Elementos Tradução: Prof. Sérgio José Porto, Sérgio Antônio Fabri Editor, Porto Alegre, 1980, pg. 43.

⁸⁶ CRETELLA JR., José. *Direito Administrativo Comparado-De acordo com a Constituição de 1988*, 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1992, pg. 14.

⁸⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2003, p. 67.

de hierarquia inferior pode prevalecer sobre outra de natureza superior, desde que observado o princípio da norma mais benéfica ao trabalhador;

c) *Metodologia específica*: não há metodologia específica a ser aplicada no estudo comparativo, podendo o estudioso valer-se tanto micro quanto macro comparação ou utilizar o critério sincrônico ou diacrônico. Portanto, demonstrado está o fato de ser o direito comparado uma técnica de pesquisa e não ramo autônomo do Direito.

Direito comparado, portanto, é um método jurídico-investigativo que coteja: institutos jurídicos; áreas e segmentos da ciência jurídica; iii) sistemas jurídicos, e ainda, o próprio direito. Trata-se de um veículo condutor, que não se confunde com o conteúdo.

Apesar das divergências entre os juristas dedicados ao tema, a maioria concorda que direito comparado é justamente a realização da comparação propriamente dita, ou seja, que o direito comparado sempre envolve um processo metodológico. Nessa linha de raciocínio Lúcio Pegoraro⁸⁸, conclui que:

Derecho Comparado puede reivindicar la dignidad de ciencia sólo desde que la finalidad que persigue no es otra que la de sistematizar los materiales jurídicos de un ordenamientos con la idea de ofrecer una comparación, de verificar las analogías y las diferencias, de classificar institutos y sistemas, dando orden al conocimiento y creando modelos dotados de prescriptividad.

Entendimento diverso é sustentado por Léotin-Jean Constantinesco, em sua obra *Traité de Droit Comparé-Introduction au Droit Comparé*⁸⁹:

A ciência do Direito Comparado é produto do encontro de dois fenômenos importantes: 1) o alargamento do horizonte histórico e científico, sem o qual o Direito Comparado não ultrapassaria os limites de uma simples

⁸⁸ PEGORARO, Lúcio. El método em ele derecho constitucional: la perspectiva desde el derecho comparado. Revista de Estudios Políticos: Nueva época, v. 12, pg. 9-26, 2001. Trimestral. Disponível em <http://www.cepc.gob.es/gl/publicaci%C3%B3ns/revistas/revistas-electronicas?IDR=3&IDN=269&IDA=17356>. Acesso em 06 de fevereiro de 2016., pg. 14.

⁸⁹ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino. *Teoria E Prática Do Direito Comparado E Desenvolvimento: Estados Unidos X Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, Unigranrio, Ibradd, 2002, pg. 75.

curiosidade científica; 2) a radical e cada vez mais acelerada transformação do mundo, pois sem a percepção desta transformação, sem a compreensão do seu significado, o Direito Comparado seria condenado simplesmente a um método.

Não obstante a controvérsia acerca da natureza do direito comparado, não se pode negar a sua relevância, e nesse sentido Santiago González-Varas Ibáñez⁹⁰, destaca que sua prática eleva o nível do jurista, proporcionando o surgimento de novas ideias e percepções:

Lo característico e interesante del Derecho comparado es que, por u lado, permite al jurista um alto grado de innovación jurídica (em el plano de lo que se denomina microcomparación por los tratadistas del Derecho comparado), pero también permite al jurista (desde el punto de vista de lo que se denomina la macrocomparación) el estudio de la posible creación de familias o comunidades jurídicas.

Há décadas o mundo vem sendo marcado pela globalização econômica e cultural⁹¹, impulsionada fundamentalmente pelos Estados Unidos, Canadá e Europa Ocidental, o conhecimento do *common law* se converte em um dos elementos necessários para qualquer jurista de formação fora dessa realidade que queira atuar no marco jurídico das relações internacionais, abrindo-se, portanto uma esfera jurídica mais ampla escapando das estreitas margens impostas pelo direito dos Estados.

Esta esfera de *global law* permite um conceito ambíguo e indeterminado, que caracteriza por uma forte inter-relação econômica que em muito casos responde a um marco jurídico conformado por uma pluralidade de instituições genuínas do *common law*, que os profissionais do direito devem conhecer, pois cada vez os problemas jurídicos são mais complexos e exigem respostas fundamentadas no conhecimentos do direito comparado.

⁹⁰ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. Derecho Administrativo em Iberoamérica. 2ª. Edição, Instituto Nacional de Administración Pública-INAP. Madrid, 2012, pg. 19.

⁹¹ A erosão da soberania dos Estados está dando lugar a uma comunidade global e a uma nova estrutura de poder internacional baseada em processos de decisão multilaterais destinados a proteger interesses fundamentais e valores globais.

1.7. Métodos e níveis de comparação

A pesquisa comparativa pode conduzir-se em diferentes níveis, o arsenal de instrumentos para cada nível pode variar em razão de suas finalidades. A primeira diferenciação que se deve fazer é aquela entre o *nível geral* e da comparação, articulado com base na estrutura comum do discurso comparativo; e o *nível específico* dos inúmeros setores da experiência jurídica.

De acordo com Lúcio Pegoraro e Angelo Rinella⁹²:

[...] Con un fin preponderantemente cognoscitivo pueden individualizarse dentro de la categoría general diferentes *sub-niveles*, cada uno de los cuales, a parte de poder descubrirse em niveles sectoriales, fuerzan al comparatista a valerse progressivamente de instrumentos cognoscitivos y de investigación apropiados:

- a) Comparación *interna* (entre dos o más sistemas de derecho que pertenecen a um solo sistema social, de la misma familia jurídica o de um mismo Estado federal o regional), y *externa*;
- b) Comparación *nacional* (entre um numero limitado de sistemas jurídicos de diversos países) y *internacional* (que tiende a la búsqueda de una ciencia jurídica universal, y por lo tanto, se conduce em um radio bastísimo);
- c) Comparación jurídica en *sentido restringido* (que assume como objeto unicamente al derecho vigente, el denominado *law in the book*) en *sentido amplio* (que extiende la investigación hasta considerar los factores del contexto, cuya naturaleza es capaz de influenciar las diferencias y las identidades existentes entre los sistemas comparados);
- d) Comparación *horizontal* (entre instituciones jurídicas ubicadas al mismo nivel en la jerarquía normativa de Estados diferentes) y *vertical* (cuando el nivel jerárquico no sea el mismo, como en el caso del cotejo entre normas de derecho interno de los Estados miembros y normas del ordenamento federal, donde existía una *supremacy clause*);
- e) Comparación *sincrónica* (cuando se contrastan ordenamientos cercanos em el tempo o contemporáneos, aunque lejos em el espacio) y *diacrónica* (com la que se desarrolla una investigación comparativa entre derechos lejanos em el tempo pero em el ámbito del mismo ordenamento; por ejemplo, cuando se confrontan las disposiciones del Estatuto Albertino com aquellas de la Constitución italiana, o de la Constitución de Cádiz com aquellas de la Constitución española de 1978 em orden a uma misma institución); no falta, por outro lado, quien

⁹² PEGORARO, Lúcio. RINELLA, Ângelo. *Introducción al Derecho Público Comparado-Metodología de Investigación*. Traducción: César Astudillo. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pg. 66-67.

observa que realmente tal distinción puede reconducirse a aquella entre el derecho comparado y la historia del derecho;

- f) *Macro-comparación* (entre los elementos basilares de la estructura de sistemas jurídicos diferentes) y *micro-comparación* (entre cada segmento particular de los ordenamientos que se ponen a comparación).

A investigação jurídica que acompanha a linha do tempo seria melhor enquadrada como um fenômeno da história do Direito, onde se focaliza um sistema vigente em épocas anteriores e a comparação se faz com a época atual, com o intuito é identificar a evolução histórica de um mesmo instituto ou sistema e suas etapas estanques no tempo.

Pode-se ainda, tomar dois sistemas jurídicos diferentes, vigentes em Estados distintos, em uma mesma época e realizar as comparações a partir de metodologia científica rigorosa, em que surgem elementos comuns e diferenciados.

Para Guido Soares o direito comparado possui bastante vigor como direito-ciência⁹³, por possibilitar a realização de uma comparação de sistemas jurídicos de nações distintas, obviamente com a aplicação de uma metodologia científica, fixando princípios comuns e diferenciados.

É preciso estar claramente definido que o direito comparado tem que ter como alvo dupla tarefa: i) conhecer cada terminologia isoladamente, seu sentido individual e específico, para, a partir daí, distinguir elementos de presença comum e posteriormente descobrir valores comuns, e daí, finalmente, apresentar a comparação.

Na percepção de Osvaldo Agripino de Castro Júnior, há cinco linhas de estudos que devem estar contidas no direito comparado⁹⁴:

- 1) Comparação de sistemas estrangeiros com sistema interno com o objetivo de descobrir semelhanças e diferenças;

⁹³ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law – Introdução ao Direito dos EUA*, 2ª. Edição, Editora Revista dos Tribunais, 2000, pg. 21.

⁹⁴ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino. *Teoria E Prática Do Direito Comparado e Desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, Unigranrio, Ibradd, 2002, pg. 78.

- 2) Estudos que analisam de forma objetiva e sistematicamente soluções que vários sistemas oferecem para um determinado problema judicial ou jurídico;
- 3) Pesquisas que investigam as relações causais entre diferentes sistemas judiciais e jurídicos.
- 4) Estudos que comparam os vários estágios de diversos sistemas judiciais e jurídicos; e
- 5) Pesquisas que tentam descobrir ou examinar a evolução judicial e jurídica de acordo com períodos e sistemas.

Para perseguir suas finalidades e a principal delas é a ampliação do conhecimento, o direito se vale do método jurídico que tem as normas e os ordenamentos por elas compostos, o seu objeto de estudo e a linguagem utilizada pelos juristas, resultando em juízo de valor que impõe estimativas éticas, morais e religiosas, o científico que os expressa minimamente, denunciar sua utilização para consentir ao leitor distingui-los do juízo de fato. Não só isso, ainda concorre para diferenciar as investigações de direito público comparado e outras investigações.

1.8. A micro e a macrocomparação

A divisão entre micro e macrocomparação é de curial relevância na medida em que para conhecer o conjunto, ou seja, a totalidade do sistema, é importante conhecer as células que compõe tal tecido. Dessa forma, é preciso mudar a escala de observação para entender com maior clareza as características das estruturas investigadas.

A microcomparação consiste na análise isolada e específica de determinado instituto dentro do universo jurídico, por exemplo, o estudo da responsabilidade extracontratual do Estado, temática inserida no direito administrativo que se apresenta como um dos ramos do direito público (macro). Segundo ensina Léontin-Jean Constantinesco⁹⁵, na microcomparação se realiza um exame jurídico microscópico procurando revelar a estrutura e a função de

⁹⁵ CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. *Introducción au droit compare*. Tome 1. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972, pg. 209.

células jurídicas elementares. A microcomparação tem por objetivo obter análises parciais de partículas elementares ou microelementos, que constituem as ordens jurídicas como um todo.

A microcomparação tem por objeto instituições particulares, atos, procedimentos, funções, entidades, direitos, poderes, deveres, etc., que estão presentes em dois ou mais ordenamentos. A premissa para a comparação é a verificação de analogias e diferenças é a conscientização de que o objeto de estudo pode ser comparado.

Por isso, antes de qualquer coisa é necessário, pelo menos, ter-se algum conhecimento do tema, ainda que superficial, suficientemente para captar a atenção do estudioso e também para não induzi-lo ao equívoco de comparar objetos incomparáveis. Nesse aspecto, a dimensão linguística assume papel de extrema relevância na medida em que é fácil se deixar levar pelo engano da associação de palavras que tem uma raiz comum, mas que em épocas e em sistemas diferentes expressam significados distintos.

Exemplo dessa situação está representado pelas leis orgânicas (*leggi organichi*, em italiano; *lois organique*, em francês), que na França, Espanha, Romênia e alguns países da América latina representam uma categoria de leis com procedimentos especiais que afetam matérias particularizadas da Constituição, mas em outros ordenamentos são (ou eram) simplesmente leis ordinárias que tratam *organicamente* determinada matéria.

Além disso, prescindindo da raiz comum do nome, é sempre um risco utilizar a microcomparação para analisar institutos que incidem em famílias jurídicas e formas de Estado diferentes mesmo que, aparentemente, a estrutura seja similar, ou com práticas de funções análogas. É o caso, por exemplo, do *ombudsman* escandinavo que pode ser estudado em paralelo com o *defensor del Pueblo* espanhol, mas com a *procuratura* soviética. Em ordenamentos cercados pelo comunismo, de fato, institutos como esse atuavam em contextos totalmente diferentes daqueles que caracterizou a forma de Estado liberal-democrático, como é o caso da Suécia, Noruega, Dinamarca, Espanha, etc., mas provavelmente, não na antiga União Soviética e aqueles cujos regimes se aproximem deste.

A investigação microcomparativa, partindo do conhecimento minimamente apreendido permite comparar coisas comparáveis e uma vez identificadas as raízes comuns (linguísticas, estruturais e funcionais) buscará somente confirmar as semelhanças e, sobretudo, divergências legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais.

As regras e institutos permeiam a seara da microcomparação na medida em que pertencem a ordenamentos jurídicos distintos, está dirigida ao exame a fenômenos jurídicos setorizados, reduzindo a suas células elementares. Trata-se de exame microscópico capaz de oferecer ao investigador observações interessantes, de dimensionamento tecnicamente relevantes, mas que em seu conjunto como fragmentos de um conhecimento corrente de uma ordem, de uma gradação ou de uma taxonomia científica relevante.

Contrariamente, se a pretensão for criticar o mesmo fenômeno jurídico, em sua estrutura fundamental e específica, é necessário mudar o ângulo visual e o objetivo da investigação. É necessário, neste caso, passar para a macrocomparação.

Já a macrocomparação parte de uma perspectiva cujo alcance é de larga escala, abordando os sistemas jurídicos como um todo e levando-se em conta grandes estruturas. Aspecto importante a ser destacado é o fato de que a microcomparação não aparta o estudioso da análise macro em primeira instância, apenas restringe o objeto do estudo.

A macrocomparação é essencial, por exemplo, para os estudos de direito constitucional interno, o estudo das formas de governo, a forma de Estado, o modelo de descentralização territorial e sistemas eleitorais.

Destaque-se que a macrocomparação se dirige a sublinhar as estruturas características e morfológicas de um ordenamento jurídico. O objetivo deste tipo de investigação consiste em colocar ordem na multidão de seus elementos, reconstruir, mesmo em termos teóricos (exclusivamente) os sistemas, as famílias jurídicas e elaborar classificações a fim de explicar a pluralidade de fatos jurídicos por meio de unidade das normas.

O mesmo Constantinesco apoia, na distinção de micro e macrocomparação, a qualificação da ciência e método de direito comparado. A macrocomparação fundamenta a técnica comparativa, ao passo que a microcomparação oferece instrumentos do método. O método comparativo é o método de construção dos direitos quando comparados. É por meio dos resultados parciais obtidos com a primeira permite a segunda ser edificada, distante de confundir-se, os dois elementos se distinguem, mas longe de rechaçar-se, se completam.

O objetivo fundamental da macrocomparação é o estudo de dois ou mais grandes estruturas jurídicas ou ordens jurídicas. Isto é, a macrocomparação deve envolver mais do que a confrontação de preceitos legais, mas tratar também de análise de sistemas jurídicos como estruturas.

O estudo macro comparativo se propõe a finalidades completamente diferentes, assim como suas premissas. Neste caso, a referência de partida é a existência de diferenças (às vezes profundas) que não excluem a comparação, mas ao contrário, fundamenta sua razão de ser.

Particularmente, o estudo macro comparativo ambiciona criar classificações e desenvolver modelos. Neste nível de pesquisa está em jogo as estruturas basilares dos sistemas, como por exemplo, o sistema das fontes e das normas de sua produção; o rol que no interior de cada ordenamento assumem *formantes* legais, jurisprudencial e doutrinário⁹⁶. Os princípios fundamentais que presidem a disciplina de grandes ramos do direito em que se articulam os ordenamentos, os valores fundamentais que surgem da opção política de origem e que permeiam o sistema dos ordenamentos pesquisados.

De acordo com Constantinesco⁹⁷ (teoria dos elementos), é necessário partir da ideia de que um ordenamento está determinado pela soma de normas, princípios, conceitos jurídicos e institutos que regulam as relações de um grupo social. Os componentes ou elementos do

⁹⁶ Pegoraro utiliza a expressão “formantes” para referir-se aos elementos formadores ou elementos que constituem o direito.

⁹⁷ CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. *Introducción Au Droit Compare*. TOME 1. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972.

ordenamento são como células de um organismo, são as partículas jurídicas elementares que os juristas normalmente consideram como uma unidade de igual valor.

Para Pegoraro e Rinella, na realidade para conhecer um ordenamento jurídico não é suficiente adicionar o conhecimento, por mais minucioso que seja, de cada partícula que o compõe, é necessário ter claro o rol e a posição que algumas dessas partículas têm no interior do ordenamento. Segundo esta perspectiva as *partículas jurídicas elementares* que em razão delas conformam a estrutura fundamental do ordenamento e sua estrutura genérica, isto é, aquela parte que determina as características de identidade de um ordenamento.

Constantinesco denomina partículas jurídicas elementares como sendo os elementos determinantes, em torno deles existem todos os demais componentes do ordenamento, uma multidão de partículas que o autor chama de *elementos fungíveis*.⁹⁸

Sob outra perspectiva, o método comparativo permite o exame eficaz dos problemas concretos e pontuais, que não seria possível de realizar se partíssemos de um fundamento metódico estritamente lógico-dedutivo, enclausurado em torno da sistematização de conceitos por meio da abstração, pois por sua própria rigidez seria incapaz de oferecer uma análise dos problemas concretos, que surgem por toda parte nos distintos ordenamentos jurídicos comparados, justamente no momento em que deve haver a proteção eficaz dos direitos de seus cidadãos por meio do acesso à justiça.

A mudança de perspectiva sobre o método lógico-dedutivo é verdadeiramente qualitativo, porque se este tem a abstração, a comparação jurídica, ao contrário, concentra esforços nos problemas existentes buscando respostas razoáveis de solução dos problemas.

A interdependência econômica e cultural das nações, identificada pela análise do fenômeno da globalização, constitui fato inegável no mundo moderno. Por isso, quanto mais restrita é a análise do direito, ou seja, o estudo realizado no estreito âmbito jurídico-espacial

⁹⁸ CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. *Introducción Au Droit Compare*. TOME 1. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972.

do direito interno, menos respostas terá o jurista, pois a formação escassa e pobre oferecida nos cursos universitários, forçosamente impede o estudioso de conhecer as mudanças normativas marcadas pela própria globalização.

O espanhol Tomás J. Aliste Santos utiliza a expressão *global law* para referir-se à ideia do surgimento de uma ordem jurídica global, segundo ele cada vez mais comum, no entanto, pouco conhecida pela maioria dos juristas que se empenhe em seguir envolto no limitado campo de ação do direito nacional.

O método comparativo, empreendido nos estudos dos diferentes sistemas jurídicos permite aproveitar as experiências jurídicas exteriores, e em virtude do recurso da analogia oferecer respostas aos problemas jurídicos que se apresentam em nosso cotidiano, na medida em que oferece soluções elaboradas em outras realidades.

1.9. O paralelo sincrônico e diacrônico

Segundo Edmir Netto de Araújo⁹⁹ o estudo pelo método comparativo, estribado na confrontação entre fenômenos jurídicos (institutos, ramos e sistemas jurídicos) que passam entre coletividades diferentes, ou mesmo na mesma coletividade, mas em períodos históricos diferentes, estarão revestidos de aspectos sincrônicos, quando se comparam fenômenos ou eventos da mesma época, ou diacrônicos, quando se confrontam fenômenos e acontecimentos ocorridos em épocas distintas.

Embora a comparação possa ser sincrônica ou diacrônica, o direito comparado não coincide com a história do direito. O estudo histórico é fundamental para a análise final a que se dirige a comparação porque só aprofundando os estudos na história é possível entender as

⁹⁹ ARAÚJO, Edmir Netto. *O Direito Comparado nos Cursos De Pós-Graduação. In Estudos De Direito Constitucional-Estudos em Homenagem à Prof. Mônica Herman Salem Caggiano*. Organizadores: CAGGIANO, Álvaro Theodor H. S.; TORRES, Vivian d Almeida Gregori. Editora IELD, São Paulo, 2014, pg. 154.

raízes das instituições e as disciplinas revelar os *criptotipos*¹⁰⁰, entender as analogias e as diferenças, porém uma coisa é propor-se como finalidade principal, o conhecimento da evolução de um ordenamento ou instituição e outra é servir-se deste conhecimento para aplicar ao caso concreto.

Assim, a história jurídica desempenha uma função subordinada, porém importantíssima em relação à principal - comparação. De forma similar, os estudos de teoria política se revelam, com frequência, úteis e indispensáveis para melhor compreensão dos fenômenos jurídicos.

É suficiente pensar na relevância para o constitucionalismo as contribuições de pensadores, como por exemplo, Henry de Bracton¹⁰¹ (1210-1269) famoso por seus escritos sobre lei, particularmente, *De legibus et consuetudinibus angliae* (leis e costumes da Inglaterra). Também delineou de forma coerente o direito das cortes reais por meio do uso de categorias extraídas do direito romano, assim, incorporado no direito inglês amplo desenvolvimento da lei romana medieval.

John Fortescue¹⁰² autor da célebre obra intitulada *De laudibus legum angliae* (louvor às leis da Inglaterra) publicada postumamente por volta de 1543. Como destaque em seus escritos Fortescue se esforçava para distinguir entre monarquia absoluta (*dominum regale*,

¹⁰⁰ A ideia de que a estrutura da língua nativa influencia o raciocínio de falantes tem estudos nos campos da antropologia lingüística, psicologia, psicolingüística, ciência cognitiva, sociolingüística, sociologia e filosofia da linguagem, e tem sido o objeto de numerosos estudos em todos esses campos. Um exemplo de criptotipo em espanhol seria, a diferença entre forma e substância. Em espanhol substâncias não podem ser plural, porque são incontáveis. Entretanto, pode-se referir a "um átomo de oxigênio e um átomo de hidrogênio." Ou, um exemplo na língua portuguesa, "manga", poder ser uma fruta ou parte de uma vestimenta (camisa, vestido, etc.) :

¹⁰¹ Henry de Bracton (1210-1269) escreveu sobre a realeza, argumentando que um governante deve ser chamado rei apenas se obteve e exerceu o poder de forma legal. Em seus escritos, Bracton gere de forma coerente para estabelecer o direito das cortes reais por meio de seu uso de categorias extraídas direito romano, assim, incorporando no direito Inglês vários desenvolvimentos da lei romana medieval.

¹⁰² John Fortescue (1394-1479) magistrado inglês conhecido pela sua sabedoria e retidão de caráter, foi Chefe de Justiça (Chefe do Judiciário e Presidente dos Tribunais da Inglaterra) no reinado de Henrique VI, a quem era extremamente leal. Henrique VI foi deposto em 1461, durante a Guerra das Rosas, por Edward de York, que subiu ao trono como Eduardo IV. Henrique e sua rainha, Margaret de Anjou fugiram para a Escócia. Fortescue permaneceu fiel a Henrique, e como resultado foi acusado de traição. As guerras das rosas foram uma série de conflitos pelo controle do trono da Inglaterra travada entre apoiantes de duas casas. A Casa de Lancaster (associado com uma rosa vermelha), e da Casa de York (cuja símbolo era uma rosa branca).

como na França) e monarquia limitada ou constitucional (*dominium politicum et regal*, como na Inglaterra). A diferença essencial apontada por ele é que no primeiro caso o rei faz a lei arbitrariamente, no segundo o rei governa seus súditos apenas por meio de leis criadas com a concordância dos súditos.

O método comparativo contribui para a harmonização e ingresso no processo de globalização, promovendo a integração dos diversos direitos, objeto da comparação. Neste sentido, a comparação jurídica responde a um fim essencialmente prático porque o enfoque indutivo de cada um dos sistemas, objeto da comparação concentra toda a atenção sobre os problemas, permitindo elaborar respostas comuns dirigidas à construção de um novo direito comum, o *global law*, útil e eficaz para o jurista do mundo contemporâneo, desde que siga corretamente as regras metodológicas do raciocínio analógico e que as generalidades resultantes estejam bem justificadas.

Sendo ambos os sistemas os grandes paradigmas do direito ocidental, o estudo do *common law* também permite ao jurista de formação continental oferecer respostas comuns aos problemas jurídicos atendendo a uma metodologia fundada em inferências indutivas por meio do expediente da analogia, respondendo a um critério de fidelidade relacionado ao contexto cultural ocidental.

Este argumento é particularmente valioso nos dias atuais porque permite enriquecer nosso próprio sistema jurídico atentando para as soluções oferecidas pela *common law*, e facilmente compartilhadas, porque a *common law* e a *civil law* tem raízes culturais comuns e coadunam para a manutenção de valores irrenunciáveis da civilização ocidental em um mundo de contextos culturais diferenciados e cada vez mais entrecruzados.

Os principais tipos de abordagem para a comparação do direito, segundo perspectiva tradicional, é que a comparação pode conduzir-se com base no *método de problematização* ou o *método casuístico* (respectivamente, *problem method* e *case method*), uma vez que ambos mostram uma certa eficácia com as condições de que eles são consistentes com os dados para garantir comparar.

O *problem method* parte do problema jurídico substancial, deixando, em segundo plano, questões conceituais ou categorias lógicas. O *case method*, pelo contrário, localizado no centro do estudo de casos judiciais de um ou mais direitos estrangeiros para verificar soluções oferecidas pelos diversos ordenamentos. Em relação a este último, no final da década de 1950, do século XX, nos Estados Unidos, o Professor Rudolf Berthold Schlesinger¹⁰³, organizou e dirigiu os conhecidos Cornell Seminars (1957-1968). Naquela ocasião, buscou-se uma investigação comparativa sobre a formação dos contratos que se valem de um novo método: o denominado *factual approach*. O assunto teórico que se encontra em sua base se refere a que os fatos são comparáveis.

Segundo esse método, os juristas provenientes de países e sistemas distintos podem debater partindo das identidades encontradas entre as respectivas experiências na ordem de certo fato jurídico, os dados empíricos concretos resultam mais facilmente descritíveis pelos juristas que provém de lugares diferentes, de quanto pode mudar em termos de entendimento sobre esses conceitos legais e referências a instituições de sistemas nacionais.

O método produziu resultados interessantes no estudo comparado do direito privado, mas não teve as mesmas consequências nos estudos comparados a respeito do direito público.

1.10. A internacionalização do ensino jurídico no Brasil

Não se pode confundir o Direito comparado com o Direito internacional, o primeiro, como já foi esclarecido em linhas anteriores refere-se a um método de pesquisa (método comparativo), enquanto o segundo se configura em disciplina regular da grade curricular dos cursos de Direito.

¹⁰³ **Rudolf B. Schlesinger** (1909-1950), jurista alemão com cidadania americana, contribuiu enormemente para os estudos de direito nos EUA e Europa. A obra mais importante desse jurista foi o pioneiro livro, publicado em 1950, *Direito Comparado: casos, o texto, as matérias* que influenciou duas gerações de leitores e foi escrito quando Schlesinger lecionou na Universidade de Cornell. Em 1955, trabalhando na Comissão Revisão Nova York, ele examinou a questão importante de se codificar o direito comercial. Em 1995, o *American Journal of Comparative Law* publicou um tributo a Schlesinger, que elogiou o brilho de seu trabalho, e observou que sua influência foi além lei norte-americana: "esforços sérios de hoje para descobrir e desenvolver um direito privado europeu unitário é, consciente ou inconscientemente, a continuação do esforço de Schlesinger".

A Câmara de Educação Superior, órgão administrativo vinculado ao Ministério da Educação, e integrante do Conselho Nacional de Educação, ao elaborar as diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em Direito, aponta como exigência na formação do acadêmico das ciências jurídicas, a observância na experiência estrangeira.

Conscientes da defasagem entre o que se ensina na academia e a realidade social, econômica, política e cultural contemporânea, várias Instituições de ensino superior estão reformulando e adequando seus projetos pedagógicos à uma realidade diferenciada.

Entretanto, é o Poder Público que pode fazer muito mais pela educação brasileira, pois possui elementos aliados à capacidade de melhorar o quadro atual de extrema indigência, por meio de várias iniciativas, como por exemplo, atrair cérebros criando incentivo para trazer estrangeiros com qualificação e conhecimento técnicos para transmitir experiências exitosas de seus países de origem, revigorar a economia, aumentar a produtividade, criar a possibilidade de não corrigir falhas no sistema educacional trazendo um bônus demográfico.

A vinda de contingente estrangeiro para impulsionar o desenvolvimento não é novidade. A primeira leva de trabalhadores livres chegou ao Brasil em 1870, porque a sociedade escravocrata não havia se preparado suas vítimas para a lavoura de café. Foi uma grande oportunidade para comunidades europeias e orientais se instalarem no Brasil.

Atualmente, a lei brasileira que regulamenta a imigração é de 1980, época da ditadura militar, da guerra fria e do muro de Berlim. O texto da lei reflete uma realidade ultrapassada tratando o estrangeiro como ameaça à segurança nacional, esquecendo-se que a imigração estrangeira gera muitos benefícios.

Os programas de ensino jurídico em vigor no Brasil foram elaborados com base em alguns princípios fundamentais, como poder nacional, soberania e legalidade, valorizando os aspectos jurídicos de sociedades circunscritas por fronteiras e marcadas por conflitos basicamente interindividuais e que enxergam o Estado como um aparato de comando e subordinação, destacando a exclusividade dos tribunais na resolução de conflitos e adotando abordagens pedagógicas de caráter eminentemente forense.

É perfeitamente possível afirmar com segurança que o cotidiano moderno sofre, hodiernamente, significativa influência dos fenômenos internacionais. Embora o processo de globalização tenha iniciado antes mesmo do século XX, é com o recente desenvolvimento das tecnologias de difusão das informações, deslocamento de pessoas e fluxo de mercadorias que se confirma o vaticínio de Marshall McLuhan, segundo o qual vivemos em uma aldeia global.¹⁰⁴ .

Diante dessa nova perspectiva, o Direito, resultado de complexos processos sociais que regulamentam as relações humanas, buscando conferir-lhes um mínimo de previsibilidade, também se internacionaliza. Diversificam-se, os instrumentos jurídicos para regular relações que ultrapassam as fronteiras dos países, razão pela qual o estudo do Direito internacional e do Direito comparado, concomitantemente, adquirem cada vez maior relevância.

Nessa esteira de raciocínio, é fundamental desenvolver um ensino jurídico compatível com o atual contexto de internacionalização do Direito. Os currículos devem possibilitar a formação de profissionais aptos a atuar em situações concretas, nas quais soluções jurídicas se façam necessárias no âmbito internacional ou mesmo no âmbito interno, mas com incidência de elementos internacionais.

É inquestionável o fato de que os eventos e conflitos sociais têm alcançado uma esfera cada vez mais complexa e incessantemente interligada a diversas outras áreas do conhecimento, conflitos estes que advêm de um processo constante de globalização, exigindo dos operadores do direito a ampliação e a interconexão das suas informações.

A globalização, em boa medida, impõe mudanças no cotidiano da sociedade, configurando-se em propulsor de transformações no meio jurídico, ampliando a abordagem

¹⁰⁴**Herbert Marshall McLuhan** foi um destacado educador e filósofo canadense conhecido por prever advento da internet quase trinta anos antes de ser inventada. Famoso também por sua máxima de que O meio é a mensagem e por ter cunhado o termo *Aldeia Global*. McLuhan foi um pioneiro dos estudos culturais e no estudo filosófico das transformações sociais provocadas pela revolução tecnológica do computador e das telecomunicações. McLUHAN, Marshall; FIORE, Q. *The medium is the message*. New York: Bantam, 1967.

dessa nova realidade, pautada na amplitude e na insurgência de conflitos que ultrapassam as fronteiras dos países.

O grande desafio está na transformação decorrente da melhor aplicação do ensino e pesquisa que possibilite o estreitamento das fronteiras do direito nacional e do direito internacional, para com isso atribuírem uma postura mais humanista, focada no problema no exato instante em que ele se projeta, e uma maior consciência crítica nas respostas às consequências jurídicas oriundas dessas mesmas transformações, que possam atender satisfatoriamente aos anseios sociais.

As mudanças operadas nas áreas dos direitos humanos, dos direitos sociais trabalhistas e do direito ambiental, que necessariamente provocam a aproximação e melhor conexão de ideias entre países distintos, inferem a preocupação para a imediata revisão dos conceitos e dos saberes jurídicos, e nesse ponto torna-se crucial a inserção da interdisciplinaridade visando um maior enfrentamento das contradições, complexidades e peculiaridades na abordagem do fato social. Refletir sobre as contradições e os desafios da relação entre o ensino jurídico e o Direito Internacional mostra-se de grande importância.

1.11. Visão crítica do tema

Não existe verdadeira cultura jurídica no mundo hodierno que se possa limitar ao estudo de um direito interno independentemente de qualquer preocupação com os direitos estrangeiros. Os movimentos de pessoas, de bens materiais, de capitais tendem cada vez mais a suplantar as fronteiras geográficas. Devemos por isso exercitar cada vez mais o direito comparado.

Menos do que constituir um fenômeno já teorizado, baseado num consenso científico a seu respeito, a globalização é, nos dias atuais, um fenômeno que se sente, que se percebe. Embora a própria utilização de sua nomenclatura ainda seja polêmica e ainda que sejam discutíveis sua real dimensão e abrangência, o que não se pode negar é que o grau de interação constituem uma realidade que não mais pode ser ignorada pelos estudiosos do Direito e do Estado.

Destaque-se que o aspecto econômico assumiu o papel de força motriz deste processo de maior interação internacional, isso fez com que os países passem a buscar, além de suas fronteiras, os meios necessários à satisfação das necessidades de seus cidadãos. Os fins dos Estados permanecem os mesmos, alterando-se, entretanto, os meios para a sua obtenção, já que um Estado passou a contar e a depender de outro no alcance de suas metas.

Não há dúvidas que o mundo está cada vez menor e incerto. Na modernidade, as fronteiras vão pouco a pouco sendo superadas, dando lugar à concepção de comunidade universal, razão pela que se faz necessária, cada dia mais, a troca de experiência jurídica que só o direito comparado poderá proporcionar.

O Direito, que deve ser considerado muito mais que um sistema normativo, é oriundo da cultura e da civilização de um povo, refletindo seus valores válidos enquanto esses valores tiverem aplicabilidade. Nesse sentido o direito comparado deve ir além da sinonímia ou traduções, buscando-se equivalências de significados, tanto numa tradução linear quanto nos resultados de atribuição do sentido das palavras.

O Direito comparado tem por objeto a identificação de semelhanças ou distinções, afinidades ou rejeições entre os institutos de direito público ou privado, nacional e estrangeiro submetido à análise pelo estudioso do direito. Sendo um importante meio de educação jurídica, aperfeiçoando o sistema legal interno, e também podendo ser considerado como uma questão de política jurídica ou legislativa.

Trata-se de um método que proporciona não apenas soluções alternativas para serem usadas em reformas do sistema judicial, mas também um melhor entendimento do sistema parouquial. É ferramenta de indispensável valor para o pesquisador, porque conduz ao enriquecimento do conhecimento e maior entendimento.

Nesse sentido, O estudo comparativo alarga o conhecimento através do espaço, permitindo entender melhor os distintos sistemas jurídicos; perceber as bases fundamentais dos direitos contemporâneos ou de determinada época histórica, assim como os pontos

essenciais de seu desenvolvimento. Auxiliando no descobrimento das relações que há entre as normas jurídicas por um lado, e ainda, as realidades sociais e os problemas da sociedade, por outro lado.

Por outra perspectiva, o Direito comparado oferece a possibilidade de explicar o sistema jurídico a um jurista estrangeiro e, sobretudo, faz alcançar profundamente a engenharia do próprio Direito. Dessa forma, são muitas as vantagens intelectuais proporcionadas pelo estudo comparativo, porque tem o potencial de induzir a inúmeras conexões. Todos os enfoques da metodologia comparativa conduzem a conclusão de que se trata de instrumento de grande utilidade, em especial com ênfase entre a comparação e a confrontação dos sistemas jurídicos.

Finalmente, o objetivo principal do Direito Administrativo comparado é investigar – colocando em cheque – ordens ou sistemas jurídicos, realizando-o sob as perspectivas da macro e microcomparação, entendidas estas expressões tanto no sentido da quantidade dos sistemas (vários sistemas-macrocomparação) quanto da quantidade de institutos, como por exemplo: licitação e contratos públicos, administração pública direta e indireta, agências reguladoras, a responsabilidade extracontratual do Estado, etc.

Capítulo II – A DESCENTRALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Estado da virada século XIX para o XX, experimentava a fase da *pré-modernidade* ou Estado-liberal, no qual aparece como um organismo de funções reduzidas confinadas à segurança, justiça e serviços essenciais. Transversalmente seguiam os direitos individuais e de participação política, traduzindo-se na liberdade de contrato, na livre iniciativa e na propriedade privada.

Em meados da segunda década do século XX, veio a fase conhecida como *modernidade* ou Estado social (*welfare state*), o Estado tomou para si diretamente algumas funções econômicas, tanto como dirigente do desenvolvimento como outros, de natureza distributivista, com o objetivo de mitigar certas distorções do mercado e a apoiar os contingentes que ficavam alijados do progresso econômico. Inovadores conceitos são introduzidos, como por exemplo, os da função social da propriedade e da empresa, assim como se firmam os aclamados direitos sociais, tendo como objeto as melhora das condições laborais e certas garantias aos trabalhadores.¹⁰⁵

Caminhando para o final do século XX, avizinha-se a *pós-modernidade* que encontra um Estado submerso em intensas críticas, profundamente percebido como sinônimo de ineficiência, desperdício de recursos, morosidade, burocratização e corrupção. O Estado perdeu encanto libertador para ter seu potencial como instrumento de progresso e transformação encarado com incredulidade.

O Estado é rotulado com a ideia de lentidão, excessiva burocracia, ineficiência, desperdiçador de recursos e corroído pela corrupção até suas entranhas. O discurso deste momento é o da desregulação, da privatização e das organizações sociais. No âmbito da cidadania, afloram os *direito difusos*, cujas características são a pluralidade indeterminada de seus titulares e pela indivisibilidade de seu objeto, incluindo-se a proteção ao meio ambiente, ao consumidor e aos bens e valores históricos, artísticos e paisagísticos. .

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, ordem econômica e agências reguladoras. In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, no. 1, fevereiro, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br> . Acesso em: 17 jan 2017.

Luís Roberto Barroso¹⁰⁶ assinala que o Brasil chega à *pós-modernidade* sem ter conseguido ser nem liberal nem moderno, mesmo no período liberal, jamais nos livramos da presença onipotente do Estado, [...] *A sociedade brasileira sempre gravitou em torno do “oficialismo”. As bênçãos do poder estatal sempre foram a razão do êxito ou do fracasso de qualquer projeto político, social ou empresarial que pretendesse implantar.* As recentes reformas econômicas envolveram três transformações estruturais que se complementaram, contudo não se confundiram. Duas delas foram precedidas de Emendas à Constituição, enquanto que a terceira ocorreu por meio da legislação infraconstitucional e pela edição de atos administrativos.

Apesar da forte redução das estruturas públicas de intervenção direta na ordem econômica, ainda não se alcançou um modelo que possa ser chamando de Estado mínimo. Longe disso, apenas deslocou-se a atuação estatal do campo empresarial, para a ampliação de seu papel na regulação, fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas. O Estado brasileiro não deixou de ser agente econômico decisivo, basta observar a profusão de textos normativos editados nos últimos anos relativos ao tema em questão.

A primeira transformação considerável na ordem econômica brasileira se deu pela *extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro*, de acordo com Luis Roberto Barroso¹⁰⁷. O segundo traçado de reformas que alterou a fisionomia da ordem econômica brasileira foi a denominada *flexibilização dos monopólios estatais*.

Seguindo esta tendência a EC nº 8, de 15 de agosto de 1995, modificou o inciso XI e a alínea "a" do inciso XII do art. 21 da CRFB/88, para autorizar a exploração dos serviços de telecomunicações e radiodifusão sonora e de sons e imagens mediante autorização, concessão

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, ordem econômica e agências reguladoras*. In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, no. 1, fevereiro, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 17 jan 2017.

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Apontamentos sobre as agências reguladoras*. In: MORAES, Alexandre de (org.). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002, pg. 111,

ou permissão, cuja concessão anteriormente estava restrita às empresas estatais. Da mesma forma, a EC nº 9, de 9 de novembro de 1995, fez cessar o monopólio estatal sobre a exploração de petróleo, possibilitando à União Federal contratar empresas privadas de atividades ligadas à pesquisa e lavra de jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro, e a importação, exportação e transporte dos produtos derivados básicos de petróleo¹⁰⁸.

A terceira transformação econômica de proeminência¹⁰⁹, destacada como *privatização*, aconteceu sem qualquer alteração constitucional, apenas com o ingresso no ordenamento jurídico da Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, que instituiu o Programa Nacional de Privatizações, sendo posteriormente substituída pela Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997.

Além das EC's 5, 6, 7, 8 e 9, assim como a Lei nº 8.031¹¹⁰, de 12 de abril de 1990, a produção legislativa em matéria econômica foi expressivamente abundante, abrangendo diversos setores, como energia¹¹¹, telecomunicações¹¹², petróleo¹¹³ com a criação das respectivas agências reguladoras, a modernização os portos¹¹⁴, defesa da concorrência¹¹⁵, e concessões e permissões¹¹⁶, apenas para citar alguns exemplos.

2.1. A Administração Pública Direta e Indireta

Quando nos referimos à Administração Pública é necessário ter a nítida percepção da origem do poder do Estado e do que seja Estado, porque, na realidade, existe a identificação entre a instituição estatal, a Administração e o próprio exercício do governo.

¹⁰⁸ Antes da EC 9/95, o artigo 177 da CRFB/88 e a Lei 2004, de 3 de outubro de 1953 vedavam essa possibilidade)

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Apontamentos sobre as agências reguladoras*. In: MORAES, Alexandre de (org.). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002, pg. 112.

¹¹⁰ Criou o Programa de Desestatização.

¹¹¹ Lei nº 9.247, de 26 de dezembro de 1996.

¹¹² Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

¹¹³ Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.

¹¹⁴ Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993.

¹¹⁵ Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

¹¹⁶ Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

Consoante preleciona José Maria Pinheiro Madeira¹¹⁷:

As primeiras noções de Estado surgiram muito antes de Santo Tomás de Aquino, pois, na Grécia, com Aristóteles, já tínhamos os princípios basilares de Estado, considerando, este filósofo, quando tentava estabelecer a estrutura da *pólis* (cidade), que o homem é um animal político.

Mais tarde, Santo Tomás de Aquino acrescentou a frase de Aristóteles o elemento social: o homem é um animal político e social. Logo, para ele, o homem tem a tendência natural de viver em sociedade. Necessita um da cooperação do outro para sobreviver e estabelecer, mesmo nas sociedades mais primitivas, as primeiras regras do convívio social.

O Estado pode ser definido pela estrutura que busca, fundamentalmente, a regulamentação das relações sociais de um povo sobre um território, por meio de um poder soberano e institucionalizado.

Nesta elucidação, nota-se com clareza solar a presença de quatro elementos essenciais para a formação do conceito de Estado: povo, território, poder, soberania e finalidades, os quais, no caso do Brasil, são elementos identificados nos artigos 1º, 2º e 3º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988.

Embora seja próprio do homem ter vontades e agir de modo a realizá-las, a doutrina jurídica administrativista já chegou à conclusão de que o Estado também as tem. Este age para atingir determinados fins. A finalidade do Estado é o resultado que visa alcançar quando exerce o poder, sendo invariavelmente, o bem estar público. Para desempenhar o seu papel de forma satisfatória, o Estado deve agir, e o agir estatal pode ser de diferentes naturezas, por isso o Estado tem variadas competências.

Com a revolução francesa, entrou em cena a fragmentação do poder: a descentralização política. Montesquieu¹¹⁸, em sua obra *O Espírito das Leis*, propôs o funcionamento do Estado por meio da divisão de funções, ou da divisão dos poderes em:

¹¹⁷ MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração pública*. Tomo II, 11ª. Edição. Editora Elsevier. 2010, pg.1-2.

¹¹⁸ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de. *Do espírito das Leis*. Tradução Roberto Leal Ferreira São Paulo: Martin Claret, 2010.

Legislativo, Executivo e Judiciário, perspectiva que prevalece até hoje na maioria dos Estados modernos¹¹⁹.

Esse movimento foi tão forte e significativo que a Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no artigo 16, dá destaque ao Estado Constitucional, nos seguintes termos: “*Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.*” Lembrando sempre que o objetivo principal da divisão de poderes tem como propósito finalístico, o controle, já que o poder é do povo que o transfere ao Estado para que este atue em benefício dos interesses da sociedade em geral.

Tendo em vista o fato de o Brasil optar pela adoção da teoria da separação de poderes, nos termos do artigo 2º da Constituição da República de 1988, tais funções (administrativa, legislativa e jurisdicional) são distribuídas entre os órgãos do Estado, divisão que se faz com vistas a conter e prevenir o abuso e/ou o desvio de poder, em regra, atendendo ao critério da especialidade.

Entretanto, como toda regra comporta exceção, nesse caso não poderia ser diferente. Assim, há casos previstos na Constituição, onde são atribuídas competências administrativa e jurisdicional ao Poder Legislativo, competências administrativa e legislativa ao Poder

¹¹⁹ A separação de poderes aqui referida é essencial para as democracias, não importando se elas são Repúblicas ou Monarquias. Quando o conceito moderno de separação de poderes foi desenvolvido por Montesquieu, no século XVIII, ele a idealizou justamente para as monarquias da Europa Ocidental da época (se o princípio da separação de poderes “pertence” a algum tipo de regime político, portanto, seria às monarquias e não às repúblicas). O princípio de separação de poderes foi elaborado para diferenciar autocratas de democratas e não repúblicas de monarquias.

Cumpra esclarecer que República não é sinônimo de democracia, de moralidade ou de legalidade. República é apenas uma forma de organização do poder na qual os cidadãos elegem o chefe de Estado, mas isso não quer dizer que em toda monarquia as pessoas não elegem seus governantes. O que elas não elegem são os reis, mas se a monarquia for democrática (e a maior parte é), os cidadãos elegem os chefes de governo (que é quem realmente governa) e o parlamento. No Brasil estamos habituados a pensar em democracias em um único plano: ou você elege ou você não está em uma democracia. Na realidade, a questão é mais complexa, democracia é o oposto de ditadura (ou autocracia) e não de monarquia. Existem Repúblicas democráticas (Islândia, Finlândia e Suíça, por exemplo) e ditatoriais (Coreia do Norte, Chade e Turquemenistão). E existem monarquias democráticas (Noruega, Dinamarca e Suécia) e autocráticas (Arábia Saudita, Omã e Suazilândia). Ditadores e democratas não são exclusividade das repúblicas ou monarquias.

Judiciário e competências legislativa e jurisdicional ao Poder Executivo. Alguns exemplos dessas hipóteses se mostram nas seguintes situações:

- i) O Poder Executivo pode editar medidas provisórias e proferir decisões em processos administrativos¹²⁰ (contencioso administrativo);
- ii) O Poder Legislativo está autorizado a administrar seu próprio pessoal, nos termos dos artigos 51, IV, e 52, XIII, da Constituição Federal de 1988, e ainda processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República pelos crimes de responsabilidade, conforme preceitua o artigo 52, I, da Carta Magna;
- iii) Já o Poder Judiciário, tem competência para administrar seu próprio quadro de pessoal, conforme descrito no texto do artigo 96, inciso I, alínea “f”, bem como elaborar os seus regimentos internos, de acordo com o artigo 96, inciso I, alínea “a”.

Administrar, no âmbito do Poder Público, é transpor políticas públicas do plano abstrato para o concreto, de modo a tornar realidade o bem comum que se vislumbrou no momento de elaboração da Constituição e das leis, sem abandonar a acepção literal do termo, que significa também gerir os recursos estatais, tais como dinheiro público, quadro funcional, bens e serviços públicos, etc.

Na insuperável síntese de Miguel Seabra Fagundes¹²¹, *administrar é aplicar a lei de ofício*. Entretanto, não isto não significa a execução irrefletida da lei, designasse *de ofício* porque o agente público não necessita ser provocado ou demandado para aplicar a lei (o inverso do juiz que só age por provocação). O agente obriga-se a interpretar e aplicar a lei sem que isso autorize a lavratura de decisões.¹²²

¹²⁰ Alexandre de Moraes menciona como exemplo de função atípica do Poder Executivo o julgamento de processos administrativos. Contudo, discordamos desse posicionamento, porque tal atividade não se enquadra a função jurisdicional por vários motivos, fundamentalmente pelo fato do Poder Executivo que julga esses processos administrativos não ser absolutamente imparcial, uma vez que estão em jogo seus interesses, que, na maioria das vezes, são conflitantes com os interesses dos administrados. Assim, mostra-se ausente a substitutividade, característica da função jurisdicional. (Direito Constitucional, 14ª. edição, São Paulo: Atlas, 2009, pg. 390.

¹²¹ FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Atualizada por Gustavo Binenbjm. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, pg.3.

¹²² Segundo Egon Bockman Moreira *trata-se da construção e da criação normativas, sob o regime da colaboração público-privada e em respeito ao contraditório, a partir da lei com vistas ao escopo definido*. MOREIRA. Egon Bockmann. *Processo administrativo*, 5. ed São Paulo: Malheiros, 2017.

A função administrativa não é monopólio do Poder Executivo. O máximo que podemos dizer é que cabe ao Executivo a função tipicamente administrativa do Estado. Importante destacar que no estudo do direito administrativo o uso da expressão Administração Pública¹²³, com letras maiúsculas, geralmente, designa o conjunto de órgãos e entidades que exercem a função administrativa do Estado, é o *Estado-Administração*.

Já a mesma expressão, em letras minúsculas, tem correlação com a função administrativa do Estado, é a atribuição que este exerce, diferente das atribuições legislativa e jurisdicionais. É de curial importância compreender o vocábulo *administrar* como *atividade-fim* e *atividade-meio* do Estado.

No entendimento de Marçal Justen Filho¹²⁴, a expressão *Administração Pública* é utilizada para referência ao conjunto de entes e organizações titulares da função administrativa. Contudo o termo pode ser traduzido em diversos sentidos.

José Maria Pinheiro Madeira¹²⁵, sempre elucidativo, esclarece que:

Administrar, no âmbito do Poder Público, é transpor do plano abstrato para o concreto as políticas constitucionais e legais, de modo a tornar realidade o bem comum que se vislumbrou no momento de elaboração da Constituição e das leis, sem se abandonar a acepção literal do termo, que significa gerir os recursos estatais, tais como dinheiro público, pessoal, bens, etc.

Entretanto, não se pode olvidar que a função administrativa, muito embora seja tipicamente função do Poder Executivo, também pode ser praticada no âmbito do Poder Legislativo e Judiciário. Dessa forma, não podemos acatar que Administração Pública seja apenas expressão sinônima ou equivalente ao Poder Executivo.

¹²³ Segundo Edmir Netto de Araújo, a palavra “**administração**” é um vocábulo análogo (mesma grafia, diversos significados, mas inter-relacionados), com vários sentidos: conjunto de órgãos administrativos, atividades de gerir bens ou interesses públicos ou privados, disciplina de certas atividades, etc. O sentido técnico-jurídico, que nos interessa, é o oposto ao de propriedade: concerne a poderes de gerência e conservação, ao invés de poderes de *disponibilidade e alienação*. (Curso de direito administrativo, 7ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2015, pg. 154).

¹²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo. Editora Saraiva. 2005, pg. 90.

¹²⁵ MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração Pública*. Tomo II, 11ª. Edição. Editora Elsevier. 2010, pg.3.

Portanto, conforme destaca José dos Santos Carvalho Filho¹²⁶, o sentido subjetivo Administração Pública [...] *pode significar o conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que tenham a incumbência de executar as atividades administrativas* [...].

O desempenho da função administrativa engloba uma infindável quantidade de atividades com natureza variada; atividades que não podem ser realizadas por um único órgão ou entidade. Dessa forma, órgãos, setores e departamentos são criados e ordenados de forma hierarquizada no escopo de cada um dos Poderes da União, assim como no âmbito de cada ente da Federação.

A diluição das funções administrativas entre os órgãos da pessoa federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal ou Municípios) é denominada de *desconcentração*. Na realidade, a desconcentração é a distribuição de competências, de atribuições na esfera da própria Administração Direta ou Indireta, ou seja, dentro do mesmo organismo, sem transferir atribuições para outra pessoa jurídica.

Por outro ângulo, em face do gigantismo do Estado brasileiro, percebemos que também é possível que cada ente federativo crie outras pessoas jurídicas, transferindo-lhes certas competências administrativas, sempre com o objetivo de melhorar o funcionamento dos serviços públicos. Essa hipótese foi batizada com o nome de *descentralização*. Distintamente do que ocorre com a desconcentração, tem-se a execução das tarefas administrativas por entidades juridicamente constituídas diferentes daquelas que a criaram.

Designa-se *Administração Direita* ou *centralizada*, quando a Administração é, ao mesmo tempo, a titular e a executora daquele serviço. No entanto, quando a Administração cria outras pessoas jurídicas, transferindo a titularidade e/ou a execução de serviços públicos, muito embora estas entidades estejam vinculadas à Administração, ocorre o fenômeno da *Administração Indireta* ou *descentralizada*. Essas pessoas jurídicas podem ser categorizadas como: a) autarquias (de regime comum ou especial); b) fundações públicas; c) empresas públicas; d) sociedade de economia mista.

¹²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, Revista, Ampliada e Atualizada até a Lei 12.587, de 3.1.2012. 25ª edição. São Paulo. Ed. Atlas. 2012, pg.11.

Importante destacar, ainda a *descentralização por colaboração*¹²⁷ que é aquela que ocorre com a transferência da execução de determinado serviço por meio de contrato ou ato administrativo unilateral, à pessoa jurídica de direito previamente existente. Nessa modalidade de descentralização, o Estado conserva a titularidade do serviço transferindo para o ente privado a execução, como ocorre com nas concessões e permissões, realizadas sempre por meio de licitação, nos termos do artigo 175 da Constituição Federal.

A reforma administrativa promovida nos anos de 1960, contemplava a ideia de *descentralização* dos serviços públicos a fim de tornar a atuação da Administração Pública mais eficiente e razoavelmente eficaz. Nesse sentido, conforme afirma Jean Waline¹²⁸:

[...] La décentralisation consiste à retirer certains pouvoirs de décision à l'autorité centrale pour les remettre à des autorités indépendantes du pouvoir central. [...] Un système d'administration totalement centralisé ne serait pas viable.¹²⁹

De logo, um destaque se impõe, é preciso ter em mente que as entidades da Administração Pública Indireta nascem para prestarem serviços públicos ou de interesse público delegáveis. Além disso, é necessário compreender as razões que levam o Estado a descentralizar o exercício de algumas atividades e os princípios que o processo descentralizador deve observar.

No entendimento de José Maria Pinheiro Madeira¹³⁰, a descentralização ocorre em resposta à concentração de trabalhos no âmbito de uma única célula de competência o que provocaria, o que ele chama de *disfunções* decorrentes do acúmulo de tarefas e da multiplicidade dos serviços a serem prestados. É justamente para evitar essas disfunções que o Estado descentraliza algumas de suas atividades possivelmente delegáveis.

¹²⁷ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. São Paulo: Editora Atlas. 2011, pg. 524.

¹²⁸ WALINE, Jean. *Droit administrative*. 23^a édition, Paris: Éditions Dalloz, 2010, pg. 40.

¹²⁹ [...] A descentralização envolve a remoção de alguns poderes de decisão da autoridade central para entregá-los às autoridades independentes do governo central.

[...] Um sistema administrativo totalmente centralizado não seria viável.

¹³⁰ MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração Pública*. Tomo II, 11^a. Edição. Editora Elsevier. 2010, pg.13.

Destaque-se que cada órgão da Administração Direta, dotado de competência específica em determinadas áreas de atuação, fica com a incumbência de fiscalizar o grupo de pessoas jurídicas da Administração Indireta que executem atividades correlatas àquelas, ou seja, as escolas e universidades, pela sua natureza, ficam sob controle do Ministério da Educação. Por outro ângulo, entidades ligadas à área econômica, como por exemplo o Banco Central, Casa da Moeda e Banco do Brasil, estão vinculadas ao Ministério da Fazenda. Hospitais e instituições de saúde estão atreladas ao Ministério da Saúde e assim sucessivamente.

No que tange aos princípios que regem a delegação de competências administrativas às entidades da Administração Indireta, José dos Santos Carvalho Filho¹³¹ aponta os seguintes princípios: princípio da reserva legal, da especialidade e do controle.

O princípio da reserva legal determina a necessidade de que todas as pessoas que compõem a Administração Indireta de qualquer dos Poderes, independente da esfera federativa a que estejam vinculadas, somente podem ser instituídas por lei específica. Neste sentido, a disposição legal do artigo 37, XIX, da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional 19/1998, esclarece que:

Art. 37 – [...]

XIX - Somente por lei específica poderá ser criada autarquia, e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.

Pelo princípio da especialidade vislumbra-se a necessidade de o ato legislativo, criador ou autorizativo da criação, detalhar as atividades que serão desempenhadas pelo ente da Administração Indireta, de maneira a restringir a liberdade do Poder Executivo na consecução de procedimentos descentralizadores. Ademais, não é qualquer atividade que se torna objeto de processo de descentralização.

¹³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, Revista, Ampliada e Atualizada até a Lei 12.587, de 3.1.2012. 25ª edição. São Paulo. Ed. Atlas. 2012, pg. 458-461.

Vale destacar que no caso das autarquias, por exemplo, não é lícito terceirizar os serviços públicos que dizem respeito à sua finalidade para qual foi criada, importando em violação ao princípio da especialidade, cujo projeto é de iniciativa reservada ao chefe do Poder Executivo respectivo (Presidente da República, no caso de autarquia federal; Governador, na hipótese de autarquia estadual; e Prefeito, quando tratar-se de autarquia municipal).

Já o princípio do controle indica a impossibilidade de a atuação das entidades da Administração Indireta ocorrer de forma totalmente livre. O controle encerrado pela Administração Direta se apresentando em esferas distintas: *i) política; ii) institucional; iii) administrativa; e iv) financeira.*

2.2. Administração Pública Indireta – categorias jurídicas

Enquanto a Administração Direta é integrada por órgãos, a Administração Indireta se constitui de entidades dotadas de personalidade jurídica própria. Na esfera federal, o Decreto-lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, no artigo 4º, definiu de forma razoável a Administração Pública, nos seguintes termos:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista.
- d) fundações públicas.

Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.

2.2.1. Fundações governamentais

O estudo e a análise das fundações nos domínios do Poder Público se mostram extremamente tormentosos, posto que a doutrina e a jurisprudência ainda não encontraram

ponto de uniformidade no debate. Hodiernamente coexistem fundações instituídas por lei com personalidade jurídica de direito público, e fundações criadas em regime do direito privado no âmbito da Administração Pública. A grande expectativa paira sobre a vinda de uma norma regulamentadora da matéria, dissipando todas as celeumas que rodeiam o tema.

Primeiramente, observe-se que as fundações sempre residiram no campo do direito civil, que disciplinou originariamente esse instituto no Código Civil de 1916 (Lei 3.071, de 01 de janeiro de 1916), nos artigos 16, I e 24 a 30¹³², com o advento do Novo Código Civil (Lei 10.406, de 11 de janeiro de 2002) a matéria passou a constar nos artigos¹³³ 44, III, e 62 a 69.

No âmbito do direito civil, para fazer nascer uma fundação, o instituidor, quando pessoa natural ou jurídica de direito privado, nos termos do art. 62 do CCB de 2002, procederá mediante escritura pública ou testamento, a dotação especial de bens livres, especificando a finalidade a que se destina e declarando, se entender conveniente, a forma de administrar a entidade, que é a *universalidade de bens personalizados, em atenção ao fim, que lhe dá unidade*, ou ainda *um patrimônio transfigurado pela ideia, que o põe ao serviço de um fim determinado*¹³⁴.

Também é facultado ao Estado, na ampla extensão de *poder público*, ser instituidor de fundações, de acordo e dentro dos limites da lei. Clóvis Bevilacqua destacava que as fundações *podem ser criadas pelo Estado ou por uma pessoa física ou pessoa jurídica de natureza privada*¹³⁵.

¹³² **Art. 16.** São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações;

¹³³ **Art. 44.** São pessoas jurídicas de direito privado: [...]

III - as fundações.

¹³⁴ BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Francisco Alves, 1936, pg. 233.

¹³⁵ BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Francisco Alves, 1936, pg. 232.

No entanto, referente àquelas de natureza pública, mesmo sendo constituídas como pessoas jurídicas de direito privado, o Decreto-Lei 200, art. 5º IV, incluído pela Lei. 7596/87, as descreve nos seguintes termos:

Art. 5º - [...]

IV – Fundação pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.

Levando-se em conta que o Poder Público pode valer-se dessa figura para a consecução dos objetivos de interesse coletivo, com a afetação de bens públicos e disponibilizando recursos orçamentários para sua manutenção, a própria Constituição de 1988 passou a outorgar a essas entidades personalidade jurídica de direito público¹³⁶, criando as *fundações públicas*.

As fundações públicas se destinam, fundamentalmente, ao desempenho de atividades não lucrativas e atípicas do Poder Público, mas de interesse coletivo, como a educação, cultura, pesquisa, assistência social, etc..

Inicialmente a Constituição Federal parecia ter se curvado ao posicionamento doutrinário atribuindo personalidade jurídica de direito público às fundações, como podemos

¹³⁶ **Artigo 22** – [...]

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas *as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público*, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle;

Artigo 71- [...]

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas *as fundações* e sociedades instituídas e *mantidas pelo Poder Público federal*, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas *as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público*, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

evidenciar nos escritos de Pontes de Miranda¹³⁷, Miguel Reale¹³⁸, Celso Antônio Bandeira de Mello¹³⁹, Geraldo Ataliba¹⁴⁰ e Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴¹.

No entanto, a EC 19/98 deu nova redação ao inciso XIX do artigo 37¹⁴², querendo fazer crer que, na verdade, as fundações são entidades com personalidade de direito privado, ficando ao lado das entidades governamentais, isto é, a lei não cria, apenas autoriza sua criação, devendo o Executivo tomar as providências necessárias para o registro determinante do nascimento da pessoa jurídica de direito privado, cabendo à lei complementar definir as áreas em que a fundação poderá atuar.

Hely Lopes Meirelles¹⁴³ considera que, mesmo quando criada e mantida pelo Poder Público, a fundação teria personalidade jurídica de direito privado e não se converteria em entidade pública, ficando sujeita à tutela do Ministério Público¹⁴⁴ e ainda à supervisão

¹³⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I, § 107, nº 7, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, pg. 468.

¹³⁸ REALE, Miguel. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, pg. 17.

¹³⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Personalidade de direito público*. Revista de Direito Público - RDP 01,15/142 - Jul/Set - 67.

¹⁴⁰ ATALIBA, José Geraldo. *Fundação pública*. Revista dos Tribunais - RT 478/43.

¹⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Fundações públicas*. Boletim de Direito Administrativo-BDA 11/674. 1988.

¹⁴² Artigo 37 - [...]

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

¹⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed., atual. por Eurico Andrade Azevedo, Décio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, pg. 394.

¹⁴⁴ Em 2006, o **Supremo Tribunal Federal** declarou a inconstitucionalidade de dispositivo do Código Civil (Lei 10.406/2002). A norma determinava aos integrantes do Ministério Público Federal a função de zelar pelo funcionamento correto das fundações existentes no Distrito Federal ou nos Territórios que venham a ser criados. A decisão foi tomada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2794, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp). Os ministros acompanharam o voto do ministro Sepúlveda Pertence e determinaram a suspensão do parágrafo 1º do artigo 66 do novo Código Civil. O Ministro Sepúlveda Pertence verificou a inconstitucionalidade material do dispositivo impugnado, que atribuía ao Ministério Público Federal (MPF) as funções de velar pelas fundações do Distrito Federal, com base na organização e nas atribuições conferidas aos órgãos do Ministério Público da União e Ministério Público dos estados, descritos no artigo 128, I e II, da Constituição Federal.

administrativa da entidade estatal que a instituiu e ao dever de relatar a movimentação financeira ao Tribunal de Contas.

Após o advento da EC 19/98, doutrinadores do cabedal de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴⁵, Adilson Abreu Dallari, Eros Roberto Grau e Carlos Ari Sundfeld, passaram a sustentar que o Poder Público está autorizado a criar, por lei fundação com personalidade de direito público, entretanto também é possível a criação de fundação de direito privado, aplicando regras especiais do código civil.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴⁶:

39. Em rigor, *as chamadas fundações públicas são pura e simplesmente autarquias*, às quais foi dada a designação correspondente à base estrutural que têm. Aliás foi isto que expressamente consignou acórdão do STJ no REsp 204.822-RJ, em 26.6.2007, relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura. É que, como se sabe, as pessoas jurídicas, sejam elas de Direito Público ou de Direito Privado, são classificáveis em dois tipos, no que concerne ao “substrato básico” sobre que assentam: pessoas de base corporativa (corporações, associações, sociedades) e pessoas de base fundacional (fundações). Enquanto as primeiras tomam como substrato uma associação de pessoas, o substrato das segundas é, como habitualmente se diz, um patrimônio personalizado, ou, como mais corretamente dever-se-ia dizer, “a personificação de uma finalidade”.

Também o Supremo Tribunal Federal decidiu que as tais fundações públicas são espécie do gênero autarquia, conforme decidiu na ADI Nº 191-RS, de relatoria da Ministra Carmem Lúcia¹⁴⁷:

A distinção entre fundações públicas e privadas decorre da forma como foram criadas, da opção legal pelo regime jurídico a que se submetem, da titularidade de poderes e também da natureza dos serviços por elas prestados.

¹⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed., São Paulo: Atlas, 2017, pg. 543.

¹⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 28 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010, pg. 186.

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 191-RS**. Ministra relatora Carmen Lúcia Antunes Rocha. Plenário. Brasília. 07 de março de 2008. Disponível in <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em 27 fev.2017.

No RE 101.126-RJ, de relatoria do Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno STF manifestou-se no seguinte sentido¹⁴⁸:

As fundações instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público.

Compartilhamos o espanto de Hely Lopes Meirelles¹⁴⁹, também não entendemos como uma entidade (função) possa ser espécie de outra (autarquia) sem se confundirem seus conceitos. No entanto, ao prevalecer esse entendimento jurisprudencial, aplicam-se às fundações de direito público todas as normas, direitos e restrições pertinentes às autarquias.

Assim, as fundações instituídas pelo poder público, ostentando personalidade de direito público ou privado, possuem como características patrimônio, total ou parcialmente público, dotado de personalidade jurídica, de direito público ou privado, e destinado, por lei, ao desempenho de atividades do Estado na ordem social, com capacidade de autoadministração e mediante controle da Administração Pública, nos termos da norma jurídica.

As fundações instituídas pelos Municípios, regidas por regime híbrido, isto é, pelo direito privado derogado por normas de direito público, previstas na Constituição Federal, art. 37, inciso XIX. Estas fundações não são espécies de autarquia e a sua instituição e extinção são autorizadas em lei municipal específica, devendo os seus atos constitutivos, alteradores ou extintivos serem obrigatoriamente registrados no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas¹⁵⁰.

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário nº 101.126-RJ**. Ministro José Carlos Moreira Alves. Tribunal Pleno. Brasília. 24 de outubro de 1984. Disponível in <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em 27 fev.2017.

¹⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37 ed., atual. por Eurico Andrade Azevedo, Décio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, pg. 394.

¹⁵⁰ IBGE – Comissão Nacional de Classificação - ONCLA. Estrutura e natureza Jurídica das fundações municipais. Disponível in <http://concla.ibge.gov.br/estrutura/natjur-estrutura/natureza-juridica-2016/127-9-fundacao-publica-de-direito-privado-municipal.html>. Acesso em 22.02.2017.

2.2.2. Empresa Pública

O vocábulo *empresa* pode ser traduzido como *a organização econômica, civil ou comercial, constituída para explorar um ramo de negócio e oferecer ao mercado bens e/ou serviços*, ou seja, é a *organização da atividade econômica*, e sendo assim corresponde a determinado tipo ou forma jurídica. Edmir Netto Araújo¹⁵¹ ensina que:

[...] é um **regime** de produção, ou organização de produção, no qual Alguém (o **empresário**) utiliza, sob sua responsabilidade (risco), os fatores de produção (**trabalho, capital, natureza**), para obter um produto (**utilidade ou serviço**) que, comercializado conforme as leis de mercado, possa propiciar o maior proveito econômico possível entre o custo da produção e o produto da venda (**lucro**).

José Cretella Neto¹⁵² certifica que:

Atividades econômicas podem ser desenvolvidas de forma artesanal e individual, ou de forma organizada sob o regime de empresa. Ao jurista, mercado e empresa sempre interessaram, tanto quanto à regulação do primeiro quanto com relação ao segundo, no tocante à celebração e à continuação de certos atos negociais enquadráveis no amplo conceito de “atividade empresarial”. À medida que a sociedade humana cria instituições que desenvolvem atividades mercantis, passa o Direito a lançar-se sobre esta, entendendo-a como uma organização na qual são estruturados de forma coordenada os fatores de produção, de modo a desenvolver atividades econômicas para atender a mercados.

Hely Lopes Meirelles¹⁵³ utiliza a denominação genérica de *empresas estatais*¹⁵⁴ ou *governamentais* para se referir às empresas públicas, sociedades de economia mista e aquelas

¹⁵¹ Edmir Netto Araújo adota a mesma expressão (*Empresa Estatais*), contudo entende que a *Administração Indireta* refere-se apenas as efetivamente criadas pelo Estado, para fins específicos, através de lei; enquanto que as demais seriam entidades da *Administração descentralizada*. In: ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015, pg. 226.

¹⁵² CRETELLA NETO, José. *Empresa transnacional e direito internacional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, pg. 17.

¹⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37 ed., atual. por Eurico Andrade Azevedo, Décio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, pg. 396.

¹⁵⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015, pg. 227.

empresas que, mesmo não tendo as características das duas anteriores, estão submetidas ao controle do Estado, que segundo seu entendimento, seriam espécies.

Irene Patrícia Nohara¹⁵⁵ considera a empresa pública, sociedade de economia mista e subsidiárias que explorem atividade econômica, como espécies do gênero *Estatal*, cuja definição se encontra no anteprojeto de lei orgânica da Administração Pública Federal, nos seguintes termos:

Pessoa jurídica de direito privado, de fins econômicos, controlada direta ou indiretamente por entidade ou entidades estatais, que executa serviços públicos ou explora atividade econômica caracterizada pela produção e comercialização de bens ou prestação de serviços em geral.

Mais a frente aponta que o conceito de empresa pública, conforme anteprojeto da comissão de juristas pode ser entendido como: *a empresa estatal cujo capital é integralmente d titularidade de entidade ou entidades estatais, de direito público ou de direito privado*¹⁵⁶.

Irene Patrícia Nohara¹⁵⁷ também entende que o capital da empresa pública deve ser integralmente público, mas pode pertencer a várias entidades, desde que sejam de direito público internou integrantes da Administração Pública Indireta, pois ao contrário da sociedade de economia mista, a empresa pública não poderá ter patrimônio integralizado por particulares, pessoas físicas ou empresas privadas.

Conforme o art. 173 da Constituição federal de 1988, ressalvadas as hipóteses previstas na Carta Magna, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado será permitida somente quando houver definição legal e quando necessária aos imperativos da segurança nacional, ou relevante interesse coletivo.

O Decreto-lei nº 200/67 (cuja redação foi alterada pelo art. 5º , II, do Decreto-lei 900/69) define empresa pública, nos seguintes termos:

¹⁵⁵ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. São Paulo: Editora Atlas. 2011, pg. 573.

¹⁵⁶ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. São Paulo: Editora Atlas. 2011, pg. 581.

¹⁵⁷ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. São Paulo: Editora Atlas. 2011, pg. 581. No mesmo sentido Celso Antônio Bandeira de Mello. In: *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011. pg. 188.

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

.....
II - **Empresa Pública** - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵⁸:

40. Deve-se entender que *empresa pública federal* é a pessoa jurídica criada por força de autorização legal como instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante da ação governamental, constituída sob quaisquer das formas admitidas em Direito e cujo capital seja formado *unicamente por recursos de pessoas de Direito Público interno ou de pessoas de suas Administrações indiretas, com predominância acionária residente na esfera federal.*

A empresa pública pode assumir qualquer das formas admitidas pelo direito, tais como sociedades empresariais, sociedades civis, sociedades limitadas, sociedades unipessoais, ou ainda, sociedades anônimas.

A legislação autoriza criação de empresas públicas prestadoras de serviços públicos, como por exemplo, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Muito embora, quando a empresa presta serviços públicos, seu regime jurídico fica sujeito a derrogações de direito público, enquanto que as empresa pública que exploram o domínio econômico, não podem gozar de prerrogativas não extensivas ao setor privado, nos termos do art. 173, § 2º, CRFB/88, como por exemplo, da Caixa Econômica Federal, que atua no setor bancário.

¹⁵⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 28 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010, pg. 187. “O autor adverte que muito embora não seja esta a definição contida no Decreto-Lei 200, com redação que lhe foi dada pelo art. 1º do Decreto-lei 900, mas é a que se tem de adotar por inarredável imposição lógica, em decorrência do próprio Direito Positivo Brasileiro.

2.2.3. Sociedade de Economia Mista

A sociedade de economia mista, em princípio foi definida apenas na legislação federal, nos termos do Decreto-lei nº 200/67 (cuja redação foi alterada pelo art. 5º, II, do Decreto-lei 900/69) assim descrito:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

.....
III - **Sociedade de Economia Mista** - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta¹⁵⁹.

Por outro lado, a Lei Federal 6404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das S/A's) não traz a definição de sociedade de economia mista, mas destaca a exigência de sua criação ocorrer por meio de lei, traz o princípio da especialidade (desenvolver atividade para a qual foi instituída), assim como a obrigatoriedade de conselho de Administração, garantindo-se à minoria das ações o direito de eleger pelo menos um conselheiro, nos termos dos artigos 236 até 240.

Se por um lado do Decreto-lei 200/67 está adstrito apenas à Administração Pública Federal, por outro lado a Lei das S/A's é de caráter nacional, aplicável a todas as unidades federativas.

Cumprir destacar ainda, que empresas públicas e sociedades de economia mista são, fundamentalmente e acima de qualquer coisa, ferramentas de ação do Estado. A característica essencial definidora destas pessoas é o de constituírem em colaboradores do Poder Público. Dessa forma, são entidades direcionadas, por definição, à busca dos interesses transcendentais aos simplesmente privados.

¹⁵⁹ A redação original do dispositivo no Decreto-Lei nº 200/67 se utilizava da expressão “*atividade de natureza mercantil*”, da mesma forma que o inciso II (empresa pública) citava “*atividade de natureza empresarial*”. A redação atual, nas duas hipóteses, menciona-se “*atividade econômica*”.

2.2.4. As Autarquias

Autarquia é uma expressão de origem grega *autós-archia*¹⁶⁰ que significa comandar a si mesmo, ou comando próprio, ou ainda, autogoverno. José dos Santos Carvalho Filho¹⁶¹, afirma que no direito positivo essa noção semântica estaria em descompasso com o sentido atual de pessoa jurídica administrativa com relativa capacidade de gestão dos interesses a seu cargo, apesar de ser controlada pelo Estado.

Para este doutrinador pode-se conceituar autarquia como *a pessoa jurídica de direito público, integrante da Administração Indireta, criada por lei para desempenhar funções que, despidas de caráter econômico, sejam próprias do Estado*¹⁶².

O Decreto-lei nº 200/67 (cuja redação foi alterada pelo art. 5º, II, do Decreto-lei 900/69) define a referida entidade, nos seguintes termos:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

.....
I - **Autarquia** - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

Irene Patrícia Nohara¹⁶³ considera insuficiente o conceito trazido pelo Decreto 200/67, pois não faz menção à natureza jurídica pública da autarquia¹⁶⁴. Entretanto, o anteprojeto de lei orgânica da Administração Pública Federal define a entidade autárquica como *pessoa*

¹⁶⁰ CRETELLA Jr. José. *Administração indireta brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pg. 138.

¹⁶¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*- 25 ed. Revista, ampliada e atualizada até a Lei 12.587, de 3.1.2012. São Paulo: Ed. Atlas, 2012, pg. 462.

¹⁶² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*- 25 ed. Revista, ampliada e atualizada até a Lei 12.587, de 3.1.2012. São Paulo: Ed. Atlas, 2012, pg. 464.

¹⁶³ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. São Paulo: Editora Atlas. 2011, pg. 528.

¹⁶⁴ Comunga desse entendimento José dos Santos Carvalho Filho que entende que o Decreto 200/67, ao deixar de fazer menção da personalidade jurídica de direito público das autárquicas incorreu em irreparável omissão. In: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*- 25 ed. Revista, ampliada e atualizada até a Lei 12.587, de 3.1.2012. São Paulo: Ed. Atlas, 2012, pg. 465.

jurídica de direito público, criada por lei específica, para prestar serviço público ou exercer outra atividade administrativa que implique poderes próprios do Estado.

Conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁶⁵ o termo *autarquia* foi utilizado pela primeira vez em 1897, na Itália, por Santi Romano, ao elaborar texto sobre *decentramento administrativo* para a Enciclopédia Italiana.

Naquele contexto, a palavra *autarquia* fazia referência às comunas, províncias e outros entes públicos existentes nos Estados unitários. Dessa maneira, ele substituiu a expressão *ente autônomo*, que se mostrava inadequada, pois autonomia denota o poder de estabelecer o próprio direito, o qual os entes locais não desfrutavam a não ser a título de delegação pelo poder central.

Mesmo antes da elaboração de uma definição conceitual pela doutrina ou pela legislação, no Brasil, já existiam entidades com natureza autárquica¹⁶⁶. O artigo 14 do Código Civil de 1916, não incluiu as autarquias no rol das pessoas jurídicas de direito público interno, destacando apenas, a União, cada um dos seus estados-membros e o Distrito Federal, e cada um dos municípios legalmente constituídos. A razão disso, reside no fato das autarquias começarem a surgir somente a partir de 1923, especificamente no âmbito da previdência social, com a criação do Instituto de Aposentadoria e Pensões. Já o Código Civil brasileiro vigente, reparou tal incongruência incluindo os entes autárquicos no artigo 41, inciso IV, entre as pessoas jurídicas de direito público interno.

O primeiro conceito legal atribuído às autarquias constava do Decreto-lei 6.016, de 22 de novembro de 1943¹⁶⁷, na vigência do Governo do Presidente Getúlio Vargas, para dispor sobre a imunidade dos bens, rendas e serviços das autarquias, e dando outras providências.

¹⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 30. ed., São Paulo: Atlas, 2017, pg. 536-537.

¹⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 30. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, pg. 537.

¹⁶⁷ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Legislação informatizada. Disponível in: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-6016-22-novembro-1943-416115-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 28 fev/2017.

Esta norma legal definia as autarquias como *o serviço estatal descentralizado, com personalidade de direito público, explícita ou implicitamente reconhecida por lei*.

Quanto às características das autarquias, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁶⁸ assevera que, nesse particular, a doutrina já alcançou certo consenso, apontando as seguintes peculiaridades:

- i) instituída e extinta por lei específica (conforme regra do paralelismo das formas);
- ii) personalidade e natureza jurídica públicas;
- iii) capacidade de autoadministração;
- iv) especialização dos fins ou das atividades; e
- v) sujeição a controle de tutela.

As autarquias são praticamente um prolongamento da Administração Pública Direta, funcionando como apêndice do Estado, podendo-se afirmar que, de um modo geral, desfrutam das mesmas prerrogativas genéricas, poderes e, reversamente, sujeições que vinculam o Estado¹⁶⁹.

Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷⁰, um conceito sintético, mas que define com precisão as autarquias é aquele que as qualifica como “*peças jurídicas de Direito Público de capacidade exclusivamente administrativa*”.

O referido administrativista faz severas críticas à definição contida no Decreto-Lei 200/67, destacando que o referido diploma legal, caracteriza as autarquias com *grande infelicidade*, afirmando que o *enunciado normativo não vale nada*, uma vez que não permite ao interprete identificar quando a figura instaurada tem ou não feição autárquica, pois deixou de fazer menção ao único traço que interessaria referir-se: *a personalidade de Direito Público*.

¹⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed., São Paulo: Atlas, 2017, pg. 538.

¹⁶⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 28 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010, pg. 165.

¹⁷⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 28 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010, pg. 160.

Justamente por serem pessoas de direito público é que as autarquias podem ser titulares de interesses públicos, diferentemente das empresas públicas e sociedades de economia mista, as quais sendo pessoas de direito privado, podem apenas receber qualificações para o exercício de atividades públicas, mas não para titularizar tais atividades.

Apesar do Decreto-Lei 200/67¹⁷¹ ter sido talhado para aplicação na esfera federal, não se pode olvidar que sua aplicação também alcança outras esferas governamentais, sendo certo que as legislações dos estados-membros e municípios terminam por imitar tal conceito.

Exemplo disso está na redação do artigo 77, § 2º, da Constituição estadual do Rio de Janeiro:

Art. 77 – [...]

§ 2º - Considera-se:

I – Autarquia – o serviço autônomo criado por lei, com personalidade jurídica de direito público, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

Já a Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro não trouxe o conceito de autarquia, mas as incluiu nos órgãos da Administração Direta, deixando de conceder-lhe personalidade jurídica própria, conforme artigos 141 e 142, *in verbis*:

Capítulo II - Da Administração e Seus Órgãos

SEÇÃO I - DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA

Art. 141 - Constituem a administração direta os órgãos sem personalidade jurídica própria, integrantes da estrutura administrativa de qualquer dos Poderes do Município.

Art. 142 - Os órgãos integrantes da administração direta são de:

I - direção e assessoramento superior;

II - direção e assessoramento intermediário;

III - execução.

§ 1º - São órgãos de direção superior, providos de respectivo assessoramento, as Secretarias Municipais, a Procuradoria-Geral do Município, a Secretaria-Geral e a Diretoria-Geral de Administração da Câmara Municipal e a Secretaria do Tribunal de Contas.

§ 2º - São órgãos de direção intermediária, providos de respectivo assessoramento, as autarquias e fundações.

¹⁷¹ As principais alterações que o Decreto-Lei 200/67 sofreu, no que diz respeito à Administração Indireta, advêm do Decreto-Lei 900, de 29 de setembro de 1969, do Decreto-Lei 2.299, de 21 de novembro de 1986, e da Lei 7.596, de 10 de abril de 1987 que alterou este último.

§ 3º - São órgãos de execução aqueles incumbidos da realização dos programas e projetos determinados pelos órgãos de direção. **Grifo nosso.**

De acordo com o artigo 5º, do Decreto-Lei 200/67, as autarquias devem executar apenas serviços típicos do Estado, em condições idênticas a este. Entretanto, para definir o que são atividades típicas ou próprias do Estado, José Maria Pinheiro Madeira registra que “o *fato social é que vai determinar o grau de intervenção do Estado nas atividades*¹⁷²”.

De logo, uma evidência se impõe, há certas atividades as quais o Estado não pode delegar a sua execução, uma vez que deve apresentar-se investida de poder de império. Exemplo clássico dessa situação é a segurança pública, no Brasil não se admite que esse serviço seja executado a não ser pelo próprio Estado diretamente.

Para acompanhar o raciocínio que procuramos tecer, é necessário antes de tudo compreender o que pode ser considerado e o que não é tido como atividade própria do Estado. A resposta para essa questão reside no modelo de Estado que se adote: o Estado liberal, o Estado de bem-estar social, ou o Estado socialista.

A Carta constitucional brasileira de 1988 adotou posição intermediária entre Estado liberal-burguês e Estado socialista. Esse Estado de bem-estar social é distinto do liberal por intervir na economia para refrear os abusos do poder econômico. Por outro ângulo, também difere do Estado socialista por manter nas mãos da iniciativa privada a produção econômica, só admitindo a atuação estatal como agente econômico, diretamente, em casos excepcionais, nos termos do artigo 173, *in verbis*:

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.

As funções típicas do Estado, na esfera econômica se restringem à normatização, fiscalização, incentivo e planejamento, conforme preceitua o artigo 174, da CRFB/88:

¹⁷² MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração pública*. TOMO II. 11. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pg. 15-16.

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.

Ou seja, se o Estado decidir desempenhar atividade econômica, *não* poderá fazer por meio das autarquias, que só podem desenvolver atividades próprias do Estado, assim compreendidos como serviços públicos desprovidos de caráter econômico.

A doutrina aponta, basicamente, cinco grandes atividades típicas do Estado: i) poder de polícia, ii) serviço público, iii) ordem econômica, iv) ordem social, v) fomento público. Alguns exemplos dessas atividades que são desempenhadas por autarquias:

i.) Poder de polícia. Ex.: IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – criado pela Lei nº 7.735 de 22 de fevereiro de 1989, é uma autarquia federal vinculada ao Ministério do Meio Ambiente (MMA). É o responsável pela execução da *Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA)*, instituída pela lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, desenvolvendo diversas atividades para a preservação e conservação do patrimônio natural, exercendo o controle e a fiscalização sobre o uso dos recursos naturais (água, flora, fauna, solo, etc). Também cabe a ele conceder licenças ambientais para empreendimentos de sua competência;

ii.) Serviço público: Ex.: O DNIT - Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes é uma autarquia federal vinculada ao Ministério dos Transportes, criado pela Lei nº 10.233 de 5 de junho de 2001, que reestruturou o sistema de transportes terrestre e aquaviário do Brasil, extinguindo o antigo DNER-Departamento Nacional de Estradas de Rodagem;

iii.) Ordem econômica: Ex.: CADE – Conselho Administrativo da Ordem Econômica, é uma autarquia federal brasileira, vinculada ao Ministério da Justiça, que tem como objetivo orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos do poder econômico, exercendo papel tutor da prevenção e repressão do mesmo. O Tribunal do CADE tem a incumbência de apreciar e julgar sobre matéria concorrencial os processos encaminhados por sua Superintendência-

Geral. Desempenha os papéis preventivo, repressivo e educativo no âmbito do mercado brasileiro. São instituições com funções semelhantes e equivalentes àquelas do CADE, em outros países, o *Federal Trade Commission* (FTC) nos Estados Unidos da América, a *Office of Fair Trade* (OFT) no Reino Unido, a Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, na Itália, a *Australian Competition and Consumer Commission* (ACCC) na Austrália. A Direção-Geral de Concorrência da Comissão Europeia é responsável pela defesa da concorrência Comunitária.

iv.) *Ordem social*: Ex.: INSS – Instituto Nacional de Seguro Social, é uma autarquia federal vinculada ao Ministério do Trabalho e Previdência Social que recebe as contribuições para a manutenção do regime geral da previdência social, responsável pelo pagamento de aposentadorias, pensão por morte, auxílio-doença, auxílio-acidente e outros benefícios para aqueles que adquirirem o direito segundo previsão legal.

v.) *Fomento público*: Ex.: DNOCS - Departamento Nacional de Obras Contra as Secas é uma autarquia federal ligada ao Ministério da Integração Nacional e com a sede da administração central na cidade de Fortaleza, criado inicialmente sob o nome de Inspetoria de Obras Contra as Secas (IOCS) em 21 de outubro de 1909; em 1919 recebeu ainda o nome de Inspetoria Federal de Obras Contra as Secas, até que em 1945 passa a chamar-se Departamento Nacional de Obras Contra as Secas (DNOCS), é a mais antiga instituição federal com atuação no Nordeste. A sua principal finalidade é executar políticas do governo federal, no que se refere a beneficiamento de áreas e obras de proteção contra as secas e inundações, irrigação, radicação da população em comunidades de irrigantes e subsidiariamente, outros assuntos que lhe sejam de competência da União, nas áreas de saneamento básico, assistência às populações atingidas por calamidades públicas e cooperação com os municípios, possuindo grande atuação no semiárido da região nordeste e norte de Minas Gerais.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷³ destaca que:

¹⁷³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 28 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010, pg. 162.

[...] Pode ocorrer de existirem autarquias ‘dentro’ de autarquias. Assim, a autarquia Hospital das Clínicas do Estado de São Paulo é uma autarquia dentro da autarquia Universidade de São Paulo. Em casos desta ordem, o controle pode ser exercido por órgãos da entidade autárquica na qual outra esteja inserida, sem prejuízo daquele exercitado sobre a ‘autarquia-mãe’ pela Administração Central.

Quanto às espécies abarcadas pelo gênero “autarquias”, frise-se que a doutrina não é uníssona no que diz respeito à classificação, uma vez que os administrativistas adotam critérios diferenciados para proceder tal análise, e o fato se justifica pelos diferentes ângulos sob os quais se procede à análise desses entes administrativos.

José dos Santos Carvalho Filho¹⁷⁴ sustenta que a classificação das autarquias varia entre os autores, e que seria pouco didático estender-se sobre o tema, abordando aspectos irrelevantes. Por essa razão, ele aponta apenas três fatores que, efetivamente, demarcam diferenças entre as autarquias, classificando-as segundo: *i.) o nível federativo; ii.) o objeto; e iii.) a natureza (regime jurídico).*

No que se refere ao *objeto*, os entes autárquicos podem ser: *i.) assistenciais (ou de fomento público); ii.) previdenciárias (ou de ordenamento social); iii.) educacionais; iv.) profissionais; v.) de controle; e vi.) administrativas.*

i.) Autarquias assistenciais ou de fomento público são aquelas criadas para incrementar o desenvolvimento social do ente federativo criador (União, Estado-membro, município ou distrito federal, conforme o caso). Exemplos: SUDENE¹⁷⁵, SUDAM¹⁷⁶, INCRA¹⁷⁷, etc.

¹⁷⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo- 25 ed. Revista, ampliada e atualizada até a Lei 12.587, de 3.1.2012. São Paulo: Ed. Atlas, 2012, pg. 466.

¹⁷⁵ SUDENE - Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste, autarquia federal integrante do Sistema de Planejamento e de Orçamento Federal, criada pela Lei Complementar nº 125, de 03/01/2007, com sede na cidade de Recife, Estado de Pernambuco, e vinculada ao Ministério da Integração Nacional.

¹⁷⁶ SUDAM – Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia teve nascedouro no Plano de Valorização da Amazônia, criado pela Constituição de 1946, cuja discussão foi retomada em 1950 com a posse do Presidente Getúlio Vargas que convocou uma conferência técnico-administrativa para estudar e debater assuntos relativos ao processo de desenvolvimento da Amazônia. Em sua Mensagem de 1952 ao Congresso Nacional informou da conclusão dos estudos, e da elaboração de um projeto, que resultou na Lei nº 1.806, sancionada em 06/01/1953, instituindo o Plano de Valorização Econômica da Amazônia e em seu art. 22, criava a Superintendência do Plano de Valorização Econômica da Amazônia – SPVEA, a trajetória dessa entidade autárquica estendeu-se por vários

ii.) *Autarquias previdenciárias ou de ordenamento social* são aquelas que atuam na esfera da previdência social, assistindo o segurado (obrigatório ou facultativo) nas hipóteses de doença, morte, invalidez, desemprego involuntário, maternidade, doença, velhice, etc. Essas entidades autárquicas podem ser de regime geral (INSS) ou de regime especial (Iprem, Previ-Rio, Iperj, Ipesp, etc.).

iii.) *Autarquias educacionais* são aquelas instituídas para possibilitar o ensino gratuito fornecido pelo Estado. Em regra, as universidades públicas organizam-se como autarquias, já os colégios públicos permanecem como órgãos públicos (despersonalizados e integrantes da Administração direta). Exemplos: UFRJ, a UFF.

Importante esclarecer que, no que tange às universidades públicas, entidades da Administração indireta, são constituídas sob a forma de autarquias ou fundações públicas, e possuem autonomia, conforme descrito no artigo 207 da CRFB/88:

Art. 207 - As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

§ 1º É facultado às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se às instituições de pesquisa científica e tecnológica.

Muito embora o artigo 207 faça referência à autonomia universitária, esta autonomia não é absoluta, pois não as entidades não são providas de soberania. As universidades federais

governos, passando por diversas adequações, até que em 2007, o presidente Luís Inácio Lula da Silva criou a nova SUDAM por meio da Lei Complementar N°124, de 3 de janeiro de 2007, em substituição à Agência de Desenvolvimento da Amazônia (ADA). Desde então a SUDAM passou a ser uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Integração Nacional, tendo como missão institucional promover o desenvolvimento incluyente e sustentável da Amazônia assegurando a erradicação da miséria e a redução das desigualdades regionais. Este Decreto foi substituído pelo Decreto N° 8.275, de 27 de junho de 2014.

¹⁷⁷ INCRA - Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária é uma autarquia criada pelo decreto n° 1110, de 9 de julho de 1970, com a missão prioritária de realizar a reforma agrária, manter o cadastro nacional de imóveis rurais e administrar as terras públicas da União. Está implantado em todo o território nacional por meio de 30 Superintendências Regionais. O objetivo é implantar modelos compatíveis com as potencialidades e biomas de cada região do país e fomentar a integração espacial dos projetos. Outra tarefa importante no trabalho da autarquia é o equacionamento do passivo ambiental existente, a recuperação da infraestrutura e o desenvolvimento sustentável dos mais de oito mil assentamentos existentes no País. A sua sede é no Edifício Palácio do Desenvolvimento, em Brasília.

não estão subordinadas ao Ministério da Educação, mas seus atos estão sujeitos à fiscalização do Tribunal de Contas da União e devem ser submetidas às inúmeras regras gerais previstas na Magna Carta, como as que regem o orçamento, conforme artigo 165, § 5º, I, conforme destaca-se:

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

[...]

§ 5º - A lei orçamentária anual compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

O mesmo ocorre quando se trata da despesa com pessoal, nos termos do artigo 169 e seus parágrafos da CRFB/88, bem como o controle interno e da fiscalização exercido pelo Ministério da Educação:

Art. 169 -

[...]

§ 1º A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: [...]

A supervisão e a fiscalização ministerial se presta, entre outros objetivos, para assegurar a observância da legislação federal. Dessa forma, não há qualquer ilegalidade em ato do ministro da educação que sem invadir a autonomia financeira, administrativa e didática, reexamine a decisão de determinada universidade.

iv.) *Autarquias profissionais* são aquelas que fiscalizam e regulam as profissões regulamentadas, como por exemplo: a Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Federal de Medicina, Conselho Federal de Contabilidade, etc., nos termos do artigo 5º da CRFB/88, conforme apontamos:

Art. 5º - [...]

XIII - e livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

v.) *Autarquias de controle* são aquelas que fiscalizam o cumprimento de normas públicas que devem ser observadas por aqueles que desempenham serviços públicos delegados. Exemplo: as agências reguladoras (Anatel, ANP, ANA, Aneel, Antaq, etc.).

vi.) *Autarquias administrativas* se configuram quando não se enquadram em nenhuma outra categoria, assim classificadas por exclusão. José dos Santos Carvalho Filho, cita os seguintes exemplos: IBAMA, Inmetro, Bacen, etc.

As autarquias estão submetidas ao controle pela Administração Direta, denominado *controle finalístico*. Importante destacar que o controle e a vinculação à Administração Pública central não se confunde com subordinação. O ente autárquico, necessariamente, tem que dar explicações sobre alguns de seus atos, entretanto os limites desse controle deve estar definido em lei sob pena de haver o esvaziamento da autonomia acometida à autarquia. Não há falar em *poder hierárquico* nessas circunstâncias, mas sim, em *poder de controle*.

Ao Estado cabe zelar para que a entidade criada não se desvie de sua finalidade, exercendo o poder controle, ou de tutela, de acordo com os termos legais, para mantê-lo em seus objetivos juridicamente delineados.

Por ter vida própria, a autarquia está submetida apenas controle limitado por parte da entidade criadora, isto significa, como já dissemos, que não há vínculo hierárquico entre ambas, mas apenas vinculação quanto à finalidade para a qual foi instituída. Contudo, nos casos em que a lei autoriza, existem três espécies de controle: político, fiscal e financeiro.

- a) *controle político* ocorre quando o Poder Executivo nomeia o dirigente;
- b) *controle fiscal* é a fiscalização que fica a cargo dos Tribunais de Contas respectivos (União, estados-membros, municípios e Distrito Federal);
- c) *controle financeiro* é exercido pelo órgão autônomo, cujos serviços descentralizados estão a ele ligados (Ministérios, Secretarias estaduais e municipais, etc.);

Quanto ao regime jurídico, admite-se a classificação em autarquias de *regime comum* e de autarquias *em regime especial*¹⁷⁸. Classificam-se em regime comum aquelas que se submetem a maioria das autarquias e regime especial as que, além das características comuns, ainda ostentam maiores prerrogativas. Normalmente, as autarquias especiais são dotadas de maior grau de autonomia, com competências para elaborar regramentos inovadores na ordem jurídica ou até para decidir questões jurídicas em caráter definitivo.

2.2.4.1. As agências reguladoras no Brasil

Na década de 1990, o governo, na tentativa de modernizar as práticas administrativas do Estado brasileiro instaurou o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, cujo objetivo era tornar o Brasil mais competitivo num cenário temerário para as economias mundiais. A discussão permeava acerca da modificação do modelo de gestão burocrática para o chamado modelo gerencial e as alterações sugeridas estavam pautadas em um valor-base – *a eficiência*¹⁷⁹.

Tais mudanças vislumbravam a redução das dimensões do Estado envolvendo as questões de privatizações, terceirização, recuperação da capacidade financeira e administrativa, a necessidade de fortalecimento da sua função reguladora, fiscalizadora e fomentadora, e o desmonte do Estado prestador, produtor, interventor e protecionista, aliado ao aumento da governabilidade¹⁸⁰.

O papel do Estado sendo redimensionado, automaticamente foi deflagrada a necessidade de realinhamento da atuação da Administração Pública, que lançou mão de oito preceitos básicos como estratégias de ação: i) desburocratização, com a finalidade de

¹⁷⁸A expressão autarquia especial foi empregada, pela primeira vez, na Lei nº 5.540, de 28 de novembro de 1968, nos termos do artigo 15, para ressaltar o fato da universidade pública apresentar um grau de autonomia administrativa superior àquele reconhecido às demais entidades autárquicas.

¹⁷⁹ NOHARA, Irene Patricia. *Reforma administrativa e burocracia*. São Paulo: Editora Atlas. 2012, pg. 2.

¹⁸⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências reguladoras. Revista Eletrônica de Direito administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, mai/jun/jul de 2006. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 17 de jan de 2017.

dinamizar e simplificar o exercício da função administrativa; ii) descentralização; iii) transparência; iv) *accountability*, v.) ética, vi.) profissionalismo, vii.) competitividade, e viii.) enfoque no cidadão, mirando sempre a proteção, propagando os direitos difusos, caracterizados pela pluralidade indeterminada de seus titulares e pela indivisibilidade de seu objeto, incluindo a defesa e proteção do consumidor¹⁸¹.

No modelo de Estado gerencial, para alcançar a eficiência, é razoável que o setor privado se encarregue da execução de certas atividades de interesse público. Nessa hipótese, muito embora o Estado não realize tais atividades, não poderá se apartar completamente delas, portanto ao Estado cabe e sempre caberá a regulação do setor privado na proporção da execução dessas atividades de interesse público.

Nesse diapasão, impende transcrever o pensamento de Irene Patrícia Nohara¹⁸²:

[...] O modelo gerencial procurou dissolver as fronteiras entre o público e o privado, reforçando a criatividade e a inovação em detrimento do controle de procedimentos, ou, na linguagem importada, procurou-se substituir a *rule-based* pela *performance-based accountability* (prestação de contas *baseada nas regras* pela *baseada no desempenho*)[...].

O Estado conserva deveres e responsabilidades em relação à sua prestação adequada. Daí a privatização haver trazido transformações profundas no paradigma estatal que ao invés de figurar como protagonista na execução dos serviços, suas funções migram para o planejamento, regulação e fiscalização. É nesse cenário que surgem as agências reguladoras, como personagens imprescindíveis.

O Poder Público desde sempre esteve encarregado de zelar por uma boa prestação de serviços. A função fiscalizadora ganha relevo, na medida em que passa a ser executada pelo particular, entretanto quando os serviços são prestados diretamente pelo próprio ente público ou indiretamente por pessoas jurídicas por ele controladas, a fiscalização é frouxa e não tem

¹⁸¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências reguladoras. Revista Eletrônica de Direito administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, mai/jun/jul de 2006. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 17 de jan de 2017

¹⁸² NOHARA, Irene Patricia. *Reforma administrativa e burocracia*. São Paulo: Editora Atlas. 2012, pg. 7.

visibilidade, e a rigor, não são eficientemente desempenhadas. Todavia, a separação mais nítida entre o setor público e privado revigora o papel fiscalizador do Estado, que desempenha essa tarefa com mais firmeza e independência¹⁸³.

2.2.4.2 Definição e características das agências reguladoras

As agências reguladoras surgiram na Inglaterra em 1834, a partir da criação de vários órgãos autônomos com a finalidade de concretizar medidas previstas em lei e para decidir controvérsias oriundas desses textos legais. Influenciados pelos seus colonizadores, os Estados Unidos em 1887, fez nascer a *Interstate Commerce Commission*, inaugurando sequencialmente, a introdução de várias agências, que de tão expressiva configuração no direito administrativo estadunidense identificado como o *direito das agências*¹⁸⁴.

Certa altura, em face do grande número de agências norte-americanas, havia dificuldades na padronização de seus procedimentos decisórios, obstaculizando, inclusive, a defesa dos administrados perante esses órgãos. Diante dessa problemática, em 1946 foi editado o *Administrative Procedure Act* (Lei de Procedimento Administrativo), que determinou procedimentos uniforme em diversas agências, abrangendo toda e qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, excluindo apenas os três Poderes do Estado, todas as demais autoridades públicas constituem agências.

Na França, a figura das *Autoridades Administrativas Independentes*, apesar de não possuir personalidade jurídica e sujeitando-se à fiscalização do Conselho de Estado, marcam também um propósito de neutralidade política.

¹⁸³ Para Sérgio Nelson Mannheiner “quando o Estado é o prestador do serviço, ocorrem distorções no papel fiscalizador do Estado, uma vez que não se sente ele estimulado a denunciar as próprias falhas ou deficiências”. *As agências estaduais reguladoras de serviços públicos*, Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 94, nº 343 jul./set. 1998, pg. 225.

¹⁸⁴ MORAES, Alexandre de. Agências reguladoras. in *Agências reguladoras* Org.: MORAES, Alexandre. São Paulo: Atlas, 2002, pg. 22.

Vale lembrar que há incompatibilidade extremamente marcante entre o direito administrativo brasileiro e o direito das agências norte-americano, pelo simples fato de que o primeiro ostenta forte influência francesa, incorporando as ideias de centralização administrativa e hierarquia; enquanto o segundo, nos dizeres de Alex de Tocqueville, referindo-se aos sistemas europeus, guarda *um grau de descentralização que nenhuma nação europeia seria capaz de suportar, sem profundo mal-estar*¹⁸⁵.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁸⁶, ao tratar do tema, adverte que:

[...] enquanto no sistema europeu-continental, em que se inspirou o direito brasileiro, a Administração Pública tem uma organização complexa, que compreende uma série de órgãos que integram a Administração Direta e entidades que compõem a Administração Indireta, nos Estados Unidos toda a organização administrativa se resume em agências (vocábulo sinônimo de ente administrativo em nosso direito), a tal ponto que se afirma que o direito administrativo norte-americano é o direito das agências.

As agências estadunidenses desempenham funções quase legislativas, porque editam normas; e funções quase judiciais, porque solucionam certos conflitos de interesses, indicando o direito aplicável para resolvê-los. A função quase judicial é aceita sem insatisfações, uma vez que são submetidas ao controle dos Tribunais.

Em face desse descompasso, as agências reguladoras brasileiras encontraram seu próprio modelo, adaptado à moldura do direito administrativo, sendo que a maior inovação trazida com a sua inserção no ordenamento jurídico reside na larga independência em relação ao Poder Executivo, muito embora faça parte da Administração Indireta.

No sistema jurídico brasileiro, a figura de agências reguladoras encontra previsão no Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (1990), da mesma forma que as organizações sociais, as agências executivas e o incremento das atividades de fomento por meio de contrato de gestão, na tentativa de promover a modificação do papel do Poder Público, tornando-o mais dinâmico e eficiente. Não há dúvidas de que a intenção do governo

¹⁸⁵ TOCQUEVILLE, Alex de. *A democracia na América*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pg. 101.

¹⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 30 ed. Rio de Janeiro: forense, 2017, pg. 597.

era criar medidas para que houvesse a desburocratização, baseada no modelo gerencial inspirado no *New Public Management*, da *common law*¹⁸⁷.

Tais entidades têm como finalidade regular, fiscalizar atividades de determinados setores da economia, mediante poderes especiais. Essas atividades estão na categoria de serviços públicos executáveis por entidades privadas mediante prévia concessão, permissão ou autorização.

Saliente-se que as duas únicas agências com previsão expressa na Constituição Federal de 1988 são: a Agência Nacional de Telecomunicações-ANATEL e a Agência Nacional de Petróleo-ANP, com referência expressa à função de *órgão regulador* nos termos dos artigos 21, XI¹⁸⁸, e 177, § 2º, III¹⁸⁹.

Odete Medauar¹⁹⁰, ao tratar do tema, assinala que:

As agências reguladoras são autarquias especiais, integram a Administração Indireta federal e estão vinculadas ao Ministério ou órgãos equivalente, dotado de competência para tratar da respectiva matéria. A natureza de autarquia especial caracteriza-se pela autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia das decisões técnicas e mandato (denominado *fixo*) de seus dirigentes. .

Por se tratar de entidade da Administração Indireta, não são independentes, pois sempre se vinculam aos órgãos da Administração Direta, cuja atividade esteja relacionada, e

¹⁸⁷ NOHARA, Irene Patricia. *Reforma administrativa e burocracia*. São Paulo: Editora Atlas. 2012, pg. 5.

¹⁸⁸ **Art. 21.** Compete à União:

[...]

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.

¹⁸⁹ **Art. 177.** Constituem monopólio da União:

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro.

§ 2º - § 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

¹⁹⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 16. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, pg. 84..

ainda estão sujeitas ao mesmo tratamento das autarquias, passíveis de idênticos mecanismos de controle tanto externo, quanto interno.

Outra peculiaridade das agências reguladoras está relacionada aos seus dirigentes que são indicados pelo Presidente da República (Governador e Prefeito, dependendo do nível federativo) e submetido à aprovação pelo Senado Federal, Assembleia Legislativa ou Câmara de vereadores, respectivamente. A rejeição pelo Legislativo ao nome indicado pelo Executivo resultará na impossibilidade da investidura. Estes dirigentes cumprem mandatos com prazo determinado e só se desligam do cargo em caso de renúncia ou condenação judicial transitada em julgado.

Nesse sentido, a jurisprudência cuidou de estabelecer os limites de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo sobre o provimento dos cargos de direção das empresas estatais, conforme se depreende da decisão do STF abaixo transcrita:

Esta Corte em oportunidades anteriores definiu que a aprovação, pelo Legislativo, da indicação dos presidentes das entidades da administração pública indireta restringe-se às autarquias e fundações públicas, dela excluídas as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Precedentes. (...). A intromissão do Poder Legislativo no processo de provimento das diretorias das empresas estatais colide com o princípio da harmonia e interdependência entre os Poderes. A escolha dos dirigentes dessas empresas é matéria inserida no âmbito do regime estrutural de cada uma delas.[ADI 1.642, rel. min. Eros Grau, j. 3-4-2008, P, *DJE* de 19-9-2008.]¹⁹¹

Finalizado o mandato, os dirigentes estão sujeitos à *quarentena*, que se configura em período em que permanecem impedidos de trabalhar no mesmo ramo de atividade na iniciativa privada, tal medida tem caráter moralizador. Durante o período da *quarentena*, o dirigente continua vinculado à entidade sendo remunerado de forma compensatória com o equivalente ao valor pago durante a ocupação do cargo.

¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). ADI 1.642, Ministro Relator Eros Roberto Grau, julgado em 3-4-2008, Publicado *DJE* de 19-9-2008. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=11>. Acesso em 30 abr 2017.

A Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, qualificou os cargos de dirigentes das agências reguladoras como cargos comissionados de direção (CDI e CDII) adotando o entendimento de que cargos em comissão podem ser providos por prazo determinado, pois a demissão somente pode ocorrer desde que motivada e seguida de processo formal, sendo ato exclusivo do Chefe do Poder Executivo, conforme já se posicionou o Supremo Tribunal Federal.

Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS). (...) Demissão por atuação exclusiva do Poder Legislativo. Ofensa à separação dos poderes. (...) São inconstitucionais as disposições que amarram a destituição dos dirigentes da agência reguladora estadual somente à decisão da Assembleia Legislativa. O voluntarismo do legislador infraconstitucional não está apto a criar ou ampliar os campos de intersecção entre os poderes estatais constituídos sem autorização constitucional, como no caso em que se extirpa a possibilidade de qualquer participação do governador do Estado na destituição do dirigente da agência reguladora, transferindo-se, de maneira ilegítima, a totalidade da atribuição ao Poder Legislativo local. Violação do princípio da separação dos poderes. [ADI 1.949, rel. min. Dias Toffoli, j. 17-9-2014, P, *DJE* de 14-11-2014.]¹⁹²

Existem outras hipóteses em que cargos públicos são providos sem concurso, mas com prazo determinado. É o caso, por exemplo, dos reitores e ocupantes de cargos de chefia nas instituições de ensino federais, assim como os ocupantes de cargos no Conselho de Contribuintes e em autarquias como Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE e a Comissão de Valores Mobiliários-CVM¹⁹³, a constitucionalidade dessas regras jamais foi questionada¹⁹⁴. Importante destacar que as agências reguladoras são dirigidas em regime de colegiado, por um Conselho Diretor ou Diretoria, conforme artigo 4º da Lei 9.986/2000.

No que tange ao quadro funcional, em regra, as relações trabalhistas travadas na intimidade institucional das autarquias submetem-se ao regime jurídico estatutário,

¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). ADI 1.949. Ministro Relator José Antônio Dias Toffoli, julgamento em 17-9-2014, Publicado, *DJE* de 14-11-2014. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=11>. Acesso em 30 abr 2017.

¹⁹³ A CVM, foi instituída pela Lei 10,411, de 26 de fevereiro de 2002, Decreto 4.300/2, alterado pelo Decreto 4.537/02. Trata-se de uma autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, cujas funções são de índole equivalente às agências reguladoras, mas que não recebeu a denominação de agência.

¹⁹⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *As Agências reguladoras*. Revista Eletrônica de Direito administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, mai/jun/jul de 2006. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 17 de jan de 2017.

consubstanciado por intermédio de diplomas legislativos de viés federal ou estadual, em simetria à órbita em que se encartem as entidades.

Inicialmente as agências reguladoras submetiam os trabalhadores a regência pelo regime da Consolidação das Leis Trabalhistas, nos termos do artigo 1º da Lei 9.986/2000 que dispunha sobre a gestão de recursos humanos, entretanto a eficácia dessa norma foi liminarmente suspensa por decisão monocrática do ministro do STF, Marco Aurélio de Mello, em Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Partido dos Trabalhadores¹⁹⁵, em razão da alegada incompatibilidade do modelo legal à compleição característica das mencionadas entidades.

A ADI nº 2310 DF perdeu o objeto em virtude da edição da Lei 10.871, de 20 de maio de 2004, que veio dispor sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das autarquias especiais denominadas agências reguladoras, e revogou o artigo 1º da Lei 9.986/2000, posterior ao julgamento da ADI, realizado em 7 de dezembro de 2004.

Corroborando desse mesmo posicionamento Celso Antônio Bandeira de Mello declara que nunca poderá haver regime trabalhista puro, ou seja, livre da ingerência de certos princípios do Direito Público [...] *o regime normal de quem presta serviços, de modo regular e contínuo, para pessoas de Direito Público, terá de ser o estatutário, ainda que sejam admissíveis hipóteses em que há perfeita cabida par ao regime trabalhista*¹⁹⁶.

O quadro de pessoal efetivo das agências reguladoras federais brasileiras, dotado de poder de polícia, é composto por membros da carreira de especialista em regulação, analista administrativo, técnico em regulação e técnico administrativo, de acordo com a Lei

¹⁹⁵ O Partido dos Trabalhadores, com fundamento nos arts. 102, I, a, e 103, VIII, da Constituição Federal, propôs ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de suspensão cautelar, dos arts. 1º; 2º e parágrafo único; 12, § 1º; 13 e parágrafo único; 15; 24, caput e inciso I; 27; 30 e 33, todos da Lei 9.986, de 18 de julho de 2000, que "dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências". O Advogado-Geral da União, Dr. Álvaro Augusto Ribeiro Costa, manifestou-se pela prejudicialidade ADI, informando que, diante da revogação expressa dos dispositivos da (fls. 161-162) Lei 9.986/2000 pela Lei 10.871/2004, não tem mais interesse no prosseguimento da Ação.

¹⁹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 28 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010, 177.

10.871/2004, cujo regime jurídico é instituído pela Lei 8.112/1990, artigo 6º, entretanto é vedada a aplicação do instituto da redistribuição de uma agência para outras.

Todos os cargos são efetivos e organizados em carreiras¹⁹⁷. O provimento inicial ou originário é suprido mediante nomeação daqueles aprovados em concursos públicos, os cargos de classes superiores terão o provimento realizado por meio de promoções de servidores já integrantes do quadro funcional.

2.2.4.3. Natureza jurídica e funções das agências reguladoras

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹⁸, refratário e incrédulo quanto à utilidade prática das agências reguladoras, afirma que:

[...] independência administrativa, autonomia financeira e patrimonial e da gestão de recursos humanos ou de quaisquer outros que lhe pertençam, são elementos intrínsecos à natureza de toda e qualquer autarquia, nada acrescentando ao que lhes é inerente. Nisto, pois, não há peculiaridade alguma; o que pode ocorrer é um grau mais ou menos intenso desses caracteres.

Para ele, a única peculiaridade em relação às autarquias de regime comum reside nas disposições referentes à investidura e *fixidez* do mandato dos dirigentes, destacando a inconstitucionalidade da proibição de o Presidente demitir *ad nutum* os dirigentes dessas entidades. No seu entender, a garantia dos mandatos não deve estender-se além de um mesmo período governamental, pois isso seria o mesmo que engessar a liberdade administrativa do futuro Governo¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Conjunto de classes de cargos, de mesma profissão, natureza do trabalho ou atividade, escalonadas segundo a responsabilidade e complexidade inerentes a suas atribuições, nos termos do artigo 7º, da Lei 10.871/2004.

¹⁹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 28 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010, pg. 174.

¹⁹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 28 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010, pg. 175.

A função básica das agências reguladoras é a intervenção do Estado no domínio econômico, ou ainda, a promoção do desenvolvimento financeiro, tudo sob o prisma do fortalecimento da competição no setor privado e da criação de procedimentos de regulação e controle absolutamente racionais. Elas foram criadas para melhorar a qualidade da prestação de serviços públicos, por outorga à iniciativa privada. Mas quando se fala em agência reguladora, poucos sabem o que quer dizer, a sua relevância, na maioria das vezes, só é percebida quando há falhas.

São atribuições das agências criar normas para tornar determinado setor competitivo, zelar para que essas normas não mudem ao longo do tempo, prejudicando investidores. Ao mesmo tempo, devem garantir a qualidade da prestação de serviços aos cidadãos ou a correta exploração de bens por um determinado ente empresarial. As agências são uma força poderosa para fomentar e desenvolver mercados e quando operam em seu máximo grau de eficiência, têm um papel fundamental para atrair investimentos e aumentar a concorrência, garantindo serviços de qualidade e a preços justos.

Em linhas gerais o perfil das agências reguladoras é delineado pelo desempenho das seguintes funções: i.) ostentar relativa independência técnica e gerencial; ii.) regular e fiscalizar; iii.) exercer função contenciosa ao dirimir divergências entre os prestadores do serviço, os produtores e seus respectivos consumidores; iv.) buscar a preservação da competitividade no mercado, valendo-se da crença de que a concorrência proporcionará maior qualidade a um menor custo para o cidadão, alçado a condição de consumidor de serviços públicos.

Por outra ótica, a regulação pode ser compreendida também, como um conjunto de medidas e ações do Governo que envolve a criação de normas, o controle e a fiscalização de segmentos de mercado explorados por empresas a fim de assegurar o interesse público. A regulação federal das mais diversas atividades e setores da economia está diretamente ligada aos direitos do cidadão na qualidade de consumidor e a proteção da sociedade como um todo.

No decorrer do século XX e mais nitidamente na aurora do século XXI, tornou-se evidente a radical transformação das concepções quanto ao papel do Estado no que tange às atividades econômicas. Nas primeiras décadas, no contexto das grandes guerras na Europa Continental, a intervenção estatal na economia fez surgir os contornos do direito econômico, cujas técnicas viriam transformar profundamente a aplicação de institutos jurídicos tradicionalmente desenvolvidos no decorrer dos tempos, alguns deles com raízes milenares, tanto no direito público quanto no direito privado.

A ampliação desmedida das funções estatais fez surgir a alardeada *crise no serviço público*, e ainda operou grandes mudanças relativas ao conceito do princípio da autonomia de vontade no âmbito do direito das obrigações. Em alguns setores, entretanto, a força de certas concepções tradicionais impedia o processo de adaptação de novas ideias, esse descompasso entre a teoria jurídica e a realidade cria tensões e revela a insuficiência de algumas doutrinas tradicionais para dar conta de problemas que eclodem nos tempos atuais.

É cediço que algumas inovações são mais facilmente aceitas do que outras, mesmo tendo havido muitos movimentos de resistência às mudanças que a nova realidade estava exigindo no panorama da teoria jurídica tradicional, a economia moderna abalou dogmas e estruturas formais que estavam acomodadas, gradativamente foi-se tornando mais e mais arraigada a ideia de que muitas necessidades sociais não são passíveis de serem atendidas por meio da livre contraposição das forças de oferta e procura, o que exigem, em diversos níveis de intensidade, a criação de normas destinadas a alterar o funcionamento aleatório dos mercados, com vistas ao atendimento de certos objetivos eleitos pela ordem jurídica.

Conforme já destacado, foi a Inglaterra, a partir de 1834, que originalmente se utilizou o vocábulo *agência* para caracterizar um ente regulador de determinada atividade econômica. Esses entes eram criados para concretização dos mandamentos legais e resolução das controvérsias deles resultantes. No entanto, os Estados Unidos, influenciado pela colonização inglesa, consolidou o sistema de regulação econômica desenvolvido por órgãos autônomos²⁰⁰.

²⁰⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 16. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, pg. 83-84.

O Estado norte-americano adotou o sistema de regulação em 1887, mas com a depressão econômica de 1930, várias agências foram instituídas para intervir e reestruturar a economia, que sempre foi baseada na doutrina liberal. Importante salientar que as agências originaram-se a partir de dois princípios motores diversos e porque não dizer, antagônicos, governar ou a impulsionar o sistema econômico. Os sistemas econômicos hodiernos, por meio de diversas fórmulas, tentam combinar a ação estatal, sempre dirigista, com o impulso mercantil constantemente libertário, ao menos em termos de iniciativa econômica.

Alguns fatos, como por exemplo, as duas grandes guerras mundiais, a quebra da bolsa de valores de Nova York, dentre outros, trouxeram sérios prejuízos para a economia mundial, sinalizando a necessidade de uma maior intervenção do Estado nessa seara. Surgiram os chamados Estados intervencionistas, legitimados a atuar sobre a atividade econômica privada, inclusive como concorrente desta iniciativa privada e com a incumbência de promover determinados fins sociais, sob o manto da segurança nacional, ou seja, o Estado do bem-estar social (*welfare state*).

Exemplo clássico de política intervencionista foi o plano de recuperação da economia norte-americana, o *New Deal*²⁰¹, logo após a quebra da bolsa de valores de New York, engendrado no governo de Roosevelt depois da *grande depressão* que se caracterizou pela intervenção direta do Estado na economia, inclusive com a determinação aos setores produtivos, da quantidade a ser colocada no mercado.

No Brasil, principalmente, na chamada Era Vargas (1930-1945)²⁰² e, depois no seu segundo governo (1950-1954), o Estado brasileiro se notabilizou pelo paternalismo ao criar uma máquina estatal voltada à proteção e ao atendimento das atividades consideradas como necessidades básicas para o cidadão brasileiro. Foi nesse período que se deu a criação das grandes empresas estatais em quase todos os setores produtivos e, na definição das áreas que

²⁰¹ Acordo configurado em uma série de programas implementados nos Estados Unidos entre 1933 e 1937, sob o governo do Presidente Franklin Delano Roosevelt, com o objetivo de recuperar e reformar a economia norte-americana, e assistir os prejudicados pela Grande Depressão. O nome dessa série de programas foi inspirado no *Square Deal*, nome dado pelo anterior Presidente Theodore Roosevelt à sua política econômica.

²⁰² LIRA NETO. *Getúlio 1930-1945 – Do governo provisório à ditadura do Estado Novo*. Companhia das Letras, 2013.

estariam sob a égide do monopólio do Poder Público, para promover a proteção contra influências externas, sob o manto da justiça social.

A Constituição de 1934, expressamente determinou que a economia se organizasse de acordo com os princípios da justiça social que proporcionasse vida digna, garantindo liberdade econômica. Neste contexto, o Estado brasileiro emergiu como o grande provedor do bem estar e da justiça social, ampliando a máquina estatal para abraçar atividades que pudessem promover a integração ou por motivos de segurança nacional.

Surgiu o Estado empreendedor que criava dois tipos de empresas: as que se destinavam à intervenção na atividade econômica e as prestadoras de serviços públicos. Situação agravada, nos governos do regime militar (1964-1984), em que os militares para anestesiar a falta de liberdade, aparelharam o Estado, cada vez mais intervencionista, com Ministérios e Secretarias a fim de promover atividades típicas de um Estado protetivo²⁰³. Mais adiante, com o retorno ao Estado democrático (a partir de 1985, com o governo José Sarney), o país buscou de todas as formas continuar o oferecimento dos serviços públicos de forma intervencionista.

Constata-se, ao longo de nossa história, mormente a partir do Governo Vargas, um enorme crescimento da máquina estatal em diversos e diferenciados ramos da atividade econômica. Este crescimento desenfreado do Estado trouxe graves consequências, sendo uma das principais, o déficit estatal fiscal. Como forma de arrecadação para suprir este déficit, o Estado conta com duas alternativas possíveis: a tributação ou venda de ativos.

Em contraposição a este gigantismo estatizante brasileiro que, de certa forma, coibiu o crescimento econômico da iniciativa privada, surge a necessidade de uma redefinição do real papel do Poder Público, ou seja, a identificação de que em quais atividades ele realmente deveria estar presente. Neste cenário de redefinição do desempenho do Estado na atividade

²⁰³ SCHWARCZ. Lilia Moritz; STARLIN, Heloisa Murgel. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

econômica, emerge o Programa Nacional de Desestatização, instituída pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990 (alterada pela Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997).

No programa aludido, a privatização é uma das modalidades de desestatização, que tem como objetivo devolver à iniciativa privada o seu espaço, com o retorno do Estado as suas funções essenciais ou típicas. A privatização surge como um instrumento para enxugar o Estado, com o objetivo de redirecioná-los às suas finalidades típicas. O citado programa tem a filosofia de que a atividade econômica produtiva deve ser desempenhada pela iniciativa privada, cabendo ao Estado zelar pela promoção do bem estar social. É a busca da nova concepção de Estado entre o interventor e o liberal, ou seja, o *Estado regulador*.

Analisando a marcha evolutiva dos fatos no Brasil, podemos identificar três etapas de privatização: a primeira (1978-1990) se deu com a tentativa de venda pelo Banco Nacional de Desenvolvimento – BNDES, de empresas privadas que haviam sido encampadas ou recebidas como pagamento de dívidas pelo Estado; a segunda etapa (1990-1995) foi a privatização de empresas estatais industriais; e a terceira (1995), a privatização de serviços públicos.

A Agência Municipal de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de Cachoeiro de Itapemirim – AGERSA²⁰⁴ foi a primeira agência municipal de regulação criada no Brasil, por meio da Lei nº 4.798/99, inicialmente com o objetivo de regular os serviços de saneamento. Depois, tornou-se multisetorial pela Lei nº 5.807/05, passando a regular ainda o transporte, os espaços públicos, o lixo e resíduos sólidos, a iluminação pública e a propaganda e publicidade. Portanto, a AGERSA possui a finalidade de promover a regulação, o controle e a fiscalização dos serviços de saneamento concedidos, permitidos, autorizados ou operados diretamente pelo poder público municipal.

O aspecto fundamental de uma agência de regulação, que no Brasil inicia-se com a criação de órgãos reguladores diretos como Banco Central do Brasil, Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, é a atuação direta sobre os setores importantes da economia, com

²⁰⁴ BRASIL. AGERSA-Agência Municipal de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de *Cachoeiro de Itapemirim*. Disponível in <http://www.agersa.es.gov.br/> . Acesso em 15 jan. 2017.

estatutos jurídicos distintos, desde sua subordinação à administração pública direta até a existência como entidade independente. Uma agência reguladora opera na relação entre o Poder Público, a prestadora de serviços públicos e os usuários (cidadãos), promovendo uma relação harmoniosa entre os três.

De forma sintética pode-se identificar como objetivos da privatização a redefinição da forma de intervenção do Estado no domínio econômico; a redução do perfil da dívida pública; a ampliação dos investimentos da iniciativa privada com a atração do capital estrangeiro; o fortalecimento do mercado de capitais com a venda de ações de estatais em bolsa e, principalmente, a liberação de recursos do Estado para serem investidos em setores, cuja presença seja essencial para o alcance do bem estar coletivo. Neste novo cenário a Administração Pública passa a ocupar diferente espaço na economia, migrando de um Estado fortemente intervencionista para um Estado iminentemente regulador.

É importante registrar que apesar da diminuição da intervenção estatal na economia, este não pode ser considerado como um Estado mínimo, visto que exerce influência econômica ao regular as atividades que anteriormente eram de sua responsabilidade. Pelo contrário, ao estabelecer regras e forma de intervenção econômica, nota-se que houve deslocamento da atuação estatal do campo empresarial, por meio das empresas públicas, para o campo da disciplina jurídica, ao ampliar o seu desempenho na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas.

Com isto, o Estado não deixa de ter um papel decisivo, o que se constata pela enorme quantidade de textos normativos editados nos últimos anos. Realmente, na década de 1990 houve a flexibilização dos monopólios e a consequente abertura destes setores ao capital estrangeiro. Foi também, nesse período, que se introduziu no país uma política específica de proteção ao meio ambiente, limitativa à ação dos agentes econômicos, e também se estruturou um sistema de defesa e manutenção das condições de livre concorrência que, embora longe do ideal, constitui um considerável avanço em relação ao modelo anterior. Nesse ambiente é que despontaram as agências reguladoras como importante instrumento da atuação estatal.

Segundo a Constituição Federal de 1988, especificamente nos artigos 21, XI e 177, §2º, III, as agências reguladoras são qualificadas como *órgãos reguladores*, com competência específica a certas atividades. Importante destacar que a palavra *órgão*, utilizada pelo legislador constituinte, distancia-se da boa técnica empregada no direito administrativo, uma vez que confunde conceitos de descentralização, que é atinente a entes (como as agências reguladoras) e não à desconcentração, esta sim, ligada ao órgão.

Tendo em vista que as autarquias, no modelo tradicional, permaneciam muito vinculadas ao controle de resultados, passou-se a entender que era mais benéfico à atuação do Estado dar nova dinâmica a estes entes, mediante um controle dos meios de atuação. Assim, foram criadas as autarquias de regime especial, ou melhor, as agências reguladoras, que nada mais são que autarquias com maiores privilégios.

Há previsão expressa na Constituição Federal da existência de órgãos reguladores para certas atividades - artigo 21. XI e 177, § 2º, III - apesar do legislador constituinte não nominar desta forma. Não há dúvida que termo órgão não se adequa à realidade, uma vez que a criação das agências reguladoras é matéria atinente à descentralização e não à desconcentração, que na segunda hipótese é feita por intermédio da criação de órgãos.

2.2.4.4. Atuação das agências reguladoras e a sociedade.

Com a implementação da política que transfere para o setor particular a execução de certos serviços públicos e reserva para a Administração Pública a regulamentação, o controle e a fiscalização da prestação desses serviços aos usuários e a ela própria, o Governo Federal, dito por ele mesmo teve a necessidade de criar entidades para promover, com eficiência, essa regulamentação, controle e fiscalização, pois não dispunha de condições para enfrentar os desdobramentos dessas parcerias.

Claro que a função essencial das agências reguladoras é a fiscalização dos serviços prestados. Essa fiscalização depende também de autorização legislativa, para não se confrontar com o princípio da legalidade. Esta autorização legislativa, até porque é difícil descrever todos os fatos de lide possíveis, deve dar à agência reguladora uma margem de

atuação, um caminho a ser seguido por ela, ou seja, seus principais objetivos. Decaindo desta forma, a ideia de que as agências reguladoras agem automaticamente, violando o princípio constitucional da legalidade.

Destaque-se que o fundamental é a tutela dos hipossuficientes em relação aos agentes econômicos cada vez mais fortes. As agências reguladoras devem agir por meio de advertências, quando as concessionárias estiverem em desconformidade com seus objetivos, resolvendo os problemas de imediato e em casos mais graves devem estipular multas diárias para as concessionárias que estiverem violando direitos.

Por se tratar de serviços de natureza pública, as agências têm o dever de zelar pelo bom funcionamento desses serviços, resguardando dessa forma algo que pertence a sociedade. As agências reguladoras são instrumentos de proteção e segurança, para tanto, é fundamental que seu desempenho se apresente na mais pura transparência. Nesse caso, outra característica fundamental é o contato aberto com população.

A sociedade deve estar ciente das ações implementadas pelas agências que, para serem socialmente legítima, necessitam ser amplamente divulgadas pela imprensa escrita, falada e televisionada. As agências reguladoras, além da publicidade de seus atos, também devem criar e manter ouvidorias ou centros de atendimentos aos cidadãos, no sentido de receber as reclamações, investigá-las e, se for o caso, aplicar as sanções cabíveis em face das empresas que estejam infringindo alguma norma, confirmando, deste modo, seu caráter de ente estatal regulador e fiscalizador da economia.

Dentro dessa perspectiva de proximidade com a sociedade, há necessidade de que as agências tenham meios de comunicação eficientes com as empresas privadas, no sentido de ouvir seus anseios e reivindicações, formando, dessa maneira, novas normas regimentais para os respectivos mercados que atuam. O exercício da regulamentação pode ser realizado com bases em audiências públicas, e reuniões com empresários e empreendedores.

Ponto interessante de se destacar é o fato de haver certa confusão entre regulação estatal e os processos de desregulamentação da atividade econômica. Quem melhor expõe essa celeuma é Eros Roberto Grau²⁰⁵ quando afirma que:

[...]como os norte-americanos usam o vocábulo *regulation* para significar o que designamos “regulamentação”, *deregulation*, para eles, assume o mesmo significado que indicamos ao usar o vocábulo “regulação”; vale dizer: a *deregulation* dos norte-americanos está para a *regulation* assim como, para nós, a “regulação” está para a “regulamentação”.

Não parece cabível a associação tanto pelos seus pressupostos, quanto pelos seus resultados, dada a importância dessa entidade pública como responsável pela regulação da economia do país. Além das grandes inovações que trouxeram ao nosso ordenamento, também representa um relevante progresso na aproximação significativa dos anseios da sociedade para com a atuação do Estado, esse fato traz o desenvolvimento para todos, quando efetivamente verificado na prática da atuação das agências reguladoras.

A presença das agências reguladoras no ordenamento jurídico brasileiro é uma realidade, muito embora tenha sido fortemente criticada no início, principalmente por aqueles cuja ideologia política era refratária ao distanciamento do Estado de certas atividades porque transferiu para a iniciativa privada a execução de alguns serviços públicos, atualmente se mostra razoavelmente eficiente reclamando por maior fortalecimento.

Fernando Dias Almeida Menezes²⁰⁶, sempre atento às mudanças no direito administrativo, formulando a formação de uma teoria administrativista, assevera que:

Com efeito (i), desde os anos 90 do século XX testemunha-se , progressivamente, a inclusão de novos assuntos na realidade da administração e nas investigações dos administrativistas: as agências reguladoras e a própria noção de regulação; as relações da administração com o terceiro setor; a ampliação de controles sobre a ação dos administrados, mediante a disciplina da improbidade administrativa [...]

²⁰⁵ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996, pg. 93.

²⁰⁶ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil*, São Paulo: Quartier latin, 2015, pg. 346-347.

A estabilidade do ambiente regulatório é um dos fatores que mais pesam na hora do investidor escolher em que país vai aplicar seu dinheiro, sobretudo quando se trata de projetos de infraestrutura que demandam recursos vultosos e com retorno de longo prazo. A iniciativa privada necessita ter clareza sobre as regras, mesmo que essas regras sejam contrárias aos seus interesses. Se o Estado pretende atrair mais recursos e investimentos, por meio de renovação de contratos em andamento e novas concessões, o fortalecimento das agências não poderia ser mais importante.

2.2.4.5. Espécies de agências reguladoras

Para Dinorá Adelaide Musetti Grotti²⁰⁷, a ideia de regulação não é propriamente uma inovação ou algo totalmente desconhecido no direito brasileiro. Há muito tempo existem vários órgãos ou entidades reguladoras, embora não fossem rotuladas de agências reguladoras. É o caso, por exemplo, do Comissariado de Alimentação Pública-CAP (1918), o Instituto Permanente de Defesa do Café-IPDC (1923), o Instituto do Alcool e do Açúcar-IAA (1933), o Instituto Nacional do Mate-INM (1938), o Instituto Nacional do Sal-INS (1940), o Instituto Nacional do Pinho-INP (1941).

Mais tarde, o modelo que surgiu exclusivamente para regular os setores sob monopólio estatal que passavam a ser privatizados, acabou sendo aplicado em outras áreas, surgiram, então, outras entidades da mesma natureza, conforme segue:

1.) Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), inicialmente denominada ANVS, vinculada ao Ministério da Saúde, cujo objetivo institucional é promover a proteção da saúde da população por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária. Criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, posteriormente alterada pela Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000 e pela MP nº 2.190-34, de 23 de agosto de 2001; Decreto nº 3.029/99, alterado pelos Decretos nº 3.571/00 e nº 4.220/02.

2.)

²⁰⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *As Agências reguladoras*. Revista Eletrônica de Direito administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, ,nº 6, mai/jun/jul de 2006. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 17 de jan de 2017

3.) Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), introduzida pela Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, veio com a responsabilidade de supervisionar a atividade de aviação civil no Brasil, tanto no que diz respeito aos aspectos econômicos quanto no que se refere à segurança técnica do setor, buscando uma administração mais autônoma e técnica da aviação civil nacional, alcançada por meio de descentralização administrativa e menor influência política direta. Muitos especialistas defenderam a medida argumentando que sua criação influenciaria positivamente o setor atraindo investimentos, propiciando um ambiente econômico favorável à criação e manutenção de regras novas e estáveis.

4.) Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), entidade vinculada ao Ministério das Comunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações, criada pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, alterada pela Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000; Decreto nº 2.338/97, alterado pelos Decretos 2.853/98, 3.873/01, 3.986/01 e 4.037/01;

5.) Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), adstrita ao Ministério de Minas e Energia, foi criada com o objetivo de regular e fiscalizar a produção, transmissão, a distribuição e a comercialização de energia elétrica em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal, criada pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, alterada pelas Leis nº 9.648 e nº 9.649, ambas de 27 de maio de 1998, nº 9.986, de 18 de julho de 2000, e nº 10.438, de 26 de abril de 2002; Decreto nº 2.335/97, alterado pelo Decreto 4.111/02;

6.) Agência Nacional do Petróleo (ANP) foi instituída pela Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997, alterada pelas Leis nº 9.986, de 18 de julho de 2000, nº 9.990, de 21 de julho de 2000, nº 10.202, de 20 de fevereiro de 2001, e nº 10.453, de 13.05.02; Decreto nº 2.455/98, alterado pelos Decretos nº 2.496/98, nº 3.388/00 e nº 3.968/01. Está atrelada ao Ministério de Minas e Energia, como órgão regulador da indústria do petróleo;

7.) Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) ingressou no ordenamento jurídico por meio da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, alterada pela Lei nº 9.986, de 18.07.00 e pela Medida Provisória nº 2.17744, de 24 de agosto de 2001; Decreto nº 3.327/00. Está ligada ao Ministério da Saúde, com o objetivo de promover a defesa do interesse público na assistência à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores;

8.) Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), submetida ao Ministério dos transportes, com o fim de regular os transportes de: navegação fluvial, travessia, apoio portuário, cabotagem e longo percurso. Também regula os portos organizados, os terminais portuários privativos, o transporte aquaviário de cargas especiais e perigosas. Instituída pela Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001, alterada pelas Leis nº 10.470/02, nº 10.561, de 13 de novembro de 2002, e nº 10.683, de 28 de maio de 2003 e pela Medida Provisória nº 2.21703, de 04 de setembro de 2001;

9.) Agência Nacional do Cinema (ANCINE), nos primeiros doze meses de sua criação estava atrelada à Casa Civil da Presidência da República, que foram prorrogados por mais seis meses por força do Decreto nº 4.283/02, para depois juntar-se ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; para promover o fomento, regulação e fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica;

10.) Agência Nacional de Transporte Terrestres (ANTT), foi instituída pela Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001, posteriormente alterada pelas Leis nº 10.470/02, nº 10.561, de 13 de novembro de 2002, e nº 10.683, de 28 de maio de 2003 e pela Medida Provisória nº 2.217-03, de 04 de setembro de 2001; Decreto nº 4.130/02. Sob supervisão do Ministério dos Transportes, e ainda destinada à regulação do transporte ferroviário de passageiros e carga, exploração da infraestrutura ferroviária, transportes rodoviário interestadual e internacional de passageiros, rodoviário de cargas, multimodal, e do transporte de cargas especiais e perigosas em rodovias e ferrovias;

11.) Agência Nacional de Águas (ANA), criada pela Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, que posteriormente foi alterada pela Medida Provisória nº 2.216, de 31 de agosto de 2001; Decreto nº 3.692/00, encontra-se vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, como entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;

Existem autarquias, que muito embora sejam denominadas de *agências*, não se enquadram nessa categoria, quais sejam:

1.) Agência Espacial Brasileira (AEB), que se configura como entidade autárquica federal, com natureza civil, atrelada à Presidência da República, cuja finalidade é promover o desenvolvimento das atividades espaciais de interesse nacional. Está diretamente subordinada ao Presidente da República, sendo dotada de autonomia administrativa e financeira. Foi criada pela Lei nº 8.854, de 10 de fevereiro de 1994, alterada pela Medida Provisória nº 2.216-37, de 31 de agosto de 2001. Decreto nº 3.566/00, revogado pelo Decreto 4.718/03.

2.) Agência de Desenvolvimento da Amazônia (ADA) é uma entidade instituída pela Medida Provisória nº 2.157-5, de 24 de agosto de 2001; Decreto nº 4.125, de 13 de fevereiro de 2002, revogado pelo Decreto nº 4.652/03. Trata-se de autarquia subordinada ao Ministério da Integração Nacional, com o objetivo de implementar políticas e viabilizar instrumentos de desenvolvimento da Amazônia;

3.) Agência de Desenvolvimento do Nordeste (ADENE) foi instituída pela Medida Provisória nº 2.156-5, de 24 de agosto de 2001; Decreto nº 4.126, de 13 de fevereiro de 2002, revogado pelo Decreto 4.654/03. Trata-se de autarquia vinculada ao Ministério da Integração Nacional, com o objetivo de implementar políticas, viabilizando instrumentos de desenvolvimento do Nordeste.

Há ainda um órgão ou unidade da Administração Direta subordinada à Presidência da República e que não se configura em autarquia, mas que foi batizada com o nome de *agência*. Trata-se da *Agência Brasileira de Inteligência* (ABIN), instituída pela Lei nº 9.883, de 07 de

dezembro de 1999, e alterada pela Medida Provisória nº 2.2163-7, de 31 de agosto de 2001; Decreto nº 4.376/02.

No âmbito dos estados-membros surgiram várias *agências multissetoriais* (sem especialização) para regular atividades das concessionárias e dos respectivos serviços públicos ou para exercer o poder delegado pela União na fiscalização de serviços elétricos:

i.) Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERS), introduzida pela Lei estadual nº 10.931, de 09 de janeiro de 2009, posteriormente alterada pela Lei nº 11.292, de 23 de dezembro de 1998;

ii.) Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará (ARCE), criada pela Lei estadual nº 12.786, de 30.12.97;

iii.)

Agência estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Mato Grosso (AGER/MT) Lei nº 7.101, de 14.01.99, alterada pela Lei Complementar nº 66, de 22 de dezembro de 1999;

iv.) Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Minas Gerais (ARSEMG), criada pela Lei estadual nº 12.999, de 31 de julho de 1998;

v.) Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro (ASEPRJ), prevista na Lei estadual nº 2.686, de 13 de fevereiro de 1997;

vi.) Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Rio Grande do Norte (ARSEPRN), introduzida pela Lei estadual nº 7.463, de 02 de março de 1999, revogada pela Lei nº 7.758, de 09 de dezembro de 1999;

vii.) Agência Catarinense de Regulação e Controle (SC/ARCO), instituída pela Lei estadual nº 11.355, de 18 de janeiro de 2000;

viii.) Agência Reguladora de Serviços Concedidos do Estado de Sergipe (ASES), inserida no ordenamento pela Lei estadual nº 3.973/98;

ix.) Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de Alagoas (ARSAL), criada pela Lei estadual nº 6.267, de 20.09.01;

x.) Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Mato Grosso do Sul (AGEPAN-MS), criada pela Lei estadual nº 2.363, de 19.12.01;

- xi.) Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos (AGR), originada pela Lei estadual nº 13.550, de 11 de novembro de 1999;
- xii.) Agência Estadual de Regulação e Controle de Serviços Públicos (ARCON-PA), criada pela Lei estadual nº 6.099, de 30 de dezembro de 1997;

Em alguns estados-membros foram instituídas agências setoriais, como por exemplo:

- a.) Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Energia, Transporte e Comunicação da Bahia (AGERBA), introduzida no ordenamento jurídico pela Lei estadual nº 7.314, de 19 de maio de 1998;
- b.) Comissão de Serviços Públicos de Energia do Estado de São Paulo (CSPE), criada pela Lei complementar nº 833, de 17 de outubro de 1997;
- c.) Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo, criada pela Lei complementar nº 914, de 14 de janeiro de 2002;
- d.) Agência Estadual de Energia da Paraíba (AGEEL), criada pela Lei estadual nº 7.120, de 28 de junho de 2002; e a Agência de Água Irrigação e Saneamento da Paraíba (AAGISA), introduzida pela Lei estadual nº 7.033, de 29 de novembro de 2001.

2.2.5. As agências executivas

As agências executivas, não encontram classificação no âmbito da estrutura da Administração Pública. Trata-se apenas de uma qualificação dada uma autarquia ou fundação que tenha um contrato de gestão com seu órgão supervisor, no caso um ministério.

As agências reguladoras são autarquias em regime especial, integrantes da Administração Indireta. No entanto, são agências executivas aquelas que mantêm um contrato de gestão com a Administração Direta a qual estão vinculadas, cumprindo metas de desempenho, redução de custos e eficiência. Nesse caso ser uma agência executiva é apenas uma qualificação dada por um Ministro de Estado.

A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de **metas de desempenho para o órgão ou entidade**, cabendo à lei dispor sobre:

I—o prazo de duração do contrato;

- II—os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;
- III—a remuneração do pessoal

Nas palavras de Edmir Netto de Araújo²⁰⁸:

Então, hoje, *agência executiva* é autarquia ou fundação, vinculada à Administração Direta, instituída para melhoria ou eficiência das atividades de sua área funcional, celebrando contrato de gestão com o Governo para isso, nos termos dos decretos ns. 2.487 e 2.488, de 24 de fevereiro de 1998, mas que com vistas à sonhada autonomia, pouco efeito prático conseguiram suas leis instituidoras e decretos regulamentares que esbarraram em obstáculos constitucionais ou legais para atribuir-lhes prerrogativas que já antes poderiam ter por atos governamentais.

2.3. Dos órgãos Públicos

Órgão pode ser traduzido como o centro de competência, criado para a realização de determinadas ações de finalidade pública, trata-se de unidade de atuação integrante da estrutura da Administração Direta e assim como da Administração Indireta. Diferentemente do que ocorre com a entidade ou o ente, o órgão não é dotado de personalidade jurídica, sendo constituído de funções, cargos e agentes que podem ser modificados sem alteração da unidade orgânica.

Hely Lopes Meirelles²⁰⁹ define órgão como sendo:

[...] unidades de ação com atribuições específicas na organização estatal. Cada órgão, como centro de competência governamental ou administrativa, tem necessariamente *funções, cargos e agentes*, mas é distinto desses elementos, que podem ser modificados, substituídos ou retirados sem supressão da unidade orgânica.

Consoante se verifica nas lições de Edmir Netto de Araújo, corroborando com a visão de José Cretella Júnior:

²⁰⁸ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015, pg. 201.

²⁰⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed., atual. por Eurico Andrade Azevedo, Décio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, pg. 68-69.

A estrutura administrativa de certa pessoa política, entidade ou órgão, cuja visualização gráfica é geralmente denominada organograma, costuma ser comparada a uma “pirâmide”, na qual se colocam, em forma hierárquica, desde os agentes ou órgãos com mais competências e maior poder de decisão (no topo), àqueles com menores competências decisórias (na base), passando a impressão, que quase sempre é correspondente à realidade, que as autoridades superiores planejam, programam, supervisionam, governam, ordenam, com assessoria ou assistência de técnicos, ao passo que os subordinados, predominantemente, executam as ordens superiores e os trabalhos burocráticos.

A criação ou extinção de órgãos da Administração Pública dependem de lei, de iniciativa privativa do Chefe do Executivo.²¹⁰

A Lei de Processo Administrativo, Lei nº 9.784 de 29 de Janeiro de 1999 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, define órgão como unidade de atuação do Estado, *in verbis*: .

Art. 1o [...]

§ 2o Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - **órgão - a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta;** (grifo nosso)

Toda a vertente doutrinária é unânime no que diz respeito tanto a criação quanto à extinção de órgãos públicos entendendo que não decorrem da livre vontade da Administração Pública, pois está prescrito na Carta Magna que estes atos dependem de lei, isto é, matérias inseridas no campo da reserva legal. Isto é, a criação formal de órgãos, bem como a sua extinção, depende de lei, nos termos do nosso ordenamento constitucional (art. 49, XI). A iniciativa de lei que tenha por objetivo a criação ou à extinção de órgão da administração pública, no âmbito do Poder Executivo, é privativa do chefe desse Poder, cuja aplicação é obrigatória, pelo princípio da simetria, a todos os entes federados segundo orientação do STF.

²¹⁰ **Art. 48.** Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: **XI** - criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

São os órgãos públicos que intermediam as condutas e práticas em nome do Estado, por meio de seus agentes. Destacando-se que em face da observância da teoria do órgão, estes agentes podem ou não ser agentes públicos. Segundo a referida teoria os órgãos são compostos de agentes cujas condutas retratam a vontade do Estado.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²¹¹ ao tratar do tema esclarece que:

Com base na teoria do órgão, pode-se definir o **órgão público** como uma unidade que congrega atribuições exercidas pelos agentes públicos que o integram com o objetivo de expressar a vontade do Estado.

Na realidade a, o órgão não se confunde com a pessoa jurídica, embora seja uma de suas partes integrantes; a pessoa jurídica é o todo, enquanto os órgãos são parcelas integrantes do todo. O órgão também não se confunde com a pessoa física, o agente público, porque congrega funções que este vai exercer.

Os órgãos integram a estrutura do Estado e das demais pessoas jurídicas como pequenas engrenagens da gigantesca máquina administrativa, dotados de vontade e capazes de exercer direitos e contrair obrigações para o exercício de seus fins institucionais. Apesar de despersonalizados, os órgãos preservam relações funcionais entre si e com terceiros, das quais resultam efeitos jurídicos internos e externos.

Independentemente do fato de não possuírem personalidade jurídica, os órgãos podem ter prerrogativas funcionais próprias que, quando infringidas por outro órgão, admitem defesa até mesmo por meio de *mandado de segurança*, cuja capacidade processual de certos órgãos públicos na defesa de suas prerrogativas funcionais encontra-se atualmente pacificamente sustentada pela doutrina e pela jurisprudência²¹².

2.3.1. Características dos Órgãos

Levando-se em conta que o Estado é entidade com personalidade jurídica de direito público, note-se que não dispõe de vontade própria, agindo por meio de seus agentes, que são pessoas físicas vinculadas de alguma maneira à atividade pública.

²¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2017, pg. 672.

²¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed., atual. por Eurico Andrade Azevedo, Décio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, pg. 70.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²¹³ destaca que já surgiram várias teorias para explicar de que maneira o Estado se relaciona com seus agentes. A *teoria do mandato* (segundo a qual o Estado poderia outorgar mandato se, sendo pessoa jurídica, não pode manifestar vontade própria como poderia nomear procuradores); a *teoria da representação* (segundo a qual o agente figuraria como um tutor ou curador, o que não é possível, pois nessa hipótese estaria o Estado equiparado à condição de incapaz) ambas abandonadas para dar lugar à atual *teoria do órgão*, elaborada na Alemanha por Otto Gierke e tendo grande aceitação entre os juristas.

Os *órgãos* não possuem personalidade jurídica própria, pois são frutos do processo de *desconcentração*, isto é, eles são resultantes da distribuição de serviço dentro da mesma pessoa jurídica, no interior do mesmo núcleo, razão pela qual há o deslocamento hierárquico.

Também não possuem patrimônio próprio, uma vez que estão atrelados a uma entidade com personalidade jurídica autônoma, responsável pela sua manutenção. Invariavelmente, vão integrar a estrutura de uma pessoa jurídica à qual estão vinculados. Muito embora não possuam capacidade processual, ou seja, não podem estar em juízo, mas seus administradores poderão firmar contrato de gestão nos termos do artigo 37, § 8º CRFB/88.

Art. 37 – [...]

§ 8º - A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade,

2.3.2. Classificação dos órgãos públicos

Quanto à classificação dos órgãos, Edmir Netto de Araújo²¹⁴ previne que a grande variedade de critérios impede de se encontrar autores que focalizem o aspecto que reflita de verdade o que, na Administração, os órgãos fazem, isto é, a natureza das atividades que eles desempenham.

²¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2017, pg. 671.

²¹⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015, pg. 165.

Hely Lopes Meirelles²¹⁵ adverte que têm sido formuladas muitas classificações para órgãos públicos, mas na maioria sem alcance prático, razão pela qual ele prefere omiti-las, reunindo-os apenas quanto à *posição estatal, estrutura e atuação funcional*. Ele justifica essa escolha porque entende que essas divisões revelam as características particulares de cada modalidade, facilitando a compreensão do funcionamento, as prerrogativas e os relacionamentos internos e externos travados pelos órgãos públicos.

Quanto à *posição estatal* ou *posição hierárquica*, os órgãos podem ser: *independentes, autônomos, superiores e subalternos*:

Independentes são aqueles originados da Constituição Federal e representativo dos Poderes estatais. Estão no topo da cadeia governamental, sem qualquer subordinação hierárquica, seus membros fazem parte da categoria de agentes políticos. Ex. Presidência da República, Corporações Legislativas²¹⁶, Tribunais Judiciários, Ministério Público Federal e Estadual, etc.

Autônomos são os órgãos situados na cúpula da Administração, imediatamente abaixo dos órgãos independentes e diretamente subordinados aos seus dirigentes, possuem autonomia administrativa, financeira e técnica. São unidades de direção, cujas atribuições são planejar, supervisionar, coordenar, controlar as atividades afetas à respectiva área de competência. Ex.: Ministérios, Secretarias estaduais e municipais, Advocacia Geral da União, etc.

Órgãos superiores se distinguem entre aqueles que possuem poder de direção, controle, decisão e comando dos assuntos de sua competência específica, mas sempre submetidos ao controle hierárquico de uma chefia superior. Não possuem autonomia administrativa ou financeira, sua atuação limita-se ao planejamento e soluções de ordem técnica. Ex.: gabinetes, coordenadorias, inspetorias gerais, etc.

²¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 37. ed., atual. por Eurico Andrade Azevedo, Décio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, pg. 71.

²¹⁶ Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, Senado Federal, Assembleias Legislativas, Câmaras de vereadores.

Órgãos subalternos são todos aqueles que se encontram na base da pirâmide hierárquica quase desprovidos de poder decisório, com a responsabilidade pela execução de serviços rotineiros, atendimento ao público, expedientes de ordem burocráticas. Ex.: repartições públicas em geral.

Quanto à *estrutura*, os órgãos podem ser: *simples* ou *compostos*:

Os *órgãos simples* também chamados de *unitários* possuem um só centro de competência, inexistindo outra unidade orgânica incrustada na sua estrutura para auxiliar o seu desempenho. Ex.: Presidência da República.

Por outro lado, *órgãos compostos* são os que agrupam na sua estrutura outros órgãos menores, mas com funções idênticas ou funções auxiliares diversificadas. O órgão composto agrega órgãos menores e inferiores, formando um sistema orgânico desconcentrado, ou seja, distribuindo as competências em vários centros, a fim de alcançar maior presteza e eficiência. Ex.: A Secretaria de saúde possui na sua estrutura ambulatórios, hospitais públicos, unidades básicas de saúde, etc.

Quanto à *atuação funcional*²¹⁷, os órgãos podem ser: *singulares* e *colegiados*:

Órgãos singulares ou *unipessoais* são os que exercem sua atuação funcional por meio de um único agente. Os referidos órgãos podem ter muitos agentes, e normalmente os têm, mas o que os define sua singularidade é a o desempenho de sua função principal por um único agente investido de titularidade. Ex.: Presidência da República, Governadorias dos estados e Prefeituras municipais.

Já os *órgãos colegiados* também denominados *pluripessoais*, são todos aqueles que atuam e decidem conjunta e majoritariamente, ou seja, o que vale é a manifestação de vontade da maior parte. Não prevalece a opinião individual e isolada de seus membros, o que tem

²¹⁷ Para Maria Sylvia Di Pietro, os órgãos singulares e coletivos (e não compostos) recebem essa classificação no que diz respeito à *composição*. Quanto às *funções*, citando Renato Alessi, destaca a classificação dos órgãos em *órgãos ativos, consultivos e de controle*. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2017, pg. 675.

valor é o posicionamento da maioria. Ex.: Corporações legislativas, Tribunais superiores e comissões.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²¹⁸ acrescenta que o órgão pode ser classificado também *quanto à esfera de ação em centrais e locais*. *Centrais* seriam aqueles que exercem atribuições em todo território nacional, enquanto que os *órgãos locais* seriam aqueles que atuam sobre parte do território.

2.3.3. Aspectos jurídicos e funcionais do Ministério da Educação – MEC

Os Ministérios no Brasil são *órgãos autônomos* (de acordo com a *posição estatal*) e *compostos* ou *coletivos* (pela análise de sua *estrutura orgânica*), integrantes do Poder Executivo Federal. Os Ministros de Estado são escolhidos pelo Presidente da República, desligando-se do cargo por iniciativa própria ou por exoneração do próprio Presidente que o nomeou, pois trata-se de cargos em comissão ou de confiança.

Para o presente estudo interessa concentrar atenção apenas no Ministério da Educação-MEC, órgão da Administração Federal Direta, cujo campo de atuação e competência está relacionado aos seguintes assuntos:

I - política nacional de educação;

II - educação infantil;

III - educação em geral, compreendendo ensino fundamental, ensino médio, ensino superior, educação de jovens e adultos, educação profissional, educação especial e educação à distância, exceto ensino militar;

IV - avaliação, informação e pesquisa educacional;

V - pesquisa e extensão universitária;

VI - magistério; e

²¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2017, pg. 674.

VII - assistência financeira a famílias carentes para a escolarização de seus filhos ou dependentes.

O Ministério da Educação foi criado em 1930, logo após a ascensão de Getúlio Dornelles Vargas ao poder. Com o nome de *Ministério da Educação e Saúde Pública*, inicialmente desenvolvia atividades que estão distribuídas em vários outros Ministérios, como saúde, esporte, cultura e meio ambiente.

Antes da sua criação, os assuntos ligados à educação eram tratados pelo *Departamento Nacional do Ensino* que era vinculado ao Ministério da Justiça. Em 1932, um grupo de intelectuais preocupado em elaborar um programa de política educacional amplo e integrado lança o *Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova*, redigido por Fernando de Azevedo e assinado por outros conceituados educadores, como Anísio Teixeira²¹⁹.

O manifesto propunha que o Estado organizasse um plano geral de educação e definisse a bandeira de uma escola única, pública, laica, obrigatória e gratuita. Nessa época, a igreja era concorrente do Estado na área da educação. Somente em 1934, com o advento da terceira Constituição Federal, que a educação passou ser considerada como um direito de todos, devendo ser ministrada pela família e pelos poderes públicos.

No período compreendido entre 1934 a 1945, o então ministro da Educação e Saúde Pública, Gustavo Capanema Filho, promove uma gestão marcada pela reforma dos ensinos secundário e universitário. Nessa fase, o Brasil já implantava as bases da educação nacional.

Em 1953 a área de saúde ganhou autonomia, dando lugar ao Ministério da Educação e Cultura, com a sigla MEC, conservada até os dias atuais. O sistema educacional brasileiro até 1960 era centralizado e o modelo era seguido por todos os estados e municípios. Com a aprovação da primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), em 1961, os órgãos estaduais e municipais ganharam mais autonomia, diminuindo a centralização do MEC. O ensino religioso facultativo nas escolas públicas foi um dos pontos de maior disputa para a

²¹⁹ Informações e dados históricos obtidos no sitio oficial do Ministério da Educação. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/>. Acesso em 18 de abr. de 2017.

aprovação da lei, o pano de fundo era a separação entre o Estado e a Igreja. O salário-educação, criado em 1962, também é um fato marcante na história do Ministério da Educação. Até hoje, esse recurso continua sendo fonte de recursos para a educação básica brasileira.

A reforma universitária, em 1968, assegurou a autonomia didático-científica, disciplinar, administrativa e financeira às universidades. A reforma representou um avanço na educação superior brasileira, ao instituir um modelo organizacional único para as universidades públicas e privadas.

A educação no Brasil, em 1971, se vê diante de uma nova LDB. O ensino passa a ser obrigatório dos sete aos 14 anos. O texto também prevê um currículo comum para o primeiro e segundo graus e uma parte diversificada em função das diferenças regionais.

Em 1985, é criado o Ministério da Cultura. Em 1992, uma lei federal transformou o MEC no Ministério da Educação e do Desporto e, somente em 1995, a instituição passa a ser responsável apenas pela área da educação. Uma nova reforma na educação brasileira foi implantada em 1996. Trata-se da mais recente Lei de Diretrizes e Bases (LDB), que trouxe diversas mudanças às leis anteriores, com a inclusão da educação infantil (creches e pré-escola). A formação adequada dos profissionais da educação básica também foi priorizada com um capítulo específico para tratar do assunto.

Ainda em 1996, o Ministério da Educação criou o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF) para atender ao ensino fundamental. Os recursos para o FUNDEF vinham das receitas dos impostos e das transferências dos estados-membros, do Distrito Federal e dos municípios vinculados à educação.

Além do Gabinete do Ministro, possui os seguintes órgãos internos²²⁰:

²²⁰ BRASIL, Ministério da Educação (MEC). Brasília, MEC/SEF. Disponível em <http://portal.mec.gov.br>. Acesso em 30 abr. 2017.

- ⇒ a) Secretaria Executiva;
- ⇒ b) Subsecretaria de Assuntos Administrativos;
- ⇒ c) Subsecretaria de Planejamento e Orçamento;
- ⇒ d) Diretoria de Tecnologia da Informação;
- ⇒ e) Secretaria de Educação Superior (SESu);
- ⇒ f) Secretaria de Educação Básica;
- ⇒ g) Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica;
- ⇒ h) Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão (SECADI);
- ⇒ i) Secretaria de Articulação com os Sistemas de Ensino (SASE);
- ⇒ j) Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior (SERES).

a) A *Secretaria Executiva* é órgão superior, pela posição estatal, integrante do Ministério da Educação cuja competência reside em:

I - assistir ao ministro na supervisão e coordenação das atividades das secretarias integrantes da estrutura do Ministério e das entidades a ele vinculadas;

II - auxiliar o ministro na definição de diretrizes e na implementação das ações em educação;

III - supervisionar e coordenar as atividades relacionadas aos sistemas federais de planejamento e orçamento, organização e modernização administrativa, recursos da informação e informática, recursos humanos e de serviços gerais, no âmbito do ministério.

b) A *Subsecretaria de Assuntos Administrativos* está hierarquicamente vinculada à *Secretaria Executiva* e tem suas atribuições estabelecidas no Decreto nº 7.690, de 2 de março de 2012, nos seguintes termos:

I - planejar, coordenar e supervisionar a execução das atividades relacionadas com os sistemas federais de Organização e Inovação Institucional e de Serviços Gerais, no âmbito do Ministério;

II - planejar, coordenar e supervisionar a execução das atividades relacionadas com o sistema federal de Administração de Pessoal Civil no âmbito do Ministério, inclusive as atividades de capacitação e desenvolvimento dos servidores do Ministério e suas entidades vinculadas, executadas pelo Centro de Formação e Aperfeiçoamento do Ministério da Educação;

III - promover a articulação com o órgão central dos sistemas federais referidos nos incisos I e II do caput, informando e orientando os órgãos do Ministério quanto ao cumprimento das normas administrativas;

IV - promover a elaboração e a consolidação dos planos e programas das atividades de sua área de competência e submetê-los à decisão superior;

V - assessorar os dirigentes e gestores em matéria de planejamento, gerenciamento e organização de suas respectivas atividades e processos de trabalho; e

VI - assessorar as áreas e unidades do Ministério, especialmente no planejamento, sistematização, padronização e implantação de técnicas e instrumentos de gestão.

c) A *Subsecretaria de Planejamento e Orçamento*, nos termos do Decreto nº 6.320, de 20 de dezembro de 2007, é responsável pela aprovação da estrutura regimental do Ministério da Educação, cuja competência se traduz em:

I - planejar, coordenar e supervisionar a execução das atividades relacionadas aos Sistemas Federais de Planejamento e de Orçamento, de Administração Financeira e de Contabilidade, no âmbito do Ministério da Educação;

II - promover a articulação com o órgão central dos sistemas referidos no inciso I, informando e orientando as unidades e as entidades vinculadas do Ministério da Educação quanto ao cumprimento das normas vigentes;

III - coordenar a elaboração e a consolidação dos planos e programas anuais e plurianuais do Ministério da Educação e submetê-los à decisão superior;

IV - desenvolver, coordenar e avaliar as atividades de execução orçamentária, financeira e contábil, no âmbito do Ministério da Educação;

V - monitorar e avaliar as metas e os resultados da execução dos planos e programas anuais e plurianuais, em articulação com as demais Secretarias, autarquias, empresas públicas e fundações vinculadas ao Ministério da Educação; e

VI - realizar tomada de contas dos ordenadores de despesa e demais responsáveis por bens e valores públicos e de todo aquele que der causa à perda, extravio ou outra irregularidade que resulte em dano ao erário.

d) A *Secretaria de Educação Superior (SESu)* é a unidade do Ministério da Educação responsável por planejar, orientar, coordenar e supervisionar o processo de formulação e implementação da Política Nacional de Educação Superior. Também são de responsabilidade da SESu, a manutenção, supervisão e o desenvolvimento das instituições

públicas federais de ensino superior e a supervisão das instituições privadas de educação superior, conforme a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB).

e) A *Diretoria de Tecnologia da Informação*, órgão específico singular, diretamente subordinado à Secretaria Executiva do Ministério da Educação, tem suas atribuições estabelecidas no Decreto nº 6.320/2007, conforme segue:

I - instrumentalizar o Secretário-Executivo com informações gerenciais, relacionadas à Tecnologia da Informação e da Comunicação, no âmbito do Ministério da Educação;

II - exercer as funções de Órgão Setorial, colaborando com o órgão central do Sistema de Administração dos Recursos de Informação e Informática - SISP, na análise e proposições de mecanismos, processos, e atos normativos, com vistas ao contínuo aperfeiçoamento das atividades desenvolvidas no âmbito do Ministério da Educação;

III - promover a articulação com o Órgão Central do Sistema de Administração dos Recursos de Informação e Informática – SISP, informando e orientando os órgãos e as unidades do Ministério da Educação quanto ao cumprimento das normas vigentes;

IV - exercer as funções de Unidade de Monitoramento e de Avaliação, de modo a oferecer subsídios técnicos na definição de conceitos e dos procedimentos específicos nas ações relativas ao Plano Diretor de Tecnologia da Informação, no âmbito do Ministério;

V - planejar, coordenar, gerir e supervisionar os projetos de desenvolvimento e manutenção de sistemas, comunicação de voz e dados, rede elétrica estabilizada, rede local com e sem fio, infraestrutura computacional, serviços de atendimento de informática e demais atividades de Tecnologia da Informação e Comunicação do Ministério;

VI - estabelecer e coordenar a execução da política de segurança de Tecnologia da Informação, no âmbito do Ministério;

VII - definir e adotar metodologia de desenvolvimento de sistemas e coordenar a prospecção de novas Tecnologias de Informação e da Comunicação no âmbito do Ministério;

VIII - promover ações visando garantir a disponibilidade, a qualidade e a confiabilidade dos processos, produtos e serviços de Tecnologia da Informação e Comunicação, no âmbito do Ministério;

IX - coordenar, supervisionar, orientar, acompanhar e avaliar a elaboração e execução dos planos, programas, projetos e as contratações estratégicas de Tecnologia da Informação e Comunicação do Ministério;

X - planejar e implementar estratégias de soluções de Tecnologia da Informação e da Comunicação, de acordo com as diretrizes definidas pelo Ministério;

XI - garantir que os produtos e serviços relativos à Tecnologia da Informação e da Comunicação sejam conduzidos de acordo com a legislação pertinente; e

XII - representar institucionalmente o Ministério em assuntos de Tecnologia da Informação e da Comunicação.

f) A *Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica*, é o órgão interno cuja competência, encontra-se estabelecida no artigo 13 do Decreto nº 7.690, de 2 de março de 2012, nos seguintes termos:

I - planejar, orientar, coordenar e avaliar o processo de formulação e implementação da Política de Educação Profissional e Tecnológica;

II - promover o desenvolvimento da Educação Profissional e Tecnológica em consonância com as políticas públicas e em articulação com os diversos agentes sociais envolvidos;

III - definir e implantar política de financiamento permanente para a Educação Profissional e Tecnológica;

IV - promover ações de fomento ao fortalecimento, à expansão e à melhoria da qualidade da Educação Profissional e Tecnológica;

V - instituir mecanismos e espaços de controle social que garantam gestão democrática, transparente e eficaz no âmbito da política pública e dos recursos destinados à Educação Profissional e Tecnológica;

VI - fortalecer a Rede Pública Federal de Educação Profissional e Tecnológica, buscando a adequada disponibilidade orçamentária e financeira para a sua efetiva manutenção e expansão;

VII - promover e realizar pesquisas e estudos de políticas estratégicas, objetivando o desenvolvimento da Educação Profissional e Tecnológica;

VIII - desenvolver novos modelos de gestão e de parceria público-privada, na perspectiva da unificação, otimização e expansão da Educação Profissional e Tecnológica;

IX - estabelecer estratégias que possibilitem maior visibilidade e reconhecimento social da Educação Profissional e Tecnológica;

X - apoiar técnica e financeiramente o desenvolvimento da Educação Profissional e Tecnológica dos sistemas de ensino, nos diferentes níveis de governo;

XI - estabelecer mecanismos de articulação e integração com os sistemas de ensino, os setores produtivos e demais agentes sociais no que diz respeito à demanda quantitativa e qualitativa de profissionais, no âmbito da Educação Profissional e Tecnológica;

XII - acompanhar e avaliar as atividades desenvolvidas pela Rede Federal de Educação Profissional e Tecnológica;

XIII - elaborar, manter e atualizar o catálogo nacional de cursos técnicos e o catálogo nacional de cursos de formação inicial e continuada, no âmbito da Educação Profissional e Tecnológica; e

XIV - estabelecer diretrizes para as ações de expansão e avaliação da Educação Profissional e Tecnológica em consonância com o Plano Nacional de Educação - PNE.

g) A *Secretaria de Educação Básica* é o órgão responsável por zelar pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio em todos os seus aspectos. Atualmente, os documentos que norteiam a educação básica são a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Básica e o Plano Nacional de Educação, aprovado pelo Congresso Nacional em 26 de junho de 2014. Outros documentos fundamentais são a Constituição da República Federativa do Brasil e a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.

h) A *Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão* (SECADI) em articulação com os sistemas de ensino implementa políticas educacionais nas áreas de alfabetização e educação de jovens e adultos, educação ambiental, educação em direitos humanos, educação especial, do campo, escolar indígena, quilombola e educação para as relações étnico-raciais. O objetivo da SECADI é contribuir para o desenvolvimento inclusivo dos sistemas de ensino, voltado à valorização das diferenças e da diversidade, à promoção da educação inclusiva, dos direitos humanos e da sustentabilidade socioambiental, visando à efetivação de políticas públicas transversais e intersetoriais.

i) A *Secretaria de Articulação com os Sistemas de Ensino* (SASE), órgão criado em 2011 como uma demanda clara da CONAE 2010²²¹, que exigia do Ministério da Educação

²²¹ A Conferência Nacional de Educação – CONAE é um espaço democrático aberto pelo Poder Público para que todos possam participar do desenvolvimento da Educação Nacional. Organizada para tematizar a educação escolar, da Educação Infantil à Pós Graduação, e realizada, em diferentes territórios e espaços institucionais, nas escolas, municípios, Distrito Federal, estados e país. Estudantes, pais, profissionais da educação, gestores, agentes públicos e sociedade civil organizada de modo geral, visando conferir os rumos da educação brasileira. A Portaria Ministerial nº 10/2008 constituiu comissão de 35 membros, a quem atribuiu as tarefas de coordenar, promover e monitorar o desenvolvimento da CONAE em todas as etapas. Na mesma portaria foi designado o Secretário Executivo Adjunto Francisco das Chagas para coordenar a Comissão Organizadora Nacional. A Comissão Organizadora Nacional foi integrada por representantes das secretarias do Ministério da Educação, da Câmara e do Senado, do Conselho Nacional de Educação, das entidades dos dirigentes estaduais, municipais e federais da educação e de todas as entidades que atuam direta ou indiretamente na área da educação.

uma ação mais presente na coordenação do trabalho de instituir o Sistema Nacional de Educação. Tem como função precípua o desenvolvimento de ações para a criação de um Sistema Nacional de Educação – SNE, cujo prazo terminativo se viu consubstanciado no artigo 13 da Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014 (que aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências). O Sistema Nacional de Educação, segundo o diploma legal, deve ser instituído pelo poder público, em lei específica, contados dois anos da publicação do PNE.

j) A *Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior (SERES)* é a unidade orgânica do Ministério da Educação, criada em 17 de abril de 2011, cujas atribuições deste estão previstas nos artigos 26 a 29 do Decreto nº 7.690, de 2 de março de 2012, com as alterações do Decreto nº 8.066, de 7 de agosto de 2013, sendo responsável pela regulação e supervisão de Instituições de Educação Superior (IES), públicas e privadas, pertencentes ao Sistema Federal de Educação Superior; e cursos superiores de graduação do tipo bacharelado, licenciatura e tecnológico, e de pós-graduação lato sensu, todos na modalidade presencial ou à distância. A SERES também é responsável pela Certificação de Entidades Beneficentes de Assistência Social na Área de Educação (Cebas-Educação).

Além dos centros de competências integrantes da estrutura interna do Ministério da Educação-MEC há, também, outros vinculados ao respectivo órgão, com as competências específicas, conforme registra-se:

- ⇒ i) Conselho Nacional de Educação- CNE;
- ⇒ ii) Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira-INEP;
- ⇒ iii) Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação FNDE;
- ⇒ iv) Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior- CAPES;
- ⇒ v) Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares- EBSEH;
- ⇒ vi) Comissão Nacional de Avaliação da Educação Superior- CONAES;
- ⇒ vii) Instituto Benjamin Constant-IBC;

- ⇒ viii) Instituto Nacional de Educação de Surdos-INES;
- ⇒ ix) Fundação Joaquim Nabuco-FUNDAJ;
- ⇒ x) Colégio Pedro II.

i) O *Conselho Nacional de Educação-CNE* é um órgão colegiado ligado ao Ministério da Educação, criado pela Lei 9.131, de 25 de novembro de 1995, com a finalidade de colaborar na formulação da Política Nacional de Educação e exercer atribuições normativas, deliberativas e de assessoramento ao Ministro da Educação.

As Câmaras de Educação Básica e de Educação Superior, que compõem o Conselho, são constituídas cada uma, por doze conselheiros, sendo membros natos em cada Câmara, respectivamente, o Secretário de Educação Fundamental e o Secretário de Educação Superior do Ministério da Educação, nomeados pelo Presidente da República. Compete ao Conselho e às Câmaras exercer as atribuições conferidas pela Lei 9.131/95, emitindo pareceres e decidindo privativa e autonomamente sobre os assuntos que lhe são pertinentes, cabendo, no caso de decisões das Câmaras, recurso ao Conselho Pleno.

ii) O *Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira-INEP* é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Educação (MEC), cuja missão é promover estudos, pesquisas e avaliações sobre o Sistema Educacional Brasileiro. Dentre os principais objetivos estão o subsídio da formulação e implementação de políticas públicas para a área educacional a partir de parâmetros de qualidade e equidade, bem como a produção de informações claras e confiáveis aos gestores, pesquisadores, educadores e público em geral.²²²

Para gerar dados e estudos sobre o tema, o INEP realiza levantamentos estatísticos e avaliativos em todos os níveis e modalidades de ensino:

- *Censo Escolar*: levantamento de informações estatístico-educacionais de âmbito nacional, realizado anualmente;

²²² Dados e informações extraídas do site oficial, BRASIL. INEP - Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais. Anísio Teixeira. Ministério da Educação. Disponível em: <<http://www.enem.inep.gov.br/>>. Acesso em 17 abr. 2017.

- *Censo Superior*: coleta anual de uma série de dados sobre o ensino superior no País, incluindo cursos de graduação, presenciais e à distância;
- *Avaliação dos Cursos de Graduação*: procedimento utilizado pelo MEC para o reconhecimento ou renovação de reconhecimento dos cursos de graduação, representando uma medida necessária para a emissão de diplomas;
- *Avaliação Institucional*: compreende a análise dos dados e informações prestadas pelas Instituições de Ensino Superior (IES) no Formulário Eletrônico e a verificação, *in loco*, da realidade institucional, dos cursos de graduação e pós-graduação, da pesquisa e da extensão;
- *Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES)*: criado pela Lei no 10.861, de 14 de abril de 2004, o SINAES é o novo instrumento de avaliação superior do MEC/INEP. É formado por três avaliações principais: a das instituições; a dos cursos; e a do desempenho dos estudantes;
- *Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM)*: exame de saída facultativo aos que já concluíram e aos concluintes do ensino médio, aplicado pela primeira vez em 1997;
- *Exame Nacional para Certificação de Competências (ENCCEJA)*: proposta do Ministério da Educação para construir uma referência de avaliação nacional destinada a jovens e adultos que não puderam concluir os estudos na idade prevista;
- *Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica (SAEB)*: pesquisa por amostragem do ensino fundamental e médio, realizada a cada dois anos;
- *Plano Nacional de Educação-PNE*: plano que determina diretrizes, metas e estratégias para a política educacional.

iii) *Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação-FNDE* é uma autarquia federal criada pela Lei nº 5.537, de 21 de novembro de 1968, e alterada pelo Decreto-Lei nº 872, de 15 de setembro de 1969, responsável pela execução de políticas educacionais do Ministério da Educação (MEC). A entidade se tornou parceira de 26 estados, dos 5.565 municípios e do Distrito Federal. Neste contexto, os repasses de dinheiro são divididos em constitucionais, automáticos e voluntários (convênios). O FNDE inovou o modelo de compras governamentais, os diversos projetos e programas em execução – Alimentação Escolar, Livro Didático, Dinheiro Direto na Escola, Biblioteca da Escola, Transporte do Escolar, Caminho

da Escola, Reestruturação e Aquisição de Equipamentos para a Rede Escolar Pública de Educação infantil.²²³

iv) *Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior*- CAPES é uma fundação pública vinculada ao Ministério da Educação, ou seja, trata-se de uma entidade dotada de personalidade jurídica própria e autonomia jurídica, administrativa e financeira, cuja missão é promover a expansão de programas de pós-graduação *stricto sensu* (mestrado e doutorado) em todos os estados da Federação. Em 2007, passou também a atuar na formação de professores da educação básica ampliando o alcance de suas ações na formação de pessoal qualificado no Brasil e no exterior. As atividades da CAPES podem ser agrupadas nas seguintes linhas de ação, cada qual desenvolvida por um conjunto estruturado de programas, da seguinte forma:

- a. avaliação da pós-graduação *stricto sensu*;
- b. acesso e divulgação da produção científica;
- c. investimentos na formação de recursos de alto nível no país e exterior;
- d. promoção da cooperação científica internacional.
- e. indução e fomento da formação inicial e continuada de professores para a educação básica nos formatos presencial e a distância.

A *Campanha Nacional de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior* (atual CAPES) foi criada em 11 de julho de 1951, pelo Decreto nº 29.741, com o objetivo de *assegurar a existência de pessoal especializado em quantidade e qualidade suficientes para atender às necessidades dos empreendimentos públicos e privados que visam ao desenvolvimento do país*. No governo do Presidente Fernando Afonso Collor de Mello, por meio da medida provisória nº 150, de 15 março de 1990, a entidade foi extinta, desencadeando intensa mobilização. As universidades mobilizam a opinião acadêmica e científica que, com o apoio do Ministério da Educação, conseguiram reverter a medida (que ainda seria apreciada pelo Congresso Nacional). A CAPES foi recriada pela Lei nº 8.028, de

²²³ Informações e dados recolhidos do site oficial do Ministério da Educação. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/par/455-governo-1745665505/ogaos-vinculados-627285149/20519-fnde-fundo-nacional-de-desenvolvimento-da-educacao>. Acesso em 17 abr. 2017.

09 de janeiro de 1992, que autorizou o poder público a instituí-la como Fundação Pública, revigorando-a intensamente.²²⁴

v) *Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares-EBSERH*, é uma empresa pública cuja finalidade de dar prosseguimento ao processo de recuperação dos hospitais universitários federais. A entidade foi criada, por meio da Lei nº 12.550, de 15 de dezembro de 2011. A entidade é responsável pela gestão do Programa de Reestruturação e que, por meio de contrato firmado com as universidades federais que assim optarem, deve atuar no sentido de modernizar a gestão dos hospitais universitários federais, preservando e reforçando o papel estratégico desempenhado por essas unidades de centros de formação de profissionais na área da saúde e de prestação de assistência à saúde da população integralmente no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).²²⁵

vi) A *Comissão Nacional de Avaliação da Educação Superior-CONAES* se configura em um órgão colegiado de coordenação e supervisão do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior SINAES, instituído pela Lei nº 10.861, de 14 de Abril de 2004, instituído pela Lei nº 10.861, de 14 de Abril de 2004, a CONAES possui as seguintes atribuições: ²²⁶

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;

²²⁴ De acordo com informações constantes no sítio oficial da Fundação Pública denominada *Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior- CAPES*. Disponível em: <http://www.capes.gov.br/historia-e-missao>. Acesso em 17 abr. 2017.

²²⁵ Informações e dados recolhidos da página oficial da empresa pública denominada *Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares-EBSERH*. Brasília. Disponível em <http://www.ebserh.gov.br/web/portal-ebserh/historia>. Acesso em 30 abr. 2017.

²²⁶ Conforme sítio oficial do Ministério da Educação (MEC). Disponível em <http://portal.mec.gov.br/conaes-comissao-nacional-de-avaliacao-da-educacao-superior/conheca-a-conaes>. Acesso em 3- de abr. 2017.

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.

vii) O *Instituto Benjamin Constant-IBC* é uma tradicional instituição de ensino para deficientes visuais. Localizada na cidade e estado do Rio de Janeiro-Brasil, foi criada com o nome de *Imperial Instituto dos Meninos Cegos* pelo Imperador D. Pedro II (1840-1889) por meio do Decreto Imperial nº 1.428, de 12 de setembro de 1854.

Com o aumento da demanda pelos seus cursos, foi projetado e construído o prédio atual, em etapas, a primeira, a partir de 1890, após a Proclamação da República. A instituição teve o seu nome alterado em 1891, para Instituto Benjamin Constant, uma homenagem ao republicano Benjamin Constant Botelho de Magalhães, o seu terceiro diretor. O instituto teve as suas portas fechadas em 1937 para a conclusão da segunda e última etapa da construção do prédio, reaberto em 1944. Em setembro de 1945 foi instituído o curso ginásial. Assim passou a oferecer aos deficientes visuais oportunidade de ingresso nas escolas secundárias e nas universidades.²²⁷

viii) *Instituto Nacional de Educação de Surdos-INES* é um órgão público vinculado ao Ministério da Educação, cuja história começou em 26 de setembro de 1857, durante o Império de D. Pedro II, quando o professor francês Ernest Huet (que era surdo) fundou, com o apoio do imperador o Imperial Instituto de Surdos Mudos. Na época, o Instituto era um asilo, onde só eram aceitos surdos do sexo masculino. Eles vinham de todos os pontos do país e muitos eram abandonados pelas famílias.

O Instituto tem como principais atribuições produção, desenvolvimento e a divulgação de conhecimentos científicos e tecnológicos na área da surdez em todo o território nacional, bem como subsidiar a Política Nacional de Educação, na perspectiva de promover e assegurar

²²⁷ Dados obtidos na página oficial do *Instituto Benjamin Constant-IBC*. Rio de Janeiro. Disponível em <http://ibcserver0c.ibc.gov.br>. Acesso em 30 de abr. 2017.

o desenvolvimento global da pessoa surda, sua plena socialização e o respeito às suas diferenças.²²⁸

ix) A *Fundação Joaquim Nabuco-FUNDAJ* é uma fundação pública com regime de direito privado fundada em 1949, está sediada na cidade de Recife - Pernambuco. A entidade mantém os seguintes espaços culturais: Museu do Homem do Nordeste, Cineteatro José Carlos Cavalcanti Borges, Galeria Baobá, Galeria Vicente do Rego Monteiro, Galeria Massangana, Galeria Waldemar Valente, Memorial Joaquim Nabuco, Sala Mauro Mota de exposição permanente, Biblioteca Central Blanche Knopf e a Biblioteca Nilo Pereira (em Recife); Museu do Homem do Norte (em Manaus), e Centro Cultural Engenho Massangana, (em Cabo de Santo Agostinho). A Fundação realiza, ainda, a reprografia de documentos antigos e farta digitalização de textos e imagens. Além disso, promove cursos de capacitação, concursos histórico-científicos, conservação, pesquisa e restauração documental.²²⁹

x) O *Colégio Pedro II* é uma instituição criada em 2 de dezembro de 1837 e integrada à Rede Federal de Educação Profissional, Científica e Tecnológica nos termos da Lei no 11.892, de 29 de dezembro de 2008, com a redação dada pela Lei no 12.677, de 25 de junho de 2012, possui natureza jurídica de autarquia, vinculada ao Ministério da Educação, sendo detentora de autonomia administrativa, patrimonial, financeira, didático-pedagógica e disciplinar.

Foi o primeiro colégio de instrução secundária, instituído para ser referência de ensino no Brasil, o Colégio Pedro II conta com uma longa tradição que se confunde com a própria história do país. Do Império à República, o Colégio foi protagonista da educação nacional por meio do desenvolvimento científico, artístico e cultural da nação brasileira.

A instituição nasceu como Colégio dos Órfãos de São Pedro, criado em 1739 pelo Bispo D. Antônio de Guadalupe, posteriormente chamado Seminário de São Joaquim (1766). O seminário exercia também a função de escola, funcionando como um polo de cultura na

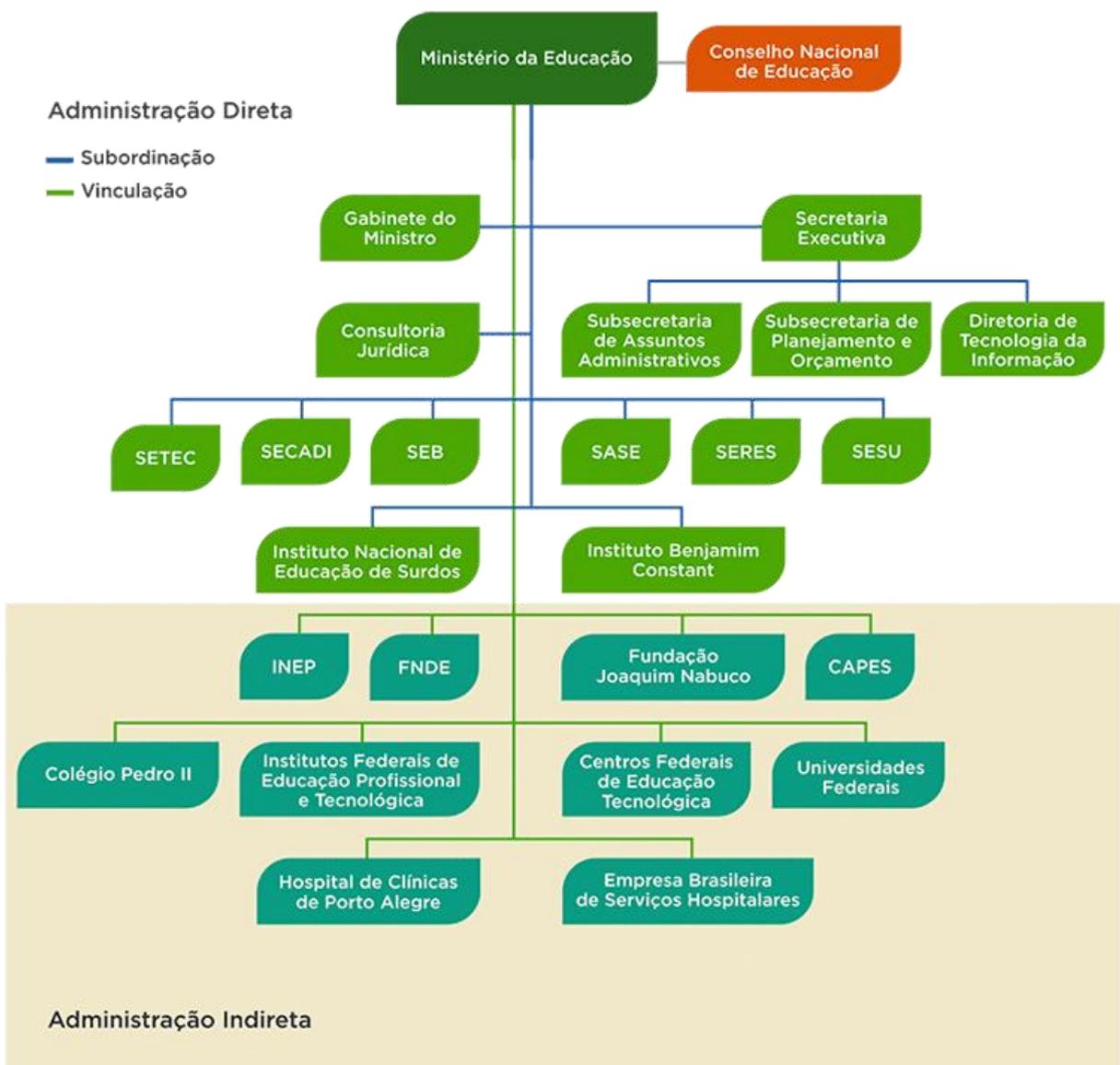
²²⁸ Informações reproduzidas da página oficial do INES (Instituto Nacional de Educação de Surdos). Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.ines.gov.br>. Acesso em 30 de abr. 2017.

²²⁹ Dados obtidos na página oficial da página da *Fundação Joaquim Nabuco-FUNDAJ*. Recife. Disponível em <http://www.fundaj.gov.br>. Acesso em 30 de abr. 2017.

cidade do Rio de Janeiro, papel que ganhou mais relevância quando da expulsão dos jesuítas do Brasil, em 1759. A partir desse episódio, a educação dos jovens se limitou à instrução doméstica com preceptores e aos seminários ligados às paróquias locais, como o São Joaquim.

Por iniciativa do ministro interino do Império, Bernardo Pereira de Vasconcellos, o Seminário de São Joaquim foi transformado no Imperial Collegio de Pedro Segundo, por meio de um Decreto de 2 de dezembro de 1837. O nome dado à instituição foi uma homenagem ao Imperador Dom Pedro II, que naquela data completava 12 anos de idade. Contando com 12 *campi* na cidade do Rio de Janeiro nos bairros do Centro, São Cristóvão (3 unidades), Humaitá (2 unidades), Tijuca (2 unidades), Engenho Novo (2 unidades) e Realengo (2 unidades). Também possui um *campus* em Niterói e outro em Duque de Caxias, todas as unidades situadas no estado do Rio de Janeiro.²³⁰

²³⁰ Notas informativas extraídas da página oficial do Colégio Pedro II. Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.cp2.g12.br>. Acesso em 30 de abr. 2017.



Fonte: BRASIL, Ministério da Educação (MEC). Brasília.

Disponível em <http://portal.mec.gov.br/institucional/estrutura-organizacional>. Acesso em 30 abr 2017.

Capítulo III – A REGULAÇÃO DO ENSINO SUPERIOR NO BRASIL

3.1. Notas introdutórias

No Brasil, o enquadramento da educação como direito fundamental não é exatamente uma novidade, muito embora tenha havido considerável avanço nesse sentido a partir da Constituição Federal de 1988. É de grande pertinência a análise da educação superior como direito fundamental no contexto contemporâneo para que se possa compreender o papel do Estado nessa seara, bem como os limites de sua atuação constitucionalmente prevista.

O ensino superior, de acordo com a vertente constitucional brasileira, é um *serviço público* que pode ser prestado diretamente pelo Estado ou por agentes econômicos privados, sob a condição de observar-se as normas gerais da educação nacional e mediante autorização e avaliação.

Aliás, como bem aponta Monica Spezia Justen²³¹, o conceito de serviço público em cinco países que compõe a União Europeia ilustra a diferente intensidade com que o assunto é tratado no atual cenário do direito comunitário.

A tipologia adotada por Franck Moderne fornece elementos interessantes e esclarecedores da multiplicidade de acepções. Segundo esse autor, pode-se aludir a três categorias de países segundo a ótica de serviço público. A primeira categoria inclui apenas a França, onde a noção tem um papel fundamental na construção do direito público, sendo considerado inclusive como pedra angular do direito administrativo francês e, por vezes, um “mito” erigido pelo consciente coletivo. O segundo grupo, em que se incluem a Itália e a Espanha além de outros de tradição jurídica romanista, trata o serviço público como um conceito técnico-jurídico, de relevância atenuada, mas encontra referência nas constituições. Finalmente, há países em que a noção de serviço público não produz efeitos jurídicos, embora não seja totalmente ignorada. Neste grupo estaria Alemanha e Grã-

²³¹ JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Ed. Dialética, 2003, pg. 226.

Bretanha. Propõe-se que esse último grupo admita uma subdivisão, isolando a Grã-Bretanha numa categoria em que a noção de serviço público é uma noção quase que exclusivamente econômica, como é típico dos países do *Common Law*. Enquanto que na Alemanha tem um direito em que se formulam ideias semelhantes ao serviço público de um modo a revesti-lo não só sob outra denominação, mas impregnando-a de teor principiológico, como é o *Daseinsvorsorge*.

A constatação de que o Estado não tem recursos suficientes para todos os investimentos necessários e que, além disso, é na maioria dos casos, é um mau administrador, conduziu ao processo de transferência para o setor privado da execução de ampla cadeia de serviços públicos. No entanto, o fato de determinados serviços públicos serem prestados por entes privados não altera sua natureza pública.

Gustavo Binenjom²³² afirma que:

A desestatização de serviços públicos e atividades econômicas de relevante interesse coletivo não importa, todavia, a sua despublicização. Ao contrário, a transferência ou devolução da execução destas tarefas à iniciativa privada exige antes a republicização dos mecanismos de controle do Estado sobre elas.

Essa exposição busca alcançar a definição constitucional do direito ao ensino superior e se presta também para demonstrar as eventuais formas e possibilidades de desenvolvimento desse direito, destacando a importância da sua concretização pela interpretação constitucional, o que também é impulsionado pelas decisões dos tribunais superiores.

Antes, porém, mostra-se de curial importância a visualização do contexto político brasileiro recente, mais precisamente, a partir da reforma do Estado iniciada no governo do ex-presidente da República Fernando Henrique Cardoso que implicava a transformação num

²³² BINENJOM, Gustavo. *As agências reguladoras e o estatuto jurídico de seus dirigentes – Controvérsias constitucionais e procedimentos possíveis*, in Livro de teses XXV Congresso Nacional dos Procuradores do Estado, realizado em outubro de 1999, em Alagoas- Brasil, pg. 219. No mesmo sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Agência nacional de vigilância sanitária: natureza jurídica, competência normativa, limites de atuação*, Revista de Direito Administrativo - RDA Rio de Janeiro 215: 71-83 jan/mar 1999, pg. 72.

Estado regulador que exerceria sua função por meio de agências reguladoras específicas, com forte caráter técnico.

No caso da educação superior, embora tenha aumentado as funções de regulação, estas não ocorreram pela via de agências reguladoras, mas no próprio aparelho do Estado. Ao invés de se avançar na proposta descentralizadora, a própria equipe do governo começou a centralizar essas funções regulatórias no Ministério da Educação, tendência reforçada no governo subsequente capitaneado pelo ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva.

Nas últimas décadas constatou-se um desenfreado crescimento de instituições de ensino superior privadas no Brasil, facultando a milhões de jovens e adultos o acesso a essa modalidade educacional, contexto favorecido por políticas públicas governamentais de apoio, como por exemplo, o Programa Universidade para Todos (Prouni) e o Fundo de Financiamento Estudantil (Fies).

Em uma análise superficial, essa massificação do ensino superior parece positiva na medida em que pode levar o observador a concluir pela elevação do nível de escolaridade de parte da população, no entanto, muitas instituições oferecem ensino de qualidade precária, voltadas exclusivamente para critérios mercadológicos, situando o aluno como mero consumidor, ao invés de privilegiar a formação do indivíduo, desenvolvendo o seu senso crítico, forjando profissionais bem qualificados e cidadãos conscientes.

Dessa forma, esta pesquisa analisa o modelo de regulação adotado pelo Brasil no setor de educação superior, sugerindo a criação de um novo modelo com o propósito de reservar ao Estado o desempenho de seu verdadeiro papel – o de regulador.

3.2. Disposição da Carta Magna de 1988

A eclosão da Revolução Industrial, já no curso do século XIX, seguramente, em menor ou maior proporção, transformou todas as economias mundiais, principalmente porque

transferiu poder político à classe empresária, em decorrência das mudanças tecnológicas e do consumo em massa, acarretando grande expansão econômica.

A Constituição brasileira vigente assegura a todos os cidadãos o direito à educação, fixando limites em decorrência do interesse público. Tem previsão de maneira genérica, no artigo 6º, que é dedicado aos direitos sociais, muito embora encontre sua regulação específica no Capítulo III - Da Educação, da Cultura e do Desporto, Seção I, a partir do artigo 205.

De acordo com o artigo 6º - *São direitos sociais a **educação**, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição*²³³.

Monica Herman Salem Caggiano²³⁴, atenta a essa questão, destaca com propriedade o alcance do direito à educação no contexto constitucional:

A preocupação com o tratamento constitucional da educação, entre nós – um Estado federal, em que a Magna lei assegura autonomia, em relação aos entes federados, vem refletida, ainda, nos textos constitucionais produzidos pelos estados-membros e municípios.

Nesta esteira, a Constituição do estado de São Paulo cuida desse tema no capítulo III, seção I, do seu título VII, artigos 237 a 258.

[...] O artigo 255 impõe a reserva e destinação de 30% da receita dos impostos para o incremento da educação e, não ignorando a exigência de controle obriga a publicação trimestral das receitas arrecadadas e das transferências efetuadas (art. 256).

O caráter universalista da educação, mormente em nível de ensino superior apresentou avanços muito recentemente. A ideia de elitismo, fundamentalmente na seara política, é recorrente na história universal. Exemplo notório disso verifica-se na influência da

²³³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível in <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 15 jan. 2017.

²³⁴ CAGGIANO, Monica Herman Salem. *A Educação*. Direito fundamental. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco; RIGHETTI, Sabine Righetti. (Org.). *Direito à Educação. Aspectos Constitucionais*. São Paulo: Programa UNITWIN/ Cátedra UNESCO/ Edusp, 2009, v. , p. 19-38.

Companhia de Jesus em todo o período colonial e também no período republicano, conforme veremos a seguir.

O período imperial se caracterizou como a época em que a influência dos jesuítas foi menor por razões políticas. Contudo a Companhia de Jesus sempre considerou que sua atividade, não obstante o caráter religioso, deveria se dirigir às elites, isso no campo educacional era muito destacado. Os educandários jesuítas sempre procuraram direcionar-se às camadas da população que, por força, de sua posição social, eram talhadas a dirigir o país. Nessa linha de raciocínio, a Escola Superior de Guerra seguiu na mesma trilha, não sob a ótica religiosa e sim política²³⁵.

A proliferação de instituições privadas não apenas de ensino superior, mas também dos outros níveis (fundamental e médio) conduz à conclusão de que o que importa não é o resultado voltado para a qualidade, mas resultados estatísticos, a quantidade é própria do regime de produção²³⁶.

3.3. Educação e política no Brasil

Fábio Konder Comparato destaca que [...] *A educação é entendida, no sistema de Montesquieu, como uma instituição política, isto é, um elemento de organização do Estado*²³⁷. Para o autor a posição de Montesquieu não está revestida de originalidade, pois antes dele, Sócrates já sinalizava que se os gregos não construíssem a sociedade ideal com base na função educacional, tudo estaria perdido.

²³⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Educação, Estado e Poder*. Editora Brasiliense, São Paulo, 1987, pg. 76.

²³⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Educação, Estado e Poder*. Editora Brasiliense, São Paulo, 1987, pg. 80.

²³⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Educação, Estado e Poder*. Editora Brasiliense, São Paulo, 1987, pg. 91.

A tradição educacional brasileira é descentralizadora desde o Ato Adicional de 1834²³⁸, o movimento que originou este dispositivo foi de natureza liberal, de sentido provincialista e descentralizante. A educação permaneceu durante todo o império como assunto de competência das províncias. No final da era imperial começou a surgir vários projetos de organização nacional do sistema escolar.

A República foi proclamada no Brasil, entre outros aspectos, com base na ideia de descentralização. A Constituição Federal de 1891 declarava incumbir ao Congresso, mas não privativamente, a criação instituições de ensino superior e secundário nos estados federados²³⁹. Foi justamente a partir desse ponto que se construiu a interpretação equivocada de que privativamente significava supletivamente, a interpretação era de que a União poderia intervir desde que houvesse deficiência no sistema educacional estadual. Isso atrasou substancialmente o desenvolvimento nesse setor.

Já no início do século XX, por razões variadas, veio à tona a discussão sobre a necessidade de promover a organização do sistema nacional de ensino. Em 1915 foram fundadas a Liga de Defesa Nacional e a Liga Brasileira Contra o Analfabetismo. Em princípio, o objetivo era fortalecer a nacionalidade, eliminando o ensino de língua estrangeira, que era amplamente difundido no sul do país, justamente pela carência de ensino público, revelando a flagrante ausência do Estado brasileiro.

Nos estados de Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Paraná, o ensino básico mais desenvolvido era justamente aquele ministrado em língua estrangeira, e no ensino secundário havia séria ameaça de supressão do vernáculo. Em veemente contraposição a essa situação, ergueram-se os defensores do nacionalismo, revelando que se a União não interferisse no

²³⁸ Artigo 10 – Compete às assembleias provinciais legislar sobre a instrução pública, estabelecimentos próprios e promovê-la, não compreendendo às faculdades de medicina, cursos jurídico, academias atualmente existentes e outros quaisquer estabelecimentos de instrução que para o futuro forem criados.

²³⁹ Art. 35 - Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente:

- 1º) velar na guarda da Constituição e das leis e providenciar sobre as necessidades de caráter federal;
- 2º) animar no País o desenvolvimento das letras, artes e ciências, bem como a imigração, a agricultura, a indústria e comércio, sem privilégios que tolham a ação dos Governos locais;
- 3º) criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados;
- 4º) prover a instrução secundária no Distrito Federal.

ensino primário ocorreria, em poucos anos, a completa desnacionalização do país²⁴⁰. Já Liga Nacionalista de São Paulo defendia a alfabetização como forma de evitar as invasões estrangeiras.

Paralelamente surgia a luta contra o analfabetismo, que também estava permeada por aspectos políticos, pois a Constituição de 1891 excluía os analfabetos das eleições, impossibilitando-os de votar ou serem votados. No império, apesar das eleições serem indiretas e extremamente elitistas, o analfabeto tinha direito ao voto. A exclusão dos direitos políticos dos analfabetos era defendida por Ruy Barbosa, entre outras razões, porque segundo ele, era um incentivo a alfabetização. O analfabeto se interessaria em aprender a ler e escrever para, assim, participar do processo eleitoral.

Durante a década de 1920 surgiu o movimento *Entusiasmo pela Educação*, representado pelo médico Miguel Couto, os entusiastas tinham consciência de que o problema não poderia ser solucionado na esfera estadual, era necessária uma grande mudança no jogo político, mas a Constituição de 1891 era considerada um grande obstáculo para a atuação federal no campo educacional, em decorrência daquela interpretação equivocada que citamos anteriormente.

Em 1921 aconteceu a Conferência Interestadual de Educação, e em 1925 a reforma João Luiz Alves (ministro da Justiça da época) que resultou na criação do Departamento de Educação (órgão interno do Ministério da Justiça). As reformas tiveram alcance meramente burocrático, mas já demonstrava uma tendência para o aumento do aparelhamento administrativo da União Federal para cuidar da questão educacional.

Em 1924 Heitor Lira fundou a Associação Brasileira de Educação que era formada por aqueles que pela primeira vez se autodenominavam profissionais de educação, não eram médicos, advogados, engenheiros, físicos, etc. que ensinavam suas práticas aos leigos, mas sim “educadores” profissionais que faziam questão de serem reconhecidos como tal, pois era sua atividade principal, vislumbrando a educação como uma missão em sentido quase sacrossanto.

²⁴⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Educação, Estado e Poder*. Editora Brasiliense, São Paulo, 1987, pg. 98.

Na década de 1930 esse movimento sofreu dissidência, de um lado havia aqueles que como Anísio Teixeira, notaram que o movimento educacional revestido de excessivo entusiasmo se estivesse dissociado da ação política, acabaria fadado à infertilidade.

De outro lado, estavam aqueles, como Fernando de Azevedo, que acreditavam que não era pertinente enfrontar-se na seara política, porque nutriam a crença de que a educação era tema desconectado da ação política, era necessário manter a neutralidade e preservar a educação como um problema técnico científico que não poderia ser profanado pela ação política.

Observando a revolução ocorrida em 1930, nota-se que entre outros objetivos, buscava-se maior centralização do poder político e econômico, afastando-se das tendências voltadas à descentralização das oligarquias estaduais. No campo educacional essa centralização apresentou-se desde o início do governo provisório. A Constituição Federal de 1891 já estava abolida e não havia mais empecilhos, do ponto de vista constitucional, para a interferência da União no sistema de ensino.

O ministro Francisco Campos que comandava o Ministério da Educação e Saúde Pública durante o governo provisório (1930-1934), atraiu para a administração federal os cursos de nível superior, o ensino secundário e o ensino profissionalizante, foi a chamada “Reforma Francisco Campos”, excluindo o ensino primário ou elementar, que continuaram sob a alçada dos Estados membros²⁴¹.

A referida *Reforma* foi implementada por meio dos seguintes decretos:

- a) Decreto n. 19.850, de 11 de abril de 1931, que criou o Conselho Nacional de Educação;
- b) Decreto n. 19.851, de 11 de abril de 1931, que dispôs sobre a organização do ensino superior, instituindo o Estatuto das Universidades Brasileiras;
- c) Decreto n. 19.852, de 11 de abril de 1931, que dispôs sobre a organização da Universidade do Rio de Janeiro.

²⁴¹ ROMANELLI, Otaíza de Oliveira. *História da educação no Brasil 1930-73*. 6ª ed., Petrópolis, Vozes, 1978.

- d) Decreto n.19.890, de 18 de abril de 1931, que estruturou o ensino secundário;
- e) Decreto n. 20.158, de 30 de junho de 1931, que organizou o ensino comercial;
- f) Decreto n. 21.241, de 14 de abril de 1932, consolidando as disposições sobre a estruturação do ensino secundário.

A Constituição de 1934 prestigiou com destaque à questão educacional²⁴², incluindo-a entre as matérias de competência privativa da União, bem como determinando o delineamento de diretrizes da educação nacional, assim afastou-se definitivamente o caráter descentralizador dominante desde o Ato Adicional de 1834.

O texto constitucional dedicou capítulo especificamente à educação (da Educação e da Cultura), inserido Título V (Da Família, da Educação e da Cultura), cujo trecho é marcado por normas sócio ideológicas, salientando uma intervenção muito forte da União²⁴³. Nesse contexto, estava em destaque a previsão de um plano nacional de educação e a ação supletiva da União em matéria de ensino em todos os níveis, também inaugurada a vinculação de verbas públicas à área educacional²⁴⁴.

De todas as Constituições Federais foi a que mais deu ênfase e se ocupou do problema educacional, cristalizando um impulso educacional bastante intenso. Apenas para exemplificar, citamos o artigo 156 que estabelecia que os estados aplicassem nunca menos de vinte por cento da renda resultante dos impostos, em manutenção e desenvolvimento dos sistemas educativos, enquanto a União e os Municípios aplicariam nunca menos de dez por cento.

No artigo 157, § 1º, estabeleceu-se que os Estados reservariam uma parte dos seus patrimônios territoriais para a formação dos respectivos fundos de educação, procedendo da mesma forma a União e o Distrito Federal. As sobras das dotações orçamentárias, acrescidas

²⁴²MARTINS, Vicente. Aspectos Jurídico-Educacionais da Constituição de 1934. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/aspectos-jur%C3%ADdico-educacionais-da-carta-de-1934>, acesso em 20 de maio de 2016.

²⁴³ Certamente a definição de um capítulo específico de Educação resulta, em grande parte, da interferência, na Constituinte, de muitos Renovadores do Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova (1932), documento contendo diretrizes educacionais dirigido ao povo e ao Governo.

²⁴⁴ A União não poderia despender menos de 10% , e os estados da federação menos de 20% da receita proveniente de impostos, portanto tributos, gerais em matéria educacional.

das doações, percentagens sobre o produto de vendas de terras públicas, taxas especiais e outros recursos financeiros seriam destinados, nos Estados, os *fundos especiais*, a serem aplicados exclusivamente em obras educativas determinadas em lei.

Como inovação em relação à Constituição de 1891, consta a explicitação da competência concorrente à União e aos estados para difundir a instrução pública em todos os graus (Artigo 10, VI).

Já na Constituição de 1937, com o Estado Novo, o regime político foi modificado, entretanto conservou-se a tendência centralizadora do sistema de ensino. Em 1942 é criado o Fundo Nacional de Ensino Primário, medida considerada centralizadora porque tudo acabaria dependendo das finanças públicas. Na medida em que a União organiza o custeio dos serviços educacionais por meio de um fundo, naturalmente os estados e municípios dependeriam da União para o desenvolvimento das atividades ligada ao ensino primário.

Em 1946 com o advento da quarta república nota-se um descompasso entre a o sistema educacional e a ação política, onde se pode reconhecer uma leve tendência ao retorno da descentralização política²⁴⁵. Até aquele momento histórico, fora da escola pública, o ensino privado apresentava-se marcadamente confessional e executado por escolas católicas, era uma característica geral do sistema.

O artigo 171 estabelecia que os estados-membros e o distrito federal organizariam os seus sistemas de ensino, contudo para o desenvolvimento desses sistemas a União cooperaria com auxílio pecuniário, o qual, em relação ao ensino primário os recursos serão provenientes do respectivo Fundo Nacional. Em 1948 um projeto deu origem a Lei de Diretrizes e Bases (Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961), consolidando a tendência centralizadora em matéria de ensino.

Durante a quarta república como resultado do movimento centralizador, em certa medida paralelo ao texto constitucional, foram criados o Fundo Nacional do Ensino Médio e o

²⁴⁵ O artigo 160, § 1º. estabelece o princípio de que o sistema federal de ensino terá caráter supletivo, estendendo-se a todo o país nos estritos limites das deficiências locais.

Fundo Nacional do Ensino Superior. Assim, a União Federal organizava as bases financeiras para intervir no sistema educacional de todo o país.

A partir de 1964, com a fundação do *Estado Novíssimo* nota-se um reforço da centralização, fundado em razões ideológicas e também de preponderância financeira. As razões ideológicas eram justificadas porque estavam baseadas na doutrina da segurança nacional, o que inclusive fez ressurgir o ensino obrigatório de moral e civismo na escola secundária²⁴⁶.

As razões de preponderância financeira, que alicerçaram o esforço da centralização política no âmbito educacional, nesse período, estão no fato do Ministério da Educação e Cultura, desde o novo regime, ter firmado acordos de cooperação financeira com a agência estadunidense, encarregada de auxiliar os países subdesenvolvidos em termos educacionais²⁴⁷.

Na Constituição de 1967 ficaram mantidas as disposições da Constituição Federal de 1946, acrescentando apenas a possibilidade de auxílio técnico, além do auxílio financeiro previsto anteriormente²⁴⁸. A Lei de Reforma do Ensino de 1971 reforçou a interferência da União em todo o sistema educacional brasileiro.

Um dos principais dilemas políticos da educação é a centralização e a descentralização. Fábio Konder Comparato²⁴⁹ acredita que a solução não está na aplicação pura da descentralização ou na adoção exclusiva do princípio da centralização. A solução para o ensino está no federalismo cooperativo em todos os níveis, o que significa a superação das barreiras de competência jurídica entre a União, os estados e municípios.

Para Konder Comparato, quando a Constituição atribui certas competências ao município, por exemplo, ela deve também obrigar o estado-membro e a União a cooperarem

²⁴⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Educação, Estado e Poder*. Editora Brasiliense, São Paulo, 1987, pg. 104.

²⁴⁷ Os acordos MEC-USAID alcançaram todos os níveis de ensino, inclusive o profissionalizante.

²⁴⁸ **Art 169** - Os Estados e o Distrito Federal organizarão os seus sistemas de ensino, e, a União, os dos Territórios, assim como o sistema federal, o qual terá caráter supletivo e se estenderá a todo o País, nos estritos limites das deficiências locais.

§ 1º - A União prestará assistência técnica e financeira para o desenvolvimento dos sistemas estaduais e do Distrito Federal.

²⁴⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *Educação, Estado e Poder*. Editora Brasiliense, São Paulo, 1987, pg. 105.

com a municipalidade para a realização de serviços públicos, sob pena da aplicação de sanções, sugerindo a implementação de recurso direto ao órgão judiciário ou tribunal superior, evitando que essa mediação seja feita pelo sistema partidário ou pelo sistema de clientelismo.

Outra solução proposta poderia ser a exigência de uma planificação educacional em nível nacional. O Plano Nacional de Educação foi previsto inicialmente na Constituição de 1934, mas padece de vício fundamental, qual seja, o fato de não ser vinculante. O Poder Executivo está encarregado de elaborar o plano nacional de educação, mas se não o fizer, nada acontece, o Poder Público não sofre qualquer sanção ou coerção. Não se pode olvidar que a participação da comunidade na elaboração do plano de ensino é mais do que necessária, pois a planificação deve ser democrática.

Importante destacar que até a civilização contemporânea, a instrução, no sentido de transmissão de conhecimentos, técnicas ou habilidades, era privada, tanto na origem quanto na finalidade, pois se realizava na família, na tribo, no grupo clânico; ao contrário da educação pública que era assim, pela simples razão de ser destinada à formação de homens públicos²⁵⁰.

A moral e a religião eram temas de ordem pública e não privada, foi justamente por isso que Sócrates foi condenado à morte, pois sua acusação principal era de natureza político-religiosa. A formação religiosa tocava diretamente o cerne do Estado, da organização política. Nos tempos hodiernos há nitidamente uma inversão: a educação é assunto privado, enquanto a instrução é pública. A educação é adstrita ao contexto familiar, enquanto a escola fica com o encargo da instrução, alheia ao ciclo doméstico.

²⁵⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Educação, Estado e Poder*. Editora Brasiliense, São Paulo, 1987, pg. 92.

3.4. Educação em contraposição à instrução

Daron Acemoglu e James Robinson²⁵¹ analisando as origens do poder, da prosperidade e da pobreza, concluíram que as instituições políticas e econômicas estão por trás do êxito econômico de uma nação ou a falta dele. Os autores afirmam que os países só escapam da pobreza e da miséria quando possuem instituições políticas e econômicas firmes e estáveis, e sem dúvida nenhuma, o sucesso de qualquer nação passa pela aplicação de medidas eficazes no âmbito da educação de qualidade.

A instrução é a simples transmissão de conhecimentos, de técnicas, de habilidades, enquanto à educação pressupõe um trabalho de formação da personalidade, integralidade para as relações interpessoais e para o exercício da cidadania. A educação no pensamento grego é o que se chama cultura²⁵².

A educação deve ser estendida a todos, mas ela é fundamentalmente eletista, possuindo conotação política bastante clara. Na França dos fins do século XIX, a educação funcionou como uma indisfarçável arma política. A burguesia facilitou a instrução popular com o objetivo de criar uma clientela política eleitoral contra os aristocratas e o clero. A partir daí os partidos republicanos tomaram a dianteira²⁵³.

O Estado não se desincumbiu da educação que deve ser continuada. De acordo com o senso comum, a educação está compreendida como prática social, portanto, constitutiva das relações sociais mais amplas, a partir de embates e processos em disputas que traduzem distintas concepções de homem, mundo e sociedade.

²⁵¹ ACEMOGLU, Daron. ROBINSON, James. *Porque as Nações Fracassam*. Tradução: Cristiana Serra. Editora: Elsevier. Rio de Janeiro, 2012.

²⁵² COMPARATO, Fábio Konder. *Educação, Estado e Poder*. Editora Brasiliense, São Paulo, 1987, pg. 92.

²⁵³ COMPARATO, Fábio Konder. *Educação, Estado e Poder*. Editora Brasiliense, São Paulo, 1987, pg.115.

Para efeito dessa análise, a educação é encarada como processo amplo de socialização da cultura historicamente produzido pelo homem, e a universidade como espaço privilegiado de produção e apropriação do saber, cujas políticas, gestão e processos se organizam, coletivamente ou não, em prol dos objetivos de formação, mas sempre sob os olhos atentos do Estado.

As últimas duas décadas foram marcadas, em todo o mundo, pelo crescimento das aspirações e da participação dos jovens e adultos em programas educacionais. Dentre as motivações para a busca de maiores níveis de escolarização após a infância e adolescência, destacam-se as múltiplas necessidades de conhecimento ligadas ao acesso aos meios de informação e comunicação, à afirmação de identidades singulares em sociedades complexas e multiculturais, assim como às crescentes exigências de qualificação em um mundo do trabalho cada vez mais competitivo e excludente.

Com o despertar de novas tecnologias da informação e da comunicação, a educação, de modo geral, ganhou um novo impulso. A internet ancorou no mundo contemporâneo trazendo formas alternativas de geração e disseminação do conhecimento. O processo de ensino aprendizagem convencionalmente pautado no texto impresso, agora, vai perdendo terreno para fontes eletrônicas de informação. É um mundo novo que se descortina – O mundo virtual.

Nas sociedades primitivas mesmo entre os povos considerados bárbaros, não existiam escolas, tampouco métodos de ensino conscientemente identificados como tais. Entretanto o processo educativo é tão antigo quanto à própria humanidade, e seu principal objetivo sempre foi promover o ajustamento do indivíduo ao seu ambiente físico e social por meio da aquisição da experiência de gerações passadas. Muitos valores positivos da educação primitiva continuam válidos até os dias de hoje.

A transição da sociedade primitiva para os primeiros estágios da civilização caracteriza-se pelos seguintes aspectos: a substituição da organização da sociedade por uma organização política e a formação de uma linguagem escrita e de literatura. A formação de

uma linguagem escrita e de uma literatura indica que a Sociedade, além de ter consciência do seu passado, descobriu meios para conservá-lo para gerações futuras.

Nessa linha de raciocínio, exemplo interessante de ser analisado é o dos chineses, cujos caracteres da linguagem representam ideias e não sons, ou seja, a escrita chinesa é uma escrita ideográfica e não fonética. Isto significa que ela tem praticamente tantos caracteres ou ideogramas quantas são as ideias. Estima-se que existem mais ou menos 25 mil caracteres, e esse cálculo pode elevar-se a 260 mil ao se considerar que um simples acento dá um sentido diverso a determinado caracter.

Muitos dos 25 mil caracteres, no entanto, são pouco usados. Os nove livros sagrados utilizados como material educativo chinês contém pelo menos de 5 mil caracteres diferentes. Os quatro *Livros* e os cinco *Clássicos* que constituem os livros sagrados dos chineses tratam das formas externas da conduta. Esses livros são obras de Confúcio (551-479 a.C.) e de seus discípulos, e formam a base de uma das religiões mais antigas e seguidas pelos chineses, o confucionismo.

Dessa forma, para os chineses, assim como para os hindus, os egípcios e os hebreus, a educação centralizou-se no conhecimento de uma linguagem tecnicamente complexa, difícil de dominar, e na posse da sabedoria do passado contida em sua literatura.

Entretanto, A República Popular da China, de um país agrário e marcado por anos de estagnação econômica, tem passado por grandes reformas, conquistando o mercado externo e sustentando crescimento econômico indissociável.

[...] A inserção competitiva de um país em desenvolvimento na economia mundial depende fortemente da disponibilidade de volumosos recursos para investimentos em infraestrutura, pesquisa e qualificação de mão-de-obra.²⁵⁴

²⁵⁴ ROSSI, João Luis, MARQUES, Rafael de Sá. *Investimento estrangeiro direto: Experiência Chinesa e Sugestão para o Brasil: in BRASIL CHINA – Comércio, Direito e Economia*,. Organizadores: FURLAN, Fernando de Magalhães; FELSBURG Thomas Benes. São Paulo: Lex Editora S.A., 2011, pg. 123.

As técnicas de ensino passaram por grandes mudanças ao longo da história, em determinado momento, a recitação, baseada na memória e repetição de lições, havia ainda o chamado método socrático, a maiêutica, o partejamento da verdade por meio do diálogo e das questões dirigidas pelo professor. O método tradicional dos jesuítas, a preleção, também tornou-se usual, fora das escolas católicas nos Estados Unidos no século XIX, fase do surgimento dos *colleges* coloniais.

A preleção não era nem uma recitação nem uma palestra ou aula magistral, o professor selecionava alguns trechos de obras clássicas (poesia ou prosa), fazia uma primeira tradução, seguida de comentários e análises sob diversos enfoques: estilísticos, linguísticos, históricos, etc.

A palestra, de linhagem medieval, era em grande parte resultante da escassez de livros, em algumas situações, era simples leitura ou exposição do conteúdo pelo professor, substituindo, em certa medida, a leitura do aluno. O termo inglês *lecture* denota essa origem. O método parecia algo anacrônico, uma vez superada a escassez e alto preço do livro pela formidável evolução das técnicas de impressão.

Uma grande inovação no método de ensino foi a inserção nos *colleges* coloniais norte-americanos dos métodos do laboratório para o ensino de Ciências. O primeiro passo foi uma espécie de *lecture* de laboratório, ou seja, a demonstração de algum experimento por parte do instrutor. Mas os passos seguintes iriam transformar o laboratório em parte essencial da moderna universidade²⁵⁵.

As escolas norte-americanas do século XIX, no que diz respeito aos conteúdos, disciplinas obrigatórias ou eletivas, passaram por várias polêmicas, que iam além da conjugação entre o currículo liberal-clássico e o científico aplicado. O *Harvard College*, lançou as bases para um delineamento do ensino superior de graduação que no médio prazo se tornaria quase um padrão.

²⁵⁵ MORAES, Reginaldo C. *Educação Superior nos Estados Unidos – História e Estrutura*. São Paulo: Editora UNESP, 2015., pg. 19.

Thomas Jefferson quando ocupou a Reitoria da *University of Virginia*, a qual também era fundador²⁵⁶, criou uma grade curricular inovadora. Eram definidos oito campos alternativos de conhecimento ou centro de estudos, e dentro de cada campo, o currículo era prescrito e não escolhido:

- i) Línguas antigas;
- ii) Línguas modernas;
- iii) Matemática;
- iv) Filosofia natural;
- v) História natural;
- vi) Anatomia e medicina;
- vii) Filosofia moral;
- viii) Direito.

Ainda no âmbito dessa temática, uma referência famosa, mas com outra orientação foi proposta pelo *Yale Report*, de 1828²⁵⁷, que estabelecia um currículo rígido, prescrito. Estudos especializados eletivos eram contemplados, mas não na graduação. De maneira geral, o argumento para currículos prescritos, rigidamente determinados, era a avaliação que os líderes das universidades faziam dos ingressantes no *college* dos Estados Unidos.

Esses estudantes eram considerados como menos preparados em relação, por exemplo, aos estudantes das universidades alemãs. Os ingressantes dos *colleges* norte-americanos eram frequentemente equiparados aos estudantes dos *gymnasium* alemão ou do liceu francês, tanto por conta da idade quanto pela educação geral e pela maturidade. Conforme consta do próprio *Yale Report*:

²⁵⁶ A Universidade de Virgínia, nos Estados Unidos é a única universidade estadunidense destacada como patrimônio mundial pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). Thomas Jefferson encabeçou pessoalmente o movimento para a criação da Universidade da Virgínia, localizada nas proximidades do município de Charlottesville. Jefferson desenhou a planta original da universidade e seus edifícios principais, entre eles a magnífica rótula que ainda se pode ver no coração de Charlottesville. A primeira instituição de educação superior da Virgínia, o *College of William and Mary*, foi fundada em 1693. Atualmente, a Virgínia possui 100 instituições de educação superior, dos quais 38 são públicas e 62 são privadas. O estado não possui um sistema de instituições de educação superior, embora administre diversas universidades e faculdades públicas, cada uma de forma independente em relação à outra. A maior instituição de educação superior do Estado é a Universidade de Virgínia, fundada em 1819, em Charlottesville.

²⁵⁷ Em 1828 a parcela da população mais rica dos Estados Unidos não eram educados na faculdade, e pensavam realmente que a instrução mais importante estava tornando-se irrelevante. Muitos deles pressionam as faculdades e universidades para ajustarem seu currículo para programas mais "profissionais", em vez do currículo clássico baseado na literatura latina e grega.

Na Alemanha, os estudantes chegam às universidades em uma idade mais avançada e com mais preparo do que em nosso país. O período de educação que é lá dividido em apenas duas partes, um dos quais se passa no ginásio e outro na universidade, é aqui dividido em três, a escola primária, o *college* e a escola profissional. Lá, quando os alunos entram na universidade, estão tão avançados ou quase tão avançados em literatura e mesmo em Ciências, quanto nossos estudantes quando se formam. A instituição mais proximamente corresponde na Alemanha aos nossos *colleges*, em termos de resultados ou de idade dos estudantes é o ginásio. As universidades se ocupam, sobretudo, dos estudos profissionais²⁵⁸.

Os líderes acadêmicos norte-americanos repetiram muitas vezes esse paralelo com o modelo alemão de organização de escolas, que admiravam, e isso seria seguidamente utilizado para justificar as propostas de reformada educação superior americana, com a criação dos *junior colleges* especificamente talhados para à formação básica ou *general education* dos dois primeiros anos de faculdade.

A histórica intervenção do Estado na educação, situação consolidada, sobretudo no mundo ocidental, traduz o inquestionável reconhecimento de que “Educação” é valor fundamental para o desenvolvimento do homem, do meio social, bem como para a formação da cultura de um povo. Não por outro motivo o Ministério da Educação, em sua estrutura orgânica, mantém órgãos específicos para tratar dos diversos níveis e categorias de ensino.

Por outro ângulo, o Estado não pode ser reduzido à burocracia pública, aos organismos estatais que conceberiam e realizariam as políticas públicas, e estas são aqui compreendidas como as de responsabilidade do Estado – quanto à implementação e manutenção a partir de um processo de tomada de decisões que envolvem órgãos públicos e diferentes organismos e agentes da sociedade relacionados à política implementada. Neste sentido, políticas públicas não podem ser reduzidas a políticas estatais.

O conceito de regulação está igualmente associado ao controle de elementos autônomos, mas interdependentes e, neste sentido, é usado, por exemplo, em economia, para

²⁵⁸ Trecho constante na página 21 do *Yale Report* traduzido livremente por Reginaldo Moraes in MORAES, Reginaldo C. *Educação Superior nos Estados Unidos – História e Estrutura*. São Paulo: Editora UNESP, 2015, pg. 20.

identificar a intervenção de instâncias com autoridade legítima (normalmente estatais) para orientarem e coordenarem a ação dos agentes económicos (a regulação dos preços, a regulação do comércio, da energia etc.).

Todas estas considerações se prestam para afirmar o seguinte: há verdadeiro consenso entre os estudiosos da área educacional e de direito público no sentido de que a educação é um dos pilares da sociedade, e como tal, necessita encontrar soluções cada vez mais arrojadas para ser concretizada de forma satisfatória.

No caso brasileiro, esses fatores favoreceram a extensa demanda potencial acumulada ao longo de uma história de negação de direitos e acesso limitado à educação escolar, que legou ao presente, grandes contingentes de jovens e adultos analfabetos, com reduzida escolaridade, além do precário preparo profissional²⁵⁹.

Sendo assim, políticas educacionais efetivamente implicam no envolvimento e no comprometimento de diferentes atores, tais como os profissionais vinculados aos diversos órgãos públicos de ensino e a iniciativa privada, que figura como importante colaboradora na construção de um sistema educativo que alcance todos os cidadãos.

É importante não perder de vista o fato de que o processo educativo é mediado pelo contexto sociocultural, pelas condições em que se efetiva o ensino-aprendizagem, pelos aspectos organizacionais e, conseqüentemente, pela dinâmica com que se constrói o projeto político-pedagógico e se materializam a organização e a gestão da educação básica, profissional ou superior que devem guardar coerência entre as respectivas políticas de cada dimensão.

Para os gregos, a formação dava-se por meio da *Paideia*, que segundo Werner Jaeger, era o processo de educação em sua forma verdadeira, a forma natural e genuinamente humana na Grécia antiga, também considerada pertencente por essência à comunidade e não sendo

²⁵⁹ HÖFLING. Eloisa de Mattos. *Estado e políticas (públicas) sociais*. Cadernos Cedes, ano XXI, nº 55. Campinas, 2001. Disponível em www.scielo.br. Acesso em 30 de março de 2015.

uma propriedade individual²⁶⁰, em que a descoberta do homem não é a do eu subjetivo, mas sim empreendida por meio da educação de acordo com o autêntico *ser* do homem.

O conceito socrático de finalidade da vida nos orienta para a verdadeira essência da educação, que é dar ao homem condições para formular e alcançar o fim autêntico de sua vida, seus projetos, e isso não pode ser alcançado somente nos poucos anos de uma educação superior.

Assim, a educação não deve restringir-se à infância e à juventude, devendo prolongar-se como formação durante toda a vida dos homens, convertendo-se na aspiração de uma ordenação filosófica consciente da vida, que se propõe a cumprir aquele destino. Essa concepção concorda com a definição de educação dada pela Recomendação da UNESCO, que coloca como meio de formação a própria vida social, não apenas a educação formal²⁶¹.

A palavra educação implica todo o processo da vida social por meio do qual os indivíduos e grupos sociais aprendem a desenvolver conscientemente em prol das comunidades nacionais e internacionais, o conjunto de suas capacidades pessoais, atitudes, aptidões e conhecimentos. Este processo não é limitado a nenhuma atividade específica.²⁶² (tradução livre).

Cada indivíduo está constantemente em processo de crescimento, de superação da naturalidade por meio da formação, sendo que o mundo cresce e pluraliza-se humanamente em linguagem e costumes. O desafio proposto aos direitos humanos é o de fazer compreender essa diversidade e pluralidade, a partir de um conceito de educação que se incorpore permanentemente à vida e ao ser dos indivíduos, que não seja passageiro: a formação.

A análise da questão educacional pode se realizar por meio de vários enfoques. No caso em tela, e considerando as especificidades do sistema educacional brasileiro, buscar-se-á

²⁶⁰ JAEGER, Werner. *Paidéia – A formação do homem grego*. Tradução: Artur M. Parreira, Martins Fontes. São Paulo, 2013, pg. 2.

²⁶¹ UNESCO. Recommendation Concerning Education for International Understanding Co-operation and Peace and Education Relating to Human Rights and Fundamental Freedoms, Paris, 1974 disponível in www.unesco.org/education/nfsunesco/pdf/Peace_e.pdf acesso em 30 de abril de 2015.

²⁶² The word education implies the entire process of social life by means of which individuals and social groups learn to develop consciously within, and for the benefit of, the national and international communities, the whole of their personal capacities, attitudes, aptitudes and knowledge. This process is not limited to anti specific activities.

captar as concepções político-jurídicas que norteiam as ações do governo federal relativas à universalização do ensino superior, no tocante à proposição de ações e programas que colocados em prática visam à materialização das políticas públicas, sem perder de vista que variantes interferem nessa dinâmica.

3.5. A privatização da educação superior

O Estado pode ser encarado, por dois ângulos, isto é, sob a perspectiva funcional ou sob a ótica orgânica. No primeiro caso, são analisadas as funções ou atribuições dos órgãos. Já na segunda hipótese, estão contidos os órgãos, entidades e agentes que compõe a estrutura estatal.

Não obstante a referida apreciação analítica, não se nega que o Estado não pode mais ser concebido e analisado atualmente sem observar as constantes e crescentes mudanças sociais, e nem tampouco quedar-se alheio à sua própria evolução como instituição, o que diversifica e altera seus órgãos, funções e formas de atuação. Nessa marcha evolutiva, ocorrida por inúmeros fatores aparecem como cernes principiológicos a busca pela eficiência, economicidade, racionalidade e razoabilidade na atuação estatal.

Exclusivamente no que tange à Administração Pública, aspira-se um desempenho com mais eficiência nas áreas em que seja fundamental sua presença, atuando com a iniciativa privada, em regime de parceria, e explorando suas potencialidades, sempre perseguindo o atendimento e a realização concreta dos fins do Estado.

A atuação administrativa, deve se dar de forma eficiente, econômica e em parceria com a iniciativa privada, para que o Estado possa se concentrar no planejamento e controle das atividades, delegando ao particular a execução dos serviços públicos e devolvendo à iniciativa privada as atividades econômicas outrora desenvolvidas pelo Estado. Esta tem sido a orientação política, consoante se infere do movimento desestatizante que decolou no início da década de 1990, movido por privatizações de empresas estatais, concessões de serviços públicos e terceirizações de atividades instrumentais da Administração Pública.

Assim, a intenção de rever o papel do Estado está relacionada ao desempenho de algumas atividades por gestores privados, vinculados ao fim público.

A educação superior no Brasil está referenciada na Constituição Federal de 1988, nos artigos 6º, que enquadra a educação como um direito social; artigo 205 que classifica a educação em um dever do Estado e da Sociedade; artigo 206 que estabelece os princípios norteadores da educação; artigo 207 que outorga autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial às universidades; artigo 208 que aponta as garantias de efetividade da educação; artigo 209 que autoriza a exploração da educação pela iniciativa privada; e o artigo 211 que estabelece a organização dos níveis de ensino entre os entes federativos.

Há de se reconhecer o incessante esforço do Estado, particularmente do Ministério da Educação, no sentido de desenvolver programas para o fomento e acesso à educação de todos os cidadãos. São programas que permitem ampliação de inclusão de estudantes em situação econômico-financeira vulnerável, em virtude do oferecimento de vagas pelas instituições públicas de ensino superior.

Em termos de privatização do ensino concentremo-nos no artigo 209, inciso II, cujos desdobramentos guardam perfeita consonância com as práticas normativas exercitadas pelo Poder Público na matéria em comento, *in verbis*:

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.

Até 1946 o ensino privado era predominantemente confessional, até então se seguiu a tradição colonial, a qual determinava que excluindo as escolas públicas, os educandários eram católicos. A partir da era Vargas surgiu a empresa-escola. O Poder público contribuiu fortemente para a expansão desse tipo de estabelecimento.

Dentro dessa lógica, a educação tem que ser prática e levar a resultados econômicos, não apenas para a escola em si mesma, mas aos estudantes. O ensino privado, a partir de 1946, se fixa nos setores mais propícios à lucratividade.

O debate sobre a privatização da educação não é recente. Já em 1948 o famoso político Carlos Lacerda apresentou projeto marcadamente de sentido privatista. Na mesma época, impulsionada pela discussão sobre a Lei de Diretrizes e Bases, nasce a Associação das Escolas Católicas que defendia a ideia de liberdade de ensino. Em oposição a esse movimento floresce a Campanha de Defesa da Escola Pública, encabeçada por Anísio Teixeira. Nesse diapasão, a questão educacional assume feições políticas marcantes.

3.6. O Direito Administrativo face à educação superior

O fenômeno da intervenção do Estado na economia quase sempre se manifesta por meio da produção de normas jurídicas. É, portanto, a ciência do Direito, ou, mais precisamente, o Direito Administrativo, que veicula essa atividade interventiva estatal.

É possível um Estado existir sem leis e sem juízes, mas não poderá ser assim considerado sem a presença da Administração, uma vez que seu exercício que lhe compreende a própria existência²⁶³.

De acordo com Dalmo de Abreu Dallari, a origem do Estado Moderno remonta ao Absolutismo e a ideia de Estado Democrático aparece no século XVIII, por meio dos valores fundamentais da pessoa humana, a exigência de organização e funcionamento do Estado enquanto órgão protetivo daqueles valores²⁶⁴.

A doutrina diverge sobre as origens e surgimento do Estado. Dalmo de Abreu Dallari registra que existem três teorias básicas a respeito da época do aparecimento do Estado. De

²⁶³ CRETELLA JR., José. *Tratado de Direito Administrativo. Teoria do Ato Administrativo*, Vol. II, Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2002, pg. 14.

²⁶⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 20a ed. São Paulo: Saraiva, 1998, pg. 150.

acordo com a primeira teoria, o Estado, assim como a sociedade, sempre teria existido, considerando que o Estado seria uma organização social, dotada de poder e com autoridade para determinar o comportamento de todo o grupo.

Já a segunda teoria, considera que a sociedade humana teria inicialmente existido sem o Estado, tendo este sido constituído gradual e localmente para atender as necessidades ou as conveniências dos grupos sociais mínimos.

E, finalmente, pela terceira teoria, somente se pode falar em Estado como uma sociedade política dotada de certas características bem definidas, como conceito histórico concreto, com a ideia e a prática da soberania, o que somente ocorreu no século XVII, existindo autores que apontam o ano de 1648²⁶⁵, como a data oficial em que o mundo ocidental se apresenta organizado em Estados.²⁶⁶

O instituto da discricionariedade evoluiu ao longo do tempo, desde quando representava o poder de polícia das monarquias absolutistas, situações em que os atos do Estado não tinham qualquer subordinação à lei, muito menos sujeição ao controle do Poder Judiciário.

Por ocasião do surgimento do Estado Democrático de Direito, a discricionariedade passou a ser aplicada somente às situações em que tinha por alvo a proteção de direitos individuais, já que nessas hipóteses aplicava-se o princípio da legalidade. Posteriormente, todas as atividades da Administração Pública passaram a submeter-se ao controle da legalidade, fenômeno denominado pelos estudiosos do direito administrativo de *doutrina da vinculação positiva*, onde a lei fixa o limite de sua atuação²⁶⁷.

²⁶⁵ No dia 24 de outubro de 1648, o imperador Ferdinando 3º assinou a Paz da Vestfália com a Suécia e a França, o documento marcou o fim do primeiro grande conflito europeu. O que no começo foi um conflito religioso, acabou se tornando uma luta pelo poder na Europa. A Guerra dos Trinta anos começou em 23 de maio de 1618, na Boêmia (hoje República Tcheca). Nobres protestantes haviam invadido o castelo da capital e jogado pela janela os representantes do imperador, por causa da intenção de demolir duas igrejas luteranas, contrariando a liberdade religiosa. Este episódio ficou conhecido como a Defenestração de Praga.

²⁶⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 20a ed. São Paulo: Saraiva, 1998, pg. 51.

²⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa*. Revista de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9,

Com a evolução do princípio da legalidade, evoluiu também o conceito de discricionariedade. Nos tempos hodiernos, a discricionariedade se divide em duas modalidades: a *discricionariedade administrativa* – que pode ser, inicialmente, classificada como a liberdade de escolha entre duas ou mais alternativas válidas em face do direito, respeitadas a oportunidade e a conveniência da Administração Pública; e a *discricionariedade técnica*, que remete às especificidades do setor regulado.

Especificamente o que se refere a discricionariedade técnica, é inadmissível, nos dias de hoje, cogitar-se subtrair da apreciação do Poder Judiciário, determinados atos das agências reguladoras, sob o argumento de que existe, nestes atos, um certo caráter de especificidade técnica inalcançável aos magistrados. Para tais situações, os juízes podem, e devem, se recorrer a peritos, que os auxiliarão na tarefa de avaliação da validade destes atos²⁶⁸.

Por oportuno, destaque-se que além da legalidade, há também que se observar, quando do exercício do controle dos atos discricionários, os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, boa-fé, e igualdade, posto que, ausentes de qualquer ato discricionário praticado pela Administração Pública e, por conseguinte, pelas agências reguladoras, ensejaram a sua invalidação.

3.7. Dos atos administrativos e atos da Administração

fevereiro/março/abril de 2007. Disponível na Internet em www.direitodoestado.com.br/redae.asp. Acesso em 10 de outubro de 2016.

²⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa*. Revista de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, fevereiro/março/abril de 2007. Disponível na Internet em www.direitodoestado.com.br/redae.asp. Acesso em 10 de outubro de 2016, pg. 17.

A análise dos atos administrativos é importante para a presente, na medida em que nos permite emoldurar os atos praticados na órbita ensino superior, relativos à regulação, supervisão e fiscalização das instituições de ensino superior brasileiras.

Para alcançar a melhor compreensão do papel do Estado é necessário, antes de qualquer consideração, compreender que somente a *ordem jurídica* torna possível a realização da sociedade humana. José Cretella Júnior²⁶⁹ declara com propriedade que:

A *atividade jurídica* do Estado desdobra-se em quatro aspectos: *a declaração do direito* (função legislativa), *a aplicação da lei, contenciosamente, ao caso concreto* (função jurisdicional), *a aplicação da lei de ofício* (função administrativa), *a defesa da ordem*, interna e externamente.

Nesse diapasão, são funções do Estado: *administrar* que é aplicar a lei espontaneamente, *julgar* que se configura em aplicar a lei contenciosamente e *legislar* que é exercer funções que resultam no *jus in civitate positum*.

A divisão das funções estatais remonta a Aristóteles que a vislumbrou primeiramente, em fase posterior passou pelos pensadores John Locke e Immanuel Kant, foi estruturada com habilidade por Montesquieu e consignada na obra *Espírito das Leis*, chegando aos nossos dias. O estudioso francês concebeu esta teoria como puramente técnica, com a convicção de que todo homem que detém o poder nutre a tendência ao abuso. E, para que, dividido o poder, ninguém possa abusar dele, assim idealizou uma tripartição estanque de poderes, onde cada um deles possa praticar apenas atividades preponderantes.

Do ponto de vista prático, não há nem *divisão*, e menos ainda *separação de poderes*, mas sim *compartilhamento* de atribuições, ou melhor, *interpretação de funções*. As Constituições modernas se prestam para identificar os órgãos de Poder, atribuindo cada qual não o exercício absoluto de determinada função, mas apenas seu caráter preponderante. O Estado desempenha a gestão pública pelos três Poderes da União, muito embora cada função implique primordialmente uma incumbência típica a cada um.

²⁶⁹ CRETELLA Jr., José. *Tratado de direito administrativo*. Teoria do Ato Administrativo, Vol. II, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002, pg. 4.

A Administração Pública, no desenvolvimento de suas atividades e para o alcance de seus objetivos, executa inúmeras e variadas espécies de ações, que em sentido amplo, se inserem na categoria de *atos da Administração Pública*. No entanto, nem todos os atos praticados pela Administração Pública são *atos administrativos*.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁷⁰:

Onde existe Administração Pública, existe ato administrativo; no entanto, nem sempre se utilizou essa expressão, pois se falava mais comumente em atos do Rei, atos do Fisco, atos da Coroa.

Em texto doutrinário, a primeira menção encontra-se no Repertório Merlin, de jurisprudência, na edição de 1812, onde ato administrativo se define como “ordenança ou decisão de autoridade administrativa, que tenha relação com sua função”.

José dos Santos Carvalho Filho²⁷¹ considera:

[...] que três pontos são fundamentais para a caracterização do ato administrativo. Em primeiro lugar, é necessário que a vontade emane de agente da Administração Pública ou dotado de prerrogativas desta. Depois, seu conteúdo há de propiciar a produção de efeitos jurídicos com fim público. Por fim, deve toda essa categoria de atos ser regida basicamente pelo direito público.

Para José Cretella Júnior²⁷², pode-se atribuir natureza de atos administrativos [...] *Aos pronunciamentos administrativos, em matéria administrativa, matizados de juridicidade damos o nome de atos administrativos.*

Os atos administrativos constituem um dos tópicos mais destacados, e também mais controvertidos no universo administrativista. Todavia, sua importância é proporcional às controvérsias que os envolvem. A matéria que se relaciona com atos administrativos depende quase que exclusivamente da doutrina, com a considerável exceção da bem formulada Lei nº

²⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, pg. 232.

²⁷¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo, Revista, Ampliada e Atualizada até a Lei 12.587, de 3.1.2012*. 25ª edição. São Paulo. Ed. Atlas. 2012, pg. 98-99.

²⁷² CRETELLA JR., José. *Tratado de Direito Administrativo. Teoria do Ato Administrativo*, Vol. II, Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2002, pg. 12.

9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Lei de Processo Administrativo) que traz alguns dispositivos acerca dessa temática.

Não se pode esquecer ainda, da origem do tema, cuja gênese está na doutrina civilista dos atos jurídicos, em que a transposição para o Direito Administrativo é um dos grandes desafios aos estudiosos e pesquisadores da área. Para ser enquadrado como ato administrativo é indispensável que seja praticado pela Administração Pública, na qualidade de Poder Público e não como se fosse um particular, hipótese em que se configura como *ato da Administração*, nunca *ato administrativo*.

A Administração Pública apesar de dispor de instrumentos diversificados colocados à sua disposição para satisfação de suas competências tem no ato administrativo concebido como a primeira via de atuação administrativa. Em outras palavras, tradicionalmente, a atividade administrativa se formaliza pela edição dos atos administrativos em detrimento de outros mecanismos, a exemplo dos contratos administrativos ou de figuras atípicas.

Hely Lopes Meirelles²⁷³ salienta que:

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transformar, modificar, extinguir, ou declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

Celso Antônio Bandeira de Mello²⁷⁴ define ato administrativo como:

[...] declaração do Estado (ou quem lhe faça às vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviços públicos), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

²⁷³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. Ed. atual. por Eurico Andrade Azevedo, Décio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, pg. 154.

²⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 28 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010, pg. 385.

No que tange à manifestação de vontade, não se pode perder de vista que para a edição do ato administrativo, o agente deve estar no exercício da função pública, ou pelo menos, a pretexto de exercê-la. Essa exteriorização volitiva se distingue daquela que o agente demonstra nos atos de sua vida privada em geral.

Por outro ângulo, quando pratica o ato administrativo, a vontade individual se integra na vontade administrativa, isto é, a exteriorização da vontade é tomada como imputada ao órgão administrativo, e não vinda do agente visto como individualidade própria. Por essa razão, o ato administrativo é um ato jurídico e não um negócio jurídico.

Não é qualquer indivíduo que tem competência para praticar atos administrativos. Para que seja assim considerado como tal, é imprescindível que o sujeito da expressão volitiva esteja de alguma maneira, conectado à Administração Pública.

Importante sublinhar que o *ato administrativo* é uma espécie de *ato jurídico* e não deve ser confundido com *fato administrativo* que também é distinto de *fato jurídico*. De pronto, é necessário apontar as distinções entre os institutos porque cada um produz efeitos relevantes, sendo necessário individualiza-los para, por exemplo, identificar a autoridade coatora para fins de impetração de mandado de segurança.

Uma das primeiras elaborações teóricas sobre a natureza do ato administrativo sugere que este seria resultado da divisão dos poderes, no sentido de que deveria haver uma forma de exteriorização para cada um dos entes estatais: o Poder Executivo, desempenhando papel de administrador, se expressaria por meio do ato administrativo, que não se confunde com a lei, nem com a decisão judicial.

Nas priscas eras da elaboração francesa, o ato administrativo seria oriundo da separação entre jurisdição e administração, no sentido de fugir à apreciação dos tribunais judiciários.

Vasco Manuel Pascoal Pereira da Silva²⁷⁵ ao publicar a sua obra, cujo criativo título lançado - *Em busca do acto administrativo perdido*, investiga o ato administrativo na perspectiva do século XX, analisando os elementos de construção clássica.

Álvaro Lazzarini²⁷⁶, discorrendo sobre o tema afirma que *O ato administrativo tem uma infraestrutura constituída de cinco elementos: competência (ou capacidade), forma, objeto, motivo e finalidade*.

A Lei 4.717, de 20 de junho de 1965, que regula a Ação Popular, no artigo 2º, *caput*, prescreve que serão nulos os atos eivados de: a) vício de incompetência, b) vício de forma, c) ilegalidade do objeto, d) inexistência dos motivos e, d) desvio de finalidade. O parágrafo único aponta a conceituação das nulidades elencadas no *caput* do referido artigo, nos seguintes termos:

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
- e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Odete Medauar²⁷⁷ ao tratar do assunto destaca que:

No direito francês, a busca por um critério de separação da competência da jurisdição comum e da jurisdição administração levou ao empenho doutrinário no conceito a caracterização do ato administrativo. Além do

²⁷⁵PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Almedina, Coimbra, 1996.

²⁷⁶ LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de Direito Administrativo*. 2ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999, pg. 46.

²⁷⁷ MEDAUAR, Odete. *Ato Administrativo, Origem, Concepções, Abrangência*. In *Os Caminhos do Ato Administrativo*. Coordenação: MEDAUAR, Odete.; SCHIRATO, Vitor Rhein. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011, pg. 17.

mais, o tipo de Estado, de Administração da segunda metade do século XIX e primeira metade do século XX e a relevância que passou a ter o ato administrativo como exteriorização de medidas administrativas contribuíram também para a expansão dos seus estudos.

3.7.1. Fato jurídico x fato administrativo

Um *fato jurídico*²⁷⁸ é todo o acontecimento de origem natural ou humana que traga consequências jurídicas, ou seja, todo o acontecimento, tanto de origem natural ou oriunda da ação ou omissão do homem, capaz de criar, conservar, modificar, ou extinguir relações ou situações jurídicas. Segundo a *teoria tridimensional do direito*, de Miguel Reale²⁷⁹, ao lado da *norma* e do *valor*, o *fato* é elemento constitutivo do próprio direito.

É de curial relevância esclarecer que o ato administrativo difere do fato administrativo. *Fato administrativo é a realização material da Administração Pública, ou em cumprimento de alguma decisão.* Embora estejam ligados, não se confundem.

Nem todo evento, episódio ou acontecimento (fato) do mundo interessa ao direito. Na verdade, grande parte dos eventos mundanos está alheia ao universo jurídico. Só terá repercussão no cenário jurídico o *fato com implicações jurídicas*, eventos que interferem na relação do direito, fazendo adquirir, extinguir, alterar ou proteger bem juridicamente tutelado²⁸⁰.

²⁷⁸ O conceito de *fato jurídico* é obra do jurista alemão Friedrich Carl von Savigny, tendo despontado junto com o conceito de *relação jurídica*. Embora os romanos não tenham criado um sistema de direito, foi a partir da sistematização do direito romano e dos costumes que o conceito nasceu graças às contribuições pandectistas (*corpus Iuris Civilis* obra jurídica publicada entre os anos 529 e 534 por ordens do imperador bizantino Justiniano I) e da *Escola Histórica do Direito* (escola de pensamento jurídico - precursora do positivismo normativista que apareceria com a Jurisprudência dos conceitos, surgiu nos territórios alemães no início do século XIX e exerceu forte influência em todos os países de tradição romano-germânica).

²⁷⁹ REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5. ed. 8ª tiragem, São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

²⁸⁰ CRETELLA Jr., José. *Tratado de direito administrativo*. Teoria do Ato Administrativo, Vol. II, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002, pg. 10.

Por outro lado, *o ato administrativo pode ser considerado como toda ação ou omissão lícita do homem que produz efeitos na órbita do direito*²⁸¹. Fato administrativo se consubstancia em evento que produz efeitos no mundo jurídico e, inclusive especificamente, no campo do direito administrativo. Ou seja, fato administrativo é toda operação material do agente público fundada em ato administrativo anterior, que credencia o agente.

O exercício da atividade administrativa é uma sequência de atos e fatos jurídico-administrativos, onde se busca a concretização do interesse público tutelado pela norma de direito administrativo positivo. Fato jurídico-administrativo compreende toda e qualquer ocorrência, social ou física, reconhecida pelo regime jurídico-administrativo como ensejadora de efeitos jurídicos. O ato administrativo também é um fato jurídico, que se distingue dos demais por representar uma norma jurídica, que passa a integrar o regime jurídico-administrativo a partir de sua existência material.

Nessa toada, abstrai-se que o *fato administrativo* é consequência do *ato administrativo*, tendo pertinência quando a Administração, com a intenção de alcançar determinado fim, executa o ato administrativo.

Por outra perspectiva, ato *da* Administração é toda ação praticada pela Administração no exercício da função administrativa, abrangendo os atos administrativos, é uma declaração do Estado ou de quem lhe faça às vezes, no exercício de prerrogativas públicas, e competências legais.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁸² adverte que na órbita dos atos da Administração, diferenciam-se os que *produzem* e os que *não produzem* efeitos jurídicos. Sendo que os últimos não são atos administrativos propriamente ditos, uma vez que não se emolduram no conceito correspondente.

²⁸¹ CRETELLA Jr., José. *Tratado de direito administrativo*. Teoria do Ato Administrativo, Vol. II, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002, pg. 11.

²⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed., São Paulo: Atlas, 2017, pg. 236.

Na categoria daqueles que *não produzem* efeitos jurídicos e que portanto, não podem ser considerados como atos administrativos estariam incluídos: *i.) os atos materiais* (de simples execução, como a reforma de uma edificação ou a limpeza de logradouros públicos, etc.); *ii.) os despachos de encaminhamento de papéis e processos*; *iii.) os atos enunciativos ou de conhecimento* (aqueles que apenas atestam ou declaram a existência de um direito ou situação, como os atestados, certidões, declarações, informações, etc.); *iv.) os atos de opinião* (pareceres e laudos técnicos). Em todos esses casos, não há produção de *efeitos jurídicos imediatos*, em virtude do exercício do ato.

3.7.2. Atos de direito privado praticados pela Administração

A Administração Pública pode empreender certos atos ou celebrar contratos em regime de Direito Privado (Direito Civil ou Direito Empresarial). Ao praticar tais atos a Administração Pública se nivela ao particular, desvinculada da supremacia de poder. É o que ocorre, por exemplo, quando a Administração emite um cheque, assina uma escritura de compra e venda ou de doação, ou celebra um contrato de locação, sujeitando-se às normas do Direito Privado. Entretanto, a Administração, mesmo nessas hipóteses não pode se apartar de procedimentos de ordem pública, sob a pena de ofensa ao princípio da legalidade.

É importante lembrar que é condição essencial para o ato administrativo, que a Administração Pública aja nessa qualidade, lançando mão da supremacia do interesse coletivo.

3.7.3. O Conceito de ato administrativo

Definir um fenômeno significa elaborar atividade intelectual de apreensão desvendando-se os elementos componentes desse fenômeno e os vínculos que os mantêm integrados. A definição é, então, uma declaração da essência e composição de determinado fenômeno. Dessa forma, não basta revelar apenas os elementos integrantes, mas também o vínculo que os mantém unidos.

A definição de ato administrativo não foge à regra, revelando seus elementos componentes e o laço que os mantém integrados, conceitua-se ato administrativo.

Um dos primeiros conceitos expressivos atribuído ao ato administrativo foi elaborado por Otto Mayer, na obra *Direito Administrativo alemão*, publicado em 1896. Para o autor, ato administrativo é o pronunciamento autoritário de pertinência da administração, determinativo no caso particular para o súdito do que para ele deve ser conforme o direito²⁸³.

Edmir Netto de Araújo²⁸⁴ ao tratar do tema esclarece que *ato administrativo* é espécie do gênero *ato jurídico da administração*. A vontade psicológica do agente se corporifica na vontade normativa, e é só esta que aparece para o Direito. A declaração de vontade da Administração e não do agente, que não age em nome próprio, mas em nome do Estado.

Ato administrativo como a declaração de vontade do Estado, nessa qualidade, exteriorizada por agente competente e no exercício de suas funções, visando a produção de efeitos jurídicos conformes ao interesse público, com ela objetivados, determinados ou admitidos pelo ordenamento jurídico, em matéria.

De acordo com Hely Lopes Meirelles²⁸⁵:

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos ou impor obrigações aos administrados, ou a si própria.

Celso Antônio Bandeira de Mello descreve o ato administrativo em duas acepções: ampla e restrita. Em sentido amplo, abrangendo os atos abstratos²⁸⁶:

Ato administrativo é a declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de

²⁸³ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*, 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pg. 43.

²⁸⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Saraiva, 7ª. Edição, 2015, pgs. 497-498.

²⁸⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed., atual. por Eurico Andrade Azevedo, Décio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, pg. 154.

prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeita a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.²⁸⁷

Em sentido estrito, adiciona ao conceito concreção e unilateralidade. Dessa forma ato administrativo em sentido estrito, se mostra como:

[...] declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.²⁸⁸

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁸⁹, observa que essa concepção é demasiadamente ampla e abrange atos individuais e normativos, unilaterais e bilaterais (contratos), declarações de juízo, de conhecimento, de opinião e de vontade, preferindo um conceito menos alargado, que exclua os atos normativos do Poder Executivo que, segundo ela, teria características próprias.

A autora leva em consideração os seguintes elementos: declaração do Estado – em detrimento do uso da expressão *manifestação*, pois admite que manifestação pode não ser exteriorizada –, sujeição a regime jurídico administrativo, produção de efeitos jurídicos imediatos, possibilidade de controle judicial, sujeição à lei. Como se observa, ela não somente enumera características dos atos administrativos relacionadas ao campo administrativo, como também aponta sua sujeição ao controle judicial, bem como ao controle de legalidade.

Nessa linha de raciocínio estão enveredadas as decisões do Supremo Tribunal Federal²⁹⁰, senão vejamos:

²⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros. 2011, pg. 385.

²⁸⁸ Hely Lopes Meirelles, ao contrário de Bandeira de Mello, procura uma conceituação de ato administrativa pouco mais sucinta e objetiva, não dando ao tema a mesma amplitude que Bandeira de Mello dá em sua obra. Desta forma, o conceito de ato administrativo de Hely Lopes Meirelles muito se aproxima do conceito de ato jurídico, com a ressalva de que, o primeiro se diferencia do segundo por conter em sua natureza a finalidade pública.

²⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed., São Paulo: Atlas, 2017, pg. 236.

²⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/>. Acesso em 30 abr. 2017.

AGRAVO INTERNO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATO NORMATIVO MUNICIPAL. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. OFENSA. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O NÚMERO DE SERVIDORES EFETIVOS E EM CARGOS EM COMISSÃO. Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local. [RE 365.368 AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 22-5-2007, 1ª T, DJ de 29-6-2007.] = ADI 4.125, rel. min. Cármen Lúcia, j. 10-6-2010, P, DJE de 15-2-2011.²⁹¹

Conforme entendimento consolidado da Corte, os requisitos constitucionais legitimadores da edição de medidas provisórias, vertidos nos conceitos jurídicos indeterminados de "relevância" e "urgência" (art. 62 da CF), apenas em caráter excepcional se submetem ao crivo do Poder Judiciário, por força da regra da separação de poderes (art. 2º da CF) (ADI 2.213, rel. min. Celso de Mello, DJ de 23-4-2004; ADI 1.647, rel. min. Carlos Velloso, DJ de 26-3-1999; ADI 1.753 MC, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12-6-1998; ADI 162 MC, rel. min. Moreira Alves, DJ de 19-9-1997). [ADC 11 MC, voto do rel. min. Cezar Peluso, j. 28-3-2007, P, DJ de 29-6-2007.] = ADI 4.029, rel. min. Luiz Fux, j. 8-3-2012, P, DJE de 27-6-2012

Alegada violação ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes. (...) Orientação assentada no STF no sentido de que, não sendo dado ao presidente da República retirar da apreciação do Congresso Nacional medida provisória que tiver editado, é-lhe, no entanto, possível abrogá-la por meio de nova medida provisória, valendo tal ato pela simples suspensão dos efeitos da primeira, efeitos esses que, todavia, o Congresso poderá ver estabelecidos, mediante a rejeição da medida ab-rogatória. Circunstância que, em princípio, desveste de plausibilidade a tese da violação ao princípio constitucional invocado. [ADI 1.315 MC, rel. min. Ilmar Galvão, j. 10-8-1995, P, DJ de 25-8-1995.]

Na obra de José Joaquim Gomes Canotilho encontram-se descritos os diversos sistemas jurídicos que buscaram no Direito uma forma de contenção aos abusos e às arbitrariedades do Poder Executivo, dentre elas se destacam: o *Rule of Law* (sistema britânico), o *Always under law* (sistema norte-americano), o *L'État legal* (sistema francês), ou ainda, o *Rechtsstaat* (sistema alemão). Cada um com diferentes características que buscaram afirmar o que se denomina nos dias atuais de Estado de Direito²⁹².

²⁹² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, pg. 92-97.

Odete Medauar explica que:²⁹³:

“A expressão *ato administrativo* surge, pela primeira vez, como verbete, introduzido por Merlin, na 3ª edição do Repertório Guyot, de 1812, onde aparece, também, o que poderia ser um primeiro conceito ou descrição, nos termos a seguir: uma decisão de autoridade administrativa ou uma ação, um fato da administração que tenha relação com suas funções”.
[...] Em 1843 a expressão *ato administrativo* foi utilizada na Espanha por Oliván, no livro *De la Administración Publica com relacion a España*. O seu uso foi se difundindo em outros países, inclusive no Brasil [...]

Há grande variedade de obras ou trabalhos acadêmicos onde se afirma que o ato administrativo é o tema central do Direito Administrativo. No entanto, há autores contemporâneos que buscam deslocar o eixo central do ramo jurídico-administrativista para outros temas, tais como *processo administrativo e contratos administrativos*.

3.7.4. A visão dos franceses

A definição precisa de *ato administrativo* foi, invariavelmente, motivo de questionamento para os franceses. A maioria dos administrativistas gauleses, mesmo os mais antigos, entre eles Maurice Hauriou, considera que atos administrativos são os atos editados pela Administração Pública no desempenho de seus serviços públicos e para o pleno exercício de seus fins²⁹⁴.

Na mesma vertente, leciona Léon Duguit²⁹⁵, para quem o ato administrativo propriamente dito, do ponto de vista material, é sempre ato jurídico, ou seja, é a declaração de vontade, de acordo com a lei e feita no sentido de criar efeitos jurídicos.

²⁹³ MEDAUAR, Odete. *Ato Administrativo, Origem, Concepções, Abrangência*. In Os Caminhos do Ato Administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pg. 16-17.

²⁹⁴ HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. 11. ed. Paris: Société Anonyme du Recueil Sirey, 1927, pg. 356.

²⁹⁵ DUGUIT, Léon. *Manuel de droit Constitutionnel (théorie générale de l'État-Organisation politique)*, Paris, 1907, Albert Fontemoing, Éditeur, ancienne Librairie Thorien et Fils, 1907, pg. 222.

Quanto aos estudiosos mais modernos, como André Laubadère²⁹⁶, também seguidor de Duguit, a definição formal de ato administrativo seria aqueles [...] *que emanam dum órgão administrativo, enquanto que a definição material leva em consideração não o órgão criador do ato, mas as medidas de caráter individual (atos subjetivos ou atos-condição), sempre, todavia, em que estas não são atos jurisdicionais.*

Para Marcel Waline²⁹⁷, os atos administrativos se caracterizam entremostram por quatro tópicos: i) são atos jurídicos; ii) são atos de autoridade administrativa, ou, excepcionalmente, de pessoas privadas que recebeu a prerrogativa de potestade pública; iii) são ainda, atos cujo objeto é administrativo; iv) são atos suscetíveis de se prenderem à execução das leis ou de poder derivado da Constituição.

3.7.5. O entendimento dos italianos

A posição dominante dos doutrinadores italianos pode ser resumida pela definição de ato administrativo, traduzida por Silvio Trentin²⁹⁸ “[...] *a noção de ato administrativo necessariamente se reportará ao conceito geral do ato jurídico e neste achará seus elementos fundamentais.*”

Umberto Fragola²⁹⁹ aceita conceito mais amplo de ato administrativo, expressão que na percepção de José Cretella Júnior “*não é só as declarações e os pronunciamentos, de qualquer espécie, da autoridade pública, como também os comportamentos, fatos e ações, juridicamente relevantes e, bem entendidos, referentes a órgão da administração pública*”

²⁹⁶ LAUBADÉRE, André de. *Traité élémentaire de droit administratif*. 6. Edição, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1963, pg. 172.

²⁹⁷ WALINE, Marcel. *Droit administratif*, 9ª edição, Paris, Société Anonyme du Recueil Sirey, 1963, pg. 434.

²⁹⁸ TRENTIN, Silvio. *L'atto amministrativo (contributi allo studio della manifestazione de volontà della pubblica amministrazione)*, Roma, Athenaeum Società Editrice Romana. 1915, pg. 124.

²⁹⁹ FRAGOLA, Umberto. *Gli atti amministrativi*, 1952, pg. 9, *apud* CRETELLA JR., José. *Tratado de Direito Administrativo. Teoria do Ato Administrativo*, Vol. II, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002, pg. 17.

Nesse contexto é possível perceber que há diversas definições de ato administrativo. Em todas, todavia, é possível identificar características fundamentais que permite diferenciá-lo dos demais atos jurídicos. É uma demonstração da vontade do Estado, realizada no exercício de suas prerrogativas, isto é, se submete ao regime jurídico administrativo, que gera efeitos jurídicos imediatos, com o objetivo de acatar o interesse público fiscalizável pelo Poder Judiciário.

3.7.6. O posicionamento dos espanhóis

A definição clássica de Zanobini foi largamente difundida na doutrina espanhola, segundo a qual ato administrativo *é toda manifestação de vontade, de desejo, de conhecimento ou de julgamento realizada pela Administração Pública no exercício de suas funções.*

Na compreensão de Andrés Betancor Rodríguez:

La influencia de la doctrina italiana em general, y em particular de Zanobini, vi italiano ene canalizada de manera decisiva a traves del proyecto italiano *nonnato* de Ley general sobre la acción administrativa de 1953, que servió de modelo para la redacción de nuestro texto de 1958³⁰⁰.

Para Eduardo Garcia de Enterría, a delimitação conceitual feita a partir da teoria dos atos jurídicos, permite elaborar o conceito de ato administrativo. A clássica formulação de Zanobini, para Enterría, mereceria reparos:

Acto administrativo seria así la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración em ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestade reglamentaria.³⁰¹

O referido doutrinador assinala que os elementos do ato administrativo são classificados em objetivos (pressupostos de fato, objeto, causa e finalidade), subjetivos

³⁰⁰ RODRIGUEZ, Andrés Betancor. *El Acto Ejecutivo*-Origen y Formación de una categoría central del Derecho Administrativo. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1992, pg. 380.

³⁰¹ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. FERNANDEZ, Tomás´Ramón. Curso de Derecho Administrativo I, Decimocuarta edición, Editorial Aranzadi AS, Navarra. 2008, pg. 552.

(Administração, órgãos, competência, investidura, legitimidade do titular do órgão), e formais (procedimento, forma de declaração).

3.7.7. Exteriorização do ato administrativo

O funcionamento administrativo se exterioriza por meio de atos administrativos, espécie do gênero ato jurídico prenunciado no Código Civil como todo ato lícito, que tenha por finalidade imediata adquirir, resguardar, transformar, modificar ou extinguir direitos, exigindo para sua validade, que o agente seja capaz, o seu objeto seja lícito e a forma seja prescrita e não defesa em lei (art. 104, Código Civil de 2002).³⁰²

Para Hely Lopes Meirelles, a concepção de *ato administrativo* é, essencialmente, a mesma que ato jurídico, com uma única diferença, aquele pertence a uma categoria permeada pela finalidade pública³⁰³.

Segundo Diógenes Gasparini³⁰⁴:

Os atos administrativos são exteriorizados por fórmulas, ou seja, por *decreto, portaria, alvará, aviso, circular, ordem de serviço, resolução, ofício, instrução, despacho e parecer*. Essas fórmulas, ou meios, não são atos, mas tão somente seus veículos.

A lei impõe as competências que permitirão aos agentes públicos desempenhar suas funções e observar os fins que a norma almeja alcançar. No interior dessas competências, caberá aos agentes públicos atuar no sentido de satisfazer os interesses da coletividade de forma concreta e efetiva.

³⁰² LAZZARINI, Álvaro. Estudos de Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1999, pg. 46.

³⁰³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed., atual. por Eurico Andrade Azevedo, Décio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, pg. 154.

³⁰⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed., atual. por Eurico Andrade Azevedo, Décio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, pg. 140.

Quando as circunstâncias e a matéria tratada permitem, a lei procura prever com maior precisão possível as necessidades e problemas com os quais se depararão o agente público, tentando ainda, impor o comportamento que este deve manter, assim como, as soluções que devem ser escolhidas. Todavia, decorre dos preceitos que norteiam o Estado de Direito o princípio de que as normas integrantes do sistema jurídico devem pugnar por conceitos gerais e abstratos, haja vista a repulsa à exceção, ao favoritismo, às perseguições e à tutela de interesses individuais em detrimento aos interesses da coletividade.

O legislador é incapaz de apresentar normas que em seu seio estejam presentes todos os elementos de fato dos problemas enfrentados pela Administração Pública. E, causa temeridade à sociedade que se estabeleça normas por demais específicas, enfim, riscos aos direitos e garantias individuais e da própria coletividade.

Nessa esteira de raciocínio, se a lei pode definir comandos específicos, sem que isso ameace os princípios básicos do Estado de Direito, assim o fará. Na hipótese dessas diretivas se mostrem possivelmente danosas ao interesse público, ou ainda, insuficientes para a sua satisfação, caberá à lei criar o necessário espaço à Administração Pública para poder atuar com eficiência, daí a outorga da discricionariedade.

3.7.8. Atributos ou características do ato administrativo

Os atos administrativos, como manifestação volitiva do Poder Público, possui atributos que lhes conferem características singulares. Os atributos do ato administrativo são: *presunção de legitimidade, imperatividade e auto-executoriedade.*

A *presunção de legitimidade* é concernente à validade e veracidade do ato até que haja prova em contrário. Desta afirmação, é fácil perceber que a *presunção*, aqui, é relativa, portanto, admite prova em contrário.

Esta *presunção* nasce do princípio da legalidade. A Administração atua conforme a legalidade estrita, ou seja, pode fazer apenas o que a lei autoriza, sendo o silêncio interpretado

como proibição. Conclui-se, portanto, que, ao praticar qualquer ação, a Administração age conforme a lei, logo, presume-se a legitimidade da sua conduta.

Alguns autores intitulam a presunção de legitimidade de presunção de legalidade ou presunção de veracidade. Entretanto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, entende que são três figuras distintas.

A presunção de veracidade inverte o ônus da prova; é errado afirmar que a presunção de legitimidade produz esse efeito, uma vez que, quando se trata de confronto entre o ato e a lei, não há matéria de fato a ser produzida: nesse caso, o efeito é apenas o anterior, ou seja, o juiz só apreciará a nulidade se arguida pela parte³⁰⁵.

i.) *Presunção de legitimidade*: é a pressuposição de que o ato foi praticado em conformidade com o interesse público. Há, então, uma relação com o mérito do ato.

ii.) *Presunção de legalidade*: é a pretensão de que o ato foi praticado conforme lei e o direito. Assim, há uma relação com o conteúdo do ato;

iii.) *Presunção de veracidade*: é a suposição da verdade dos fatos que fundamentam a prática do ato, logo, há nítida relação com o motivo. Esta presunção, na opinião de Di Pietro, é a responsável, em verdade, pela inversão do ônus da prova.

A imperatividade é uma característica própria dos atos administrativos normativos, ordinatórios, punitivos que impõem a coercibilidade para o seu cumprimento ou execução. O descumprimento do ato sujeita o particular à força impositiva própria do Poder Público, isto é, à execução forçada pela Administração ou pelo Judiciário.

A imperatividade independe de o seu destinatário reputar válido ou inválido o ato, posto que somente após obter o pronunciamento da Administração ou do Judiciário é que poderá furtar-se à obediência da determinação administrativa.

³⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2017, pg. 240.

A autoexecutoriedade guarda relação com a possibilidade de a própria Administração executar seus atos que edita, impondo aos particulares, de forma coativa, o fiel cumprimento das determinações neles consubstanciadas.

Esse atributo é mais específico, e se exterioriza com frequência em atos decorrentes do poder de polícia, em que se determinam a interdição de atividades, demolição de prédios, apreensão e destruição de produtos deteriorados, e outras situações análogas.

Certas modalidades de ato, evidentemente, reclamam uma atuação eficaz e pronta da Administração, não podendo, por isso, a sua execução ficar à mercê da manifestação ou da autorização de outro poder ou de outros órgãos, ou mesmo do destinatário.

A autoexecutoriedade sofre limitações, já que não se aplica às penalidades de natureza pecuniária, como as multas decorrentes de infrações a obrigações tributárias. Também a utilização deste atributo do ato administrativo pode depender do fato da decisão que se pretenda executar ter sido precedida de notificação, ou do respectivo auto circunstanciado, por meio dos quais se comprove a legalidade da atuação pelo Poder Público.

O administrado, porém não poderá se opor à execução do ato, alegando violação de normas ou procedimentos indispensáveis à validade da atuação administrativa. Eventual irresignação deverá ser encaminhada ao Poder Judiciário, por meio de procedimentos próprios e, obtida a liminar, ficará o ato com sua execução sobrestada até final julgamento do litígio.

3.7.9. Elementos e requisitos de validade do ato administrativo

A evolução formativa do ato administrativo começa com um evento fático ou de direito (motivo) e que impulsiona a vontade da Administração Pública a manifestar-se, por meio de um sujeito competente (agente), que assume determinada forma prescrita ou permitida em lei (forma ou formalidade) e tem como objetivo imediato criar determinado efeito jurídico (objeto) para atingir um resultado de interesse público (finalidade)³⁰⁶. Dessa

³⁰⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015, 501.

forma, para que o ato seja considerado completo e acabado é necessário que este reúna todos os elementos ou requisitos.

No que concerne à terminologia adotada (elementos ou requisitos de validade) há divergência doutrinária. Alguns creem que sejam *requisitos de validade*³⁰⁷, enquanto outros denominam *elementos*³⁰⁸, ou ainda, aqueles que *as* utilizam como sinônimos.

Para Edmir Netto de Araújo³⁰⁹ elementos e requisitos dos atos administrativos são expressões distintas, com significados diversos. Os *elementos* são necessários para a existência do ato, os *requisitos* são condicionantes de sua validade.

No que concerne aos elementos, classificam-se em intrínsecos (contidos no próprio ato) e extrínsecos (externos ao ato). Os elementos intrínsecos são a manifestação de vontade, a *forma* e o *objeto* (ou conteúdo). Os elementos extrínsecos está relacionado ao agente que manifesta a vontade do Estado e o binômio tempo/lugar, sem o qual nem mesmo haveria fato jurídico.³¹⁰

Os *requisitos de validade* do ato administrativo são os mesmos dos atos jurídicos em geral – capacidade e competência do *agente*, declaração validade de vontade, *objeto* lícito, possível, determinável e moral, *forma* legalmente prescrita ou não vedada – acrescidos do *motivo*, e *finalidade*.³¹¹

Competência é a capacidade atribuída ao agente (o sujeito que pratica o ato) para o desempenho específico de suas funções. A competência decorre sempre da lei, de forma que

³⁰⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 37. ed., atual. por Eurico Andrade Azevedo, Décio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, pg. 163; GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. Atualizada por Fabrício Motta, 17ª. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, pg. 124.

³⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2017, pg. 243; MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense,1989, pg. 106.

³⁰⁹ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015, pg. 498.

³¹⁰ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*, pg. 498.

³¹¹ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*, pg. 499.

*somente se pode falar em incompetência propriamente dita (como vício do ato administrativo), no caso em que haja sido infringida a competência definida em lei.*³¹²

Considerando que a competência é conferida em benefício do interesse público, a mesma é inderrogável, irrenunciável e somente pode ser objeto de delegação ou avocação quando não conferida com exclusividade pela lei a determinado órgão ou agente público.³¹³

Uma vez que o Estado é constituído por grande quantidade de agentes, e estando ao seu cargo uma variedade infindável de funções, é fácil concluir que a competência tem que decorrer de norma expressa. Enquanto no direito privado a presunção milita em favor da capacidade, no direito público a regra se inverte: não há presunção de competência administrativa; esta deve se originada de texto normativo.

Na análise acerca do gênero *abuso de poder* observamos que uma de suas espécies, o *excesso de poder*, ocorre justamente quando o agente público excede os limites de sua competência.

A *finalidade* nada mais é do que o objetivo que a Administração Pública deseja atingir com a prática do ato administrativo. Os atos serão nulos quando satisfizerem pretensões que não coincidam com o interesse público. Ao analisar o gênero abuso de poder vemos que a alteração da finalidade caracteriza desvio de poder, denominado também como desvio de finalidade. Há, ainda, a finalidade em sentido estrito que é o efeito específico que cada ato deve produzir. Esta finalidade é determinada pela lei de forma implícita ou explícita.

Neste contexto, qualquer ato administrativo terá uma finalidade genérica, interesse público, e uma finalidade específica, normalmente, imposta pela lei. Caso o resultado objetivado esteja em desacordo seja com a finalidade de interesse público, ou com a finalidade legal, o ato será ilegal por desvio de finalidade.

³¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, cit., pg. 245.

³¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, cit., pg. 246.

A *forma* pode ser traduzida como o revestimento do ato. Enquanto a vontade dos particulares pode manifestar-se livremente, a da Administração aponta forma permitida ou imposta em lei. Em sua concepção restrita, é o modo pelo qual o ato administrativo se exterioriza e revela sua existência no mundo jurídico³¹⁴. É a roupagem de que se reveste o ato administrativo.

Sendo elemento intrínseco do ato, sua ausência leva à sua inexistência. Porém, sua observância, conduz a sua invalidade. É, portanto, pressuposto de existência e validade do ato.

Em regra, a forma deve ser escrita, a fim de que possa quedar documentado e passível de verificação a qualquer momento. Excepcionalmente, admite-se que seja oral, como a ordem de um superior hierárquico ao seu subordinado; a mímica, como é o caso do policial ordenando por meio de gestos o trânsito e o tráfego; ou cartazes e placas; como os que proíbem o estacionamento em determinados locais ou apontem a mão de direção nas ruas.

Numa concepção ampla, a forma engloba tanto a exteriorização do ato (forma e formalidade) como também *todas as formalidades que devem ser observadas durante o processo de formação da vontade da Administração, e até os requisitos concernentes à publicidade do ato*.³¹⁵

O Motivo é compreendido como os fundamentos de fato e de direito precedentes ao ato administrativo e justificadores de sua prática. *É o que provoca o impulso volitivo que condicionará a formação do ato*, conforme afirma Edmir Netto de Araújo³¹⁶.

O fundamento ou pressuposto de fato é a situação do mundo real que deve ser considerada para o *agir* da Administração. O pressuposto de direito, ou motivo legal é a previsão abstrata de uma situação fática, empírica.

³¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, cit., pg. 248.

³¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, cit., pg. 248.

³¹⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*, pg. 501.

Cotejando a legalidade de um ato administrativo, sob a ótica do motivo, é necessário levar em conta a materialidade do ato, ou seja, verificar se realmente ocorreu o motivo em função do qual foi praticado o ato, bem como a correspondência entre o motivo legal e o motivo fático.

Existe diferença entre motivo e motivação. O motivo é a situação empírica (motivo fático) ou prevista de forma abstrata (motivo legal). A motivação *é a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram*³¹⁷. Está relacionada com as formalidades do ato.

Importante destacar a teoria dos motivos determinantes, que condiciona a validade do ato à verificação da ocorrência real dos motivos alegados (motivação), de forma que sendo estes inexistentes ou falsos, implicam em nulidade. Dessa forma, mesmo não havendo previsão legal dos motivos que ensejariam a prática do ato, ou a exigência expressa de enunciá-los, daí uma vez enunciados pelo agente, os motivos em que se calcou, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificaram.

Apenas para exemplificar, Maria Sylvia Zanella Di Pietro³¹⁸ menciona a exoneração *ad nutum*, para qual a lei não define o motivo. Neste caso, se a Administração Pública justifica o ato exoneração por falta de verba e em seguida nomeia outro servidor para o mesmo cargo, o ato será nulo por vício quanto ao motivo. Ou então, quando exonera apontando falta disciplinar, o caso é de demissão, com ampla defesa e devido processo legal.

Quanto ao *Objeto*, não há uniformidade doutrinária com relação ao objeto. Parte dos estudiosos utiliza o vocábulo como sinônimo de conteúdo, e outra banda acredita que se trata de conceitos diferenciados.

³¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, cit., pg. 251.

³¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, cit., pg. 252.

Celso Antônio Bandeira de Mello³¹⁹ não apenas diferencia conteúdo e objeto, como acredita que o objeto não é elemento do ato, pois não o integra. Para ele, conteúdo é “o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica”, ou seja, é *o próprio ato, em sua essência*. A outorga de uso, por exemplo, é conteúdo do ato de permissão de uso de bem público, da mesma forma que o desligamento do agente público é o conteúdo do ato de exoneração de funcionário ocupante de cargo em comissão³²⁰.

E o objeto é *aquilo sobre que o ato dispõe*³²¹, é aquilo sobre o que incide o conteúdo do ato. Ressalta esta diferenciação afirmando que *se o conteúdo do ato fala sobre algo, é porque este algo constitui-se em realidade que com ele não se confunde e, de outro lado, que o objeto não é um elemento do ato, pois não o integra*.

Régis Fernandes de Oliveira comunga do mesmo entendimento, como vemos:

O objeto, no entanto, não é o elemento, nem condição de validade do ato administrativo, uma vez que se não for lícito, possível, física e juridicamente, certo e determinado, razoável e moral, a nulidade alcança o próprio conteúdo do ato. O vício não será em decorrência do objeto, mas sim em virtude de prescrição estar viciada, porque recai sobre objeto indevido. [...] o conteúdo, em suma, é o próprio ato, é a prescrição dele. Por exemplo, quando se desapropria algum imóvel, o conteúdo do ato é a própria desapropriação³²².

Maria Sylvia Zanella Di Pietro³²³, apesar de reconhecer esta distinção entre conteúdo e objeto, entende ser a mesma destituída de qualquer importância prática, pois o que importa na apreciação do ato administrativo é a produção de efeitos jurídicos (conteúdo para aqueles que entendem tratar-se de realidades distintas), mas em razão de ser o ato administrativo espécie

³¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

³²⁰ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

³²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

³²² OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pg. 80-81.

³²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, cit., pg. 247.

de ato jurídico, prefere utilizar a mesma nomenclatura deste elemento em relação ao ato jurídico, ou seja, objeto.

Para que o ato exista e seja válido, o objeto (e o conteúdo) deve ser lícito, ou de acordo com a lei: possível, do ponto de vista fático e legal; certo, ou seja, delimitado quanto aos destinatários, aos efeitos, ao tempo e ao lugar; e moral, conforme os padrões comuns de comportamento³²⁴.

3.7.10. Classificação dos atos administrativos

Não há unanimidade na doutrina, no que concerne a questões terminológicas, os critérios adotados pelos autores especializados para classificar os atos administrativos são muito diversificados e, geralmente, podem variar de acordo com a forma de agrupamento.

Celso Antônio Bandeira de Mello³²⁵ utiliza como metodologia a seguinte classificação quanto:

- i.) à *natureza da atividade* – a) administração ativa, b) administração consultiva, c) administração controladora, d) administração verificadora, e) administração contenciosa;
- ii.) à *estrutura do ato* – a) concreto, e b) abstrato;
- iii.) aos *destinatários do ato* – a) individual, e b) geral;
- iv.) ao *grau de liberdade da Administração Pública para sua prática* – a) vinculado, e b) discricionário;
- v.) à *função da vontade administrativa* – a) negociais, e b) puros ou meros atos.
- vi.) aos *efeitos* – a) constitutivo, e b) declaratório;
- vii.) aos resultados sobre a esfera jurídica dos administrados – a) atos ampliativos, e b) atos restritivos;
- viii.) à situação de terceiros – a) atos internos, e b) atos externos;
- ix.) à *composição da vontade produtora do ato* – a) simples, e b) complexo;
- x.) à *formação do ato* – a) unilaterais, e b) bilaterais;
- xi.) à *natureza das situações jurídicas que criam* – a) atos-regras, b) atos subjetivo, c) atos-condição;
- xii.) à *posição jurídica da Administração* – a) império, e b) gestão;

³²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, cit., pg. 247.

³²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 28 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010, pg. 423.

Compartilhando, quase que integralmente, Diógenes Gasparini³²⁶, adota a classificação segundo os critérios relativos:

- i.) à *natureza da atividade administrativa* – a) administração ativa, b) administração consultiva, c) administração controladora-prévia e posterior, d) administração verificadora, e) administração contenciosa;
- ii.) à *natureza do conteúdo* – a) concreto, e b) abstrato;
- iii.) aos *destinatários do ato* – a) individual-singular e plural, e b) geral;
- iv.) ao *grau de liberdade da Administração Pública para decidir* – a) vinculado, e b) discricionário;
- v.) aos *efeitos* – a) constitutivo, e b) declaratório;
- vi.) à *abrangência dos efeitos* – a) interno, e b) externo;
- vii.) à *composição da vontade* – a) simples, e b) complexo; e
- viii.) à *vontade administrativa* – a) negociais, e b) meros atos.

Justen Marçal Filho³²⁷ divergindo, aponta o seguinte critério quanto:

- i.) ao conteúdo – a) atos normativos, e b) não normativos;
- ii.) aos *destinatários do ato* – a) individual, e b) geral;
- iii.) ao *âmbito de aplicação* – a) interno, e b) externo;
- iv.) ao número de partes – a) unilateral, b) bilateral, e c) plurilateral;
- v.) à *estrutura subjetiva da competência* – a) simples, e b) complexo; e c) coletivos;
- vi.) à *natureza* – a) expediente, b) consultivos, c) decisórios, e d) de execução;
- vii.) ao *grau de liberdade da Administração Pública para decidir* – a) vinculado, e b) discricionário;
- viii.) aos *efeitos* – a) constitutivo, e b) declaratório, e c) condenatórios;

De forma simplificada, Irene Patrícia Nohara³²⁸ procurou sintetizar o tema optando pela classificação mais comum, onde os atos são considerados com relação:

- i.) aos *destinatários do ato* – a) individual, e b) geral;
- ii.) à *formação da vontade administrativa* – a) simples, b) complexos, e c) compostos;
- iii.) à *produção dos efeitos jurídicos* – a) perfeito, b) imperfeito, c) pendente, e d) consumado.

³²⁶ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. Atualizada por Fabrício Motta, 17. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, pg. 129.

³²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005, pg. 207-210.

³²⁸ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2011, pg. 187.

- ⇒ *Atos individuais* são atos que alcança um destinatário específico;
- ⇒ *Atos gerais* são aqueles que têm como alvo diversos destinatários;
- ⇒ *Atos simples* são os atos submetidos à vontade de um único órgão;
- ⇒ *Atos complexos* são produto de duas vontades homogêneas que se fundem em um ato;
- ⇒ *Atos compostos* são duas vontades em dois atos (principal e acessório ou instrumental);
- ⇒ *Atos perfeitos* são aqueles que finalizam seu ciclo de formação, observadas todas as etapas e produzindo efeitos jurídicos;
- ⇒ *Atos imperfeitos* são aqueles que não esgotaram as fases necessárias à produção de seus efeitos jurídicos;
- ⇒ *Atos pendentes* são os atos que dependem de alguma condição específica;
- ⇒ *Atos consumados* são aqueles que já exauriram seus efeitos.

3.7.11. Discricionariedade e vinculação

Primeiramente, é de curial relevância assinalar que a *discricionariedade* pode ser considerada como:

[...] a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal.³²⁹

A *discricionariedade* não se confunde com *arbitrariedade*, agindo arbitrariamente, o agente excede a esfera de sua competência e utiliza-se de instrumento proibidos ou inadequados no cumprimento da finalidade legal, ou mesmo, ignorando-a persegue finalidades estranhas ao interesse público.

O exercício do poder discricionário pressupõe a irrestrita obediência aos parâmetros legais e a correta inclusão do caso concreto nas categorias impostas pela lei. Seria uma

³²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2. ed. , São Paulo:Malheiros, 1993, pg. 48.

incoerência se o Estado edificasse um poder ou instrumento, sem limites e danoso à ordem social. Conforme traz a lume José Cretella Júnior³³⁰:

Denomina-se discricção a faculdade outorgada ao agente público de decidir ou deixar de decidir dentro do âmbito demarcado pela norma jurídica, entendendo-se por arbítrio a faculdade de operar sem qualquer limite, em todos os sentidos, com inobservância de qualquer norma de direito.

Na frase pitoresca e acertada de Mário Masagão, “arbítrio é a liberdade do tigre na floresta, o qual conhece como limites apenas as impossibilidades físicas e materiais”.

A competência é sempre um elemento vinculado nos atos administrativos e objetivamente fixado pelo legislador. Não seria concebível, nas democracias modernas, a atribuição de prerrogativas e objetivos à Administração Pública sem a precedência da lei.

De acordo de Hely Lopes Meirelles³³¹, a lei sempre submete a atuação administrativa a um mínimo legal que representa a necessária observância dos elementos: *competência, forma, e finalidade*. Dessa forma, não existe ato absolutamente discricionário, pois seus aspectos estão fixados por lei, e são, assim, vinculantes da atuação administrativa.

Sobre tal feição, insta transcrever o entendimento de M. Seabra Fagundes³³², que preleciona:

Todas as atividades da Administração Pública são limitadas pela subordinação à ordem jurídica, ou seja, à legalidade. O procedimento administrativo não tem existência jurídica se lhe falta, como fonte primária, um texto de lei. Mas não basta que tenha sempre por fonte a lei. É preciso, ainda, que se exerça segundo a orientação dela e dentro dos limites nela traçados. Só assim o procedimento da administração é legítimo. Qualquer medida que tome o Poder Administrativo, em face de determinada situação individual, sem preceito de lei que a autorize, ou excedendo o âmbito de permissão da lei, será injurídica.

Irene Patrícia Nohara³³³ explica que:

³³⁰ CRETILLA Jr., José. *O "Desvio de Poder" na Administração Pública*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, pg. 52.

³³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed., atual. por Eurico Andrade Azevedo, Décio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, pg. 175.

³³² FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Atualizada por Gustavo Binenbijn. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, pg. 115.

³³³ NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. São Paulo: Editora Atlas. 2011, pg. 213.

[...] discricionarieidade geralmente consiste apenas na possibilidade de a Administração valorar os **motivos** e selecionar o **objeto** do ato, quando a lei lhe permite decidir sobre a conveniência e a oportunidade do ato administrativo. Assim, se houver discricionarieidade o motivo e o objeto serão discricionários, ao passo que nos atos vinculados não há opção de escolha entre motivo e objeto.

Vladimir da Rocha França³³⁴, adverte que embora haja forte resistência quanto ao emprego da expressão, é possível conceituar o *ato discricionário*, no âmbito do regime jurídico-administrativo, como o ato administrativo que possui elementos construídos sob a influência do juízo de oportunidade do administrador. Será *ato vinculado* aquele ato administrativo em que essa influência esteja restrita ao momento da sua expedição.

Um enfoque controvertido que se instala no estudo da discricionarieidade é aquele que diz respeito à sua relação com os *conceitos jurídicos indeterminados* e, por conseguinte, à fixação de uma zona de livre apreciação no exercício da atividade administrativa com observância aos limites legais. Conceitos jurídicos indeterminados expressam e qualificam as necessidades públicas cujo atendimento representa o destino da função administrativa.

Os *conceitos jurídicos indeterminados* são aqueles, cujo conteúdo e extensão são em larga escala incertos, ou seja, não são dotados de um sentido preciso e objetivo, é o caso, por exemplo, das expressões: *utilidade pública, interesse social, urgência e relevância, grave comoção ou grave ameaça*, etc.

Do ponto de vista estrutural, possuem uma zona de certeza quanto ao seu significado, habitualmente chamada de *núcleo conceitual*. Essa zona qualifica o campo dentro da definição em que se tem uma noção clara e precisa do seu significado³³⁵. Tome-se como exemplo a expressão *estado de pobreza*. Trata-se de um conceito impreciso, entretanto, não há dúvidas que uma pessoa que não tenha recursos materiais mínimos para sobreviver esteja

³³⁴ FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Vinculação e discricionarieidade nos atos administrativos*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 222: 97-116, out./dez. 2000. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/48940/47550>. Acesso: 10 jan. 2017.

³³⁵ ROZAS, Luiza Barros. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionarieidade administrativa*. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1123, 29 jul. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8715>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

inegavelmente em *estado de pobreza*. Por outro lado, uma pessoa que receba mensalmente milhões de reais não poderá ser tida como *pobre*.

No entanto, há os casos em que os fatos se instalam em uma zona de incerteza ou na órbita teórica do conceito jurídico indeterminado. Dessa forma, a interpretação do conceito poderá resultar em mais de uma opção válida para o administrador público. Usando o exemplo anterior, em algumas situações não será possível afirmar categoricamente que alguém é rico ou pobre, mesmo que o administrador se valha de todos os meios para delimitar o âmbito de uma expressão vaga ou ambígua.

São nessas hipóteses que nos parece haver discricionariedade, entretanto, esse poder discricionário não implica livre apreciação. A autoridade administrativa deve utilizar todos os métodos possíveis de interpretação para alcançar o interesse público que o legislador quis proteger ao lhe apontar o caminho da discricionariedade.

Embora a existência de conceitos jurídicos indeterminados seja comumente encontrada em outros ramos do Direito, é no Direito Administrativo que ela ganha destaque, uma vez que se relaciona intimamente com o tema da discricionariedade.

Os *conceitos jurídicos indeterminados* são expressões propositalmente vagas utilizadas pragmaticamente pelo legislador com a finalidade de adequar certas normas a uma realidade flutuante ou ainda pouco conhecida; por causa desses conceitos, o operador do direito pode adequar a legislação às condições políticas, sociais, econômicas, políticas e culturais que envolvem o caso concreto e condicionam a aplicação da lei.

As palavras são veículos do pensamento que padece com as limitações da linguagem. A palavra por si só, é insuficiente para revelar o conteúdo da lei, sendo imprescindível a ação do interprete para lhe fixar o sentido e alcance no âmbito do dispositivo legal.

Tanto a discricionariedade quanto a vinculação não podem ser vistas sob uma ótica absoluta e estanque, pois albergam elementos que devem existir em harmonia no regime

jurídico-administrativo, sob o risco de ou eliminar a criatividade e dinamismo indispensáveis à gestão dos interesses públicos, ou inviabilizar a fiscalização dos atos administrativos.

Tércio Sampaio Ferraz³³⁶, de maneira assertiva, ensina que:

A determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista a decidibilidade de conflitos, constitui a tarefa da dogmática hermenêutica [...] o propósito básico do jurista não é simplesmente compreender um texto, como faz, por exemplo, o historiador ao estabelecer-lhe o sentido e o movimento no seu contexto, mas também determinar-lhe a força e o alcance.

A jurisprudência brasileira reconhece a existência de conceitos jurídicos indeterminados, e por isso confere algum grau de discricionariedade ao agente, mas não exige o Poder Judiciário de analisar se a solução adotada pelo administrador público é a mais adequada para o caso concreto. Senão vejamos:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE.

1. "Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90. 2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração. 3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia --- art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos. 4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para

³³⁶ FERRAZ. Tércio Sampaio. *Introdução do Estudo do Direito – Técnica, Decisão e Dominação*, 2. ed., São Paulo:Atlas, 1996, pg. 256.

ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido". (STF, RMS 24699/DF, Rel. Min. Eros Grau, DJ 30/11/2004)³³⁷. Grifo nosso.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - A QUESTÃO DO ABUSO PRESIDENCIAL NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS - POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DA URGÊNCIA E DA RELEVÂNCIA (CF, ART. 62, CAPUT)- REFORMA AGRÁRIA - NECESSIDADE DE SUA IMPLEMENTAÇÃO - INVASÃO DE IMÓVEIS RURAIS PRIVADOS E DE PRÉDIOS PÚBLICOS - INADMISSIBILIDADE - ILICITUDE DO ESBULHO POSSESSÓRIO - LEGITIMIDADE DA REAÇÃO ESTATAL AOS ATOS DE VIOLAÇÃO POSSESSÓRIA - RECONHECIMENTO, EM JUÍZO DE DELIBAÇÃO, DA VALIDADE CONSTITUCIONAL DA MP Nº 2.027-38/2000, REEDITADA, PELA ÚLTIMA VEZ, COMO MP Nº 2.183-56/2001 - INOCORRÊNCIA DE NOVA HIPÓTESE DE INEXPROPRIABILIDADE DE IMÓVEIS RURAIS - MEDIDA PROVISÓRIA QUE SE DESTINA, TÃO-SOMENTE, A INIBIR PRÁTICAS DE TRANSGRESSÃO À AUTORIDADE DAS LEIS E À INTEGRIDADE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INSUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA QUANTO A UMA DAS NORMAS EM EXAME - INVIABILIDADE DA IMPUGNAÇÃO GENÉRICA - CONSEQÜENTE INCOGNOSCIBILIDADE PARCIAL DA AÇÃO DIRETA - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, INDEFERIDO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS (URGÊNCIA E RELEVÂNCIA) QUE CONDICIONAM A EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS.

“A edição de medidas provisórias, pelo Presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62, "caput"). - Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República. Doutrina. Precedentes". (STF, ADI-MC 2213/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04/04/2002)³³⁸ Grifo nosso.

³³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso de Mandado de segurança n.20/DF. Relator: GRAU, Eros. Publicado DJ 01-07-2005 PP-00056 EMENT VOL-02198-02 PP-00222 RDDP n. 31, 2005, p. 237-238 LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 167-183 RTJ VOL-00195-01 PP-00064 45690. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/766532/recurso-em-mandado-de-seguranca-rms-24699-df>. Acesso em 16 de abril 2017.

³³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). ADI-MC 2213 DF. Ministro Relator: MELLO, Celso de. Publicação DJ 23-04-2004 PP-00007 EMENTA - VOL-02148-02 PP-00296. Disponível na internet em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/774884/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-2213-df>. Acesso 15 fev. 2017.

E, ainda:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE REMOÇÃO. INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO QUE DEMONSTRE O INTERESSE PÚBLICO. CRITÉRIO DE ANTIGUIDADE MANTIDO. RECURSO PROVIDO.

1.O assento regimental nº 1/88, no art. 8º, estabelece o critério de antiguidade para a remoção de magistrado, no caso de mais de um interessado pleitear a remoção para uma única vaga. Critério não absoluto, haja vista a disposição: "salvo relevante interesse público, devidamente justificado". 2.Viabilidade do controle do Poder Judiciário acerca de conceitos jurídicos indeterminados e do motivo do ato administrativo. 3. Ausência de demonstração de prejuízo ao serviço forense a justificar o afastamento do critério de antiguidade. 4. Recurso ordinário provido". (STJ, 5ª Turma, RMS 19590/RS, Rel Min. Felix Fischer, DJ 02/02/2006)³³⁹. Grifo nosso.

Percebe-se, nitidamente, a tendência dos tribunais superiores brasileiros para permitir o controle judicial das decisões administrativas baseadas em conceitos imprecisos.

3.7.12. Atos administrativos em espécie

Quanto às espécies de atos administrativos, Hely Lopes Meirelles³⁴⁰ produziu uma sistematização que se tornou clássica no Direito Administrativo, diferenciando as seguintes espécies de atos³⁴¹:

- i.) *negociais* – envolvem declaração de vontade do Poder Público, coincidente com a pretensão do particular, cujo alvo é a concretização de negócios jurídicos públicos ou à atribuição de certos direitos ou vantagens. Estão

³³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de segurança nº 19.291. Publicado DJ 02/02/2006, Relator Ministro: FISCHER, Félix. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/...em...de...rms.../inteiro-teor-12864562>. Acesso em 16 de fevereiro de 2017.

³⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed., atual. por Eurico Andrade Azevedo, Décio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burtle Filho. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, pg. 182-202.

³⁴¹ Também por esse prisma é o entendimento de Irene Patrícia NOHARA, *Direito administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2011, pg. 188.

incluídos nessa categoria a licença, a autorização, a permissão, a autorização, a aprovação e a homologação;

- ii.) *normativos* – são aqueles que contém um comando geral do Executivo, visando a correta aplicação da lei. O objetivo imediato de tais atos é explicitar a norma legal a ser observada pela Administração e pelos administrados. Esses atos expressam em minúcia o mandamento abstrato da lei, e o fazem com a mesma normatividade da regra legislativa, embora sejam manifestações tipicamente administrativas. Exs.: decretos regulamentares, regimentos, resoluções, deliberações, e portarias de conteúdo geral;
- iii.) *enunciativos* – são atos administrativos apenas em sentido formal, pois não contém nenhuma declaração de vontade da Administração. Exs.: atestados, certidões, pareceres e votos.
- iv.) *ordinatórios* – são aqueles que norteiam a atividade administrativa interna. Exs.: instruções, circulares, portarias, ordens de serviço, avisos e despachos.
- v.) *punitivos* – são atos que contém sanção imposta pela Administração Pública aos servidores e particulares que se submetem à disciplina administrativa.

3.7.13. Dos vícios dos atos administrativos

Vício é uma deformidade que autoriza a invalidação do ato administrativo. Ato viciado é aquele que possui uma anomalia nos seus elementos capaz de torná-lo inválido. Os vícios acabam por resultar a declaração de nulidade ou a anulação do ato administrativo, dependendo do caso concreto.

A esse propósito, necessário se faz mencionar o entendimento de Ricardo Marcondes Martins³⁴²:

O vício consiste numa contrariedade ao Direito, e, assim, ato viciado significa ato praticado em desconformidade com a ordem jurídica, reflete uma violação, em maior ou menor medida, ao Direito, globalmente considerado. Como regra geral, o direito não tolera o vício: os atos viciados devem ser regularizados, saneados ou eliminados. O Direito exige, salvo

³⁴² MARTINS, Ricardo Marcondes. Efeitos dos vícios do ato administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pg. 269.

algumas exceções [...] que o órgão competente – a Administração ou o Judiciário – edite um outro ato jurídico, corrigindo o vício, extirpando-o da ordem jurídica ou saneando-o.

Quanto ao *agente* ou *sujeito*, o ato é viciado nas hipóteses em que o ato é praticado por funcionário de fato, usurpador de função ou quando este exerce excesso de poder. No que diz respeito ao *objeto*, o vício pode ser constatado quando houver deformidade no conteúdo ou imoralidade. Tratando-se da *forma*, será viciado o ato que apresentar inobservância completa ou parcial das formalidades exigidas. No que tange ao *motivo*, a inexistência ou inadequação denunciará o defeito. E, por derradeiro, quanto a finalidade, o vício se revelará com a prática de desvio de poder.

Por outro lado, há alguns vícios que não geram efeito que imponha sua correção, nem sua eliminação. O ato sendo praticado eivado de vício que é constatado imediatamente após a edição do ato, ou melhor, no momento imediatamente posterior à publicação ou à notificação, não há para a Administração o dever de corrigi-lo. O ato editado permanece com o vício. O vício é simplesmente ignorado, mas isso só ocorre se a deformidade demonstrar pouca ou nenhuma gravidade. É a situação em que há irregularidade do ato, mas não há invalidade.

Sobre tal aspecto, merece ser trazida à lume a perspectiva de M. Seabra Fagundes³⁴³, que esclarece:

Os atos viciados podem se agrupar em três categorias:

I – Atos absolutamente inválidos, ou, se se quer guardar fidelidade ao Código civil, atos nulos; [...]

II – Atos relativamente inválidos ou anuláveis[...]

III – Atos irregulares, que, apresentando defeitos irrelevantes (quase sempre de forma), não afetam ponderavelmente o interesse público, dada a natureza leve da infringência das normas legais. Os efeitos perduram e continuam, posto que constatado o vício.

Uma vez verificado o simples fato de que os atos administrativos, em sua conceituação, são atos produzidos por seres humanos em substituição à Administração Pública dos órgãos estatais, admite-se a possibilidade de se verificarem na feitura destes atos vícios capazes de macular sua validade. Razão pela qual o próprio Direito se preocupou em trazer instrumentos capazes de corrigir estes vícios.

³⁴³ FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Atualizada por Gustavo Binenbjm. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, pg. 65-73.

O controle dos atos administrativos, seja pelo exercício da autotutela, seja pelo controle realizado pelos órgãos do Poder Judiciário em sua função jurisdicional, é estritamente necessário para a concretização de um Estado de Direito fundamentado nos princípios constitucionais.

3.7.14. Extinção do ato administrativo

Revogação é a retirada de um ato administrativo válido e ou de seus efeitos por outro ato administrativo por motivo de conveniência e oportunidade, respeitando-se os efeitos já produzidos. Pela revogação, elimina-se ou substitui-se ato anterior que se tornou contrário ao interesse público.

A revogação pode ser expressa ou tácita. Quando a autoridade administrativa edita ato administrativo que declara expressamente a revogação de outro ato administrativo, estamos diante da revogação expressa.

O Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) também trata de revogação, mas lhe atribui outro sentido, que é o de fenômeno pelo qual uma lei perde a sua validade pelo ingresso de uma nova norma. Isso ocorre por força do dinamismo social e a complexidade das relações, se fazendo necessárias inúmeras adaptações da Ordem Jurídica.

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

Há também, a possibilidade de o ato revogador, apenas dispor de forma diversa e incompatível com a situação existente, essa hipótese diz respeito à revogação tácita. É possível também que o ato revogador, além de dispor sobre a matéria tratada no ato revogado, determine expressamente a revogação do ato anterior.

A *revogação* incide sobre o ato administrativo que, embora legítimo quando de sua edição, revelou-se inconveniente ou inoportuno ao interesse público. É comum dizer que o objeto da revogação é o ato válido, porém, que não mais atende ao interesse público. No entanto, não se considera tecnicamente correto falar em ato válido e em desacordo com o interesse público. O ato administrativo só será válido enquanto estiver de acordo com o interesse público, na medida em que o atendimento a esse interesse é condição de validade do ato administrativo.

Quanto à competência para provocar a revogação, esta cabe somente à Administração Pública, uma vez que se trata de questão de aferição de conveniência ou oportunidade em atendimento ao interesse público, e só quem tem competência para fazê-lo é a própria autoridade que editou o ato, em contato com a realidade administrativa³⁴⁴.

O Legislativo e Judiciário podem exercer esta competência revogatória em relação aos atos por eles produzidos no exercício da competência administrativa. A um Poder não compete revogar o ato do outro, sob a pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes delineados no artigo 2º da Constituição Federal.

No que tange ao agente, é competente para produzir ato de revogação o mesmo que produziu o ato anterior ou ainda, aquele que na escala hierárquica, seria competente para praticá-lo ou ordená-lo em substituição a autoridade inferior omissa.

A revogação tem natureza jurídica de ato administrativo desconstitutivo, pois tem como objetivo suprimir total ou parcialmente os efeitos de ato legítimo anterior³⁴⁵.

Como se refere ao desfazimento do ato administrativo que apesar de legalmente constituído tornou-se avesso ao interesse público, a revogação produz efeitos *ex nunc*, isto é, para frente, conservando-se os efeitos produzidos pelo ato revogado até então. Razão pela

³⁴⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Convalidação do Ato administrativo*. São Paulo: LTr, 1999, pg. 108.

³⁴⁵ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Convalidação do Ato administrativo*. São Paulo: LTr, 1999, pg. 109.

qual o ato revogado foi válido enquanto durou, e por via de consequência, igualmente válidos seus efeitos.

De modo geral, a revogação, quando cabível não impõe à Administração Pública o dever de indenizar, uma vez que normalmente não há lesão aos direitos de terceiros. Entretanto, existem hipóteses em que apesar de tratar-se de atos irrevogáveis, há razões de interesse público que determinam a necessidade de revogá-los. Nessa situação, o Estado deverá promover a respectiva indenização, reconstituindo os prejuízos causados ao particular com fundamento na responsabilidade do Estado por ato lícito.

Anulação é a remoção de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida em virtude de sua desconformidade com o ordenamento jurídico. Distintamente de revogação que pode ser tácita, a anulação somente pode ser expressa.

Não há consenso quanto ao emprego dos termos anulação e invalidação. Para alguns são expressões sinônimas, utilizando-as indiscriminadamente. Para outros, diferencia-se invalidação de anulação, valendo como critério diferenciador o indivíduo que desfaz o ato administrativo ilegal.

No momento em que é realizada a extinção pela própria Administração é denominada *invalidação*. Por outro lado, quando a supressão do ato advier do Poder Judiciário, aplica-se o termo *anulação*.

A Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal estabelece que:

A Administração pode **anular** seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvados, em todos os casos, a apreciação judicial.

Podem providenciar a anulação tanto a Administração Pública quanto o Poder Judiciário. A Administração pode anular seus próprios atos, seja mediante provocação do interessado, ou por denúncia de terceiros, e ainda, espontaneamente, quando houver

conhecimento de alguma ilegalidade. O Poder Judiciário pode anular ato administrativo apenas quando provocado e no curso de uma ação judicial.

Poderá ser objeto da anulação tanto o ato administrativo ilegal quanto a relação jurídica originada por ele. Tratando-se de atos ineficazes, abstratos ou concretos, o que se anula é o próprio ato, considerando que ainda não produziu efeitos, isto é, não constituiu qualquer relação jurídica.

A anulação é ato declaratório, uma vez que declara uma situação preexistente: a invalidade de outro ato ou da relação jurídica dele originada. De acordo com Edmir Netto de Araújo³⁴⁶ é ato *declaratório do estado patológico ou mesmo de inexistência do ato anteriormente editado*.

Contrariamente do que acontece na revogação, em que a ilegalidade (vício de mérito) é geralmente superveniente a edição do ato administrativo, na anulação a ilegalidade é originária, isto é, ocorre na produção do ato. Por essa razão, em regra geral, produz efeitos *ex tunc*, ou seja, retorna ao passado, desconstituindo todos os efeitos que o ato viciado já produziu.

Quando a Administração atua de forma contrária à ordem jurídica, envolvendo terceiros de boa fé, que sem conhecimento da ilegalidade, praticaram atividades dispendiosas, é razoável que ao proceder a anulação do ato ilegal seja providenciada a indenização dos prejuízos que aqueles que acreditaram na sua lisura dos procedimentos administrativos.

Apesar da maioria de doutrinadores considerar a anulação do ato administrativo ilegal pela Administração pública uma obrigatoriedade, parece mais coerente a opinião de Edmir Netto de Araújo³⁴⁷, a qual acompanhamos, no sentido de que não há um dever legal de anulação ou convalidação, mas sim de restauração da legalidade.

³⁴⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Convalidação do Ato administrativo*. São Paulo: LTr, 1999, pg. 109.

³⁴⁷ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Convalidação do Ato administrativo*. São Paulo: LTr, 1999, pg. 119.

3.7.15. Convalidação do ato administrativo

A convalidação é a produção de um novo ato, sem vício, que elimina e substitui o ato inválido herdando os efeitos por ele produzidos, tornando-os como seus e fazendo-os sobreviver. Portanto, a convalidação não evita a extinção dos efeitos do ato inválido.

Na verdade, ocorre o desfazimento do ato inválido, retirando-lhe sua aptidão de produzir efeitos futuros, mas tal desfazimento não atinge os efeitos anteriores, decorrentes do ato inválido, porque o novo ato os assume como seus. A validade dos efeitos produzidos pelo ato convalidado passa, juridicamente, a decorrer do ato convalidador.

A convalidação exige, normalmente, a edição de um novo provimento administrativo. Dessa forma, partindo da concepção de que a convalidação pressupõe um novo ato administrativo, resultante da declaração de vontade da Administração, não se pode admitir a convalidação tácita.

A convalidação salva os efeitos produzidos pelo ato inválido, e não o próprio ato. Não existe a validação de ato inválido, somente de seus efeitos. Weida Zancaner³⁴⁸ entende que somente os atos absolutamente sanáveis devem ser expressamente convalidados.

3.7.16. Dos atos autorizativos no âmbito do ensino superior

O Decreto 5.773, de 9 de maio de 2006³⁴⁹ estabelece a forma de funcionamento das instituições de ensino superior e dos cursos de graduação, determinando quais são os atos autorizativos³⁵⁰, conforme artigos 9º e seguintes³⁵¹, segundo os quais fica assegurada a

³⁴⁸ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, 2. ed, 3 tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, pg. 91.

³⁴⁹ O Decreto 5.773/2006 dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino.

³⁵⁰ Os atos autorizativos terão prazos limitados, podendo ser renovados periodicamente, após regular processo regular de avaliação, nos termos da Lei nº 10.861/2004 combinado com o artigo 10, § 3º, do Decreto 5.773/2006.

liberdade do segmento privado para atuar no ensino superior, desde que cumpra as normas gerais previstas para o setor educacional e comece suas atividades mediante autorização e avaliação periódica pelo poder público.

Art. 9. 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.

Por outro ângulo, o artigo 10 do referido decreto preceitua que o ato autorizativo do Poder Público é indispensável ao funcionamento de instituições de ensino superior, assim como a oferta de cursos nesse nível de ensino.

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 reconhecimento 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.

Os atos autorizativos editados pelo Poder Público, mais especificamente, o Ministério da Educação, no que se refere à instalação e ao funcionamento dos estabelecimentos de ensino são espécies do gênero ato administrativo.

Nesse sentido, o ato autorizativo é o ato unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público delega ao particular a exploração de serviço público.³⁵² Há autores que acrescentam a esse conceito o caráter precário, bem como o exercício material da atividade³⁵³.

Os *atos administrativos autorizativos*, no âmbito do ensino superior possuem as seguintes categorias: credenciamento e reconhecimento de estabelecimentos de ensino; além de autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento de curso de graduação. A

³⁵¹ O artigo 9º reproduz integralmente o artigo 209, incisos I e II da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos: *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.*

³⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2017, pg. 269.

³⁵³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pg. 439.

edição do ato autorizativo fica condicionada à análise de relatório de avaliação e documentos comprobatórios juntados pelo estabelecimento interessado, ou ainda à análise de documentação solicitada pelo órgão competente durante a fase instrutória do processo.

Na hipótese do estabelecimento entrar em funcionamento ou ofertar cursos de nível superior sem os respectivos atos autorizativos, tais condutas implicam em irregularidade administrativa, o que, em ambas as situações acarretarão sanções de caráter civil e/ou penal.

3.7.17. Os atos telemáticos, eletrônicos e informatizados

A inovação tecnológica não é exatamente uma novidade na Administração Pública. Entretanto, diante da evolução que faz surgir novas tecnologias, o ato administrativo passa a ter diferentes formas de emanção. Em um futuro não muito distante não será mais o papel escrito e assinado pelo agente público que irá adentrar na esfera íntima do administrado, serão arquivos eletrônicos, assinados digitalmente.³⁵⁴

A conversão da Administração baseada no modelo burocrático para a adoção do modelo gerencial (fruto da *Reforma do Estado*, promovida no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso nos anos de 1990), conforme discutiremos no capítulo anterior, configurou-se como um dos ícones das inovações tecnológicas na gestão pública. Essa mudança ocorreu em termos de uma reestruturação e reformulação com vistas a viabilizar a tomada de decisões de forma mais descentralizada e eficiente.

O artigo 218 da Constituição Federal de 1988 determina que o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas, vislumbrando o interesse público, o progresso da ciência, a solução de problemas nacionais.

Segundo Regis Fernandes de Oliveira³⁵⁵:

³⁵⁴ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*, 6. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pg. 68.

³⁵⁵ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*, 6. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pg. 69.

A informática pode ser compreendida como ciência do tratamento automático e racional da informação. Ninguém poderá negar que, hoje, é instrumento importante na Administração Pública. Diríamos, imprescindível. A sociedade de massa exige novas soluções e, em tal aspecto, a ciência fornece elementos para que se modernizem as instituições e os instrumentos de controle.

Thiago Marrara afirma com propriedade que:

[...] novas tecnologias são capazes de possibilitar o aprimoramento das formas de prestação de serviços públicos e de outras atividades estatais, tornando-as mais céleres, mais eficazes (ou racionais), mais efetivos (ou úteis para a sociedade) e, eventualmente, mais barato.³⁵⁶

O Poder Judiciário há mais de uma década vem implantando processos de automação a fim de possibilitar a tramitação de processos judiciais por meio eletrônico. O Processo eletrônico se configura como o meio pelo qual todas as peças processuais (petições, certidões, despachos, atas, sentenças, etc.) são virtuais, ou seja, foram digitalizadas em arquivos para visualização por meio eletrônico. Assim, não há utilização de papel. Neste caso, diz-se que os autos do processo estão digitalizados.

Por todo o acima exposto, procuramos esclarecer de forma breve os principais fundamentos dos atos administrativos, suas modalidades, bem como as principais características que permeiam esse instituto, de acordo com a lei, a doutrina e com a jurisprudência pátria, mostrando sua importância e seus desdobramentos para a administração pública e para os administrados, e seus requisitos de validade, que em todo tempo devem ser respeitados pela administração, a fim de que se exerça com eficiência o seu poder dever na busca do interesse coletivo.

3.8. O Processo administrativo - Conceito

A tarefa de conceituar o processo administrativo não é das mais serenas, uma vez que se trata de tema provocativo e causador de grande polêmica entre os estudiosos do Direito

³⁵⁶ MARRARA, Thiago. *Direito administrativo e novas tecnologias*. Revista de Direito Administrativo. vol. 256. Pg. 241. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jan.-abr. 2011.

Administrativo. No entanto, é dos mais importantes como instrumento de garantia dos administrados em face às prerrogativas públicas.

Antes de qualquer consideração, importante assinalar que o Estado, além do *processo administrativo* que tem a tarefa de produzir atos administrativos (decisões administrativas), também se utiliza, genericamente, de outras formas processuais como meios para produção de normas jurídicas. É o caso do *processo judicial*, que serve para impor uma decisão judicial (sentenças, acórdãos, decisões interlocutórias, para solucionar conflitos da coletividade) e o *processo legislativo* que tem como objetivo para criar normas gerais e abstratas (leis e outros atos normativos).

Para Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz³⁵⁷, a ideia de processo administrativo é consideravelmente ampla, pois se *traduz uma série de atos lógica e juridicamente concatenados, dispostos com o propósito de ensejar a manifestação de vontade da Administração.*

Múltiplas serão as faces de tal manifestação. Assim, tanto poderá ser ela a formulação de uma política administrativa, quanto a dirimência de um litígio. Pouco importa: no campo da licitude, apenas os atos instantâneos ou urgentíssimos (v.g., extinção de um incêndio, prevenção e um desabamento iminente) ou os não imediatamente conectados a uma volição (v.g., a passagem de um sinal luminoso do amarelo para o vermelho) independem de prévia processualização. Fora daí, “administração” e “processo administrativo” serão conceitos sinônimos.

Celso Antônio Bandeira de Mello³⁵⁸ também é adepto da amplitude do conceito de processo administrativo. O seu entendimento é no sentido de que o processo abarca o *modus operandi* pelo qual as funções do Estado são desempenhadas dentro de uma cadeia sequencial que assegure a presença do administrado no circuito ou *inter* formativo das decisões que irão atingi-los. Sob essa ótica, o processo administrativo não aparece somente em circunstâncias contenciosas, ocorrendo na produção de qualquer espécie de ato, desdobrando-se, então, ao menos na esfera interna da Administração.

³⁵⁷ DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Processo administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pg. 24-25.

³⁵⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 28 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010, 492-493.

O processo administrativo, em sentido *lato sensu*, pode se apresentar como o meio pelo qual os entes públicos se utilizam para desempenhar atividades nos limites de sua administração, conforme nos ensina Diógenes Gasparini, ao destacar que:

Processo administrativo, em sentido prático, amplo, é o conjunto de medidas jurídicas e materiais praticadas com certa ordem cronológica, necessárias ao registro dos atos da Administração Pública, ao controle do comportamento dos administrados e de seus servidores, a compatibilizar, no exercício do poder de polícia, os interesses público e privado, a punir seus servidores e terceiros, a resolver controvérsias administrativas e a outorgar direitos a terceiros.³⁵⁹

Desse conceito extrai-se que o referido instituto tem sua importância tanto do ponto de vista da Administração Pública, que registra seus atos e a eles dá publicidade, quanto para os destinatários das funções públicas, que tem assegurado um mecanismo ora de peticionar àquela entidade, ora de responder por um fato ou ato jurídico que contra si foi acometido.

A Constituição Federal de 1988 respaldou expressamente o processo administrativo ao constitucionalizar o devido processo legal na categoria de princípio, e determinou textualmente sua aplicação na esfera administrativa³⁶⁰, em seguida a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal-STF assimilou uma série de soluções concretas atinentes à incidência do princípio no âmbito administrativo.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. NOVEL REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 12.322/2010 AO ART. 544 DO CPC. EXONERAÇÃO DE SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL ESTÁVEL. AUSÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO OU DE PROCESSO ADMINISTRATIVO EM QUE FOSSEM ASSEGURADOS O DEVIDO PROCESSO LEGAL, O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA.

³⁵⁹ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. Atualizada por Fabrício Motta, 17ª. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, pg. 1082.

³⁶⁰ **Art. 5º** [...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

EXONERAÇÃO DECLARADA *EX OFFICIO* POR ATO ADMINISTRATIVO DO PREFEITO E NÃO POR DECISÃO JUDICIAL. REPERCUSSÃO NO CAMPO DE INTERESSES INDIVIDUAIS. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS POSTULADOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. ANULAÇÃO DO ATO DE NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA SEGURANÇA JURÍDICA VULNERADOS. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO A *QUO* QUE CONSIDEROU NULO O ATO EXONERATÓRIO E DETERMINOU O RETORNO IMEDIATO DA SERVIDORA ÀS SUAS ATIVIDADES. VIOLAÇÃO ÀS SÚMULAS 346 E 473/STF. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 20/STF: APLICAÇÃO.

1. Conquanto seja facultado à Administração Pública anular seus próprios atos, quando ilegais, ou revogá-los, por razões de conveniência e oportunidade, nos termos das súmulas 346 e 473/STF, é certo que, nas situações em que tais atos produzem efeitos na esfera de interesses individuais, faz-se necessária a prévia instauração de processo administrativo, garantindo-se ao administrado o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. Precedentes: RE 501869 AgR, Relator: Min. EROS GRAU, DJe- 31-10-2008; AI 587487 AgR, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, DJe- 29-06-2007; AI 730928 AgR, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe- 01-07-2009; AI 710085 AgR, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe- 06-03-2009, entre outros.³⁶¹

A Carta Magna estendeu as garantias aos processos administrativos em que haja litigantes, o que foi uma grande inovação da Constituição de 1988, conforme observa Ada Pellegrini Grinover:

[...] esta é a única interpretação da norma constitucional que, em obediência ao princípio de que a lei não pode conter disposições inúteis, faz com que não se considere superposta a tutela constitucional para “os acusados em geral” e para os “litigantes em processo administrativo”. Esta sem dúvida é a vontade da Constituição de 1988, coerente com as linhas evolutivas do fenômeno da processualidade administrativa.

Dessa forma, a Constituição vigente não mais limita o contraditório e a ampla defesa aos procedimentos administrativos (punitivos) em que haja acusados, mas estende as garantias a todos os processos administrativos, não-punitivos e punitivos, ainda que neles não haja

³⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Brasília. Disponível in <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em 27 fev. 2017.

acusados, mas simplesmente litigantes, ou seja, sempre que houver controvérsia, conflito de interesses ou contenda.

Não é necessário que o conflito seja qualificado pela pretensão resistida, pois neste caso surgirão a lide e o processo jurisdicional. É suficiente que os partícipes do processo administrativo se anteponham face a face, numa posição contraposta.

As leis buscam uniformidade de comportamento e elimina disparidades no interior da máquina estatal quanto a certos problemas ou questões jurídico-administrativos, que se repete em diversos órgãos e entidades. Em nome da necessidade de sujeição do Estado a preceitos fundamentais da ordem jurídico-administrativa. Sobretudo aos princípios e regras constitucionais.

3.8.1. Processo administrativo e procedimento: disputa terminológica

A definição de processo e procedimento administrativo não se mistura. *Procedimento* é o elenco de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos; corresponde a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenrola no seio do processo administrativo.

Por outro lado, o processo administrativo é a ferramenta fundamental para o exercício da função administrativa. Todos os atos jurídicos e operações materiais ficam registrados em um processo. Todos os processos que envolvem solução de controvérsias ou que resultem em alguma decisão por parte da Administração envolvem, ao menos quatro fases: *instauração, instrução, defesa e decisão*.³⁶²

Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello³⁶³:

³⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2017, pg. 793.

³⁶³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 28 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010, pg. 491. .

Procedimento administrativo ou *processo administrativo* é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo. Isto significa que para existir o procedimento ou processo cumpre que haja uma sequência de atos conectados entre si, isto é, aramados em uma ordenada sucessão visando a um ato derradeiro, em vista do qual se compôs esta cadeia, sem prejuízo, entretanto, de que cada um dos atos integrados neste todo conserve sua identidade funcional própria, que autoriza a neles reconhecer o que os autores qualificam como “autonomia relativa”[...]

O referido administrativista chama atenção para o fato de não se pode confundir os atos *administrativos complexos* com *processo* e *procedimento administrativo*. Naqueles, *vontades* provenientes de órgãos diferentes se aglutinam em um único ato. Ou seja, há manifestações oriundas de órgãos distintos que se fundem em uma só expressão, em só ato. Enquanto no procedimento ou processo administrativo há vários atos, todos com finalidades específicas, distintas, sem prejuízo de possuírem também uma finalidade comum às generalidades deles.³⁶⁴

Consoante comungam Irene Patrícia Nohara e Thiago Marrara³⁶⁵:

Existe acentuada polêmica na doutrina sobre se a lei deveria se chamar leis de processo administrativo ou lei de procedimento administrativo. Tal polêmica origina-se na controvérsia encontrada entre as noções de procedimento e processo, bem como na discussão acerca da adequação desta última noção com o desempenho da função administrativa.

Os mesmos autores não vislumbram quaisquer problemas na adoção da expressão *processo administrativo*, utilizada oficialmente na Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo na esfera da Administração Pública Federal, e na Constituição de 1988, nos termos dos artigos 5º, LV; 41, §1º, II e 247, parágrafo único.

Aos olhos de Egon Bockmann Moreira³⁶⁶ :

³⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 28ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros. 2011, pg. 496.

³⁶⁵ NOHARA, Irene Patricia. MARRARA, Thiago. *Processo Administrativo-Lei 9.784/99 Comentada*. São Paulo: Editora Atlas. 2009, pg. 20-21.

³⁶⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo*, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, pg. 51.

[...] é inequívoco que o termo “procedimento” não se presta a designar uma “relação jurídica”. Não há no mundo do Direito vínculo intersubjetivo cuja natureza jurídica seja denominada “procedimento”. A palavra significa, só e tão somente, o ritualismo processual: conjunto de praxes, sequência ou marcha dos atos praticados no curso do processo.

Carlos Ari Sundfeld³⁶⁷ não simpatiza com o uso generalizado da expressão *processo administrativo*, pois na sua concepção, isto poderia induzir à ideia de que as decisões administrativas sejam consideradas como definitivas, provocando confusão, como por exemplo, carimbar o trânsito em julgado em decisões de processos administrativos tramitados perante o judiciário, no desempenho da função administrativa. Daí a conveniência de se usar uniformemente a expressão *procedimento administrativo*.

Lúcia Valle Figueiredo³⁶⁸, citando Agustín Gordillo, Egon Bockmann Moreira, García de Enterría, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Odete Medauar, Paulo de Barros Carvalho, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, destaca que a maioria dos administrativistas optam pela expressão *procedimento administrativo*, uma vez que consideram que o emprego do termo *processo*, indutor a noção de processo judicial, [...] *cuja nota tipificadora é a coisa julgada; assim, acreditam ser própria a expressão procedimento, pois nela encontrar-se-ia tipificada a função administrativa.*

Comungamos da opinião de Irene Patrícia Nohara e Thiago Marrara que entendem ser possível utilizar o termo *processo* em sentido desvinculado com o restrito exercício das funções típicas do Poder Judiciário, mesmo porque a Constituição Federal menciona o processo legislativo e o processo administrativo, sendo que nesta última hipótese há grande proximidade com o exercício da jurisdição.

³⁶⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *A importância do procedimento administrativo*. Revista de direito Público, São Paulo, ano XXIX, nº 84, pg. 64-80, out/dez.1987.

³⁶⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004, pg. 423.

3.8.2. A legislação brasileira acerca do processo administrativo

A edição de leis que regem a matéria não se prestou a dirimir a controvérsia semântica. Apenas para ilustrar destacamos a promulgação de normas específicas sobre o processo administrativo que acentuou tal divergência. Exemplo claro é a lei do Estado de São Paulo nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998, que dispõe em seu objeto *o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual*.

Em meados de 1999, foi editada para aplicação na órbita federal, a Lei 9.784, de 29 de janeiro, para *regular o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*. Já não era sem tempo, pois não havia lei específica disciplinando o processo ou o procedimento administrativo, nem na esfera da União e nem tampouco nos Estados e Municípios. Havia somente normas isoladas relacionadas um ou outro procedimento, o que explica a pouca atenção dedicada ao tema.

Alberto Bittencourt Cotrin Neto³⁶⁹ assinala que desde a década de 1930 houveram várias manifestações por parte dos doutrinadores pela criação de um código de processo administrativo, especialmente quando Themístocles Cavalcanti foi incumbido de elaborar um anteprojeto, que infelizmente não foi recepcionado.

Em face da necessidade premente de sistematização do tema, para eu fosse possível a simplificação e a uniformidade diante do fenômeno cada vez mais intenso de agigantamento da burocracia administrativa, Themístocles Cavalcanti chegou a afirmar, em trabalho publicado em meados de 1970, que:

O exame de um processo administrativo é, entre nós, uma tortura. Pareceres desnecessários e muitas vezes ilegíveis, colocação desordenada de papéis e documentos, falta, muitas vezes, de provas e elementos essenciais e dos termos indispensáveis à boa ordem e andamento.³⁷⁰

³⁶⁹ COTRIN NETO, Alberto Bittencourt. *Da necessidade de um código de processo administrativo*. Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro, nº 15, 1994, pg. 42.

³⁷⁰ COTRIN NETO, Alberto Bittencourt. *Da necessidade de um código de processo administrativo*. Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro, nº 15, 1994, pg. 41.

Muito embora no estado de São Paulo, ter sido editada a Lei estadual 10.177, de 30 de dezembro de 1998, cuja ementa aponta para a regulação do processo administrativo no âmbito da Administração Pública estadual, o pioneirismo nessa matéria está creditado para o estado do Sergipe, ao criar a Lei complementar do estado nº 33, de 26 de dezembro de 1996, que institui o *Código de Organização e de Procedimentos da Administração Pública do Estado do Sergipe*.

No despontar do século XXI, surgiram, em alguns estados brasileiros, legislações regulamentando o assunto em âmbito estadual, conforme sublinham Irene Patrícia Nohara e Thiago Marrara³⁷¹. No Amazonas, a Lei estadual relacionada ao tema é a nº 2.794, de 6 de maio de 2.003; em Roraima, veio a Lei nº 418, de 15 de janeiro de 2.004; em Alagoas foi inaugurada a Lei nº 6.161, de 26 de junho de 2.000; enquanto que em Pernambuco, surgiu a Lei nº 11.781, de 6 de junho de 2.000. No Estado de Goiás a Lei nº 13.800, de 18 de janeiro de 2.001 trata da matéria; em Minas Gerais foi a vez da Lei 14.184, de 31 de janeiro de 2.002; Mato Grosso fez surgir a Lei nº 7.692, de 1º julho de 2.002. O município de São Paulo instituiu a Lei nº 14.141, de 27 de março de 2.006.

Cada ente da federação tem autonomia para editar suas regras relativas aos processos administrativos, utilizando a Lei 9.784/99 de forma subsidiária, pois sua aplicabilidade não tem alcance nacional, ou seja, só poderá ser aplicada, obrigatoriamente, na consecução de função típica da Administração Pública federal (direta ou indireta) ou em função (administrativa) atípica dos demais Poderes federais (Legislativo e Judiciário), incluindo-se também o Ministério Público e o Tribunal de Contas da União.

Irene Patrícia Nohara e Thiago Marrara³⁷², entendem que no caso da Lei de Processo Administrativo-LPA federal se quis dizer que ela contempla o necessário ou essencial para os

³⁷¹ NOHARA, Irene Patrícia. MARRARA, Thiago. *Processo Administrativo-Lei 9.784/99 Comentada*. São Paulo: Editora Atlas. 2009, pg. 473.

³⁷² NOHARA, Irene Patrícia. MARRARA, Thiago. *Processo Administrativo-Lei 9.784/99 Comentada*. São Paulo: Editora Atlas, 2009, pg. 27.

processos administrativos no geral, que diante da ausência de lei específica, subordinam-se integralmente ao conteúdo da lei.

A noção de normas básicas não se confunde com o sentido de normas gerais que é empregado pela Constituição de 1988, por exemplo, no artigo 22, XXVII, que determina ser de competência privativa da União legislar sobre normas gerais sobre licitação e contratação com o Poder Público.

O artigo 69 da LPA admite que *os processos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.*

Celso Antônio Bandeira de Mello³⁷³ coloca que:

É importante anotar que a lei em causa aplica-se apenas subsidiariamente aos processos administrativos **específicos, regidos por leis próprias**, que a elas continuarão sujeitos. Como é lógico, aplica-se integralmente a quaisquer outros processos administrativos.

Assim, caso não haja lei específica regulamentando procedimento administrativo na esfera federal, ser-lhe-ão aplicadas, na integralidade, as determinações contida na LPA. Como exemplos de leis específicas para essas hipóteses, podemos apontar a Lei de Licitações e Contratos³⁷⁴ ; Lei que trata do Regime Jurídico dos Servidores Federais³⁷⁵ ; Código de Propriedade Industrial³⁷⁶; Lei de Defesa da Concorrência - *Antitruste*³⁷⁷ ; Lei relativa ao Processo Administrativo Fiscal³⁷⁸ ; norma disciplinadora do Tombamento³⁷⁹ ; Tomada de Contas Especial do TCU³⁸⁰; e a Lei de Desapropriação por utilidade pública³⁸¹.

³⁷³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 28 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010, pg. 516.

³⁷⁴ Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993

³⁷⁵ Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990

³⁷⁶ Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996

³⁷⁷ Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994

³⁷⁸ Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972

³⁷⁹ Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937

³⁸⁰ Lei nº 8.442, de 16 de julho de 1992

³⁸¹ Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941.

3.8.3. Princípios norteadores do processo administrativo

O objeto da teoria geral do processo impõe princípios comuns aos processos administrativos e judiciais, tais como: o *princípio da publicidade, da ampla defesa, do contraditório, do impulso oficial, da obediência à forma e aos procedimentos estabelecidos na lei*. E outros princípios que são inerentes do direito administrativo, como o da *oficialidade*, o da *gratuidade* e o da *atipicidade*.³⁸²

O processo administrativo é norteado por princípios informadores do Direito Administrativo, e não poderia ser diferente, já que se trata de disciplina cujo estudo persegue a compreensão e a exata noção do Direito inserido no campo de interesse da Administração Pública, em todas as suas manifestações.

O artigo 2º da Lei 9.784/99 fez constar um rol extenso de princípios que devem incidir sobre o processo administrativo e também nos procedimentos anteriores à edição dos atos administrativos, nos seguintes termos:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da *legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência*.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

- I - atuação conforme a lei e o Direito;
- II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;
- III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;
- IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;
- V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;
- VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;
- VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;
- VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;
- IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

³⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 30. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2017, pg. 799.

- X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;
- XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;
- XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;
- XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Os princípios da *impessoalidade*, *publicidade*, *informalismo* e *oficialismo*, muito embora não estejam previstos no *caput* do artigo, encontram-se subentendidos nos incisos do parágrafo único. Exemplo claro está no inciso III, onde o *princípio da impessoalidade* não aparece nitidamente, mas o enuncia indiretamente na medida em que determina a observância do critério de *objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes e autoridades*. Não se pode olvidar que os princípios consignados na Constituição Federal são de observância obrigatória na esfera infraconstitucional.

O inciso IX ao determinar a *adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados*, contempla o *princípio do informalismo* ou *formalismo moderado*, impedindo que a Administração Pública dificulte a manifestação dos administrados eventualmente provocada pelo excesso de rigor técnico, impedindo que a população mais singela faça valer seus interesses em face das infindáveis unidades funcionais da administração Pública.

Também o artigo 22 da lei aponta para a mesma direção ao registrar que *os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir*. A forma não é o mais importante que os objetivos almejados.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁸³ atribui outra denominação ao mesmo instituto, preferindo a locução *princípio da obediência à forma e aos procedimentos*; para ela a utilização do termo *informalismo* não implica em total ausência de formas, pois o processo administrativo é formal no sentido de que deve ser reduzido a escrito e conter documentado

³⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 30. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2017, pg. 801.

tudo o que ocorre no seu desenvolvimento; é informal apenas no sentido de que não está sujeito a normas rígidas em comparação ao *processo judicial*.

O *princípio da oficialidade* concede de forma exclusiva à Administração a atribuição de conduzir o andamento do processo administrativo, como bem assegura o entendimento doutrinário, *cabe à Administração, e somente a ela, a movimentação do processo administrativo, ainda que instaurado por provocação particular, e adotar tudo o que for necessário e adequado à sua instrução.*

O *princípio da legalidade objetiva* é o que assegura que somente os atos que estão postos em lei serão formalmente executados pela Administração, por isso é tão importante, é *o que só permite a instauração do processo administrativo com base na lei e para preservá-la.*³⁸⁴ Ao revés, poderá ocorrer a invalidação do processo administrativo, caso haja o desrespeito a esse princípio constitucional.

O *princípio da publicidade* é aquele que ora exige, ora permite a publicação de todos os atos do processo administrativo. A exigência de tal publicação está concernente com outro princípio, o da *transparência* na execução de atos editados pelo Poder Público. A permissão, todavia, deve ser observada ante a falta de impedimento na publicação desses atos, haja vista que poderá haver processo administrativo que em face do seu conteúdo recebem o crivo do *segredo de justiça*, de forma que talvez não todos, mas alguns atos praticados não poderão ser publicados, consoante se depreende da leitura do art. 5º, XXXIII, LX, *in verbis*:

Art. 5º, CF/88:

XXXIII - todos têm o direito a receber dos órgãos públicos informações de interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

Corroborando com o disposto no texto constitucional está entendimento de Diógenes Gasparini ao asseverar que [...] *salvo se o interesse público exigir o sigilo, o processo*

³⁸⁴ GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. Atualizada por Fabrício Motta, 17. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, pg. 1085.

*administrativo deve ser instaurado e se desenrolar com o estrito atendimento do princípio da publicidade*³⁸⁵.

Pelo princípio da *segurança jurídica* persegue-se a estabilidade das relações jurídicas, de saber que algo que foi decidido no momento continuará a valer no futuro. O processo administrativo deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, nos termos do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, pois um dos fins do processo é justamente resguardar a estabilidade das relações jurídicas, impedindo que haja mudanças desnecessárias. Exemplo dessa situação é a proibição de que seja aplicada a eventos pretéritos uma nova interpretação.

Com relação aos *princípios do contraditório e da ampla defesa* note-se que ambos encontram previsão no artigo 5º, LV, da CRFB/88. O contraditório estabelece que o indivíduo possui a faculdade de se manifestar no processo, contestando as argumentações que lhe sejam imputadas. Dessa maneira, sempre que a Administração produzir uma prova deve ser oferecida a oportunidade ao interessado de produzir a contraprova ou sobre esta se manifestar.

A ampla defesa refere-se ao direito que tem o indivíduo de se defender das acusações que lhe são imputadas da forma mais livre e ampla possível. É o direito de estar presente em audiências e petição.³⁸⁶ O Superior Tribunal de Justiça baseou-se neste princípio para editar a Súmula 343 que *determina a obrigatoriedade da presença do advogado em todas as fases do processo disciplinar*. No entanto, a referida Súmula do STJ tornou-se sem efeito por força da edição da Súmula vinculante nº 5, editada pelo Supremo Tribunal Federal-STF segundo a qual a *falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição*.

³⁸⁵ GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. Atualizada por Fabrício Motta, 17. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, pg. 1085.

³⁸⁶ CAVALCANTI FILHO, João Trindade. *Processo administrativo*-Lei 9.784/1999. Salvador: Editora Juspodium, 2009, pg. 21.

Nesse diapasão, insta destacar também a Súmula nº 3 do Supremo Tribunal Federal que determina:

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

3.8.4. Processo administrativo e devido processo legal (*due process of law*)

O devido processo legal ou *due process of law* nos remete à Magna Carta de João Sem-Terra, na qual a cláusula *law of land* impedia que alguém fosse julgado em conformidade com a lei de sua terra. Traduz-se ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.³⁸⁷

O processo administrativo, em consonância com a Constituição Federal de 1988, norteia-se de acordo com o princípio do devido processo legal. Está assegurado ao administrado, o direito de peticionar ou de responder perante aos órgãos da Administração Pública, observando e ressaltando-lhe a devida vênica quanto à instauração, instrução e conclusão do processo.

Desta forma, saliente-se que o devido processo legal tem por objetivo assegurar ao indivíduo o cumprimento de preceitos legais em face da sua necessidade de peticionar ou mesmo de responder a processo administrativo no âmbito da Administração Pública, o que, por outro ângulo, é um freio e contrapeso à força inerente ao Estado.

3.8.5. Espécies de processos administrativos

Diógenes Gasparini, seguindo os passos de Hely Lopes Meirelles³⁸⁸, levando em conta o objeto a que cada processo se destina, distribui as espécies de processos administrativos em

³⁸⁷ Vide artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

³⁸⁸ Para Hely Lopes Meirelles processo administrativo é gênero do qual são espécies os processos *disciplinar, tributário, ou fiscal e ambiental*. O que Diógenes Gasparini classifica como *espécies*, para Hely Lopes seriam modalidades de processo administrativo (*outorga, polícia, controle, punição e expediente*). MEIRELLES, Hely

processos de *outorga, polícia, controle, punição e expediente*. O *processo de outorga* é aquele que permite a Administração Pública atribuir, a quem o requer, um direito. Ex.: concessão de serviço público e a permissão de uso de um bem público.³⁸⁹

O *processo de polícia* é aquele em que o interessado tem a concordância da Administração Pública no pleito de uma determinada solicitação, ou seja, O direito já é do interessado, cabendo à administração Pública apenas concordar. Ex.: alvará de construção, de funcionamento, de pesquisa e lavra de jazidas e outros em que o exercício do direito está sujeito à fiscalização do Poder Público.³⁹⁰

Já o *processo de controle* é aquele que possibilita a Administração Pública verificar o comportamento ou situação de administrados ou servidores e declarar a sua regularidade ou irregularidade ante os termos e condições da legislação pertinente. Ex.: prestação de contas.

Por outro espectro, o *processo de punição* é promovido pelo Poder Público para que se possa apurar infração à lei ou contrato, cometida por servidor, administrado, contratado ou por quem estiver submetido a um vínculo especial de sujeição, e aplicar a correspondente penalidade. Os processos de punição são obrigatoriamente contraditórios, integrando sua índole a observância do devido processo legal e ao princípio da ampla defesa e do contraditório. Ex.: estudante de escola pública, por ter infringido regulamento escolar.³⁹¹

Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed. atual. por Eurico Andrade Azevedo, Décio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Ed., 2011, pg. 737.

³⁸⁹ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. Atualizada por Fabrício Motta, 17. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, pg. 1096.

³⁹⁰ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. Atualizada por Fabrício Motta, 17. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, pg. 1097.

³⁹¹ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. Atualizada por Fabrício Motta, 17. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, pg. 1099.

3.8.6. O processo administrativo eletrônico

O decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015, foi introduzido no ordenamento jurídico a fim de estabelecer normas acerca do uso do meio eletrônico para a realização do processo administrativo no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

A definição de processo administrativo eletrônico encontra descrita no artigo 2º, inciso III, assinalando que *se trata daquele e em que os atos processuais são registrados e disponibilizados em meio eletrônico*.

A implantação do processo administrativo eletrônico tem como objetivos:

- I - assegurar a eficiência, a eficácia e a efetividade da ação governamental e promover a adequação entre meios, ações, impactos e resultados;
- II - promover a utilização de meios eletrônicos para a realização dos processos administrativos com segurança, transparência e economicidade;
- III - ampliar a sustentabilidade ambiental com o uso da tecnologia da informação e da comunicação; e
- IV - facilitar o acesso do cidadão às instâncias administrativas.

A obrigatoriedade de implantação dos processos administrativos eletrônicos está prevista no artigo 5º, parágrafo único, segundo o qual os atos processuais deverão ser realizados em meio eletrônico, exceto nas situações em que este procedimento for inviável ou em caso de indisponibilidade do meio eletrônico cujo prolongamento cause dano relevante à celeridade do processo.

No âmbito educacional, o Ministério da Educação implantou o e-MEC, um sistema eletrônico de acompanhamento dos processos que regulam a educação superior no Brasil. Todos os pedidos de credenciamento e credenciamento de instituições de educação superior e de autorização, renovação e reconhecimento de cursos de graduação, além dos processos de aditamento, que são modificações de processos, serão feitos por esse sistema.

A Portaria Normativa nº 40, de 29 de dezembro de 2010, instituiu o e-MEC, sistema eletrônico de fluxo de trabalho e gerenciamento de informações

relativas aos processos de regulação, avaliação e supervisão da educação superior no sistema federal de educação, e o Cadastro e-MEC de Instituições e Cursos Superiores e consolida disposições sobre indicadores de qualidade, banco de avaliadores (Basis) e o Exame Nacional de Desempenho de Estudantes (ENADE) e outras disposições.

O sistema torna os processos mais rápidos e eficientes, uma vez que eles são feitos eletronicamente. As instituições podem acompanhar o trâmite do processo no Ministério que, por sua vez, pode gerar relatórios para subsidiar as decisões.

3.8.8. Recorribilidade das decisões na esfera administrativa

Em regra, todas as decisões administrativas são recorríveis, ou seja, sempre caberá recurso administrativo, independente de apreciação judicial. Nesse sentido, o artigo 56 da Lei 9.784/99, reza que:

Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.

§ 1º O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior.

§ 2º Salvo exigência legal, a interposição de recurso administrativo independe de caução.

§ 3º Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado da súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.

Os motivos que justificam a interposição de recurso administrativo são implicações relacionadas à legalidade, acarretando a nulidade da decisão ou do processo; ou de mérito, nesse caso diz respeito ao conteúdo da decisão, ou seja, o processo foi legal, mas resultou em uma decisão injusta ou inadequada. Via de regra todas as decisões administrativas são

passível de recurso, uma das raríssimas exceções é o artigo 57 da Lei de Processo Administrativo, que determina a limitação de instâncias³⁹².

3.8.9. A regulamentação do processo administrativo no Direito estrangeiro

Em breves referências e de forma bastante sucinta, apontar-se-á as principais legislações estrangeiras que influenciaram ou que podem a vir influenciar a interpretação da Lei de Processo Administrativo brasileira. Para tanto, valer-se-á dos estudos produzidos por Irene Patrícia Nohara e Thiago Marrara³⁹³, como parâmetros.

Apesar de a França ser considerada o berço do Direito Administrativo, uma vez que adquiriu contornos e estrutura de ramo autônomo da ciência do Direito, graças a construção jurisprudencial do contencioso administrativo, paradoxalmente, não possui arcabouço legal que possa compendiar os procedimentos gerais utilizados na órbita administrativa, não possui, entretanto, legislação que consolide normas sobre procedimentos gerais adotados e aplicáveis no contexto administrativo.

Já nos Estados Unidos a norma jurídica vocacionada para disciplinar o processo administrativo é o Título 5 do USCA (United States Code of Administration) de 1946, também denominada *Administrative Procedure Act* – APA. É um das normas mais importantes do Direito Administrativo estadunidense e que aborda, entre vários assuntos, o exercício do poder decisório e da atividade regulatória das agências e do governo federal.

Na Argentina o dispositivo legal que trata do tema é o Decreto-Lei nº 19.549, de 1972, ou Ley de Procedimiento Administrativo. A Argentina, assim como o Brasil é um Estado federal, por isso a aplicação da lei geral está adstrita ao âmbito federal, e a edição de lei sobre

³⁹² Art. 57. O recurso administrativo tramitará no máximo por três instâncias administrativas, salvo disposição legal diversa. (Lei 9.784/99).

³⁹³ Cf. pesquisa realizada por Irene Patrícia Nohara e Thiago Marrara In: NOHARA, Irene Patricia. MARRARA, Thiago. *Processo Administrativo-Lei 9.784/99 Comentada*. São Paulo: Editora Atlas. 2009.

a atuação e o desempenho das funções administrativas está revestida da autonomia das Províncias.

Na Alemanha uma Lei de 25 de maio de 1976 chamada *Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG*, As regras de processo administrativo alemão tem sido influenciadas de maneira crescente pelo direito europeu. Uma particularidade que distingue a lei alemã da lei brasileira é o tratamento dado ao planejamento. Enquanto no Brasil, o tema planejamento é considerado como subitem ligado ao direito econômico, na Alemanha, planejamento é assunto de grande importância para a análise do Direito Administrativo.

A Itália disciplinou o procedimento e o processo administrativo por meio da *Legge sul procedimento amministrativo*, com a Lei nº 241, de 7 de agosto de 1990. Entretanto, assegurou às regiões e aos entes locais a edição de regulamentação própria, desde que respeitados os princípios constitucionais.

Já Portugal tratou do assunto no Código de Procedimento Administrativo, inserido no ordenamento jurídico pelo Decreto-Lei nº 442, de 15 de novembro de 1991. A Constituição portuguesa de 1976 estabelece que *o processamento da atividade administrativa será objeto de lei especial, que assegurará a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito.* (artigo 268, nº 3)

A Espanha regulou a matéria por meio da Lei nº 30, de 26 de novembro de 1992, a denominada *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*³⁹⁴. A referida lei modernizou a Administração Pública, por meio de regras que privilegiam a simplificação, transparência e qualidade. Também adotou as técnicas de transmissão telemáticas, bem como técnicas de informática.

³⁹⁴ Cf. pesquisa realizada por Irene Patrícia Nohara e Thiago Marrara In: NOHARA, Irene Patricia. MARRARA, Thiago. *Processo Administrativo-Lei 9.784/99 Comentada*. São Paulo: Editora Atlas. 2009.

A lei de procedimento espanhola traz como característica marcante a preocupação recorrente em reforçar garantias dos indivíduos dentro dos ideais democráticos estabelecidos na Constituição. Esse cuidado é resultado da arrojada doutrina de Direito Administrativo do país, que influenciou a elaboração da norma. A Constituição de 1978 demonstra uma forte reação contra os 36 anos de ditadura franquista (1939-1975). Ressalte-se ainda que, a competência para tratar do procedimento administrativo é exclusiva do Estado, nos termos da Constituição espanhola de 1978 (artigo 149.1.1118), sem prejuízo das especialidades derivada da organização própria das comunidades autônomas.

Em território gaulês se exige a exaustão prévia das instâncias administrativas como condição para a apreciação da jurisdição administrativa, é preciso que seja feita a interposição de recursos em âmbito administrativo.

É sabido que a ineficiência e a ausência de respeito às garantias constitucionais do processo administrativo são em boa medida os causadores pelo caos enfrentado pelo Poder Judiciário. Além do mais, a Fazenda Pública possui prerrogativas processuais criadas para proteger o interesse público que dão origem à morosidade na solução dos litígios envolvendo o Estado na órbita judicial.

3.8.10. A regulação do ensino superior no Brasil

Primeiramente, cumpre destacar que *regulação* é diferente de *regulamentação*. A primeira pressupõe caráter mais abrangente, até pode ser feita por meio de regulamentação, mas cabe também fiscalizar.

O Estado deve, precipuamente, atuar de forma a atender os interesses da sociedade. Dentre os vários mecanismos postos à disposição do Estado, destaca-se a regulação, que é a técnica de perseguição de um ponto de equilíbrio em certo cenário econômico.

A regulação do ensino superior no Brasil está sob responsabilidade do Ministério da Educação-MEC que periodicamente renova as autorizações de funcionamento das instituições de ensino superior privadas. Nessa esteira de raciocínio, são modalidades de atos autorizativos

aplicados ao ensino superior: credenciamento e reconhecimento de instituições de educação superior e de autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos de graduação.

O primeiro credenciamento da instituição tem prazo máximo de três anos, para faculdades e centros universitários, e de cinco anos, para as universidades. O reconhecimento deve ser solicitado pela instituição de ensino ao final de cada ciclo avaliativo de acordo com o Sistema Nacional de Ensino Superior – SINAES, instituído no ordenamento jurídico pela Lei 10.861, de 14 de abril de 2004.

Nina Beatriz Ranieri³⁹⁵, ao elaborar estudo de elevada importância, assevera que:

A autorização e o reconhecimento de cursos superior são atos administrativos unilaterais, vinculados, de competência do ministro da Educação ou do secretário de Estado da Educação (dependendo do sistema de ensino em que é oferecido), exarados após deliberação do Conselho Nacional de Educação no caso do sistema federal (artigo 9º, § 2º, “d”, da Lei nº 4.024/61, com redação dada pela Lei nº 9.131/95), ou do conselho Estadual de educação, que garantem, respectivamente, a possibilidade de funcionamento inicial do curso e a expedição de diplomas válidos em todo o território nacional (conforme artigo 48, da LDB). Ambos conferem “qualificações por prazo determinado, com a finalidade de garantir padrão de qualidade ao ensino, conforme artigo 206, VII, da Constituição Federal.

Para disponibilizar um curso de graduação, a instituição de ensino superior depende de autorização do Ministério da Educação-MEC. A exceção são as universidades e centros universitários que, por terem autonomia, independem de autorização para instalação e funcionamento de cursos de graduação. No entanto, essas instituições devem informar à secretaria competente os cursos abertos para fins de supervisão, avaliação e posterior reconhecimento, nos termos do artigo 28 do Decreto nº 5.773, de 9 de maio de 2006, o qual dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de

³⁹⁵ RANIERI, Nina Beatriz. *Educação superior, Direito e Estado*. Na lei de diretrizes e bases (Lei nº 9.394/96). São Paulo: Editora Universidade de São Paulo- Fapesp, 2000, pg. 175.

educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino, *in verbis*:

Art. 28. As universidades e centros universitários, nos limites de sua autonomia, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo, independem de autorização para funcionamento de curso superior, devendo informar à Secretaria competente os cursos abertos para fins de supervisão, avaliação e posterior reconhecimento, no prazo de sessenta dias.

De acordo com a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADIN nº 2501/DF, é inconstitucional a vinculação de Instituição de Ensino Superior mantidas pela iniciativa privada aos sistemas estaduais de ensino, devendo essas instituições de ensino superior se submeter ao regramento federal. A decisão do STF se aplica indistintamente a todas as instituições de ensino superior privadas e seus cursos superiores ofertados.

No âmbito do ensino superior, a implantação de agência reguladora específica, seria bastante apropriada a fim de tornar o setor mais eficiente e atrativo para a comunidade acadêmica e investidores. Nessa linha de raciocínio é necessário chamar atenção para o fato de que as agências reguladoras surgiram com o firme propósito de controlar por meio do planejamento e normatização as atividades privadas na execução dos serviços de natureza pública, sendo elemento imprescindível no processo de descentralização estatal experimentado pelo Estado.

Da mesma forma, as agências reguladoras devem, no exercício de sua função, fiscalizar os entes regulados, vislumbrando a observância dos princípios da moralidade, legalidade, boa-fé e eficiência no decorrer da prestação dos serviços públicos.

No entanto, sabe-se que muitas vezes, a máquina pública é utilizada para atender interesses diversos, seja para garantir facilidades e privilégios a determinados grupos políticos, seja para beneficiar empresas privadas e seus dirigentes, em processos licitatórios e celebração de contratos administrativos. Em busca da alardeada eficiência, o Estado promove

a transferência de execução de certas atividades para a iniciativa privada, porém com a ameaça da formação de monopólios privados, entra em cena o órgão regulador, tentando minimizar ou temperar os interesses desses monopólios privados.

Todos os dias surgem nos noticiários novas denúncias de corrupção, o que demonstra de forma clara e inequívoca, que o controle dos atos da Administração Pública pelo Poder Judiciário deve ser realizado, de forma a corrigir erros perpetrados por agentes, que no exercício de suas funções, se desviaram do fim precípua do Estado – qual seja, a proteção do interesse público em sua essência – a fim de satisfazer os interesses individuais.

A dinâmica da vida moderna, como a maioria dos autores reconhece, revelou a inaptidão dos parlamentos em dar respostas às exigências normativas com a rapidez e conhecimentos técnicos demandados pela nova realidade econômica. Essa inaptidão fez com que, progressivamente fosse sendo atribuída ao Poder Executivo, ao lado da função de fazer cumprir as leis editadas pelo Legislativo, o papel de instituir, ele próprio, as normas necessárias à eficiente regulação dos mercados. O exercício dessa função, fundamentalmente atípica, do Executivo, desafiou alguns principais dogmas do Direito Público, tais como os princípios da legalidade e da separação dos poderes.

Muitos juristas se mostraram refratários ao desempenho pelo Executivo de atividade normativa, tal resistência lastreava-se na presunção do caráter de inconstitucionalidade dessa atividade, diante do princípio da indelegabilidade de poderes, formulada na máxima de John Locke: *delagata potestas delegari non potest*.³⁹⁶

As exigências cotidianas, entretanto, não se curvaram diante da resistente tradição, e não obstante a oposição de alguns estudiosos do Direito, foram sendo atribuídas ao Executivo, competências normativas com frequência cada vez maior. Paralelamente os tribunais também foram compelidos a tolerar as normas editadas dessa forma. Apesar de constitucionalmente

³⁹⁶ BRUNA, Sérgio Varella. Agências Reguladoras – Poder Normativo, Consulta Pública e Revisão Judicial. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2003, pg. 16.

estabelecida em alguns países a possibilidade de edição de *regulamentos autônomos*³⁹⁷, com o objetivo de acomodar, na ordem constitucional, o exercício da atividade normativa pelo Poder Executivo, em outros tantos, passou a ser defendida por boa parte dos teóricos a possibilidade de edição de *regulamentos delegados* ou *autorizados*, mesmo não sendo expressamente contemplados pelo texto constitucional.

Não é outro, aliás, o magistério de Clèmerson Merlin Clève, quando adverte que:

Reinventado o princípio da separação dos poderes por força das mutações pelas quais passou a civilização ocidental (mas não apenas a civilização ocidental), ficou absolutamente clara “a necessidade de uma potestade normativa da Administração como uma técnica inescusável de governo humano em nossa época”.

Não há como, na atualidade, subtrair o poder normativo da Administração. Aliás, há setores, como, por exemplo, o tecnológico, sempre em processo de evolução, que melhor são regulados pela plasticidade regulamentar. A governabilidade, aliás, depende cada vez mais da estreita colaboração entre os poderes Executivo e Legislativo e entre o regulamento e a lei. Como lembram certos autores, ‘agrada ou desagrade, sejam ou não grandes os riscos de uma normação secundária desse caráter, a potestade regulamentar da Administração é absolutamente imprescindível’. Na necessidade imposta por nosso tempo, reside a justificação material da competência regulamentar do Executivo.^{398]}

No Brasil, há os que defendam o regulamento autônomo, fundamentando na possibilidade, basicamente, para os casos de omissão do legislador, e, mesmo assim, até que a lei disponha a respeito. Promulgada a lei, ficaria superado o decreto³⁹⁹.

³⁹⁷ Salvo países com circunstâncias normativas peculiares, os regulamentos autônomos são raros nos sistemas constitucionais, pois são atos normativos editados para explicitar diretamente preceitos da própria Constituição, para o que o titular do poder regulamentar geralmente tem discricionariedade para desdobrar os mandamentos constitucionais que acabam delimitando matérias exclusivas ou reservadas apenas ao regulamento. Essa reserva temática conferida aos regulamentos autônomos não pode ser invadida pela lei ordinária ou mesmo a lei complementar, motivo pelo qual esses regulamentos são atos normativos primários.

³⁹⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2ª. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000, pg. 274-275.

³⁹⁹ É o pensamento de *Hely Lopes Meirelles*, do qual divergimos desse posicionamento, especialmente tendo-se em conta o disposto no art. 5º, II da Constituição Federal, que determina “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

A esmagadora maioria da doutrina⁴⁰⁰ nega, acertadamente, a possibilidade da existência, entre nós, desta espécie regulamentar. Citam como argumento a redação do artigo 84, IV, da CF, que possibilita regulamentos apenas para a *fidel execução* da lei, e a antiga redação do art. 84, VI, da Constituição Federal vigente, onde se lia: “*dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei*”.

O conceito de regulação (do latim, *regula* - vara reta, barra, régua; relacionado ao v.lat. *regere* - reger, ordenar, controlar, dirigir, guiar - ver reta) permeia, de forma geral, diversas áreas do conhecimento humano, como as tratadas pelas disciplinas técnico-científicas da administração, da automação, da cibernética, do direito, da economia, da educação, das engenharias, da teoria de controle, da teoria de sistemas e dos sistemas dinâmicos, entre outras.

As ações empreendidas pelo Estado não se implementam automaticamente, têm movimento, têm contradições e podem gerar resultados diferentes dos esperados. Especialmente por se voltar para grupos diversos, o impacto das políticas sociais promovidas pelo Estado capitalista sofrem o efeito de interesses multifacetados e expressos nas relações sociais de poder.

A Educação é um direito fundamental inalienável que constitui dever do Estado, representa um instrumento de formação amplo, de luta pelos direitos da cidadania e emancipação social, preparando as pessoas e a sociedade para construir, um ambiente harmônico para todos os indivíduos, indistintamente. Ao Estado cabe a responsabilidade de assegurar, a cada cidadão, o direito à educação de qualidade, igualitária e justa. E isso não é uma utopia, mas sim algo perfeitamente possível e alcançável.

Mais do que oferecer serviços sociais – entre eles a educação – as ações públicas, articuladas com as demandas da sociedade, devem se voltar para a construção de direitos sociais. Numa sociedade extremamente desigual e heterogênea como a brasileira, a política educacional deve desempenhar importante papel ao mesmo tempo em relação à democratização da estrutura ocupacional que se estabeleceu, e à formação do cidadão, do

⁴⁰⁰ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Geraldo Ataliba, Celso Antônio Bandeira de Mello, José Afonso da Silva, Celso Ribeiro Bastos, Clèmerson Merlin Clève compartilham esse posicionamento.

sujeito em termos mais significativos do que torná-lo “competitivo frente à ordem mundial globalizada”

Para o jusfilósofo Norberto Bobbio⁴⁰¹ "*Os Direitos não nascem quando querem, mas quando podem ou quando devem*". Nesse ambiente, identifica-se dois mundos distintos: o das idéias e o da realidade. No mundo ideal, os direitos sempre existiram, mas encontram-se latentes aguardando seu ingresso no mundo da realidade, sendo que neste, no entanto, somente surgem conforme a necessidade, a evolução, a batalha.

Pensando em política educacional, ações pontuais voltadas para maior eficiência e eficácia do processo de aprendizagem, da gestão escolar e da aplicação de recursos são insuficientes para caracterizar uma alteração da função política deste setor. Enquanto não se ampliar efetivamente a participação dos envolvidos nas esferas de decisão, de planejamento e de execução da política educacional, estaremos alcançando índices positivos quanto à avaliação dos resultados de programas da política educacional, mas não quanto à avaliação política da educação.

Na marcha do processo de autorização, os cursos de graduação em Direito, Medicina, Odontologia e Psicologia, inclusive em universidades e centros universitários, o Ministério da Educação leva em conta a manifestação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e do Conselho Nacional de Saúde, nos termos do art. 28, § 2º, do Decreto nº 5.773, de 9 de maio de 2006.

O reconhecimento deve ser solicitado pela instituição de ensino quando o curso de graduação alcançar 50% (cinquenta por cento) de sua carga horária. O reconhecimento de curso é condição necessária para a validade do diploma em âmbito nacional.

Assim como nos processos de autorização, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o Conselho Nacional de Saúde têm prerrogativas para manifestar-se

⁴⁰¹BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Tradução: Carlos Nelson Coutinho, Ed. campus-Elsevier, São Paulo, 2004.

junto ao Ministério da Educação no ato de reconhecimento dos cursos de graduação em Direito, Medicina, Odontologia e Psicologia.

A renovação do reconhecimento deve ser solicitada pelo educandário ao final de cada ciclo avaliativo do Sistema Nacional de Avaliação do Ensino Superior, junto à secretaria competente. O rigor do sistema avaliativo demonstra a preocupação do Estado com a qualidade do ensino superior.

Assim, o Ministério da Educação-MEC, visando atender à função de regular e de controlar as instituições de ensino, tem privilegiado a utilização da avaliação para cumprir essa missão. A avaliação, por sua vez, tem buscado legitimidade sendo fortificada tecnicamente pela especialização e a profissionalização, o projeto de criação do Instituto Nacional de Supervisão e Avaliação do Ensino Superior-INSAES demonstra essa tendência.

A Administração Pública conserva o monopólio do controle de alguns serviços públicos e seu bom funcionamento, exigindo do agente privado excelência na prestação desses serviços. Nessa toada, destaque-se a tramitação no Congresso Nacional o projeto de lei nº 4.372/12, elaborado por três Ministérios (Ministério da Educação-MEC, Ministério da Fazenda e Ministério do Planejamento), que prevê a criação do Instituto Nacional de Supervisão e Avaliação da educação Superior-INSAES.

O Ministério da Educação argumenta que o novo órgão tem por principal objetivo prestigiar o princípio da eficiência, incluído pela Emenda Constitucional nº 19/98 no rol de princípios constitucionais da Administração Pública. Talvez seja uma saída para solucionar as incongruências existentes no processo atual.

3.9. O poder regulador da Administração Pública

Nos últimos anos o Brasil tem demonstrado, de forma cada vez mais incisiva, a busca pela restauração da confiança do povo em suas instituições públicas, mais especificamente, na

classe política, o controle do poder regulador, por meio do controle destes atos administrativos pelo Poder Judiciário.

O princípio da legalidade, além de basear-se na própria estrutura do Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo, está previsto especificamente nos artigos 5º-inciso II, 37-*caput*, 84-inciso IV e 87- inciso II, que estabelecem:

5º -[...]

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

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 da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, aos seguintes(...)

Art. 84 – Compete privativamente ao Presidente da República:
IV – (...) expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução (das leis).

Art. 87. [...]

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;

A extensão do exercício desse controle, porém, não está pacificada na doutrina administrativista nacional. Conforme a corrente doutrinária tradicional, o controle jurisdicional pode versar somente sobre a legalidade dos atos praticados pela Administração Pública, não sendo, portanto, o mérito das decisões administrativas passíveis de revisão e reforma judicial.

No entanto, há uma corrente doutrinária a qual nos filiamos que defende o exame do mérito dos atos administrativos à luz dos princípios da razoabilidade, da moralidade e da eficiência, ou seja, o Poder Judiciário deve cuidar para anular/invalidar atos que sejam manifestamente inconstitucionais, devendo, entretanto, agir com cautela quando a análise tratar de critérios técnicos, sob pena de se cair no domínio da incerteza e do subjetivismo⁴⁰².

⁴⁰² MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. São Paulo: Renovar, 2003, pg. 55-56.

Os estudiosos do Direito Administrativo, de maneira geral, apontam para três espécies de regulamentos: i) *os regulamentos autônomos ou independentes*, ii) *os regulamentos autorizados ou por delegação* e, iii) *os regulamentos executivos*.

Os regulamentos autônomos ou independentes são atos normativos editados pelo Poder Executivo com base em competências normativas próprias, determinadas pela Constituição, para as quais não se prevê a interferência do Poder Legislativo. Criam direito novo, independentemente da lei a respeito. Para Dinorá Adelaide Mosetti Grotti ⁴⁰³ *Regulamentos independentes ou autônomos são visceralmente incompatíveis com o direito brasileiro*.

Carlos Ari Sundfeld⁴⁰⁴, entende que:

[...] nos novos tempos, o Poder Legislativo faz o que sempre fez: edita leis, frequentemente com alto grau de abstração e generalidade. Só que, segundo os novos padrões da sociedade, agora essas normas não bastam, sendo preciso normas mais diretas para tratar das especificidades, realizar o planejamento dos setores, viabilizar a intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou a realização daqueles valores: proteção do meio ambiente e do consumidor, busca do desenvolvimento nacional, expansão das telecomunicações nacionais, controle sobre o poder econômico – enfim, todos esses que hoje consideramos fundamentais e cuja persecução exigimos do Estado.

Corroborando da mesma posição Lúcia Valle Figueiredo⁴⁰⁵ assevera que:

No direito brasileiro, obrigações somente se criam por lei e o poder regulamentar do Presidente da República limita-se a fixar os parâmetros e os *standards* para a execução da lei, atribuição específica do Executivo. É certo, todavia que se deve tentar entender os textos das emendas constitucionais, precisamente as que se referem expressamente a órgãos reguladores, como sendo a eles cometidas as funções de traçar os parâmetros dos contratos de concessão, sempre submissos à lei.

⁴⁰³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências reguladoras. Revista Eletrônica de Direito administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, mai/jun/jul de 2006. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 17 de jan de 2017.

⁴⁰⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras, in SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) Direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, 2006, pg. 27-28.

⁴⁰⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pg. 141.

É dominante a doutrina, e mesmo a jurisprudência, no sentido de *não admitir* que a Administração possa sem lei impor obrigações ou restringir direitos. Nessa acepção encontram-se os constitucionalistas e administrativistas Celso Antônio Bandeira de Mello, o nosso saudoso Geraldo Ataliba, José Afonso da Silva, Michel Temer, Sérgio de Andréa Ferreira, Paulo Bonavides, dentre outros ⁴⁰⁶.

O Supremo Tribunal Federal ao analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668-DF⁴⁰⁷ que tinha por objeto alguns dispositivos da Lei 9742, de 16 de julho de 1997 – Lei Geral de Telecomunicações decidiu, em sede de medida liminar, que sua legitimidade somente prevalecia na medida em que, adotada interpretação de acordo com Constituição Federal.

Segundo a percepção de Marçal Justen Filho⁴⁰⁸, observa que:

[...] ainda que por maioria, foi adotada interpretação conforme à Constituição para dispositivos que reconheciam competência normativa da ANATEL, impondo-se reconhecer que tal poder apresentava natureza regulamentar e deveria observar os limites legais. Esse precedente apresenta relevância marcante, eis que a lei da ANATEL é a mais complexa e exaustiva, dentre as que introduziram as agências modernas no Brasil. Fez referência explícita a competências regulatórias. O STF teve oportunidade de examinar, ainda que com a sumariedade inerente ao julgamento de liminares, o tema da competência normativa abstrata reconhecida a uma agência reguladora. A conclusão do julgamento, por apertada maioria, indica a complexidade do tema. Mas se pode assinalar que a orientação consagrada foi a de que a Constituição impõem limitações à competência normativa abstrata das agências, que se pode desenvolver apenas como manifestação de cunho regulamentar não-autônoma.

Os regulamentos autorizados ou por delegação são aqueles editados pelo Poder Executivo no exercício de competência normativa que lhe tenha sido atribuída pelo

⁴⁰⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pg. 69.

⁴⁰⁷ Adin nº 1.668-DF proposta pelos partidos de oposição (Partido Comunista do Brasil - PC do B, Paulo Machado Guimarães, Partido dos Trabalhadores - PT, Alberto Moreira Rodrigues E Outros, Partido Democrático Trabalhista - PDT, Ronaldo Jorge Araújo Vieira Júnior e Outros, Partido Socialista Brasileiro - PSB, Carlos Roberto Siqueira De Barros, Presidente da República, Congresso Nacional), tendo por objeto dispositivos da Lei Geral de Telecomunicações, publicada no Diário da Justiça, Seção I, 31 de agosto de 1998, pg. 17.

⁴⁰⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, pg. 538-539.

Legislativo, o qual, diante de situações de fato extremamente mutantes, excessivamente técnicas ou politicamente complexas, limita-se a fixar os princípios gerais a serem seguidos pela autoridade administrativa na disciplina da matéria relacionada ao seu objeto.

Os regulamentos executivos são aqueles destinados a tão-somente estabelecer regras de organização e de procedimento necessárias à aplicação da lei, são atos normativos editados pelo Poder Executivo com base em competências normativas próprias, estabelecidas na Constituição federal de 1988, para os quais não se prevê a interferência do Poder Legislativo. Criam direito novo, independentemente da existência de lei a respeito.

Os regulamentos autorizados ou por delegação são aqueles editados pelo Poder Executivo, no exercício de competência normativa que lhe tenha sido atribuída pelo legislativo, a qual, diante da existência de situações de fato extremamente mutantes, excessivamente técnicas ou politicamente complexas. Os regulamentos autônomos ou independentes são incompatíveis com o Direito brasileiro.

Conforme já mencionado no capítulo anterior, as agências reguladoras surgiram com o firme propósito de controlar, por meio de planejamento e normatização, as atividades privadas na execução de serviços públicos, sendo imprescindível no processo de descentralização estatal experimentado pelo Estado. Busca-se por meio de mecanismos desburocratizadores a atuação mais eficiente do Estado no exercício da função de polícia, no ordenamento social, na prestação de serviços públicos e no ordenamento econômico.

A criação de uma agência reguladora, especificamente para o ensino superior traria vários benefícios para a economia, para o setor educacional e para sociedade, na medida em que poderia impor regras mais claras para inúmeras questões que envolvem o tema, como por exemplo, o grau de abrangência (faculdade, universidade e centros universitários), assim como as modalidades de ensino (presencial, à distância, licenciaturas, bacharelados, etc.), observar com mais rigor a formação dos docentes, impedindo que qualquer pessoa se aventure na tarefa de ensinar.

A carência de profissionalismo reclama a formação de um corpo técnico-administrativo preparado para atuar na esfera educacional. A agência reguladora também poderia zelar pela formação de docentes que seriam submetidos a exame de aptidão ou comprovação de curso de formação mínima para desempenhar a função de professor, essa verificação poderia fazer parte da avaliação e auditoria da Instituição.

O Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP é uma autarquia federal, ou seja, é uma “pessoa jurídica” criada por uma lei específica (Lei nº. 9.448, de 14 de março de 1997), que realiza estudo, pesquisa e avaliações sobre o Sistema Educacional, e que possui patrimônio próprio, embora não esteja sujeito a falência.

Criado em 1937, o atual INEP foi inicialmente chamado de Instituto Nacional de Pedagogia, denominação modificada um ano depois, em 1938, quando passou a Instituto Nacional de Estudos Pedagógicos. Logo se tornou uma referência no país, sobretudo a partir de 1944 quando foi criada a Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos-RBEP, veículo por meio do qual as informações educacionais passaram a ser publicadas e conseqüentemente passaram a ser consultadas por pesquisadores, gestores e pessoas interessadas em questões educacionais. A Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos ainda é publicada pelo INEP.

O reconhecimento do INEP tanto em nível nacional como internacional foi resultado do modelo adotado por Anísio Teixeira, diretor do Instituto a partir de 1952. O Centro Brasileiro de Pesquisas Educacionais (CBPE) foi criado devido à ênfase que Anísio Teixeira deu a pesquisa. Em 1972 o INEP passou a ser um órgão autônomo, e passou a ser chamado de Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais. Em 1977 o Centro Brasileiro de Pesquisas Educacionais (CBPE) foi extinto.

Nas décadas de 1980 e 1990 o INEP passou por algumas reestruturações e várias modificações. A mais significativa ocorreu em 1997, após algumas incorporações e integrações entre órgãos, que tornaram o INEP o único órgão responsável pelas estatísticas educacionais em nível federal, assim como pelas pesquisas e avaliações. O ano de 1997 é também marcado pela promoção do INEP à autarquia da União.

Atualmente, o INEP responde pelas avaliações do Sistema Educacional Brasileiro (todos os níveis e modalidades), e pela promoção de pesquisas e estudos relacionados à educação. Alguns dos procedimentos pelos quais o INEP obtém seus dados estatísticos e avaliativos são:

- Censo escolar e superior
- Avaliação dos Cursos de Graduação (reconhecimento ou renovação) e Avaliação Institucional (a partir de informações cedidas pela própria instituição, por meio eletrônico e/ou por avaliação *in loco*).
- SINAES – Sistema de Avaliação da Educação Superior
- Saeb – Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica
- Enem – Exame Nacional do Ensino Médio
- Encceja – Exame Nacional para certificação de competências (para jovens e adultos)

Os dados das pesquisas, estudos e avaliações realizadas pelo INEP são utilizados por pesquisadores, gestores, e outros, além de revelar as necessidades da área educacional, apontando quais aspectos devem ser contemplados pelas políticas públicas.

3.10. Modalidades de instituições de ensino superior

Partindo da ideia de que o Estado abandonou o papel de *Estado- executor*, pois atuava na ordem econômica por meio de pessoas jurídicas a ele vinculadas (intervenção, monopólio) e passou a ser um *Estado-regulador*. Isto é, passou a ostentar uma administração pública gerencial, baseada em conceitos de administração e eficiência, advindos do Direito Privado. A mudança mais importante para a sociedade se verifica na nova maneira de prestação de serviços públicos, que pode se dar de duas formas, direta ou indireta.

Além dos dispositivos constitucionais, a educação brasileira recebe disciplina no âmbito infraconstitucional por meio da Lei nº 9.394/96 – conhecida como Lei de Diretrizes e Bases, que fixa parâmetros para a educação nacional. No seu bojo encontram-se referências aos princípios e fins da educação nacional, de sua organização, níveis e modalidades de educação e ensino. Os artigos 19 e 20, estabelece as categorias em que se enquadram as instituições privadas de ensino

Art. 19. As instituições de ensino dos diferentes níveis classificam-se nas seguintes categorias administrativas

- I - públicas, assim entendidas as criadas ou incorporadas, mantidas e administradas pelo Poder Público;
- II - privadas, assim entendidas as mantidas e administradas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

Art. 20. As instituições privadas de ensino se enquadrarão nas seguintes categorias:

- I - particulares em sentido estrito, assim entendidas as que são instituídas e mantidas por uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado que não apresentem as características dos incisos abaixo;
- II - comunitárias, assim entendidas as que são instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas, inclusive cooperativas educacionais, sem fins lucrativos, que incluam na sua entidade mantenedora representantes da comunidade
- III - confessionais, assim entendidas as que são instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas que atendem a orientação confessional e ideologia específicas e ao disposto no inciso anterior;
- IV - filantrópicas, na forma da lei.

Para iniciar suas atividades, as instituições de ensino superior devem solicitar o credenciamento junto ao Ministério de Educação e Cultura. Conforme sua organização acadêmica, as Instituições podem ser credenciadas como faculdades, centros universitários e universidades.

Em princípio a instituição é credenciada como faculdade. O credenciamento como universidade ou centro universitário, com as respectivas prerrogativas de autonomia, depende da habilitação específica de instituição já credenciada, em funcionamento regular e com padrão satisfatório de qualidade.

Nesse contexto, importante destacar as classificações adequadas a um ensino superior tão diverso e heterogêneo quanto o brasileiro. Dentre as várias diferenciações encontradas no contexto educacional no que tange ao ensino superior do Brasil, quando se tem em vista as categorias do público e do privado, uma instituição de ensino superior pode se distinguir de outra em vários aspectos formais, que passaremos a expor a seguir:

Quanto à natureza institucional ou administrativa, as instituições de ensino superior podem ser classificadas como universidades, centros universitários, faculdades integradas ou estabelecimentos isolados.

Quanto à sua dependência administrativa, podem ser públicas (federais, estaduais e municipais) ou privadas, nos termos do art. 19 da Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996 - LDB, *in verbis*:

Art. 19. As instituições de ensino dos diferentes níveis classificam-se nas seguintes categorias administrativas:

I - públicas, assim entendidas as criadas ou incorporadas, mantidas e administradas pelo Poder Público;

II - privadas, assim entendidas as mantidas e administradas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

Quando privadas e com relação à constituição jurídica de sua mantenedora, classificam-se como fundações, associações civis ou sociedades civis de direito privado.

Quanto aos fins das instituições privadas, elas podem ser lucrativas ou não. Quanto à composição dos membros das instituições, são particulares em sentido estrito, comunitárias, confessionais ou filantrópicas⁴⁰⁹, nos artigos 20 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Art. 20. As instituições privadas de ensino se enquadrarão nas seguintes categorias:

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

II - comunitárias, assim entendidas as que são constituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas, inclusive cooperativas educacionais, sem fins lucrativos, que incluam na sua entidade mantenedora representantes da comunidade;

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

IV - filantrópicas, na forma da lei.

As instituições de ensino são laicas, quando não atendem a uma orientação religiosa. Quanto à organização acadêmica, podem ofertar cursos, graduações e pós-graduações,

⁴⁰⁹ Destaque-se que as instituições filantrópicas são aquelas formadas por associações que se vinculam a alguma causa social e humanitária, nos termos da Lei 12.101/2009.

possuindo ou não atividades de extensão e pesquisa. Por fim, podem levar em consideração ou não a titulação do corpo docente.

3.11. Um novo público direcionado para educação superior

A expansão dessa modalidade educacional implica maior variedade na admissão dos calouros, agora mais distribuídos no que diz respeito aos estratos de renda e propriedade, e das etnias minoritárias. É cada vez mais visível a presença dos estratos inferiores de renda e das minorias, atraídos pelas anuidades mais baratas e pela proximidade da escola de suas residências.

No Brasil de hoje, está em moda o conceito do *open door* (porta aberta), ou seja, acesso facilitado para qualquer estudante que tenha concluído o ensino médio. Assim, as instituições privadas vão ganhando o perfil de instituições de *segunda oportunidade*, a exemplo do que ocorreu nos Estados Unidos com a expansão dos *community colleges*.

Para muitos que pareciam ter desistido de lutar por um ensino de qualidade, é visível a elevação da idade, com as consequências derivadas, no plano das expectativas e do comportamento. Além da segunda chance para os desistentes, as novas instituições privadas recebem estudantes que querem fazer um segundo curso, isto é, uma nova graduação. Recebem também mais mulheres, que vem para a escola depois que os filhos ficam adultos ou depois de um divórcio, assim como estudantes de baixa renda e grupos minoritários carentes.

O ingresso desse novo público é sinal de sucesso, sua incorporação segue quase como uma necessidade nacional social, econômica, estabilidade e coesão social. Mas, é, também, matriz de novas dificuldades e desafios. A adaptação das escolas também seria evidenciada pela adoção de métodos e técnicas de ensino que remediasses a frágil preparação acadêmica de grande parte do novo público. Podemos dizer que temos no Brasil, em termos de educação superior “*o ensino remedial*”.

3.12. O Financiamento da educação superior

Segundo estudos específicos e elaborados, no Brasil, os gastos públicos com alunos do ensino superior são muito maiores do que os gastos com alunos do ensino básico. A preocupação nacional com a educação básica e a prioridade que vem sendo atribuída à solução dos problemas que afetam esse nível de ensino são corretas e necessárias.

Não há dúvida que o crescimento do PIB e a viabilização de melhores condições de vida para o conjunto da população dependem de um aumento de produtividade associado ao desenvolvimento tecnológico. Isso não será possível sem uma força de trabalho escolarizada. Do mesmo modo, a gestão democrática da sociedade exige uma cidadania responsável, a qual tem como fundamento a universalização da educação básica.

Mas a questão da modernização da sociedade, associada ao desenvolvimento de um sistema produtivo baseado na capacidade de absorver e gerar novas tecnologias, possui também uma outra face. É preciso, mas não basta, que o conjunto da população tenha acesso a oito anos de instrução escolar de boa qualidade. É necessário assegurar, paralelamente, a existência de uma parcela (certamente bem menor) da população que seja altamente qualificada para operar e gerir as complexas organizações que estruturam tanto o sistema produtivo quanto o político e o social: cientistas, engenheiros, agrônomos, economistas, administradores, comunicadores, historiadores, geógrafos, médicos, bibliotecários e professores de todos os níveis de ensino.

A inexistência, em número suficiente, de pessoal altamente qualificado, com formação de nível superior, constitui um permanente obstáculo, tanto para o gerenciamento dos órgãos públicos como para a criação de novas atividades produtivas, a modernização da agricultura, a preservação de meio ambiente, a manutenção da competitividade do parque industrial nacional e a melhoria da qualidade do ensino básico. É por isso que uma política educacional adequada às necessidades do país deve contemplar os dois lados e os dois pólos do sistema de ensino: a educação básica, de um lado, o ensino superior, de outro.

Devido à divisão constitucional das responsabilidades na educação, cabe ao governo federal aplicar os recursos, prioritariamente, no ensino superior; estabelecendo carreiras e

salários dignos; melhorando laboratórios e salas de aulas; incentivando as propostas de ensino à distância; valorizando os cursos de licenciatura; e ampliar o acesso, principalmente, financiando mais cursos noturnos nas universidades. Numa sociedade tão injusta e desigual, como a brasileira, é preciso que os impostos sejam pagos por todos; mais, por aqueles que possuem mais e menos, por aqueles que possuem menos. Estes recursos arrecadados devem ser dirigidos para a solução dos graves problemas sociais brasileiros e parcela importante deles deve construir o bem público maior de uma nação, que é a educação de seu povo.

A situação atual resulta da opção política que foi feita ainda na década de 1950, durante a prolongada discussão da primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional: a de orientar os investimentos federais para a criação e manutenção de grandes universidades públicas e gratuitas, que aliassem o ensino à pesquisa. Essa opção foi basicamente correta, porque esse tipo de instituição era, e ainda é, necessária para o desenvolvimento econômico e social do país, e porque se trata de um empreendimento altamente oneroso, que não pode ser mantido sem recursos públicos.

O sistema federal sob a jurisdição do MEC inclui, hoje, 52 instituições: 37 são universidades (pelo menos nominalmente) e 15 são estabelecimentos isolados. Além desses, a União mantém ainda o Instituto Militar de Engenharia, o Instituto Tecnológico de Aeronáutica, o Instituto Rio Branco e a Escola Nacional de Ciências Estatísticas, afetos, respectivamente, aos Ministérios do Exército, da Aeronáutica, das Relações Exteriores e IBGE, que não serão considerados neste trabalho. À rede das instituições federais de ensino superior sob supervisão do MEC estão associados 44 hospitais e 27 escolas de 1º e 2º graus. O conjunto todo conta com 44.561 docentes de 3º grau, 3.600 professores de 1º e 2º graus e um corpo de 95.434 servidores técnico-administrativos. A estes últimos, há ainda que se acrescentar 39.354 funcionários adicionais, lotados nos hospitais de ensino.

Em 1990, os Institutos Federais de Ensino Superior consumiram, com dotações diretas, mais de três bilhões de dólares, isto é, 78% do total das dotações do Tesouro destinadas ao Ministério da Educação. Considerando o orçamento global do MEC (que inclui outros recursos, além dos do Tesouro, como os provenientes do salário-educação e da seguridade social), as IFES consumiram 62% do total. Além disso, receberam recursos do Ministério da Saúde para o custeio dos hospitais, verbas para projetos especiais, auxílios de pesquisa e

bolsas fornecidas pelas diferentes agências governamentais, os quais não estão sendo computados neste cálculo.

Portanto, no Brasil são as universidades públicas as principais responsáveis pela produção científica e pela interação que o ensino e a pesquisa podem promover com a sociedade, oferecendo soluções para os problemas que ela enfrenta. As demais instituições de ensino superior, salvo exceções que se encontram principalmente entre as comunitárias, se dedicam exclusivamente ao ensino de graduação.

Ao contrário do que alguns pregam, não se pode creditar ao ensino superior público federal, que deve ser mantido pela União, a responsabilidade pela falta de recursos para os outros níveis de ensino. Essa informação nos indica a necessidade de aumentar o volume de recursos investidos em educação no Brasil. Isto pode ser conseguido pela efetiva aplicação, por parte do poder público, dos recursos estabelecidos constitucionalmente e, também pelo aumento da arrecadação de impostos, eliminando-se a enorme evasão fiscal que reduz quase pela metade o total arrecadado.

É falsa a questão de que se deve privilegiar um grau de ensino em detrimento do outro. Todos devem ser cuidadosamente zelados e adequadamente assistidos pelos poderes públicos, para que se desenvolvam de forma articulada, eficiente e com qualidade. Os países do chamado Primeiro Mundo sabem muito bem disso e seus governos investem pesadamente na educação - do pré-escolar ao superior - para garantir conjuntamente a cidadania, a formação profissional competente e o desenvolvimento científico e tecnológico.

Existe uma distorção no sistema educacional brasileiro, causada pela perversidade de nosso sistema econômico e social, com relação principalmente à distribuição de renda, que faz com que os estudantes mais pobres não consigam nem mesmo o acesso ao segundo grau. Esse é o maior problema nacional na área da educação.

O maior patrimônio de uma nação é a educação de seu povo e, por isso, além de obedecer a uma política nacional de educação que defina seus rumos e prioridades, ela deve ser oferecida até o limite possível da riqueza nacional.

3.13. A Lei de Filantropia como elemento de investimento social

A Lei 12.101, de 27 de novembro de 2009, denominada de *Lei da Filantropia*, que dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social, regulamentada pelo Decreto nº 7.237, de 20 de julho de 2010, trouxe várias inovações para o terceiro setor, posicionando-se no ordenamento jurídico como um novo marco regulatório, impondo regras mais severas.

Para que as entidades consideradas filantrópicas possam gozar de certos incentivos fiscais apontados pela Constituição, Legislação tributária, bem como, previdenciária é necessário cumprimento de certas obrigações acessórias, cumuladas com o preenchimento de requisitos para sua caracterização estabelecidos pela ordem jurídica. As entidades que podem ser caracterizadas como filantrópicas são fundações, instituições de educação, associações, entidades culturais, de proteção à saúde, instituições de ensino dentre outras.

A Lei de filantropia possibilita às instituições privadas nas áreas de educação, saúde e assistência a isenção do pagamento de impostos e contribuições sociais, desde que essas mesmas entidades prestem serviços nas respectivas áreas de forma gratuita. Esse mecanismo também pode ser computado pela elaboração do orçamento público, na medida em que representa renúncia de receita do Poder Público para implementação de realização de serviços que o Estado não dá conta de dispor ao cidadão sozinho.

Na área de educação, no que tange ao ensino superior, as regras estabelecidas pelo Programa Universidade para Todos-Prouni já oferece os parâmetros necessários, entretanto no que diz respeito ao ensino médio e básico, o impacto é maior tendo em vista que as instituições que atuam nesse segmento não cultivam, com muita ênfase, política de concessão de bolsas de estudos, voltando-se mais para projetos assistenciais.

A filantropia quando exercida por entidades sérias, comprometidas, éticas e idôneas, gera ações sociais potencialmente positivas, funcionando como extensão do Estado, em favor de uma Sociedade mais justa, equânime e melhor amparada. O grande problema é que o controle dessas entidades é fraco, e muitas sob a falsa máscara de entidade filantrópica deixa

de pagar os impostos, mas não aplicam esses recursos na melhoria da qualidade dos serviços que prestam. É necessário maior rigor no controle dessas entidades.

Em 2008, a Polícia Federal deflagrou a denominada *operação fariseu* e desmontou o que considerou uma quadrilha especializada em negociar certificados de isenção de impostos e contribuições sociais com empresas privadas que atuava dentro do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS). Entre os principais crimes atribuídos ao grupo estão: corrupção ativa e passiva, advocacia administrativa, tráfico de influência e formação de quadrilha.

Investigado desde 2004 pela força-tarefa que combate crimes previdenciários, o esquema teria dado prejuízo de cerca de R\$ 4 bilhões - R\$ 1 bilhão por ano - aos cofres públicos em contribuições não recolhidas. O esquema consistiria na concessão fraudulenta de Certificados de Entidade Beneficente e de Assistência Social (Cebas) a associações sem requisitos de filantropia. Pelo menos 60 entidades das áreas de saúde, educação e assistência social foram investigadas por suspeita de envolvimento nas fraudes. As 10 mil entidades filantrópicas cadastradas pelo governo deixam de repassar cerca de R\$ 5 bilhões ao ano apenas à Previdência Social.

O CNAS era um órgão colegiado composto por dezoito membros - nove de entidades civis e nove do governo. Depois do escândalo, a verificação dos requisitos para o reconhecimento da entidade como filantrópica passou a ser do Ministério responsável pela atividade desenvolvida pela entidade privada. Ou seja, na área da educação, a concessão do certificado de filantropia ficou a cargo do Ministério da Educação-MEC, assim como na área de saúde, o respectivo Ministério e as entidades de assistência social adstritas ao Ministério de Assistência Social e Combate à Fome.

Aliás, como bem observa Marcelo Figueiredo⁴¹⁰:

⁴¹⁰ FIGUEIREDO, Marcelo. *Direito à probidade administrativa. A lei da ficha limpa: Um lento e bom caminho, mas ainda insuficiente. Uma análise comparada – Brasil-Colômbia*. In *Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. Org.: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. São Paulo: Ed. Atlas, 2013, pg. 1049-1080

Nenhuma instituição gerida pelo Homem está livre de ter em sua gestão ou em seus quadros a corrupção. Até a Santa Sé vive há tempos em apuros quando maneja recursos financeiros.[...]

Não há um dia em que os jornais de grande circulação nas grandes capitais brasileiras não noticiem um ou mais casos de imoralidade administrativa, de improbidade, de abusos de toda sorte cometidos contra o erário e os bens públicos no sentido mais amplo possível.

O combate à pobreza e à exclusão social se define como imperativos éticos, e como parte importante das políticas públicas. As diversas formas de desigualdades sociais repercutem em todas as dimensões da pessoa humana. Por isso, os sistemas jurídicos buscam estabelecer como obrigação legal os deveres de inclusão social e de erradicação das causas motivadoras de desigualdades, diminuindo a marginalização dos cidadãos.

Nesse contexto, é inegável a contribuição ofertada pelas entidades filantrópicas de educação (sérias) que prestam importantes serviços à comunidade, na medida em que atendem aqueles que se apercebem em estado de carência e vulnerabilidade social, atuando não em substituição, mas em regime de colaboração com o Poder Público.

3.14. Novas perspectivas para o ensino superior brasileiro

A criação de agências reguladoras é resultado direto do processo de retirada do Estado da economia. Estas foram criadas com o escopo de normatizar os setores dos serviços públicos delegados e de buscar equilíbrio e harmonia entre o Estado e usuários. Na Alemanha, este novo conceito é chamado *economia social de mercado*. Logo, se há uma regulação, não é o liberalismo puro; também não é correto afirmar que este modelo se aproxima dos conceitos socialistas, pois há concorrência entre a iniciativa privada na prestação de serviços. Portanto, a ideia é a de um capitalismo regulado, que visa evitar crises, entretanto, não deixa de ser um modo moderado de interferência do Estado na economia.

A função das agências é delimitada, porém, dentro de um espectro de dimensões grandes. O âmbito de atuação passa por diversas áreas, sendo as mais importantes as de fiscalização, regulamentação, regulação e por vezes, arbitragem e mediação, porém, sempre dentro dos limites que a lei impõe. Para possuir estes poderes, quando concebidas, as agências foram dotadas de personalidade jurídica de direito público.

A exploração de atividade econômica não se confunde com a prestação de serviços públicos, quer por sua natureza de subsidiariedade, quer pela existência de regras próprias e diferenciadas. De fato, sendo o princípio maior o da livre iniciativa, somente em situações especiais e previstas na lei o Estado poderá atuar diretamente como empresário no domínio econômico. Essas exceções se restringem às hipóteses de: i) imperativo da segurança nacional⁴¹¹; ii) relevante interesse coletivo⁴¹²; iii) monopólio outorgado à União⁴¹³.

Em 2014, havia cerca de 7,8 milhões de alunos matriculados no Ensino Superior brasileiro. Destes 6,5 milhões em cursos presenciais (83%) e 1,3 milhões em curso de ensino à distância (17%). Destaque-se que 75% das matrículas estão concentradas na rede privada, ou seja, 5,9 milhões)⁴¹⁴.

O Brasil possui uma taxa de escolaridade líquida⁴¹⁵ de 17,6%. A localidade que apresenta a maior taxa é o Distrito Federal com 33,6% seguido dos estados de Santa Catarina 1(24,9%), Paraná (22,2%), Mato Grosso (22,1%) e São Paulo (21,4%). A rede de ensino superior privada possui 225 mil docentes (220 mil em exercício e 5 mil afastados), além de 212 mil funcionários do corpo técnico administrativo. Em 2014, nas instituições da rede

411 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.

412 Idem.

413 Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; (Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

414 Dados obtidos no MAPA DO ENSINO SUPERIOR NO BRASIL-2016 resultado de estudos e levantamento estatísticos elaborados pelo Sindicato das Entidades Mantenedoras Ensino Superior do Estado de São Paulo. Fontes: SEMESP/SINDATA, Base: Censo INEP.

415 Taxa de escolarização líquida corresponde ao percentual da população de 18 a 24 anos no ensino superior, ou seja, número de matriculados de 18 a 24 anos no ensino superior dividido pelo total da população de 18 a 24 anos. ,

privada, 33% de docentes em exercício são especialistas, 47% são mestres e 20% são doutores. 24% submetem-se ao regime de tempo integral, 41% estão sob regime parcial e 35% são horistas.

A adoção de um novo modelo de regulação da educação superior é o caminho a ser seguido para o alcance de uma educação melhor, não existe nenhuma fórmula já pronta para ser aplicada, mas a experiência de outros países sugere o alcance de bons resultados. A análise da utilização do Direito comparado abordada no primeiro capítulo se presta exatamente para essa finalidade, buscar na experiência de outros um caminho para melhorar nossa realidade.

Muitas são as manifestações em sentido contrário à criação de uma agência reguladora, sob a alegação de que a educação é um serviço público de natureza estratégica e a desconfiança no modelo regulatório faz com que o controle estatal seja, em tese, acirrado.

É essencial à manutenção do Estado democrático que os princípios supramencionados sejam respeitados nas mais diversas áreas de atuação da Administração Pública, para que os serviços públicos de fato sejam prestados a contento, satisfazendo aos interesses da coletividade, e sua concessão, autorização ou permissão – e, conseqüentemente sua fiscalização não seja utilizada como moeda de troca para favorecimento ou satisfação de determinados interesses particulares de uma parcela ínfima da Sociedade.

Estamos vivendo tempos difíceis, onde o contexto político e econômico demonstra, de forma inequívoca, a necessidade urgente de promover-se a restauração da confiança dos administrados nas instituições públicas, em homenagem ao interesse coletivo.

Por todo o acima exposto, no presente capítulo tentamos esclarecer de forma breve os principais fundamentos dos atos administrativos, suas modalidades, bem como as principais características que permeiam esse instituto, de acordo com a lei, a doutrina e com a jurisprudência pátria e alienígena, mostrando sua importância e seus desdobramentos para a administração pública e para os administrados, e seus requisitos de validade, que em todo tempo devem ser respeitados pela administração, a fim de que se exerça com eficiência o seu poder dever na busca do interesse coletivo.

Se as agências reguladoras brasileiras como a ANCINE e a ANATEL se mostraram muito eficientes e revolucionaram setores que anteriormente estavam estagnados, porque no setor educacional não poderia ocorrer o mesmo.

A atuação administrativa, que deve se dar, de forma eficiente, econômica e em parceria com a iniciativa privada, para que o Estado se concentre no planejamento e controle das atividades essenciais, delegando ao particular a execução dos serviços públicos e devolvendo à iniciativa privada as atividades econômicas outrora desenvolvidas pelo Estado.

Esta tem sido a diretriz política, conforme se infere do movimento desestatizante que emergiu no início da década de 1990, informado por privatizações de empresas estatais, concessões de serviços públicos e terceirização de atividades instrumentais da Administração Pública.

A criação de uma agência reguladora na área de educação superior possibilitaria a profissionalização dos agentes públicos envolvidos nessa temática.

A massificação do ensino superior é responsável por desvirtuar parte da realidade brasileira, e o ensino passou a atender critérios exclusivamente mercadológicos, pois a falta de mecanismos eficientes do Estado para a apuração de qualidade, facilita a oferta de ensino ofertado precariamente, focalizando a condição do aluno enquanto consumidor, ao invés de primar pela boa formação de profissionais críticos e bem qualificados para participar dos rumos políticos, culturais, sociais e econômicos do país no futuro.

Com relação aos professores, categoria que merece valorização. A agência reguladora de ensino superior poderia criar normas para ingresso de professores na docência tanto nas instituições públicas quanto nas privadas, um treinamento voltado à formação na docência para que aqueles que desejem ingressar não seja capturando pelas Instituições que buscam pagar salários ínfimos para aqueles que não tem formação.

As inovações e propostas têm de romper o muro das faculdades e, preferencialmente, ajudar a transformar esse conhecimento em uma fonte de renda. É fato que as pesquisas representam um momento de reflexão e refinamento da ciência pura, mas se a sua aplicação se restringir às salas de aula, elas só servirão para consulta nas estantes empoeiradas das bibliotecas das universidades.

De nada adianta o Brasil fazer parte do grupo das maiores economias mundiais se a nação ainda está longe de ocupar uma posição satisfatória quando se fala em competitividade. Segundo a Protec (Sociedade Brasileira Pró-Inovação Tecnológica), o país tem um dos dez maiores parques industriais do mundo, mas fabrica, principalmente, produtos de baixo e médio valor agregado. Isso ocorre porque as linhas de financiamento a projetos de pesquisa e desenvolvimento são recentes e pouco consolidadas, e não há também uma cultura inovadora por parte da imensa maioria das empresas - que seriam as principais beneficiadas, caso investissem em inovação. Aliás, a pouca (ou falta de) inovação é responsável pela baixa competitividade nacional no cenário externo. Dos mais de 4 milhões de empresas brasileiras existentes, somente 17 mil (0,4%) apresentam alguma receita proveniente de exportação.

O Brasil precisa ter um sistema em que empresas, universidades, escolas técnicas, institutos de pesquisa, agências de fomento e reguladoras, poder público, entidades e associações empresariais cooperem de forma mais efetiva, de modo a produzir e difundir inovações de cunho tecnológico. Essa tarefa não é fácil, devido à infraestrutura tecnológica reduzida e implantada de maneira pulverizada, ao baixo investimento em ações de pesquisa e desenvolvimento e a um fraco modelo de formação de recursos humanos.

Depois da promulgação da Constituição Federal de 1988 e, principalmente ao longo da década de 1990, o gigantismo e o papel do Estado ocuparam o centro do debate institucional. O intervencionismo estatal não resistiu ao movimento global de esvaziamento do modelo no qual o Poder Público e as entidades por ele controladas atuavam como protagonistas do processo econômico. É inegável que a Sociedade brasileira manifestava sua insatisfação com o Estado no qual se inseria e não desejava vê-lo em um papel onipotente, arbitrário e ativo no campo econômico.

A agência reguladora de serviços públicos não exerce poder de polícia, mas, sim, fiscalização do cumprimento do contrato de concessão. Portanto, a receita arrecadada junto aos concessionários não tem natureza tributária, devendo ser evitada a dependência de recursos transferidos pelo erário, a fim de manter a autonomia do órgão.

A regulação constitui passo relevante na Reforma do Estado e deve ser estimulada como mecanismo de atração de investimentos e garantia dos consumidores.

3.15. O projeto para criar órgão avaliador (especificamente) para o ensino superior

Em 2012, o Executivo propôs a criação de uma autarquia específica para avaliar e supervisionar os cursos de graduação e as instituições federais e privadas de ensino superior existentes no Brasil. O novo órgão será responsável também pela certificação das entidades beneficentes que atuam na área de educação superior e básica.

O Instituto Nacional de Supervisão e Avaliação da Educação Superior (INSAES) seria vinculado ao Ministério da Educação (MEC) e assumiria uma tarefa que hoje é do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) – a autarquia responsável pelo Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM).

A proposta foi assinada por três ministros: a do Planejamento, Miriam Belchior; o da Educação, Aloizio Mercadante; e o da Fazenda, Guido Mantega. Conforme os argumentos do governo, a criação do INSAES deve-se à necessidade de reestruturar o MEC para que sejam cumpridas metas de ampliação do acesso ao ensino superior e da qualidade das faculdades, previstas no novo Plano Nacional de Educação (PNE), em análise no Senado.

Em atendimento ao plano, o Decreto 7.690/12 criou a Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior (SERES), a fim de promover a qualidade do ensino superior por meio da regulação e da supervisão de instituições. No entanto, mesmo com a SERES, há a

necessidade de alterar a estrutura do Ministério da Educação-MEC para obter efetividade nas ações.

A integração das atividades no INSAES, segundo seus defensores, justifica-se não apenas pela otimização de recursos e integração de processos, mas também porque a avaliação institucional externa constitui referencial para a autorização, o reconhecimento e a renovação dos cursos de graduação e o credenciamento de instituições. Entre outras atribuições, o INSAES poderá autorizar e renovar o reconhecimento de cursos de graduação e sequenciais. Poderá também decretar intervenção em instituições de educação superior.

Como sanção aos infratores da lei, o INSAES poderá desativar cursos, reduzir o número de vagas, suspender a autonomia ou descredenciar instituições. Depois de avaliadas, as faculdades poderão receber advertência ou multas de R\$ 5 mil a R\$ 500 mil reais. O exame de avaliação de desempenho de estudantes da educação superior, o ENADE, continuará sob a responsabilidade do INEP.

Atualmente, o Ministério da Educação-MEC é responsável pela regulação e supervisão de 2,7 mil instituições de educação superior e por quase quarenta e um mil cursos de graduação. A cada ano, são realizadas cerca sete mil avaliações *in loco*. Pelas regras em vigor, a avaliação é realizada por um grupo de consultores previamente designados que verificam as condições de ensino, principalmente as relativas ao perfil do corpo docente, às instalações físicas e à organização didático-pedagógica.

Com a criação do INSAES, a expectativa é de que as equipes de avaliação tenham pelo menos um servidor efetivo como coordenador. O grupo continuará a contar com a participação de professores especialistas por área de conhecimento. A ideia é ampliar o processo de avaliação, a partir de critérios que incluam, por exemplo, resultados insatisfatórios no ENADE e o atendimento à porcentagem mínima de mestres e doutores em universidades e centros universitários.

É urgente a necessidade de reformulação do atual modelo de regulação da educação superior, Além disso, uma reforma deve incidir especialmente no reforço dos mecanismos de prestação de contas para a sociedade; bem como a avaliação de qualidade.

Com referência ao corpo docente é premente que a forma como são recrutados os docentes faz a educação implodir. È necessário criar um sistema de habilitação por um o processo de acreditação, mais ágil e eficiente, terminando com as dificuldades

O sistema de acreditação é mais amplamente utilizado e aceito na maioria dos países da União Europeia e os EUA. Este sistema avalia os docentes individualmente, e os currículos baseados nos princípios da igualdade, mérito e transparência. Uma vez credenciados podem participar na competição de convocar as instituições públicas e privadas.

A adoção de critério de auditoria e avaliação se convertem em um novo instrumento para implantar a transparência e a segurança financeira, empresarial e de mercados.

A verificação sustentabilidade financeira da Instituição de ensino superior e da gestão econômica é outro elemento que necessita de tratamento próprio. E isso pode ser feito de duas formas: 1.) Descrevendo a forma de como a gestão econômico financeira é realizada; e 2.) Acompanhando diuturnamente o cumprimento do previsto e do realizado. Deve haver um orçamento previsto para o prazo de vigência do Projeto de Desenvolvimento Institucional – PDI, que é de cinco anos. O planejamento econômico financeiro e as implicações orçamentárias devem ser levadas em conta no processo de avaliação da instituição de ensino.

A qualidade da educação se dá por meio da construção social, com isso acreditação e avaliação deveriam ser processos dinâmicos e construídos socialmente. No Brasil, o sistema de avaliação da educação superior passou por inúmeras modificações durante o final do século XX e o início do século XXI. O governo federal vem desenvolvendo processos de avaliação, não havendo nenhum tipo, seja público ou privado, de uma agência acreditadora no País, quem faz a regulamentação do sistema é o próprio governo. Esta regulamentação é alimentada pelo modelo atual da avaliação, intitulado de Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES), conforme já exposto em item anterior.

O SINAES, em sua essência, permite que a avaliação no sistema de Ensino Superior do Brasil aconteça de uma maneira em que a instituição avaliada, dialogue e participe do mecanismo de avaliação. A avaliação do SINAES é desenvolvida pelo Ministério da Educação por meio do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira e está dividida em três pilares compreendidos por autoavaliação e avaliação externa caracterizando-se como avaliação institucional ou avaliação das IES, avaliação dos cursos de graduação e avaliação dos estudantes, por meio do Exame Nacional de Desempenho de Estudantes (ENADE).

Esta divisão busca garantir que sejam considerados os aspectos individuais de cada entidade, pois cada pilar se difere de instituição para instituição, os resultados deste processo subsidiam a regulação e supervisão da educação superior que ficam a cargo da Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior (SERES), órgão vinculado ao Ministério da Educação.

O ensino superior no Brasil necessita de reformas urgentes, estamos muito longe de alcançar níveis satisfatórios para nos nivelar aos padrões internacionais, mas algum esforço deve ser feito nessa direção, e de forma urgente, para que, algum dia a nação alcance os objetivos ideologicamente registrados no artigo 3º da Carta Magna, qual seja, a construção de uma sociedade justa, digna e solidária.

Capítulo IV – O ENSINO SUPERIOR NO CONTEXTO ESTRANGEIRO

Consideramos importante estender os estudos acerca da educação superior em outras jurisdições, mais especificamente sobre a regulação na Espanha, por considerarmos o esforço empreendido pelos organismos educacionais hispânicos em desenvolver, e fundamentalmente, colocar em prática instrumentos procurando melhorar a qualidade de suas instituições educacionais que tem recebido extensa demanda de estudantes, professores e pesquisadores de várias partes do mundo, principalmente oriundos de países de língua latina.

4.1. O tratamento internacional dispensado à educação

Com o advento da globalização um novo horizonte se descortina, a era do conhecimento. A educação é, sem embargo, o maior recurso de que se dispõe para enfrentar essa nova formulação do mundo. A continuidade do processo de desenvolvimento econômico e social depende, fundamentalmente, da educação integralmente formativa. A celebrada era pós-industrial, mostra limpidamente o declínio do emprego industrial e a multiplicação das ocupações na área de serviços diferenciados tais como: comunicação, saúde, turismo, lazer e informação.

Transformação é palavra de ordem que aparece cada vez mais latente no discurso atual, porque contém caráter estimulante e associado à ideia de inovação, criatividade, invenção e desenvolvimento ou, ainda por provocar desequilíbrio e inquietação aos profissionais em geral e aos educadores em particular por obrigá-los ao movimento de readaptação. Trata-se do processo de metamorfose do ser, do ambiente ou de uma situação, em razão de mudanças qualitativas e/ou quantitativas, vislumbrando sempre o aprimoramento ou aperfeiçoamento. É um processo que se configura no movimento de mutação no tempo e no espaço, para dar uma nova forma, feição, caráter ou direção a alguma coisa, tornando-a diferente do que era⁴¹⁶.

⁴¹⁶ XAVIER, Odiva Silva. A Educação no Contexto das Mudanças. Revista Brasileira de Pedagogia, v. 78, nº 188/190, pg. 285-304, jan/dez/1997. Disponível in <http://rbep.inep.gov.br/index.php/RBEP/article>, acesso em 05 de maio de 2015.

As grandes modificações que estão acontecendo no contexto mundial, sobretudo em alguns setores da atividade humana, forçosamente, se refletem em vários setores, contudo o mais afetado é a educação, que contraditoriamente não se destaca como protagonista.

Vivian de Almeida Gregori Torres⁴¹⁷ ao tratar da importância das políticas públicas inclusivas, destaca que a Convenção da Unesco Contra a Discriminação no Ensino, influenciou a legislação brasileira a implementar as iniciativas inclusivas, como fator de desenvolvimento econômico e social, impulsionando sobremaneira o progresso nacional.

Em verdade, as mudanças não ocorrem ao acaso e menos ainda de maneira repentina na sociedade, elas são decorrentes de uma sequência de fatos encadeados e em movimentos sucessivos. Às vezes, os grupos e as pessoas não se dão conta de que alterações estão ocorrendo a sua volta e poucas vezes conseguem identificar suas causas. Daí, por que a educação precisa ser repensada de forma contextualizada e com uma visão prospectiva.

Diuturnamente surgem problemas nos sistemas e modelos educativos que, direta ou indiretamente, repercutem na dinâmica social. As reflexões sobre educação, hodiernamente, exigem horizonte largo, considerações sobre as relações entre esta e seu contexto, assim como melhor compreensão do homem e de suas necessidades nessa nova realidade.

Para Pilar Jimenez Tello que contextualizando essa nova perspectiva, assinala que [...] *La nueva concepción del prestigio universitario no se basa em el elitismo y la exclusion, sino em el establecimiento de redes integradoras de ámbito transnacional y continental.*⁴¹⁸

⁴¹⁷ TORRES, Vivian de Almeida Gregori. A Convenção da Unesco Contra a Discriminação no Ensino, a Constituição brasileira e as políticas públicas inclusivas. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco; RIGHETTI, Sabine. (Org.). Direito à educação: igualdade e discriminação no ensino. 1ed. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 2010, v., p. 181-210.

⁴¹⁸ TELLO, Pilar Jimenez. Auditoria Universitaria y Calidad, La evaluacion como conquista social ante la competencia universitaria global. VDM Verlag Dr. Müller Aktiengesellschaft & Co. KG., 2009, pg. 18.

4.2. A Declaração Universal de Direitos Humanos

As normas internacionais existentes atualmente originaram-se na conclusão de tratados e convenções entre os Estados. Desde a mais remota antiguidade, os tratados têm servido aos mais diferentes fins, entre os quais se destacam a constituição de alianças militares de caráter defensivo, a celebração da paz, o estabelecimento das linhas fronteiriças entre os países e a intensificação do intercâmbio econômico e cultural. Fenômenos importantes marcaram a elaboração do direito dos tratados nos dois últimos séculos. Verificaram-se, em primeiro lugar, o aparecimento e multiplicação dos tratados multilaterais na cena internacional.⁴¹⁹

A educação está no bojo das mudanças econômicas, políticas, sociais, espirituais e culturais, de todas as sociedades, por isso há muito tempo o Direito Internacional mostra-se atento a essas questões, tomando-se como ponto de reflexão a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, conforme se extrai do artigo 26º, *in verbis*:

Artigo 26 -

1. *Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito.*
2. *A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz.*
3. *Os pais têm um direito preferencial para escolher o tipo de educação que será dada aos seus filhos. Grifo nosso.*

A Declaração Universal de Direitos Humanos, forjada principalmente pelo canadense John Peters Humphrey, contou também com a ajuda de várias pessoas, surgindo do esforço

⁴¹⁹ AMARAL JR. Alberto do. *Noções de direito e direito internacional*. 4. E. atualizada. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2012.

comum de representantes de todas as partes do mundo e terminando por abarcar todas as tradições legais e delineando os direitos fundamentais que formam a base para uma sociedade democrática.

Do ponto de vista técnico-jurídico, a Declaração é uma recomendação que a Assembleia Geral das Nações Unidas faz aos seus membros, por tal motivo sustentava-se que o documento não teria força vinculante.

Artigo 10 - A Assembleia Geral poderá discutir quaisquer questões ou assuntos que estiverem dentro das finalidades da presente Carta ou que se relacionarem com as atribuições e funções de qualquer dos órgãos nela previstos e, com exceção do estipulado no Artigo 12, poderá fazer recomendações aos Membros das Nações Unidas ou ao Conselho de Segurança ou a este e àqueles, conjuntamente, com referência a qualquer daquelas questões ou assuntos.

Entretanto, este entendimento guardava formalismo excessivo e por isso acabou sendo superado. Pela compreensão atual e amplamente majoritária de que a validade dos direitos humanos está desvinculada de suas constituições, leis e tratados internacionais, principalmente porque está diante de reverência à dignidade humana, em face de todos os poderes estabelecidos.⁴²⁰

4.3. A Declaração de Salamanca

Políticas educacionais implicam no envolvimento e o comprometimento de diferentes personagens, inclusive e fundamentalmente no cenário internacional, além daqueles vinculados aos diferentes órgãos públicos e à iniciativa privada que figuram como importantes colaboradores na construção de um sistema educativo que alcance todos os cidadãos.

⁴²⁰ GOVERNO, Escola de. Os Direitos Humanos na Declaração Universal de 1948 e na Constituição Brasileira em Vigor. Disponível em <http://www.escoladegoverno.org.br/artigos/115-direitos-humanos-declarados-1948>, acesso em 09 de maio de 2015

Nesse diapasão, outro documento internacional importante endereçado à educação é a Declaração de Salamanca, configurada em uma Resolução que trata dos princípios, política e prática em educação especial. Adotada em Assembleia Geral, apresenta os *Procedimentos- Padrões das Nações Unidas para a Equalização de Oportunidades para Pessoas com Deficiência*.

Considerada um dos mais importantes documentos endereçada à inclusão social, foi elaborada na Conferência Mundial sobre Educação Especial, em Salamanca – Espanha, entre 7 e 10 de junho de 1994. Naquela oportunidade, o objetivo era fornecer diretrizes básicas para a formulação e reforma de políticas e sistemas educacionais de acordo com o movimento de inclusão social, fazendo parte da tendência mundial que vem consolidando a educação inclusiva.

A referida Declaração também ampliou o conceito de necessidades educacionais especiais, acolhendo todas as crianças que não estejam conseguindo alcançar aproveitamento satisfatório na escola, independente da motivação.

O conceito de *necessidades educacionais especiais* passou a incluir, além das crianças portadoras de deficiências, as vítimas de guerra ou conflitos armados, aquelas que sofrem de abusos contínuos físicos, emocionais e sexuais, as que vivem em condições de vulnerabilidade social extrema (excessiva pobreza ou que sejam desnutridas), aquelas que estejam atravessando dificuldades temporárias ou permanentes no ambiente escolar, as que estejam repetindo continuamente os anos letivos, as que sejam obrigadas a trabalhar, outras que vivem nas ruas ou que moram distantes de qualquer instituição de ensino, e finalmente aquelas que simplesmente estão fora da escola, por qualquer outro motivo.

O Brasil foi um dos países signatários da Declaração, assumindo o compromisso de incluir todas as crianças na escola, independente de suas dificuldades. O documento reforça o direito a educação de qualidade e que considere as características e os interesses únicos de cada estudante, rechaçando discriminações e a exclusão escolar. Nesse sentido, as escolas devem se organizar e se capacitar para atender a todos.

A inclusão das pessoas portadoras de deficiência no sistema educacional está prevista na Lei 7.853, de 24 de outubro de 1989 como garantia ao direito à educação. Entretanto, por um longo período houve uma política de exclusão, desatenção ao grupo dos deficientes ou portadores de deficiência (ou portadores de necessidades especiais). Aliás, esse segmento social na época chamado deficiente, foi excluído por muito tempo das preocupações da sociedade brasileira em todos os níveis e situações, quer seja em relação a locomoção, visão, audição, deficiência mental etc.

A Lei Brasileira de Inclusão⁴²¹ tramitou no Congresso Nacional por 12 anos. Entrou em vigor em janeiro de 2016 e, entre outros pontos, reforça o dever do poder público de desenvolver, incentivar ou implementar sistemas educacionais inclusivos em todos os níveis e modalidades. Além de enfatizar pontos já previstos em outros documentos, a lei estabelece a necessidade de formar e oferecer profissionais de apoio nas instituições de ensino. Em termos práticos, o texto indica que as instituições de ensino poderão (por via judicial, inclusive) ter de contratar cuidadores para prestar assistência exclusiva a alguns estudantes.

O instrumento de avaliação obriga a existência de programas de apoio ao aluno (atividade de nivelamento e programas de apoio extraclasse e psicopedagógico) e atividades de tutoria para atender às demandas didático-pedagógicas da estrutura curricular. Para contemplar esses e outros indicadores relacionados à eliminação das barreiras pedagógicas, muitas instituições mantêm núcleos de acessibilidade compostos por professores habilitados a prestar atendimento educacional especializado, além de intérpretes e tradutores de libras. Muitas ainda mantêm nessas unidades psicólogos, psicopedagogos, enfermeiros, fonoaudiólogos, entre outros especialistas.

As constituições e legislações anteriores apresentavam, por meio de emendas constitucionais, traços tímidos de proteção ao deficiente, assim mesmo prevalecendo normas programáticas. Assegurar a acessibilidade é um dever das instituições de ensino públicas e privadas brasileiras. A obrigação é fundamentada em uma vasta legislação, sendo os principais documentos os decretos 5.296/2004, 6.949/2009 e 7.611/2011; as normas técnicas de acessibilidade preconizadas pela ABNT e, mais recentemente, a Lei Brasileira de Inclusão

⁴²¹ Lei nº 13.146, 06 de julho de 2015.

da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015). Suas condições de oferta são averiguadas pelo Ministério da Educação nos processos de credenciamento e reconhecimentos, bem como nos de autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento.

Mesmo havendo grandes avanços no campo internacional, no âmbito do ordenamento jurídico interno, a sociedade de modo geral ainda enfrenta problemas sérios quando se trata de incluir crianças com deficiências mais graves no ambiente escolar, por exemplo, síndromes do espectro autista com grande comprometimento comportamental, ou deficiência intelectual severa. Ou seja, casos que devem ser pensados em sua singularidade e que, muitas vezes, não possuem uma solução unânime nem fácil de ser equacionada. De fato, a Declaração de Salamanca trouxe-nos novas perspectivas para a educação brasileira ao propor que as escolas de orientações inclusivas. Para se construírem sociedades abertas e solidárias é preciso construir antes uma educação inclusiva.⁴²²

4.4. Processo de Bolonha

Em 19 de junho de 1999, ministros da educação de 29 países europeus, reuniram-se na cidade de Bolonha-Itália, para celebrar a Declaração de Bolonha, documento que reconheceu a relevância da educação para o desenvolvimento sustentável das nações democráticas.

A Declaração de Bolonha se consubstanciou na modificação relativa às políticas voltadas para educação superior dos países envolvidos naquele processo e determinou um espaço comum – O ESPAÇO EUROPEU DE ENSINO SUPERIOR – EEES. O compromisso foi assumido pelos países signatários em articular reformas dos seus sistemas de ensino.

Apesar da Declaração de Bolonha não ser classificada como um tratado, os países envolvidos hipotecaram o compromisso de reorganizar os sistemas de ensino superior de acordo com as definições do referido pacto.

⁴²² RODRIGUES. Davi. Declaração de Salamanca: 20 anos pela educação para todos. Disponível in <http://www.publico.pt/sociedade/noticia/declaracao-de-salamanca-20-anos-pela-educacao-para-todos-1638729>, acesso em 10 de maio de 2015.

O principal objetivo almejado se configura na implementação de medidas sincronizadas no que diz respeito ao ensino superior nos países membros da União Europeia, como por exemplo, introduzir um sistema de graus acadêmicos facilmente reconhecíveis e comparáveis, promover a mobilidade dos estudantes, dos professores e dos pesquisadores, assegurando a elevada qualidade da docência e incorporando a dimensão europeia no ensino superior⁴²³.

Outra preocupação explicitada na declaração está relacionada com o incremento entre os cidadãos europeus à empregabilidade e à competitividade internacional, e para isso o sistema europeu do Ensino Superior desempenha papel fundamental.

4.5. Convenção de Reconhecimento das Qualificações Relativas ao Ensino Superior na Região da Europa – Convenção de Lisboa

Realizada em Lisboa-Portugal, no dia 11 de Abril de 1997, trata-se de um pacto sobre o reconhecimento das qualificações relativas ao ensino superior na região europeia, também conhecida por *Convenção de Reconhecimento de Lisboa* ou, simplesmente, *Convenção de Lisboa*, aprova um conjunto de princípios gerais sobre o reconhecimento mútuo, entre os Estados signatários, das qualificações que dão acesso ao ensino superior, de períodos de estudo de graduação e de qualificações desse nível de ensino⁴²⁴.

A referida Convenção aconteceu porque os Estados signatários estão conscientes de que o direito à educação é um direito do homem e que o ensino superior desempenha um

⁴²³ PROCESSO DE BOLONHA: Estabelecimento do Espaço Europeu do Ensino Superior. Disponível in http://europa.eu/legislation_summaries/education_training_youth/lifelong_learning/c11088_pt.htm, acesso em 10 de maio de 2015.

⁴²⁴ CONVENÇÃO DE RECONHECIMENTO DAS QUALIFICAÇÕES RELATIVAS AO ENSINO SUPERIOR NA REGIÃO EUROPA – CONVENÇÃO DE LISBOA. Disponível em <http://www.dges.mctes.pt/DGES/pt/Reconhecimento/NARICENIC/Reconhecimento+Acad%C3%A9mico/Conven%C3%A7%C3%A3o+de+Lisboa/>, acesso em 10 de maio de 2015.

papel importante na aquisição e no progresso do conhecimento, e que constitui uma excepcional riqueza cultural e científica tanto para os indivíduos como para a sociedade.

O ensino superior deve desempenhar um papel fundamental na promoção da paz, da compreensão mútua e da tolerância contribuindo para a criação da confiança entre os povos e as nações. A grande diversidade de sistemas de ensino existentes na região Europa reflete as suas diversidades culturais, sociais, políticas, filosóficas, religiosas e económicas e representa uma riqueza excepcional que convém salvaguardar.

Também é o objetivo do referido documento proporcionar a todos os habitantes da região europeia a possibilidade de beneficiar-se plenamente dessa diversidade, facilitando aos alunos das instituições de ensino o acesso aos recursos educacionais de outras regiões, pela possibilidade de prosseguirem a sua formação ou de realizarem um período de estudos nas instituições de ensino superior das outros países.

O reconhecimento de estudos, certificados, diplomas e títulos obtidos noutra País da região Europa, constitui uma medida importante para promover a mobilidade académica. O reconhecimento equitativo das qualificações representa um elemento chave do direito à educação e uma responsabilidade da sociedade.

A *Convenção de Reconhecimento das Qualificações* revela a necessidade percebida pelos países signatários de proceder a uma simplificação legislativa face ao grande número de textos legais existentes sobre a matéria, oferecendo um quadro geral único para o reconhecimento de qualificações em nível de Região Europa.

4.6. Convenção relativa à luta contra a discriminação no campo do ensino

Adotada a 14 de dezembro de 1960, pela Conferência Geral da UNESCO, em sua 11ª sessão, reunida em Paris de 14 de novembro à 15 de dezembro de 1960.⁴²⁵

⁴²⁵ UNESCO. Convenção relativa à Luta contra a Discriminação no campo do Ensino. Disponível in <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132598por.pdf>, Acesso em 10 mai de 2015.

A referida Convenção de conformidade com seu artigo 14 entrou em vigor no Brasil em 19 de julho de 1968, ou seja, três meses após o depósito do instrumento de ratificação junto ao Diretor Geral da UNESCO, realizado em 19 de abril de 1968. Destacando que a Declaração Universal dos Direitos do Homem afirma o princípio de não discriminação e proclama o direito de toda pessoa à educação, propondo a colaboração entre as nações para assegurar a todos o respeito universal dos direitos do homem e oportunidades iguais de acesso ao ensino e cultura.

No que se refere ao termo *discriminação*, tem-se que este se configura na conduta ou ato (ação ou omissão), que resulta em violar direitos com base na raça, sexo, idade, estado civil, deficiência física ou mental, opção religiosa e outros.

A Constituição Federal de 1988 alargou as medidas proibitivas de práticas discriminatórias no Brasil. Algumas delas como, por exemplo, discriminação contra a mulher, contra a criança e o adolescente, contra o portador de deficiência, em razão da idade, ou seja, a contra o idoso, em razão de credo religioso, em virtude de convicções filosóficas e políticas, em função do tipo de trabalho, contra o estrangeiro e prática da discriminação, preconceito e racismo.

A educação deve ter por objetivo o pleno desenvolvimento da personalidade humana e o fortalecimento do respeito aos direitos humanos e das liberdades fundamentais e que obrigando a favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações. Todos os grupos raciais ou religiosos, assim como o desenvolvimento das atividades nas Nações Unidas para a manutenção da paz;

De acordo com o artigo primeiro, para os fins deste diploma internacional, o termo *discriminação* abrange qualquer distinção, exclusão, limitação ou preferência que, por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião pública ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, condição econômica ou nascimento, tenha por objeto ou efeito destruir ou alterar a igualdade de tratamento em matéria de ensino, e, principalmente:

a) privar qualquer pessoa ou grupo de pessoas do acesso aos diversos tipos ou graus de ensino;

- b) limitar a nível inferior à educação de qualquer pessoa ou grupo;*
- c) sob reserva do disposto no artigo 2 da presente Convenção, instituir ou manter sistemas ou estabelecimentos de ensino separados para pessoas ou grupos de pessoas; ou*
- d) de impor a qualquer pessoa ou grupo de pessoas condições incompatíveis com a dignidade do homem.*

Para os fins da presente Convenção, a palavra *ensino* refere-se aos diversos tipos e graus de instrução e compreende o acesso ao ensino, seu nível e qualidade e as condições em que é subministrado.

O Decreto nº 63.223 , de 6 de setembro de 1968, recepcionou a Convenção relativa à luta contra a discriminação no campo do ensino, em plena vigência do governo militar, quando a Presidência da República era ocupada pelo Marechal Artur Costa e Silva.

4.7. Recomendação sobre educação para compreensão internacional, cooperação e paz e educação relativas a direitos humanos e das liberdades fundamentais.

A Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura, reunida em Paris de 17 de Outubro a 23 de novembro de 1974, na sua oitava sessão, adotou em 19 de novembro de 1974, a referida recomendação sobre educação para compreensão internacional, cooperação e paz e educação relativas a direitos humanos e das liberdades fundamentais.

A UNESCO por meio da referida recomendação buscou colocar em evidência que uma visão transformadora da educação enquanto instrumento de construção de uma cultura de paz só é possível por meio da reestruturação de mecanismos pedagógicos e da organização das escolas baseada em postulados democráticos, revelando a democracia como meio de organização social.

A democracia surge como elemento de concretização de um projeto de paz e bem-estar social. Colocando-se lado a lado o ordenamento jurídico interno e a proposta internacional,

pode-se deduzir que há uma relação de complementaridade entre as duas bases normativas, uma vez que assentadas nos mesmos parâmetros valorativos.

A internacionalização dos direitos humanos fundamentais, entre eles a educação, se apresenta como um movimento extremamente recente na história, emergindo a partir do pós-guerra, como contra partida às atrocidades e aos horrores cometidos durante a segunda guerra mundial.⁴²⁶

A partir daí, despontou um novo paradigma ético a fim de orientar a ordem internacional contemporânea, representado pelos direitos humanos reconhecidos pela organização de Estados nacionais. A atividade educacional ascende, nesse diapasão, como principal meio de consolidação e difusão de uma cultura de paz entre as comunidades envolvidas em conflitos internacionais e internos, submetidas a qualquer tipo de violência física, psíquica ou estrutural que impeça o pleno desenvolvimento humano.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, reconheceu a educação como direito de natureza universal passando a integrar a pauta das principais discussões no âmbito das organizações internacionais, alertadas ao fomento e à estruturação de um plano de ação pedagógica destinado à valorização do ser humano em todas as suas dimensões, por meio do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como parâmetro valorativo condicionante da atividade estatal e individual.

A educação é percebida como prática social instrumental, na medida em que viabiliza a formação do ser humano com base em valores que, muito embora sejam culturalmente determinados, são selecionados criticamente, de modo a garantir a existência plena dos indivíduos na sociedade global. Assim, note-se que a *aprendizagem não é um fim em si, mas um meio de eliminar violações de direitos humanos e construir uma cultura de paz, baseada na democracia, desenvolvimento, tolerância e mútuo respeito.*⁴²⁷

⁴²⁶ PIOVESAN, Flávia. *Cidadania Global é Possível?* In PINSKY, Jaime. *Práticas de Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2004.

⁴²⁷ CAMPOS. Juliana Cristine Diniz. CORREIA. Theresa Rachel Couto. *A Educação para a Paz e para os Direitos Humanos: Contribuições Internacionais à Compreensão do Direito à Educação na Ordem*

A proposta da educação para a paz e para os direitos humanos pressupõe, assim, a releitura dos conceitos de paz e de conflito, a fim de associar a paz à ausência de qualquer violência, seja física ou estrutural, e de conceber o conflito como mecanismo de crescimento e interdependência entre os sujeitos. Para tanto, revela-se necessária a condução dos sistemas educacionais em conformidade com valores éticos, a partir de uma intencionalidade explícita: a difusão de uma cultura de paz e de respeito.

Reconhecendo que a educação é, antes de tudo, uma prática política, que tem reflexos diretos sobre os indivíduos que se pretende formar, na medida em que se difunde valores, ideais, concepções do homem e da sociedade, faz-se necessário assentar a práxis em parâmetros filosóficos seguros, comprometidos com os valores selecionados pela comunidade internacional como importantes à paz e à preservação da vida.

Nesse aspecto, a proposta da sociedade internacional, antes de delimitar ações concretas a serem realizadas, visa ao estabelecimento de paradigmas éticos que servirão à implementação nacional das políticas públicas educacionais. Atua a base normativa internacional, fundada em documentos elaborados ao longo de meio século de interação entre as nações, como guia de ação, parâmetro para os gestores nacionais.

4.8. O Espaço Europeu de Educação Superior

O Processo de Bolonha foi, de fato, iniciado em 1998, com a assinatura da Declaração de Sorbonne, onde o principal objetivo era promover a compatibilização entre os sistemas de ensino de todo o bloco da União Europeia, proporcionando o aumento da competitividade do ensino superior e a promoção da mobilidade e da empregabilidade na Europa.

A Declaração de Bolonha foi assinada oficialmente em 19 de junho de 1999 por ministros da educação de 29 países (1-Alemanha, 2-Austria, 3-Bélgica, 4-Bulgária, 5-

Constitucional Brasileira. Disponível in http://www.dhnet.org.br/educar/textos/campos_paz_dh_edh.pdf, acesso em 17 mai 2015.

Dinamarca, 6-Eslováquia, 7-Eslovenia, 8-Espanha, 9-Estônia, 10-Finlândia, 11-França, 12-Grécia, 13-Hungria, 14-Irlanda, 15-Islândia, 16-Itália, 17-Letônia, 18-Lituânia, 19-Luxemburgo, 20-Malta, 21-Noruega, 22-Países Baixos, 23-Polônia, 24-Portugal, 25-Reino Unido, 26-República Checa, 27-Rmênia, 28- Suécia e 29-Suiça), ficando a partir desse momento estabelecida a criação de um Espaço Europeu de Ensino Superior, até 2010⁴²⁸.

Em 2001, a Croácia, Chipre, Principado de Liechtenstein e Turquia juntaram-se ao bloco. Em 2003 foi a vez de Albânia, Andorra, Bósnia y Herzegovina, Rússia, Sérvia e República de Macedônia. Em 2005, Armênia, Azerbaijão, Geórgia, Moldávia e Ucrânia. Em 2007 Montenegro, e em 2010 o Cazaquistão.

Desde a primeira reunião, os Estados signatários da Declaração de Bolonha vêm mantendo reuniões regulares. O primeiro encontro realizado após sua assinatura aconteceu em Praga (2001). Dois anos depois (2003) Berlim sediou a segunda reunião regular; em 2005 o evento aconteceu em Bergen; em 2007 foi a vez de Londres; 2009 na Lovânia; 2010 em Budapeste e Viena e em 2012 a reunião ocorreu em Bucareste.

Nesses encontros são discutidas as diretrizes do plano originalmente traçado em 1999, que deu início a diversas reestruturações desde Bolonha.

Em outras palavras, o Processo de Bolonha se consubstanciou em um movimento na Europa visando alcançar a critérios homogêneos delimitando o *Espaço Europeu de Educação Superior*. O referido processo vai além do documento assinado em 1999. Como já citamos, a reforma o ensino superior europeu iniciou-se, na prática, um ano antes, na reunião da Sorbonne, em Paris, e onde previa a implantação do Espaço Europeu de Ensino Superior até 2010.

Diversos documentos produzidos nos encontros bianuais realizados pela União Europeia aprofundaram e detalharam cada vez mais o compromisso dos membros.

⁴²⁸GUÍA DEL ESPACIO EUROPEO DE EDUCACIÓN SUPERIOR. Dirección General de Cooperación con el Estado y Asuntos Europeos. Consejería de Presidencia. Comunidad de Madrid.

O Processo de Bolonha não é apenas um tratado intergovernamental, mas vários documentos adotados pelos ministros responsáveis pelo ensino superior dos países participantes. Apesar de sua importância, esses documentos não têm força de lei. Compete, portanto, a cada país e a sua comunidade universitária decidir aprovar ou rejeitar os princípios ali delineados.

Não há previsão de que todos os países europeus tenham o mesmo sistema de ensino superior. Pelo contrário, uma das características do Processo de Bolonha é lançar pontes para facilitar a mobilidade das pessoas que desejam passar de um sistema educativo a outro ou um país a outro, ou seja, a ideia não é promover igualdade e sim equivalência.

O processo é organizado em vários níveis - internacionais, nacionais e institucionais. No âmbito internacional, existem vários modos de cooperação e várias estruturas para fazer progredir o Processo de Bolonha.

O grupo de acompanhamento de Bolonha (Bologna Follow-up Group-BFUG) composto dos países signatários e a Comissão Europeia, bem como o do Conselho da Europa, a European University Association-EUA, a Erasmus Student Network International-ESN, a European Association of Institutions in Higher Education-EURASHE, os United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization-UNESCO, a European Network for Quality Assurance in Higher Education-ENQA, Educational International PanoEuropean Estrutura e a Network of Universities from the Capitals of Europe UNICA como membros consultivos.

Além disso, seminários são organizados em toda a Europa, onde são examinados diversos pontos do Processo de Bolonha, os obstáculos à aplicação e as possibilidades de cooperação.

A cada dois anos, realiza-se uma Conferência ministerial que reúne os ministros responsáveis pelo ensino superior dos países participantes. Esses indivíduos elaboram o inventário dos progressos realizados e definem as diretrizes e as prioridades para o período próximo.

Grande número de países europeus já tem alterado a sua legislação no espírito dos objetivos do Processo de Bolonha e outros se preparam para fazê-lo. De acordo com o país e o desenvolvimento atual do seu sistema de ensino superior, estudam as suas estruturas de diplomas e de qualificações, o financiamento e a gestão do ensino superior, os programas de mobilidade.

4.9. A educação superior no contexto a espanhol - A Lei de Reforma Universitária

No contexto espanhol no que diz respeito à legislação mais recente, reportemo-nos à Lei Orgânica das Universidades nº 11/1983, de 25 de agosto de 1983 ou Ley de Reforma Universitária-LRU, que nos dizeres de Pilar Jimenez Tello, veio para atender ao que naquele contexto social há tempos era exigido, como por exemplo, a democratização a universidade e sua aproximação com a sociedade, introduzindo sistemas participativos em sua governança, promovendo a modernização das universidades, com a atualização de suas estruturas de gestão, bem como o conteúdo educacional e científico.

[...] respondían a lo que en ese momento demandaba la sociedad, democratizar la Universidad y acercarla a la sociedad, introducir sistemas participativos en su forma de gobierno, impulsar la modernización de las universidades, actualizar sus estructuras de gobierno y sus contenidos docentes y científicos.⁴²⁹

A LRU foi muito eficaz em termos de sua aplicação e, devido ao elevado grau de consenso na sua preparação. Sem dúvida, marcou um grande avanço no ensino superior espanhol. Adiante, vamos refletir as palavras de alguns autores.

José María Souvirón destaca que antes da aprovação da Lei de Reforma Universitária-LRU, tinha-se a Lei Geral de Educação de 1979 que era a legislação aplicável ao tema:

abordó de manera directa la reforma de las estructuras del sistema universitario, cuyas bases ciertamente alteró de raíz, para pasar de la centralización a la autonomía, del papel preponderante de la Administración

⁴²⁹ TELLO, Pilar Jimenez. Auditoria universitaria y calidad, La evaluación como conquista social ante la competencia universitaria global. VDM Verlag Dr. Müller Aktiengesellschaft & Co. KG., 2009, pg. 105.

estatal al reparto de poderes entre ésta, las Comunidades Autónomas y las propias Universidades, a una distribución interna del poder universitario concentrada en su autogobierno colegial por la llamada comunidad universitaria, así como la implantación de una estructura del profesorado y de su sistema de selección basado en la autonomía de cada Universidad, no obstante persistir su preponderante carácter de funcionariado interuniversitario. Pero a partir de ahí confió la reforma funcional (de la enseñanza y de la investigación) a una posterior dinámica resultante de la confluencia entre la directividad central, de coordinación o incentivadora, y la propia decisión de cada una de las Universidades.⁴³⁰

Francisco Michavilla e Benjamin Calvo observam que a entrada em vigor da Lei de Reforma Universitária-LRU contribuiu muito para a evolução da universidade espanhola, que para eles possuíam uma hierárquica rígida, empobrecida culturalmente e cientificamente. Este esforço foi coroado com um sucesso inegável.

supuso un gigantesco esfuerzo por modernizar la universidad española, clasista, jerarquizada, rígida, empobrecida cultural y científicamente. Este esfuerzo se ha visto coronado con un éxito indiscutible.⁴³¹

Na mesma linha de raciocínio, o relatório *Universidad 2000*⁴³², mais conhecido como relatório Bricall destacou que a Lei de Reforma Universitária-LRU, proporcionou uma oportunidade para adaptar a universidade espanhola ao modelo de universidade europeia, concebida como uma instituição onde o ensino superior e a pesquisa são indissociáveis.

[...] supuso una oportunidad para adaptar la Universidad española al modelo de universidad europea, concebida como una institución donde se conjuga la enseñanza superior y la investigación.⁴³³

⁴³⁰ SOUVIRÓN, J.M., Palencia, F., *La nueva Regulación de las Universidades*, Granada:Ed. Comares, 2002, pg. 11 e seguintes.

⁴³¹ MICHAVILLA, F. CALVO, B. *La Universidad Española hacia Europa*, Madrid:Ed.Mundi Prensa, S.A., 2000, pg. 29.

⁴³² O relatório *Universidad de 2000* foi encomendado pela Conferência de Reitores ao Professor Bricall, ex-presidente da Conferência dos reitores que tinha um grande conhecimento sobre Universidades, e também por causa da sua experiência como docente e pesquisador e ainda por ter ocupado altos cargos de gestão, ele trabalhou com prestigiados professores universitários com vasta experiência na academia.

⁴³³ BRICALL, J.M. *Informe Universidad 2000*. Barcelona, 15 de marzo del 2000, pg. 21.

O LRU certamente significou um avanço no campo da educação superior espanhol, os progressos em nível internacional e as demandas na Espanha forçavam a criação de uma novo tecido legislativo acerca da educação superior.

Nas palavras de Pilar Jiménez Tello:

Una de estas primeras acciones fue la reunión de los presidentes de los Consejos Sociales en Salamanca con el objetivo de poner las bases para elaborar un informe sobre los grandes problemas de las aulas y ver cómo se podía actuar en el futuro. Otra de las acciones fue el controvertido informe Bricall con una visión novedosa de la Universidad. En ambos movimientos se observa una clara influencia del informe sobre La Educación Superior en la Sociedad del aprendizaje de Lord Dearing (Reino Unido) -que supuso una revolución en la Universidad del Reino Unido- y del Informe de Jacques Attali (Francia).⁴³⁴

Importante salientar que por ocasião da reunião de presidentes dos Conselhos Sociais em Salamanca buscou-se estabelecer bases para a elaboração de um relatório sobre os principais problemas dos cursos e ver como poderia ser no futuro. Outra ação foi o controverso relatório Bricall com uma nova visão da universidade. Ambos os movimentos claramente influenciaram o *Relatório sobre a Educação Superior na Sociedade da Aprendizagem Lord Dearing* (United Kingdom) que foi revolucionário no Reino Unido e do *Relatório de Jacques Attali* (França).

Um grupo de professores e estudantes universitários tentou desenvolver o *Livro Branco* que pretendia ser um *contrarelatório* em resposta ao informe Bricall. Daí foi promovida a criação de um fórum de discussão chamado *Universidad y Sociedad*, liderado pela *Conferência de Reitores* (CRUE) e, finalmente, instaurou-se o debate que resultou na aprovação da Lei. Todos estes movimentos levaram à atual *Ley de Ordenación Universitaria*.

Nesse aspecto, vale lembrar as considerações de Francisco Michavilla:

⁴³⁴ TELLO, Pilar Jimenez. Auditoria universitaria y calidad, La evaluacion como conquista social ante la competencia universitaria global. VDM Verlag Dr. Müller Aktiengesellschaft & Co. KG., 2009, pg. 106.

la universidad se ha hecho de masas....Supone también un aumento de la oferta universitaria, en calidad, diversidad e intensidad de estudios. Desde el punto de vista cualitativo, la universidad se ha hecho más popular, lo que es sentido por muchos como un empobrecimiento cultural...es preciso pues recuperar el humanismo, sin caer en la trampa de volver a una universidad de elites.⁴³⁵

O relatório Bricall alertava para o fato de que a LRU não poderia se sustentar por muito tempo porque impedia a gestão e funcionamento das universidades. Há várias questões que levavam a esta conclusão. Entre elas destaque-se as atribuições obscuras e posições de liderança insuficientemente definidas nas Faculdades, Escolas, Departamentos e Institutos, a grande composição dos órgãos colegiados, que impedia a tomada de decisões em tempo hábil, afetando o bom funcionamento das instituições.

Pilar Jiménez Tello chama atenção para o fato de que a sociedade espanhola estava apreensiva pela necessidade de uma reforma profunda nesse nível de ensino. Durante o período de validade do LRU (25 anos) houveram mudanças importantes, mas critérios de gestão eficazes são indispensáveis para oferecer à sociedade que financia e espera melhor qualidade nas áreas de ensino e pesquisa. As universidades são custeadas quase que integralmente por fundos públicos e devem ser submetidas a processos de fiscalização e controle para que a sociedade tenha informações sobre a gestão dos recursos, e que as autoridades públicas possam, tendo tais informações, tomar as melhores decisões.

[...] En un punto sí coincidía la sociedad española, y era en la necesidad de una reforma profunda en el ámbito universitario, pues en el periodo de vigencia de la LRU (25 años) se habían sucedido cambios importantes que era necesario afrontar. Se demandaba criterios más eficaces de gestión para ofrecer a la sociedad que la financia una mayor calidad en los campos de la docencia, investigación, verdadera misión de la misma. La Universidad, financiada casi en su totalidad con fondos públicos, debe someterse a procesos de evaluación para que la sociedad tenga información sobre la gestión de esos recursos, y para que los poderes públicos puedan, en vista de esa información, tomar decisiones.⁴³⁶

⁴³⁵ MICHAVILLA, F. CALVO, B. *La Universidad Española hacia Europa*, Madrid:Ed.Mundi Prensa, S.A., 2000, pg. 29.

⁴³⁶ TELLO, Pilar Jimenez. Auditoria universitaria y calidad, La evaluación como conquista social ante la competencia universitaria global. VDM Verlag Dr. Müller Aktiengesellschaft & Co. KG., 2009, pg. 107.

Esse é um dos pontos de maior interesse com relação à proposta de adoção do modelo espanhol pelo Brasil. O acompanhamento econômico financeiro e a prestação de contas de forma sistematizada das instituições de ensino superior públicas e privadas, que mais se assemelha a uma auditoria do que a supervisão e fiscalização adotado pelo Brasil, possibilitará à sociedade brasileira mais rigor no momento de cobrar resultados, assim como a ciência de que a aplicação da parcela de recursos públicos direcionadas às universidades está sendo efetuada de forma adequada.

4.10. A Lei Orgânica de Universidades espanholas

Lei Orgânica 6/2001, de 21 de dezembro de 2001⁴³⁷ sobre as Universidades-LOU determina, em linhas gerais, qual a organização mínima que a entidade educacional deve ter, conforme previsão na referida norma⁴³⁸, e também introduz algumas funcionalidades entre as quais a criação do Conselho de Governo, a Junta Consultiva da Universidade e a instituição do Defensor Universitário.

A Lei também instituiu uma dicotomia entre os órgãos individuais (artigo 13); e b) órgãos sociais (artigo 13.1, a), potencializando os últimos. A LOU separa claramente, conforme consta na exposição de motivos, as funções de governo (artigo 15); funções de representação (artigo 16.1); atividades de controle (artigo 14.1); funções consultivas (artigo 17.1), enquadrando cada uma das funções nos órgãos correspondentes.

Além disso, os processos de tomada de decisões executivas são fortalecidos, com a possibilidade de inserção de novos órgãos colegiados, como o Conselho de Governo, responsável por estabelecer as linhas estratégicas e programáticas da universidade, bem como as diretrizes e procedimentos para a implementação de projetos nas áreas de ensino, pesquisa,

⁴³⁷ Boletim Oficial do Estado de 24 de dezembro de 2001 (BOE diciembre de 2001).

⁴³⁸ SOUVIRÓN, J.M., Palencia, F., *La nueva Regulación de las Universidades*, Granada:Ed. Comares, 2002.

recursos humanos, financeira e orçamentária, exercendo as funções previstas na LOU e nos estatutos internos (artigo 15).

A Junta de Governo tem seu precedente regulado no artigo 16 da LRU, fortalecendo a direção da universidade. O Conselho de Governo é o órgão ordinário e tem como funções principais estabelecer as linhas estratégicas e programáticas da universidade, bem como diretrizes e procedimentos nas áreas de organização do ensino, pesquisa, recursos humanos e financeiros e orçamento, e exerce as funções nos termos desta Lei e as estabelecidas Estatuto (artigo 15.1).

A composição do órgão também é diferente, a LOU estabelece um número máximo de membros (artigo 15.2) e também as percentagens correspondentes a cada setor. É digno de nota, a possibilidade de incorporação de membros do Conselho Social (artigo 15.2), funções na antiga LRU eram competências do Claustro (Senado).

Monica Herman Salem Caggiano⁴³⁹, destaca a importância da participação social nos assuntos relacionados à educação, nos seguintes termos:

É certo que, apesar dos esforços dos constituintes que visaram assegurar estatura constitucional a esse direito e, inspirado em modelos subtraídos de modernas deliberações internacionais, cuidaram da questão da educacional robustecendo-a com a indicação da necessidade de cooperação e associação de forças e grupos sociais para a concreção do processo de aprendizagem e de transmissão do conhecimento, ainda restam falhas acentuadas; portanto um intenso trabalho de alcançar no espaço educacional o ponto ideal. Basta verificar a resolução adotada pelo governo brasileiro, em decorrência dos debates verificados no âmbito da Conferência Internacional contra o Racismo, realizada pela ONU em Durban, na África do Sul, em setembro de 2000, de promover a reserva de vagas para negros nas universidades. Grifo nosso.

O Conselho Consultivo, figura que aparece pela primeira vez na Lei como *órgão ordinário de assessoramento ao Reitor e do Conselho de Governo em matérias acadêmicas*

⁴³⁹ CAGGIANO, Monica Herman Salem. A Educação. Direito fundamental. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco; RIGHETTI, Sabine Righetti. (Org.). Direito à Educação. Aspectos Constitucionais. São Paulo: Programa UNITWIN/ Cátedra UNESCO/ Edusp, 2009, v. , p. 19-38.

(artigo 17), será composto pelo Secretário-Geral e no máximo quarenta membros nomeados pelo o Conselho de Governo entre professores e pesquisadores de reconhecido prestígio, com méritos educacionais e credenciados pelas avaliações positivas correspondentes de acordo com as normas vigentes.

Os Estatutos regulam o funcionamento do Conselho, como bem disse José María Souvirón, trata-se de um senado académico, cujo perfil deve ser prescrito nos estatutos de cada universidade. O que se tem de levar em conta, em termos de composição é determinado pela própria lei, que é o número de avaliações positivas, já realizadas.

Como indica Pilar Jiménez Tello, tratando-se de um órgão dessa natureza, seria aconselhável que fizesse parte de sua composição, indivíduos que tenham ocupado os mais altos cargos de gestão, como por exemplo ex-reitores e vice-reitores, porque estes têm conhecimento das responsabilidades e necessidades nas áreas de planejamento.

O Conselho de Governo é o organismo que poderá ajudar o reitor nas suas tarefas frente à universidade (artigo 20.4). A LOU determina, ainda, a constituição de um Conselho de Coordenação Universitária (artigo 28), como órgão consultivo responsável pela coordenação do sistema universitário, tendo como funções responder consultas sobre a política universitária, coordenação, programação, comunicação, assessoria e propostas em matérias relacionadas ao sistema universitário, em substituição ao Conselho universitário.

A figura do Defensor universitário⁴⁴⁰ está prevista na Disposição Adicional décima-quarta descrevendo tal função como aquela que deve assegurar o respeito aos direitos dos professores, dos alunos e pessoal administrativo e serviços, ante as ações dos diversos órgãos universitários, as universidades são obrigadas a manter em sua estrutura organizacional a figura do defensor universitário. Seu desempenho deverá ser direcionado o sentido de melhor a qualidade da universidade em todas as áreas, eles não estão sujeitos ao imperativo mandato

⁴⁴⁰ O defensor universitário é definido como aquela figura que garante os direitos e liberdades dos membros das respectivas universidades, se eles entenderem que de alguma forma, foram feridos pela administração da universidade.

como qualquer outra autoridade universitária e ficam amparados pelos princípios de independência e autonomia.

O artigo 29 indica que por acordo do Conselho de Ministros, na sequência de um relatório do Conselho de Coordenação Universitária, o governo autorizou a criação da Agência Nacional de Avaliação e Acreditação. Por outro lado, é dada uma nova configuração ao artigo 14.1, que trata do Conselho Social, outorgando-lhe competência como um órgão de relacionamento entre a universidade e a sociedade.

De um modo geral, pode-se dizer que a Lei de Organização Universitária-LOU não é muito diferente da estrutura básica da Lei de Reforma Universitária-LRF, pois as tentativas de reorganizar a estrutura das universidades é a mesma, conforme delineado na exposição de motivos, segundo a qual *a lei estabelece uma distinção clara entre funções administrativas, de representação, de controle e o conselho correspondente a cada um deles em um corpo diferente da estrutura da universidade ...*, o que justifica a criação do Conselho Administrativo e da Junta Consultiva.

Uma das novidades introduzidas pela Lei de Organização Universitária-LOU é a eleição do Reitor. O artigo 20.2 estabelece que *o reitor será eleito pela comunidade universitária por eleição direta e sufrágio universal livre e secreto, entre os funcionários do corpo de catedráticos da universidade, ativo, que estejam prestando serviços [...]*. Neste sentido, *o voto para a eleição do reitor será ponderado pelos setores da comunidade universitária [...]*.

Pela primeira vez na história da Espanha - e ousamos dizer que também na Europa - regulamentou-se a eleição do Reitor por meio do sufrágio universal, livre e secreto. No entendimento de Pilar Jimenez Tello, esta prática introduziu uma dinâmica totalmente alheias às questões partidárias, alheias às práticas acadêmicas.

Uma das maiores inovações da Lei de Organização Universitária-LOU, conforme ensina Pilar Jiménez Tello, é a introdução de um novo regime no que diz respeito aos professores universitários. A Lei de Reforma Universitária regulou o sistema de serviço

público. Do mesmo modo a Lei de Organização Universitária preceitua no artigo 47 que a equipe de ensino e pesquisa das universidades públicas será composta por membros do corpo docente efetivo da instituição⁴⁴¹ e de docentes contratados. A referida norma atribui o poder de emoldurar o sistema educacional às respectivas comunidades autónomas. O recrutamento e a admissão de docentes será feito por meio de concurso público e determina que a seleção respeitará os princípios constitucionais de igual mérito e capacidade.

Importante destacar que a Lei de Organização Universitária, sem dúvida, apresenta uma visão do tipo gerencial, em contraposição ao modelo de Lei de Reforma Universitária que estava mais próxima do modelo *asambleario*⁴⁴².

4.11. A reforma da Lei Orgânica de Universidades espanholas

Na percepção de Pilar Jiménez Tello, a Lei Orgânica 4/2007 de 12 de Abril de 2007, que alterou a anterior (Lei Orgânica 6/2001), mudando os contornos da universidade, dá um novo impulso ao setor no sentido de modernizá-lo e ao mesmo tempo torná-lo mais competitivo, na medida em que lhes atribui maior autonomia. Isto é especialmente observado com relação ao aumento da margem de discricionariedade para as universidades na tomada de decisões, em seu funcionamento interno, administração e a outorga de seus títulos.⁴⁴³

A Ministra da Educação e Ciência, Mercedes Cabrera declarou durante seu discurso no Parlamento que a reforma *buscou eliminar os obstáculos e barreiras, aumentar a autonomia, liberdade e criatividade, e ainda premiar responsabilidade com a sociedade e transferência conhecimento, para se nivelar às melhores universidades europeias e mundiais.*

⁴⁴¹ No Brasil, esse grupo de professores do quadro efetivo é denominado de Núcleo Docente Estruturante-NDE, cujo regime de trabalho é de dedicação exclusiva.

⁴⁴² Relativo à assembleia, modelo mais democrático cujas discussões são submetidas a um grupo de pessoas. Em uma tradução informal seria o termo *asambleario*, pouco utilizado pelo léxico brasileiro.

⁴⁴³ TELLO, Pilar Jimenez. Auditoria universitaria y calidad, La evaluacion como conquista social ante la competencia universitaria global. VDM Verlag Dr. Müller Aktiengesellschaft & Co. KG., 2009, pg. 112.

Além disso, em entrevista que ela concedeu à imprensa após a implantação da reforma, ela destacou que as reformulações iriam *permitir a modernização das universidades, sua especialização e incentivar a sua competitividade tanto no mercado interno e internacional.*

Conforme se verifica no preâmbulo da Lei Orgânica trata-se *uma regulação mais adequada ao processo de verificação do curricular e mais respeitosa com o sistema universitário que é bastante complexo, envolvendo a Administração Geral do Estado, as Comunidades Autónomas e universidades.*

O Real Decreto 1.393, aprofunda, como indicado no seu preâmbulo, a concepção e expressão de autonomia, estabelecendo que serão as próprias universidades que criarão suas titulações, sem se sujeitar a um catálogo estabelecido pelo Poder Público, como acontecia anteriormente. Também promove a diversificação curricular e a possibilidade de inovação de cada uma das universidades espanholas. A competência para a verificação dos planos de estudos (currículos) é do ao Conselho de Universidades. O artigo 35.2 da LOU destaca a autonomia da instituição de ensino para projetar o currículo, nos seguintes termos: [...] *O procedimento deve preservar a autonomia acadêmica das universidades.*

Para realizar a verificação de títulos universitários oficiais a ANECA recomenda por lei, o desenvolvimento da ferramenta para a realização do processo e seu acompanhamento.

No mais, a reforma incide especialmente no reforço dos mecanismos de prestação de contas para a sociedade,⁴⁴⁴ bem como a avaliação de qualidade. Criou-se o Conselho de Universidades (Ministério e reitores, nos termo do artigo 28) e suprimiu-se o Conselho de Coordenação Universitária.

⁴⁴⁴ Em nosso olhar, no Brasil a adoção de mecanismos de controle sobre prestação de contas aliado à avaliação de qualidade ajudaria a conservar a sustentabilidade econômica das instituições de ensino, melhorando a oferta de cursos, especialmente as entidades sem fins lucrativos e filantrópicas que são beneficiadas por incentivos fiscais e a dispensa de recolhimento de impostos e contribuições sociais, Nesse aspecto o controle é extremamente frágil e fácil de ser contornado induzindo o Poder Público a falsa noção de que a entidade cumpre os requisitos impostos pela lei.

Um dos aspectos mais louváveis desta reforma é o fortalecimento e a transformação da Agência Pública da Agência Nacional de Avaliação da Qualidade e Acreditação (ANECA) nos termos do artigo 32.1, em conformidade com as disposições da Lei de Agências estatais para melhorar os serviços públicos⁴⁴⁵, que continua a confiar no processo de avaliação, certificação e acreditação e garantia de cooperação dele com agências de avaliação nascidas nas respectivas comunidades autónomas.

O parágrafo 2º do mesmo artigo, estabelece que ANECA [...] *desenvolverá sua atividade de acordo com os princípios de competência técnica e científica, legalidade e segurança jurídica, independência e transparência, tendo em conta os critérios de desempenho habituais nessas instituições internacionalmente.*

O artigo 27 organiza os estudos universitários em três níveis: licenciatura, mestrado e doutorado, como resultado do compromisso assumido em face do Espaço Europeu do Ensino Superior, conforme o Título XIII da Lei. É importante mencionar a implantação de um Registro Público de Universidades, Centros e Títulos Oficiais em todo o território (provisão adicional XX) escolhido pela comunidade universitária (artigo 19 da Lei que altera parágrafo 2 do artigo 20 do LOU): duas opções que devem constar em seus estatutos a respeito da eleição de Reitor.

Entre as contribuições mais importantes está o incentivo à pesquisa, o artigo 34 fornece parâmetros para seu desenvolvimento, no Título VII - *Da investigação e transferência de conhecimento. Funções da universidade*, apontando para o fortalecimento da sua relação com as empresas, que para a implementação promove a mobilidade dos pesquisadores, nos termos do artigo 42, fornecendo algumas ferramentas básicas, para facilitar a superação possibilitando que eles possam criar empresas de bases tecnológica e o promover o entrosamento entre Universidade e Empresa por meio de programas específicos.

⁴⁴⁵ Em nossa perspectiva, o Brasil poderia trilhar o mesmo caminho, instituindo uma Agência Reguladora para Educação Superior com autonomia e observância a critérios internacionais, conforme detalhamos no capítulo anterior.

Com referência ao corpo docente, a reforma substitui o atual sistema de habilitação por um o processo de acreditação, conforme o artigo 60, que define o teor do procedimento no artigo 57, que no olhar de Pilar Jiménez Tello, é mais ágil e eficiente, terminando com as dificuldades e os problemas do sistema anterior que envolvia grandes gastos com recursos humanos e materiais, despesas que as universidades deixaram de arcar.

O sistema de acreditação é mais amplamente utilizado e aceito na maioria dos países da União Europeia e os EUA. Este sistema avalia os candidatos e os currículos individualmente, baseando-se nos princípios da igualdade, mérito e transparência. Uma vez credenciados, os professores podem participar dos concursos realizados pelas universidades, que irá selecionar aqueles que melhor se enquadrar no perfil requerido.

A Quarta Disposição Adicional prevê que o requerente deve apresentar o pedido para a ANECA solicitando a certificação de acordo com o procedimento estabelecido para esta finalidade. A ANECA procederá à criação de Comissões de acreditação e nomear os membros, tornando público o currículo do aspirante, como um dos passos para ingressar no programa ACADEMÍA.⁴⁴⁶ De acordo com Pilar Jiménez Tello, cada procedimento tem suas luzes e sombras, mas deve-se reconhecer que é um processo mais transparente e simplificado.

As universidades, assim como outros organismos e instituições que tem como objetivo interesse pela pesquisa, podem contratar pesquisadores em caráter por tempo indeterminado para obter excelência em suas pesquisas.

Outras novidades que merecem destaque são: a possibilidade de docentes e trabalhadores contratados solicitar uma licença para participar de programas de formação, desde que tal seja desenvolvido a partir de pesquisa ou patentes como resultado da atividade universitária. Também contempla a possibilidade de retirada antecipada e redução voluntária

⁴⁴⁶ No Brasil não há nenhum rigor no que se refere à exigência de melhor formação docente. A lei determina que as Instituições de Ensino Superior mantenham em seu quadro docente percentual mínimo de mestres e doutores, entretanto as entidades se apressam em cumprir tal exigência por ocasião da avaliação do MEC, e ainda assim muitas remuneram especialistas, mestres e doutores da mesma forma, desvalorizando a qualidade dos titulados e que tem formação adequada e desestimulando os não-formados para prosseguir, sem a expectativa de ascensão na carreira.

gradual de atividade a partir dos 60 anos (disposição adicional vigésima terceira). Em relação à administração e serviços sublinhe-se a formação continuada oferecida pelas universidades e incentivo à mobilidade, que até agora apresentavam dificuldades para certos grupos de trabalhadores (artigo 89a). Em suma, podemos dizer que a reforma vai contribuir imensamente para aumentar a qualidade e a competitividade das universidades espanholas.

Os estudos universitários na Espanha são regulados pelo Real Decreto 1393/2007 de 29 de Outubro (alterado pelo Real Decreto 861/2010, de 2 de Julho), no qual se estabelece a ordenação do ensino universitário oficial segundo as linhas gerais estabelecidas pelo Espaço Europeu do Ensino Superior (EEES). Assim, são estabelecidos três níveis de estudos superiores: Licenciatura, Mestrado e Doutoramento.

4.12. Agência Nacional de Avaliação da Qualidade e Acreditação da Educação Superior na Espanha (ANECA)

ANECA⁴⁴⁷ é o acrônimo da Agência Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación de la Educación Superior de España, é um organismo autônomo, vinculado ao Ministério de Educación, Cultura y Deporte, criado pela Ley 15/2014, de 16 de setembro de 2014, para racionalização do setor público e outras medidas de reforma administrativa que desempenha papel consultivo e técnico. Seu objetivo é contribuir para melhorar a qualidade do sistema de educação superior mediante a avaliação, certificação e acreditação do ensino, professores e instituições. Está organizada como uma fundação pública, financiada oficialmente pela Ley de presupuestos gerais do Estado, que é aprovada anualmente pelo Parlamento Espanhol.

Pode ser provocada por solicitação das Instituições de Educação Superior e Administrações Regionais com competência para atuar nesse setor, quanto por mandato legal da Ministério da Educación, Cultura y Deporte Espanhol.

⁴⁴⁷LLAVORI, Rafael. *LA EDUCACIÓN SUPERIOR EM LE MUNDO 2007 – Acreditación para la Garantía de la Calidad: Qué Está Em Juego?* Global University Network for Innovation. Ediciones Mundi-Prensa, Madrid, Barcelona, México,pg. 259.

A ANECA desenvolve projetos relacionados à avaliação da qualidade de programas de doutorado e a definição do modelo de acreditação para programas de graduação, relacionados a novas licenciaturas surgidas a fim de adaptar o sistema universitário espanhol à estrutura do processo de Bolonha. Este modelo de acreditação deve ser aprovado pelo Ministério da Educación, Cultura y Deporte antes de ser aplicado nas Instituições de Ensino Superior.

A ANECA é composta por dois órgãos diretivos: O *Conselho Rector* (órgão colegiado responsável pelo controle e acompanhamento das atividades da ANECA, assim como mantê-la informada sobre os diferentes interesses voltados para educação superior, em consonância com seus estatutos e a legislação vigente). E o *Director* (considerado órgão executivo unipessoal, responsável pela direção e gestão da ANECA. É nomeado pelo *Conselho Rector*, o que reforça ainda mais sua independência.

O Conselho Rector possui nove membros. No âmbito do ensino superior, a participação dos principais interessados tem sido reforçada pela presença de representantes de diferentes grupos: estudantes, Conselhos Sociais das universidades, sindicatos e da Confederação Nacional de Organizações Empresariais, assim como representante da administração autonômica⁴⁴⁸ responsável pelo ensino universitário.

Estão vinculados diretamente à Direção da ANECA, os seguintes órgãos internos:

- A gerência
- A Divisão de Avaliação de Ensino e Instituições
- A Divisão de Avaliação de Professores.

A ANECA tem cerca de 50 colaboradores com experiência e preparação técnica. O quadro de pessoal é presta serviços por meio de contrato privado, e, portanto são funcionários. Não obstante, a Junta Diretiva, os avaliadores e os peritos das equipes de avaliação dos

⁴⁴⁸ A Espanha é um país unitário, cuja organização administrativa está distribuída em Comunidades Autônomas, Províncias e Municípios.

diferentes programas a cargo da ANECA pertencem ao pessoal acadêmico das universidades espanholas⁴⁴⁹.

A ANECA possui, ainda, um Conselho Assessor, composto por dezesseis membros, cuja função principal é utilizar normas internacionais para analisar ações, metodologias e ferramentas implementadas pela Agência. Este órgão também atua como um organismo externo enquanto metodologia e boas práticas. Assim, assegura a independência das ações e critérios que utiliza para levar a cabo os programas, atividades e serviços incluídos em sua missão.

O Conselho Assessor é formado por peritos internacionais na direção, financiamento, garantia de qualidade e acreditação da educação superior e membros de setores distintos da sociedade. Os expertos internacionais incluem representantes da Europa e América Latina.

4.13. Ensino superior nos Estados Unidos da América

A Trajetória do ensino superior nos Estados Unidos da América tem raízes muito distantes, e ao longo do tempo enfrentou diversos desafios que mudavam de feições de acordo com panorama econômico, social e cultural, daí os interesses iam se movendo na medida e proporção que a sociedade americana e mesmo o resto do mundo se movimentava. Exemplos clássicos desses desafios era a formação das elites, a incorporação dos imigrantes e a americanização destes estrangeiros, o fornecimento de força de trabalho qualificada, inventar e inovar, gerar uma cultura hegemônica para uma nação com inclinação imperial.

A história da sociedade estadunidense é fortemente marcada por sucessivos conflitos bélicos, lembrando que é uma nação que nasceu de uma guerra. No século XX, a Guerra Civil foi um sangrento e nítido divisor de águas na história da jovem república. Mas a guerra não era o único fator de mudança, estava em curso uma clandestina onda de grandes

⁴⁴⁹ No Brasil, os avaliadores do Ministério da Educação-MEC também pertencem às instituições de ensino superior, públicas ou privadas e realizam as avaliações nas Instituições de Ensino Superior em regime de colaboração com o Estado. A relação de avaliadores consta no sistema Basis.

transformações. No decorrer do século XIX, o país acelerava a marcha para o oeste, com a construção de estradas, escolas e, obviamente, a sétima divisão da cavalaria⁴⁵⁰.

Além da febre das ferrovias, o final do século XIX é também a era da urbanização e dos problemas inerentes a esse fato, também foi a época da Segunda Revolução Industrial e da transformação do conhecimento acadêmico em força produtiva chave. Nessa fase, a liderança industrial estadunidense abandonou o rótulo de país-celeiro do século XIX. A jovem nação, que fora pioneira na massificação da educação elementar (algo que os europeus só alcançaram cinquenta ou sessenta anos depois), dava início à ampliação da oferta de ensino médio – *high school* - e instituiu em velocidade recorde universidades de pesquisa que em pouco tempo alcançariam e superariam as milenares instituições europeias⁴⁵¹.

Pilar Jiménez Tello⁴⁵² destaca que as instituições de ensino superior europeias perderam a oportunidade de exercer grande influência e o poder universitário no mundo, agora monopolizado pelas universidades anglo-americanas.

O esforço educacional empreendido nos Estados Unidos de certa forma era provocado por ondas migratórias, massas humanas que necessitavam não apenas serem alfabetizadas, mas também era preciso americanizá-las.

As etapas ou ciclos rompidos pela educação naquele contexto estavam vinculados a fatos relevantes que correspondem à face visível e imediata da história, como por exemplo: o *Morrill Act*⁴⁵³, que criou um rede de escolas superiores no país mediante à doação de terras

⁴⁵⁰ A Sétima Cavalaria era uma unidade do Exército dos Estados Unidos, liderada por George Armstrong Custer, que ficou famosa por protagonizar várias batalhas contra os índios da América do Norte. Apesar de nenhuma guerra ter sido oficialmente declarada pelo congresso, o exército esteve constantemente em guerra contra esses povos a partir de 1778. Elas se prolongaram durante o século XIX por meio de violências e massacres de ambos os lados.

⁴⁵¹ MORAES, Reginaldo C. *Educação Superior nos Estados Unidos – História e Estrutura*. São Paulo: Editora UNESP, 2015, pg. 21.

⁴⁵² TELLO, Pilar Jimenez. Auditoria universitaria y calidad, La evaluacion como conquista social ante la competencia universitaria global. VDM Verlag Dr. Müller Aktiengesellschaft & Co. KG., 2009.

⁴⁵³ O *Morrill Act* de 1862 representou um grande impulso para o ensino superior nos Estados Unidos. A concessão era destinada originalmente para criar instituições e preparar profissionalmente as pessoas na

federais, ou ainda, o *GI Bill*⁴⁵⁴, ou o ato de reinserção dos veteranos que massificou o sistema de ensino superior logo após a Segunda Guerra, modificando substancialmente suas estruturas, reposicionando o setor público e principalmente os governos federais e estaduais como protagonistas dessa expansão⁴⁵⁵.

Estes movimentos cíclicos, além dos acontecimentos históricos, também estão vinculados às transformações da sociedade norte-americana percebidas a cada três ou quatro décadas. São transformações demográficas, econômicas e na estratificação social, inovações tecnológicas, processos e produtos marcantes (como por exemplo: a ferrovia, o avião, a informática, a telemática, biotecnologia, etc.).

De acordo com a perspectiva de Reginaldo C. Moraes, analisando a evolução do ensino superior nos Estados Unidos é possível traçar um critério com dois eixos: as fases baseadas na evolução histórica, bem como a evolução qualitativa e quantitativa das

agricultura, economia doméstica, artes mecânicas e outras profissionais que eram práticos na época. A lei de concessão de terras foi introduzida por um congressista de Vermont chamado Justin Smith Morrill. Ele previu o financiamento da educação agrícola e mecânica, querendo garantir que a educação estaria disponível para todas as classes sociais. Houveram vários desses subsídios posteriormente. Este projeto foi assinado por Abraham Lincoln em 02 de julho de 1862 dando a cada unidade federativa 30.000 hectares de terra pública para cada senador e representante. Estes números foram baseados no censo de 1860. A terra era então para ser vendida e o dinheiro da venda deveria ser colocado em um fundo de doação que iria fornecer apoio para as faculdades em cada um dos estados. A concessão de terras melhorou a vida de milhões de norte-americanos. Entretanto, no momento em que as concessões foram estabelecidas, houve uma separação de raças. No sul, os negros não tinham o mesmo acesso que os brancos. Esta situação foi corrigida quando a Segunda Lei Morrill que expandiu o sistema de subvenções para incluir as instituições negras.

⁴⁵⁴ *The Servicemen's Readjustment* de 1944, também conhecida como GI Bill, foi uma lei que criou uma série de benefícios para o regresso de veteranos da Segunda Guerra Mundial veteranos (comumente referido como IG). Os benefícios incluíam hipotecas de baixo custo, empréstimos a juros baixos para iniciar um negócio, pagamentos de despesas de matrícula e bolsas para despesas escolares, faculdades ou profissionais e escola técnica, bem como um ano de seguro-desemprego. Esta lei era destinada aos veteranos que estivessem na ativa durante os anos de guerra, durante pelo menos 120 dias e não tinha sido expulso do Exército. Em 1956, cerca de 2,2 milhões de veteranos tinham se beneficiado dos benefícios da GI Bill para educação, a fim de participar de faculdades ou universidades, e cerca de 5,6 milhões haviam utilizado esses benefícios por algum tipo de programa de treinamento. Historiadores e economistas consideraram o GI Bill um grande sucesso político e econômico, especialmente em contraste com o tratamento dispensado aos veteranos da I Guerra Mundial e uma contribuição importante para estoque de capital humano que estimulou o crescimento econômico de longo prazo dos Estados Unidos.

⁴⁵⁵ MORAES, Reginaldo C. *Educação Superior nos Estados Unidos – História e Estrutura*. São Paulo: Editora UNESP, 2015, pg. 7.

instituições de ensino⁴⁵⁶. O sistema educacional norte-americano sofreu grandes transformações desde a aparição dos *colleges* coloniais até o surgimento das grandes universidades. Nessa linha de raciocínio, evidenciamos cinco fases mais relevantes:

4.14. Dos *colleges* coloniais às prestigiosas universidades

Esta primeira fase teve início a partir do começo do século XIX (1812) e se estendeu até o alvorecer da guerra civil americana⁴⁵⁷ (1861), esta fase foi marcada pela expansão das instituições de ensino superior ou os *colleges*⁴⁵⁸ coloniais, que já existiam.

O primeiro *college* (faculdade) surgiu em 1636, a famosa *Harvard*, na sequência e ainda durante esse mesmo período foram criadas mais oito instituições:

- a) O *College of William and Mary* criado em 1693, no estado da Virgínia;
- b) O *Collegiate School* surgido 1701 em *New Haven (Connecticut)*, atual *Yale University*;
- c) O *College of Philadelphia*, atualmente *University of Pennsylvania*, criado em 1740;
- d) O *College of New Jersey*, instituído em 1746, convertido na *Princeton University*.

⁴⁵⁶ MORAES, Reginaldo C. *Educação Superior nos Estados Unidos – História e Estrutura*. São Paulo: Editora UNESP, 2015, pg. 8-9.

⁴⁵⁷ **Guerra Civil Americana** foi o conflito que ocorreu nos EUA de 1861 a 1865 e colocou em lados opostos o sul e o norte daquele país. No início da década de 1860 os EUA já eram uma nação de progresso notável, pronta para assumir um lugar de destaque no cenário econômico e político mundial. Só que as questões internas impediam essa decolagem do país para patamares mais altos. O sul do país tinha diferenças econômicas e sociais brutais em relação ao norte. Tais diferenças se explicam em grande parte pela forma inicial de colonização das duas regiões, sendo que no norte se praticou uma ocupação de permanência, onde os colonos tinham o objetivo de fazer das terras que ocupavam sua morada definitiva. Já no sul, o sistema colonial escolhido foi similar ao daquele empregado em Cuba ou no Brasil, com o predomínio das grandes propriedades dedicadas à monocultura e utilização da mão de obra escrava (que já naquela época havia sido extinta no norte) e extrema dependência de produtos industrializados importados. Em 1864, porém, já ficava evidente a vitória do norte, e o sul não conseguia vencer mais nenhuma batalha resistindo apenas mais um ano. Em 1865 Lincoln dá a tão sonhada liberdade aos escravos dos territórios liberados do sul, entrando para a história dos EUA como líder corajoso e determinado num dos momentos mais difíceis da história daquele país. Ele no entanto, não viveria para colher os frutos de seus esforços, sendo assassinado dentro de um teatro, por um ator simpatizante da causa sulista.

⁴⁵⁸ *Colleges* pode ser traduzido como faculdade ou curso de graduação, dependendo do contexto.

- e) O *King's College* fundado no ano de 1754, atualmente *Columbia University* instalado em *Nova York*;
- f) O *College of Rhode Island*, agora *Brown University*, surgiu em 1766;
- g) Também em 1766 despontou o *Queens College*, atual *Rutgers University*, situado no estado de New Jersey.
- h) *Dartmouth College*, de 1769 localizado em *New Hampshire*.

Os estabelecimentos acima citados foram originados, fundamentalmente, de grupos religiosos protestantes, muito embora, posteriormente, tenham sido acompanhados pelas escolas católicas, como por exemplo, a *Georgetown College* (1789), *St. Louis University* (1818), e a *University of Notre Dame* (1842). Nas duas décadas seguintes foram criados mais doze *colleges*.

Ao mesmo tempo, os governos estaduais começaram a criar ou licenciar escolas superiores públicas. Essas escolas eram centros de educação que davam continuidade aos estudos iniciados na escola elementar. A grade curricular girava em torno do ensino humanístico europeu e dos idiomas de erudição clássica, ou seja, o grego e o latim. O perfil do *college* da primeira metade do século XIX tinha como foco a comunidade agrária, que era relativamente simples. Havia notória indefinição de currículos nessa fase.

A inserção de professores de matemática, filosofia natural, botânica e química em *Harvard*, *Columbia* e *Princeton* foi extremamente lenta. Em 1824, Stephen Van Rensselaer⁴⁵⁹ disponibilizou suporte financeiro para a criação do *Rensselaer Polytechnic Institute*, cuja característica mais importante era o ensino de ciências e tecnologia e, por isso foi apontada como *School of Theoretical and Practical Science*.

⁴⁵⁹ **Stephen Van Rensselaer III** (1764 - 1839) foi vice-governador de Nova York, e ainda grande empresário e proprietário de terras. O herdeiro de uma das maiores fortunas em New York, o que fez dele o décimo homem mais rico americano de todos os tempos, com base na relação de seu patrimônio e ao PIB. Ele fundou a *Rensselaer Polytechnic Institute*. Foi membro da Assembleia do estado de Nova York de 1789 a 1791, ao longo de sua trajetória na política, adquiriu uma reputação de grande reformador, votou a favor da prorrogação do sufrágio e indo contra grande parte da classe alta de Nova York.

Essa instituição inaugurou o ensino com o uso de laboratórios e também instituiu uma versão preliminar dos programas de extensão universitária, implantando classes noturnas e polos de escolas fora de sede. Muito embora inicialmente enfatizasse a agricultura, a partir de 1835 incluiu cursos de engenharia civil, e depois uma reestruturação ocorrida em 1849, assimilou experiências de escolas técnicas europeias para formar arquitetos, engenheiros civis, engenheiros mecânicos e de minas, e ainda topógrafos.

O ensino das engenharias despontava como disciplina independente. Os antigos *colleges* coloniais tiveram que se adaptar e alguns começaram a criar departamentos ou escolas de engenharia, em *Harvard*, por exemplo, criou-se o *Lawrence Scientific School*, no mesmo ano (1847) *Yale* inaugurou o departamento de que se tornaria, em 1852, o *Sheffield Scientific School*, e a *University of Pennsylvania* criou o *Department of Mines, Arts, and Manufactures*.⁴⁶⁰ No final desse período também surgem as novas escolas, como o *Massachusetts Institute of Technology-MIT*.

Essa fase foi marcada pelo alvorecer das primeiras universidades estaduais fruto das doações de terras federais, como a *Ohio University*, destaque-se também a Marcha para o Oeste, o desenvolvimento da indústria com delineamento próprio, o famoso sistema de manufaturas que tanto espantava os europeus, a presença marcante dos estados e municípios na construção da infraestrutura necessária para o desenvolvimento.

Após o término da Guerra da Secessão, um novo impulso é fornecido pela ação federal, com a doação de terras e a propagação de escolas para além das tradicionais escolas privadas do nordeste do Estado. Surgem na virada do século XIX para o século XX as universidades de pesquisa e os *junior colleges*.

A intensa atividade de padronização e hierarquização marca o amadurecimento do sistema educacional, uma vez que no início do século XX, uma confusa rede de instituições merecia alguma forma de intervenção deliberada que empreendesse reformas e rearranjos. Existiam os *colleges* tradicionais, os *colleges* e universidades estaduais com diferentes

⁴⁶⁰ MORAES, Reginaldo C. *Educação Superior nos Estados Unidos – História e Estrutura*. São Paulo: Editora UNESP, 2015, pg. 17.

missões (os *teachers colleges*, por exemplo, formavam professores). No seletivo grupo de universidades talhadas para a pesquisa e pós-graduação havia quatro modalidades distintas:

i) *colleges* tradicionais que se converteram em universidades (Columbia, Harvard, Pennsylvania, Princeton e Yale);

ii) universidades estaduais ampliadas ou reformadas (Illinois, Michigan, Minnesota, Wisconsin, Califórnia);

iii) universidades privadas (e um instituto) também ampliadas e reformuladas (Cornell, Stanford, MIT);

iv) instituições que já nasceram como universidades priorizando a pesquisa e pós-graduação (Johns Hopkins, Clark, Chicago).

O imenso volume de estudantes fez com que fossem sendo engendradas pelas associações de certificações (estaduais e regionais) e pelas fundações privadas (principalmente a *Carnegie Foundation*⁴⁶¹ e a *Rockefeller Foundation*⁴⁶²) os sistemas de classificação, hierarquização e a padronização. É notório que essas duas organizações desempenharam papel fundamental na modelagem do ensino superior norte-americano, mais fortemente na primeira metade do século XX, quando atraíram para si a tarefa de liderar a transformação daquele conglomerado de escolas desalinhas em um sistema sequenciado, hierarquizado e organizado por requisitos e regras.

As iminentes universidades de pesquisa, no âmbito do ensino superior, poderiam ser equiparadas às grandes corporações. Ou seja, as grandes corporações foram responsáveis por estimular uma nova forma de negócios, assim como uma regulação da concorrência e novas formas de financiamento, como por exemplo, a captação de capitais por meio da oferta pública de ações⁴⁶³. Os dirigentes das universidades juntamente com os gestores das duas

⁴⁶¹ A **Carnegie Foundation** (CFAT) surgiu de uma dotação adicional do velho barão do aço Andrew Carnegie, 135 milhões de dólares, em 1905 e substancialmente acrescida após sua morte em

⁴⁶² A **Rockefeller Foundation** patrocinou o *General Education Board* (GEB) com um aporte de 200 bilhões de dólares.

⁴⁶³ O registro documental dessa mudança é o famoso livro de Berle e Means, *The Modern Corporation and Private Property* (1932) citado por Reginaldo Moraes in *Educação Superior nos Estados Unidos – História e Estrutura*. São Paulo: Editora UNESP, 2015, pg. 35

fundações (*Carnegie Foudantione* a *Rockfeller Foundation*) vislumbram a possibilidade de trilhar o mesmo caminho, qual seja, padronizar certificados e critérios para admissão e aprovação, títulos, grades curriculares, missões para cada tipo de instituição existente na época.

Essa preocupação se justifica pelo fato das fundações doadoras e associações de certificação enfrentarem com um panorama caótico, muito longe de ser um sistema regrado e definido tão almejado. Ainda quando ostentavam o mesmo nome – *college* ou universidade – a educação que cada um das instituições oferecia divergia consideravelmente, as discrepâncias eram tão grandes que algumas dessas escolas se aproximavam mais de instituições vocacionadas para o ensino médio ou academias preparatórias.

A diversidade era enorme em todos os planos – currículos, matrículas, tamanhos das equipes, financiamento e gasto, instalações e bibliotecas, sistema de certificação, de seleção dos estudantes e professores.⁴⁶⁴

Além do problema da indefinição sistêmica, explodia o crescimento de escolas públicas (elementares e de nível médio), fator que alimentava a expansão das universidades estaduais, e ainda a incomensurável expansão dos graduados no ensino médio (*high schools*). Havia um espaço entre a escola elementar e o nível superior que era preenchido por várias figuras – academias, *high schools*, departamento preparatórios de universidades e pequenos *colleges*. Entretanto, essas escolas eram excessivamente precárias e sem padronização. Era sobressalente o abismo entre a escola elementar e o ensino superior que a *high school* não preenchia.

Havia uma preocupação dos dirigentes das instituições universitárias públicas seletivas: os estudantes da *high school* norte-americana, em geral, eram mais imaturos e tinham uma formação inferior aos que concluíam o ensino médio alemão (*gymnasium*) e francês (*licée*), por exemplo, o que convertia os primeiros anos da faculdade em um programa

⁴⁶⁴ MORAES, Reginaldo C. *Educação Superior nos Estados Unidos – História e Estrutura*. São Paulo: Editora UNESP, 2015, pg. 36.

de educação geral pré-universitário. O crescimento da demanda por vagas nas faculdades, ocasionado pela enorme quantidade de formados na *high schools*, vertia-se em um problema para a triagem desejada pelas universidades seletivas.⁴⁶⁵

Concomitantemente, constatava-se o surgimento de novas carreiras profissionais intermediárias ou médias⁴⁶⁶, emergia um novo mundo do trabalho. Ao lado das profissões superiores e certificadas ou licenciadas, como médicos, advogados e engenheiros surgia uma enorme tropa de ocupações secundárias como contabilistas e arquivistas, desenhistas, projetistas, enfermeiros e técnicos de laboratório.

De um lado o confuso campo da preparação para o ensino superior e da formação de profissões treinadas, mas não superiores. Assim, no início do século XX vai se delineando uma inovação institucional tipicamente norte-americana, o *two-year college*, em princípio denominado de *junior college* e décadas posteriores rebatizado como *community college*.

Não havia sistematização e a ordem estabelecida na constelação educacional era caótica. As agências de certificação (*accreditation*) e as políticas de doação das fundações filantrópicas foram passo a passo impondo ordem no sistema que se desenhava, porque padronizavam critérios de ingresso dos estudantes, separavam escolas secundárias dos *colleges*, atestavam quais requisitos eram suficientes para transferência entre instituições e quais eram necessárias para a expedição de certificados de *bachelor* ou *master*⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ Situação similar ocorre nos dias hodiernos no Brasil, em que se verifica o baixo nível de preparação dos estudantes que ingressam nos cursos de graduação, resultado da formação deficitária que recebem nos primeiros anos de ensino e no ensino médio.

⁴⁶⁶ Em nossa singela percepção, no Brasil, o grande número de formados em instituições de ensino superior (graduados) acabam sendo conduzidos às funções de nível médio, por dois motivos: primeiro pela má qualidade do ensino oferecido por instituições que funcionam em decorrência do processo de massificação do ensino superior, praticando baixos valores de mensalidades, com isso oferecem um ensino de qualidade sofrível; outro fator de direcionamento dos formados para a vala do trabalho de nível médio é a lei de mercado (oferta e procura) o elevado número de profissionais não são absorvidos pelo mercado de trabalho, e o próprio mercado seleciona aqueles com melhor formação ou oriundos de instituições mais conceituadas.

⁴⁶⁷ MORAES, Reginaldo C. *Educação Superior nos Estados Unidos – História e Estrutura*. São Paulo: Editora UNESP, 2015, pg. 40.

4.15. A segunda fase - a massificação do ensino superior

A Segunda Guerra Mundial inseriu outro ponto de ruptura e redefinição, com o protagonismo do setor público, principalmente o governo federal e dos governos estaduais, tanto no plano do ensino quanto da pesquisa.

A segunda fase teve início durante o período da guerra civil americana (1861-1865) e se estendeu até 1920. A guerra civil provocou grande deslocamento populacional dos negros para o sul, mas também do poder e da riqueza para o norte. Por outro lado, as ferrovias transcontinentais promoviam a integração nacional, descortinando o oeste. O modo de se fazer negócios sofre transformações, com variadas formas de concentração e centralização de capital, fazendo emergir o Big Business e suas formas institucionais (os cartéis e trustes, formas embrionárias ao capitalismo corporativo) da denominada *Era Progressiva*.

Segundo David O. Lavine⁴⁶⁸, o primeiro surto de massificação do ensino superior deu-se após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), pois foi um momento de decolagem na história do ensino superior norte-americano.

O ingresso de estudantes vinha crescendo com regularidade desde 1890, contudo a taxa de crescimento sofria declínio na década anterior à guerra. Nesse cenário, a criação do *Student Army Training Corps - SATC*⁴⁶⁹, em 1918, representou papel fundamental, mesmo que efêmero. O programa iria revitalizar, transformando significativamente diversos *campi* acadêmicos.

O SATC determinou várias adequações ao sistema universitário, instituições que haviam reduzido o número de docentes em virtude do baixo número de matrículas receberam a notícia que deviam se preparar para receber seis mil novos alunos somente do programa. Os

⁴⁶⁸ LEVINE, David O. *The American College and the culture of aspiration, 1915-1940*. Ithaca: Cornell University Press, 1986, pg. 38.

⁴⁶⁹ Corporações de Treinamento dos Estudantes do Exército.

professores produziram, em toque de caixa, novos cursos e textos relacionados à guerra, os alunos foram acomodados em barracas fora do *campus*, compradas às pressas.

Sob a SATC, os *colleges* participantes eram dirigidos como instituições de treinamento do exercito em tempo integral. O governo federal assumiu os *colleges* em tudo, com exceção do nome; ele usava as unidades, equipamentos e funcionários existentes e financiava a expansão para habilitar os *colleges* selecionar e treinar candidatos a oficiais, especialistas técnicos e administrativos. A maioria dos *colleges* estabeleceu dois programas separados, mas relacionados Seção A (acadêmico) e Seção B (técnico). Essa empreitada cooperativa prometia aliviar a falta de homens no exercito e a manter os *colleges* abertos.

Em troca, as instituições recebiam cerca de 900 dólares para cobrir as mensalidades, alojamento e alimentação para cada aluno-soldado. Poucos Presidentes de *colleges* externaram preocupação com a interferência federal em seus assuntos. Na verdade, o presidente da Western Reserve, Charles F. Thwing louvou “esta medida mais generosa [...] sem precedente na história da educação liberal ou da condução da guerra”, “É patriótico ir à Faculdade!”, proclamou o Conselho Educacional de Emergência, recém-criada voz dos estabelecimentos de ensino superior; e milhares de jovens entenderam a mensagem⁴⁷⁰.

Vale destacar que durante a guerra as escolas perderam contingente que foi recuperado com acréscimos em 1919, esse momento parece ter criado um ponto de inflexão na história da educação superior nos Estados Unidos. Também, cumpre destacar que, junto com esse movimento de aumento quantitativo, houve também uma ênfase ainda maior em determinado tipo de educação, ou seja, os estudantes ingressavam na graduação com o objetivo de buscar estudos especializados, o interesse dos estudantes era em uma educação superior com inclinações vocacionais bem definidas.

Como era de se prever, o liame entre educação superior e as profissões era mais notório em determinados setores, uma dessas áreas de ensino era bastante óbvia. Assim, a engenharia foi o primeiro campo em que se estabeleceram conexões entre a indústria e as instituições de ensino superior. A inovação mais importante no ensino de engenharia nessa fase foi o chamado *plano cooperativo* instalado pela primeira vez em 1906 na Universidade de Cincinnati. Nesse plano, o aluno dividia seus anos de graduação entre trabalho em sala de

⁴⁷⁰ LEVINE, David O. *The American College and the culture of aspiration, 1915-1940*. Ithaca: Cornell University Press, 1986, pg. 28.

aula e experiência em um ambiente industrial, uma célula embrionária do estágio obrigatório do século XX, o plano demonstrava que a indústria e a educação poderiam ambas se beneficiar cooperando uma com a outra.⁴⁷¹

Ao longo do século XIX inúmeras escolas superiores se juntaram à secular coleção de *colleges* coloniais. Eram instituições com as mais variadas feições, missões e regras. Contudo, dois novos personagens merecem destaque:

i.) os *Land Grant Colleges*, oriundas do *Morril Act*, e

ii.) as primeiras universidades voltadas para a pesquisa, como por exemplo: *John Hopkins*, *Clark*, *Chicago*. Os antigos *colleges* foram convertidos em universidades (*Harvard*, *Yale*, *Princeton* e *Cornell*). Também identificada como era das corporações, pode ser vista como uma espécie de segunda revolução burguesa nos Estados Unidos, contemporânea de uma Segunda Revolução Industrial.

Em uma ligeira análise tanto *das land grant colleges* e as universidades de pesquisa, nota-se uma relação intensa com as novas profissões e especialidades, com os diferentes públicos da educação. Isso é visível nas grades e carreiras, bem como na forma de organização dos currículos e métodos. Destaque-se ainda, que o *Morrill Act* foi decisivo na criação de uma das três principais figuras do ensino superior: a universidade estadual.

Nas três últimas décadas do século XIX, surgia um novo personagem no cenário acadêmico norte-americano, a universidade vocacionada desde o seu nascimento para pesquisa e pós-graduação. É a sedimentação da verdadeira universidade inspirada no modelo

⁴⁷¹ Essa ideia nos remete à criação do ensino técnico industrial no Brasil entre 1930 e 1960, inserida no debate sobre a formação da força de trabalho no nesse período, apontando caminhos para acionar o projeto de modernização da sociedade brasileira. O contexto histórico se insere no início do Governo Vargas em 1930, período de intensificação da industrialização brasileira. Nesse quadro ocorreu a implantação de uma legislação específica, definindo o ensino industrial como um dos ramos do sistema educacional, a partir do Decreto-Lei n. 4.073, de 30/01/1942, conhecido como Lei Orgânica do Ensino Industrial, em 1942, durante a gestão do então ministro da Educação e Saúde Gustavo Capanema.

germânico, que a maioria dos dirigentes acadêmicos veneravam⁴⁷². O caso pioneiro é a *Johns Hopkins*, criada em 1876, em Baltimore, estado de Maryland, oriunda da fortuna adquirida por seu patrono no ramo das ferrovias. O primeiro Reitor ou *President*, Daniel Gilman, esforçou-se para formar seleta e extremamente qualificada equipe de pesquisadores nacionais e estrangeiros para implantar um ambicioso programa de doutorado, lançar revistas acadêmicas e fomentar a criação de associações acadêmicas disciplinares.

A *Clark University*, criada em 1889, em Worcester, no estado de Massachusetts, desenvolveu-se a partir da doação de Jonas Clark, e rapidamente deu início a vinte programas de doutorado. Em 1889, do outro lado do país, mais especificamente na Califórnia, o magnata Lelan Stanford disponibilizava parte de sua fortuna para a criação da *Stanford University*. Por outro lado, a fortuna de John D. Rockefeller juntamente com o apoio de seus irmãos de fé da *American Baptist Education Society* deram origem à *University of Chicago*.

Como era de se esperar o desenvolvimento do sistema educacional superior foi seguido pelo aparecimento das mais diversas associações, como por exemplo, a *American Association Universities* (AAU) fundada em 1900, e entre seus membros fundadores estavam: Cornell, Harvard, Johns Hopkins, Columbia, Chicago, Princeton, Stanford, Wisconsin e Yale. Em 1887, surgia a *American Association of Agricultural Colleges and Experiments Stations*, posteriormente convertida na *National Association of State Universities and Land-Grant Colleges*, para em 2009 tornar-se a *Association of Public and Land-Grant Universities*.

Além das associações formadas pelas instituições de ensino superior, surgiram também associações de estudantes – *Federation Graduate Clubs*, de professores – *American Association of University Professors* (AAUP), criada em 1915.

A terceira criação norte-americana na seara do ensino superior é o *junior* ou *community college*. Essa figura era um elemento a mais, aquele que ainda faltava, na complexa estrutura sistêmica de ensino superior da época. Pouco a pouco, uma padronização

⁴⁷² Na realidade, os dirigentes das instituições de ensino superior vislumbravam o modelo prussiano de educação no seu conjunto: a forma de seleção dos melhores estudantes já a partir da escola elementar, dirigindo-os para o *gymnasium* e o afunilamento rumo à universidade. É um sistema hierarquizado e seletivo.

colocava em ordem no sistema em construção. As Agências de certificação e as duas fundações privadas foram decisivas nessa tarefa.

4.16. Terceira fase – A organização das estruturas

Eminentemente marcada pela hierarquização e padronização, processo em que as fundações filantrópicas Carnegie e Rockefeller tiveram papel decisivo, esta fase que se estabeleceu de 1920 até 1945, apresentou o primeiro ensaio de massificação e modelagem do sistema de educação superior. As universidades de pesquisas se consolidaram e surge uma rede significativa de *junior colleges*, escolas de ensino superior de curta duração. O ensino médio (*high school*) apresenta significativa expansão. A década de 1920 foi marcada pela depressão pós-1929 e pela nova presença do Estado na modelagem da vida social e econômica. O *New Deal*⁴⁷³ reflete a federalização da política e da economia.

4.17. Quarta fase – Os gloriosos 25 anos do pós-guerra

De 1945 a 1970 se configurou como a época dos festejados *gloriosos 25 anos* do pós-guerra, em decorrência da excepcional acumulação de capital. No âmbito do ensino superior é a era que se desdobra a partir do *Relatório Truman* e da edição do já citado ato de reinserção dos veteranos (GI Bill), responsável pela massificação do ensino superior.

As universidades de pesquisas crescem, estimuladas pela inversão federal, principalmente pesquisa programática de interesse militar. Expandem-se as universidades estaduais, algumas incorporadas ao núcleo duro da pesquisa nacional. Ocorre a massificação dos *community colleges*, como instituições majoritariamente públicas (estaduais e municipais), vocacionadas para ensino superior de curta duração.

⁴⁷³ O *New Deal* ou Novo Acordo, foi uma política de intervenção estatal que começou a ser adotada primeiro nos Estados Unidos, com o anúncio pelo presidente Franklin Roosevelt de uma série de medidas, que passaram a ser concretizadas em 1933, coo por exemplo: controle sobre bancos e instituições financeiras e econômicas; construção de obras de infra-estrutura para a geração de empregos e aumento do mercado consumidor; concessão de subsídios e crédito agrícola a pequenos produtores familiares; criação de Previdência Social, que estipulou um salário mínimo, além de garantias a idosos, desempregados e inválidos; incentivo à criação de sindicatos para aumentar o poder de negociação dos trabalhadores e facilitar a defesa dos novos direitos instituídos.

4.18. Quinta fase – A privatização do ensino superior

A crise dos anos 1970 trouxe incertezas acerca dos novos tempos e a busca por alternativas ao esgotamento do modelo anterior. A partir de 1980, período marcado pelas reformas do Presidente Ronald Reagan, conjugando neoliberalismo com *warfare*, economia bombeada pela guerra.

De acordo com Roger L. Geiger⁴⁷⁴, representou a era das privatizações no ensino superior. Ocorre a remodelação do modo de operação e de estruturação desse sistema, tanto no ensino quanto na pesquisa, com a busca de novas fontes de financiamentos, gerenciamento e especialização de funções entre os diferentes tipos de instituições.

Depois de 1980, principalmente, a pesquisa começou a depender mais de contratos de interesse comercial imediato - e as áreas de física e engenharia foram cedendo o primeiro lugar às ciências da vida, o novo filão nobre. O ensino foi vendo tombar as dotações e bolsas do setor público e, como consequência, o valor das anuidades subiu. Para garantir a manutenção da demanda, o setor público substituiu bolsas e subsídios por empréstimos. A combinação - altas anuidades e elevadas "ajudas" - foi, na verdade, um cenário de crescente endividamento das famílias.

Segundo Geiger e Heller, a tendência do mercado educacional é clara⁴⁷⁵:

⁴⁷⁴ Roger L. Geiger é considerado o principal historiador da educação superior americana, por descrever em sua obra como as faculdades coloniais desenvolveram uma tradição educacional unificada e diversificada, capaz de resistir à revolta social da Revolução. Ele mostra como o caráter da educação universitária em diferentes regiões divergiu significativamente nos anos que antecederam a Guerra Civil - por exemplo, as universidades estaduais do Sul foram dominadas pelos filhos de plantadores e sua cultura - e como a educação superior foi posteriormente Revolucionada pelo movimento de concessão de terras, pelo crescimento do profissionalismo acadêmico e pela transformação da vida do campus pelos estudantes. No início da Segunda Guerra Mundial, a universidade americana padrão tinha tomado forma, preparando o cenário para a expansão da educação pós-guerra.

⁴⁷⁵ GEIGER, R.L.; HELLER, D.E. *Financial trends in higher education: the United States*. Philadelphia: Pennsylvania State University; Center for the Study of Higher Education, 2011.

Since 1990, privatization has been the dominant trend in American higher education. The onset of privatization reflected a change in the zeitgeist: engagement with private industry and capital markets, once viewed with deep suspicion, were embraced as a social duty as well as sources of revenue. Hence, universities now eagerly sponsor cooperative programs for education and research with corporations, and engage in commercial activities via research parks, patenting, start-up companies, and venture capital funds.

[...]

But privatization has worked more fundamental change in the way Americans pay for higher education. The mushrooming of student financial aid in all its forms has transformed the economics of American higher education. For private colleges and universities, particularly the more prestigious ones, the privatization era has brought robust prosperity and confidence. In the public sector, privatization has meant a steady substitution of student-derived revenues for those provided by state governments. For institutions in both sectors, privatization has meant increased exposure to market forces⁴⁷⁶.

No período de 1920-1945 houve substancial aumento das matriculas de ensino médio. A propagação da educação secundária era imensa já nas primeiras décadas do século XX, em contrata com o ensino superior que só decolou depois da Segunda Guerra Mundial.

A padronização e a hierarquização do sistema, se devia ao espaço dos líderes das grandes universidades e das duas fundações filantrópicas mais influentes que dominavam a área (GEB-Rockefeller e CFTA).

⁴⁷⁶ Desde 1990, a privatização tem sido a tendência dominante na educação superior americana. O início da privatização reflete uma mudança no espírito do tempo: o compromisso com o setor privado e com o mercado de capitais, antes visto com profunda desconfiança, foi abraçado como um dever social, bem como fonte de receitas. Assim, universidades agora patrocinam entusiasticamente programas cooperativos de educação e investigação com corporações e se envolvem em atividades comerciais através de parques de pesquisa, patentes, incubadoras de empresas e fundos de capital de risco.

[...]

Mas a privatização produziu uma mudança mais fundamental na forma como os americanos pagam pela educação superior. A proliferação da ajuda financeira ao estudante, em todas as suas formas, transformou a economia da educação superior americana. Para faculdades e universidades, particularmente as mais prestigiadas, a era da privatização trouxe autoconfiança e prosperidade robusta. No setor público, a privatização significou uma substituição constante dos recursos fornecidos pelos governos estaduais pelas rendas derivadas dos estudantes. (Tradução livre).

As fundações privadas desempenharam papel estratégico na construção de uma base econômica para a pesquisa acadêmica. Estas instituições não se limitavam apenas a patrocinar estudos e prover apoio esporádico às instituições autônomas, mas assumiam responsabilidades na construção de estruturas de pesquisa para as universidades, incluindo algumas estaduais, como por exemplo, Michigan, Wisconsin e Califórnia. Eram diversas iniciativas implementadas por essas fundações, principalmente a Rockefeller e a Carnigie, com o intuito de elevar os patamares da ciência acadêmica.

A Primeira Guerra Mundial foi o ponto de decolagem na história da educação superior norte-americana. Para Levine, essa foi a *United States first era of mass higher education (...)*. Esse fenômeno surpreendia a velha Europa e entre os segmentos que mais se expandia naquela faz era as escolas de Engenharia e de Administração.

Com relação à sistematização, o processo decisivo ocorreu no nível dos estados-membros. O sistema ordenado e regulado no âmbito estadual, paulatinamente, vai se estruturando. Nesse contexto, a Califórnia já nos anos 1930 se destacava como modelo. Em 1932, o Congresso estadual encomendou à CFAT um estudo que direcionasse a estruturação de seu setor público de educação superior. O estudo recomendava um corpo de planejamento científico para a constelação educacional em nível superior do estado, papel que deveria ser desempenhado pelo corpo de *Regents of the University of Califórnia*, retirando-a da mão dos empreendedores educacionais locais e das lideranças políticas, recomendando seletividade nos níveis superior dos colleges e escolas profissionais da University of California.

Nessa visão, os *colleges* regionais atenderam a demandas regionais e os *junior colleges* seriam considerados como uma espécie de extensão da educação secundária. O estudo tinha um viés nitidamente hierarquizante, demarcando com nitidez os diferentes tipos de instituições.

Assim, apenas a University of California-campus Berkeley, teria programas de doutorado. E o campus de Los Angeles ficaria limitado aos diplomas de mestrado. Os *teachers colleges* poderiam conceder mestrado apenas no campo da educação.

Os dilemas das principais escolas apareciam nas discussões sobre a difícil combinação entre ensino e pesquisa. A universidade norte-americana é, enfaticamente, uma universidade de ensino. Os alunos norte-americanos ingressavam na universidade com muito menos preparo do que seus colegas europeus e eram, portanto, muito mais dependentes de seus monitores para instrução básica.

As universidades de pesquisa privadas, as estrelas do sistema. O setor público cresceu mais que o setor privado durante o período compreendido entre 1900 e 1950. O GI Bill não tinha motivação educacional, propriamente, a preocupação de Franklin Delano Roosevelt era o impacto econômico da volta dos veteranos e a eventual instabilidade social e política.

A guerra mobilizara dezesseis milhões de pessoas, em uma ou outra atividade, no *front* ou na vanguarda. Desmobilizadas, essas pessoas eram candidatas ao desemprego e ao desajuste social. O GI Bill era um “pacote de bondade”, incluindo serviços de recolocação profissional, ajuda aos desempregados, suporte a hipotecas de moradia, benefícios educacionais (no item educação entravam dinheiro para livros, anuidades, taxas escolares em geral, subsídios para manutenção, etc.). A Lei foi reeditada por ocasião das muitas guerras que os norte-americanos se envolveriam a seguir (Coréia, Vietnã, Golfo, entre outros conflitos)⁴⁷⁷

O resultado disso foi uma transformação radical no ensino superior norte-americano, massificado e dirigido a um público completamente novo. A massa de novos estudantes exigiu uma completa reestruturação das escolas – nas instalações das salas de aula, laboratórios, bibliotecas, dormitórios, mas também de professores, no modo de ensinar e nos comportamentos dos campi.

⁴⁷⁷ OLSEN, K. *The G.I. Bill, the veterans, and the colleges*. Lexington, The University Press of Kentucky, 1974.

4.19. A Ação Federal – um diferencial relevante

O governo de Harry S. Truman, sucessor de Franklin Roosevelt, fez com que o governo federal tomasse para si a responsabilidade de massificar o ensino superior e deixava claro que a instituição privilegiada para esse fim, o *community college* ou *two-years college*.

O ensino superior foi democratizado e não mais restrito à elite seleta. Se o Morrill Act (1862) pode ser considerado como um marco na educação superior do século XIX, seguramente, seu equivalente para o século XX é o GI Bill.

Além da lei dos veteranos, uma cadeia de intervenções federais foi dando suporte à expectativa de ir pra a faculdade era uma realidade para a maioria da juventude norte-americana e para suas famílias, e não apenas para as camadas superiores. E tanto as instituições privadas, quanto as públicas, isso acontecia com muita injeção de dinheiro público, quer mediante o financiamento privilegiado para construção de instalações (inclusive dormitórios estudantis) quer por meio de repasses e subsídios diretamente das instituições, para gastos correntes com ensino, ou depois, com bolsas e empréstimos às famílias. A provisão federal era visível nos trinta anos pós-guerra.

4.20. Trajetória da política federal para a educação superior norte-americana

Segundo Reginaldo C. Moraes, existe um senso comum sobre os Estados Unidos – sobre sua política, sua economia e, também, seus sistema de educação superior – que tende a enfatizar a ausência do Estado. Para ele, essa visão é em grande medida distorcida e astigmática.⁴⁷⁸

A presença do governo federal na educação vem desde o nascimento da República. O setor privado é com frequência fortemente alimentado pelos recursos públicos. Em 1944 Harry Truman encarregou o American Council on Education de elaborar um estudo sobre o

⁴⁷⁸ MORAES, Reginaldo C. *Educação Superior nos Estados Unidos – História e Estrutura*. São Paulo: Editora UNESP, 2015, pg. 65.

futuro da educação superior, que foi publicado em 1947 (The report of the President's Commission on Higher Education for American Democracy) dividido em seis volumes.

O relatório pregava um aumento de gastos federais para expandir o sistema e propunha a expansão da rede de *junior colleges* para que se tornassem *community colleges*. Os anos pós-guerra foram de muito investimento federal no ensino superior e na pesquisa acadêmica.

Em 1965, a utilização da educação como parte de programas de reforma social reaparece no High Education Act (Decreto de Educação Superior). A lei de 1965 estava contida no pacote de medidas e políticas sociais denominada “guerra à pobreza”. A lei que entrou em vigor no início do governo de Lyndon Johnson alterou profundamente a relação entre instituições de ensino superior e o governo federal. O fim da era dourada que pode ser evidenciada no período de 1968-1978.

4.21. A fase da formação dos *junior colleges*

Nas primeiras décadas do século XX, o *junior college* superou a condição de experimento marginal para assumir um papel mais destacado, como parte integrante do sistema norte-americano de educação superior. O período entre guerras foi uma fase de avanços notáveis para os *junior colleges*. A extraordinária expansão dos *community colleges* devia muito a filosofia de não seletividade, assim como das taxas e anuidades baixas ou mesmo nulas, era a democratização do acesso.

O período de 1945-1970 foram chamados gloriosos 25 anos do pós-guerra – A era dourada para o sistema de ensino superior. As tradicionais universidades de pesquisa privadas se agigantavam com recursos federais. Cresceram também as universidades estaduais, algumas delas incorporadas ao núcleo duro da pesquisa nacional. O ensino de graduação se massificou, com políticas como GI Bill, as bolsas e empréstimos federais.

Os cursos de educação remedial. Os *community colleges* eram vistos como escolas preparatórias, filtrando os melhores alunos para o nível superior e oferecendo alternativas

mais limitadas para aqueles com menos potencial acadêmico. As grandes instituições americanas sonhavam com a verdadeira universidade à moda germânica.

O que se pode perceber, tanto nas lideranças universitárias quanto nos vocacionalistas é uma concepção hierárquica de sociedade, de uma estratificação que atribui a cada indivíduo um lugar na sociedade. E atribui à escola a preparação para esse destino percebido ou prenunciado.

De um lado, diriam, porque a sociedade não precisa tantos profissionais superiores. O sistema socioeconômico, a estrutura produtiva e a cidadania informada não precisam de tantos graduados em nível superior (líderes) e precisam de muitos níveis intermediários (seguidores). O contingente de jovens abriga potenciais qualitativamente distintos.

Os anos 1980 representou um período marcado pelas reformas de Ronald Reagan, conjugando uma nova política – neoliberalismo e economia de oferta. Esta é a era da privatização do ensino superior. Delineia-se um novo modo de operação e estruturação desse sistema, tanto no ensino quanto na pesquisa, com a busca de novas formas de financiamento, gerenciamento e especialização de funções entre os diferentes tipos de instituições.

Segundo apontamentos de Pilar Jimenez Tello⁴⁷⁹, os Estados Unidos, incluindo suas melhores universidades, tiveram muita mais sensibilidade que a Espanha para atrair estudantes e pesquisadores da América Latina, principalmente aqueles pertencentes à segunda ou terceira geração de seus imigrantes hispânicos, muitos dos quais ocupam postos de grande destaque tanto no setor público quanto no setor privado. A autora cita como exemplos o ex-Secretário da Justiça do governo de George W. Bush, Alberto Gonzales; a Secretária de Trabalho do presidente Barack Obama, Hilda Solis, filha de imigrantes mexicanos e nicaraguenses, assim como a porto-riquenha Sonia Sotomayor, membro da Corte Suprema Norteamericana.

⁴⁷⁹ TELLO, Pilar Jimenez. Auditoria universitaria y calidad, La evaluación como conquista social ante la competencia universitaria global. VDM Verlag Dr. Müller Aktiengesellschaft & Co. KG., 2009, pg. 17.

4.22. As Agências de acreditação nos Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos a acreditação vem sendo utilizada como um meio de assegurar e melhorar a qualidade dos cursos de formação superior naquele país, possuindo uma tradição de mais um século.

Acreditação é o método de garantia externa de qualidade mais utilizado no contexto internacional. É o resultado de um processo mediante o qual uma entidade pública (governamental) ou privada (agência de acreditação), avalia a qualidade de uma instituição de educação superior em sua totalidade, um programa ou cursos efetivos de graduação, com o objetivo de reconhecer formalmente que cumpre determinados critérios ou padrões pré-determinados e conceder-lhes um selo de qualidade.

Nos últimos anos a acreditação se tornou um importante mecanismo de garantia de qualidade para a educação superior devido ao desenvolvimento das tecnologias, o crescimento da Educação a Distância, a multiplicidade de novas ofertas, a internacionalização da educação superior, resultando na necessidade de um sistema que garanta a qualidade dos programas e cursos ofertados.⁴⁸⁰

Nos Estados Unidos a acreditação já é utilizada há mais de 100 anos. A configuração atual dos processos de garantia de qualidade reflete um legado de décadas de desenvolvimento da prática de acreditação que é vista como um meio de assegurar e melhorar a qualidade do ensino superior, auxiliando as instituições e os programas através do uso de um conjunto de normas (padrões). A avaliação externa da qualidade da educação superior nos Estados Unidos não é tarefa governamental. A acreditação é realizada por organizações privadas. As agências independentes, não governamentais, têm uma função central na avaliação da qualidade, pois elas realizam as revisões da Acreditação. Tanto o governo federal quanto o governo estadual consideram que a acreditação é uma forma confiável para garantir a qualidade acadêmica.

⁴⁸⁰ *Acreditação da educação superior presencial e a distância nos Estados Unidos: experiências e potenciais contribuições para discussão no contexto brasileiro*, Disponível em pead.ucpel.tche.br/revistas/index.php/colabora/article/view/190/. Acesso em 12 de fev 2015.

O governo federal aposta na acreditação para garantir a qualidade das instituições e dos programas onde são aplicadas as verbas de financiamentos para os estudantes. Para uma instituição oferecer Educação Superior nos Estados Unidos ela deve estar autorizada ou ter uma licença válida em um dos cinquenta estados do país.

O governo federal não tem o poder de conceder licenças, salvo poucas exceções, essa licença é concedida pelo estado. Posteriormente as instituições de educação superior podem solicitar a acreditação.⁴⁸¹

Para que uma instituição de ensino superior receba ajuda do governo, tanto estadual como federal, ela precisa estar acreditada. Da mesma forma, os alunos precisam estar estudando ou ter estudado em instituições acreditadas caso queiram transferir-se para outra instituição, matricular-se em outro programa ou para realizar exames finais para obtenção de uma licença profissional, como no caso do curso de Enfermagem.

Um estudante só recebe ajuda do governo se o programa ou a instituição de ensino em que está matriculado foi acreditada por uma agência acreditadora reconhecida. Na avaliação e seleção a uma vaga de emprego, os empresários levam em conta se o candidato foi formado numa instituição reconhecida como sendo de qualidade. Esse critério também é adotado para avaliação se um empregado recebe ou não ajuda financeira da empresa para uma formação continuada.

Nos Estados Unidos há quatro tipos de agências acreditadoras:

. *Agência Acreditadora Regional* – Essas agências acreditam tanto instituições públicas como privadas, principalmente aquelas sem fins lucrativos, que oferecem graduação de dois e quatro anos.

⁴⁸¹ Diferentemente do que ocorre no Brasil, onde a autorização para funcionamento de instituições de ensino superior e funcionamento de cursos é concedida pelo governo federal.

. *Agência Acreditadora de Instituições Religiosas* – Essas acreditam instituições religiosas, regidas por doutrinas, principalmente aquelas sem fins lucrativos e que concedem títulos de graduação.

. *Agência Acreditadora de Instituições Privadas* – São agências acreditam principalmente a instituições com fins lucrativos, orientadas às carreiras profissionais e com um único propósito, que concedem diplomas de graduação e grau médio.

. *Agência Acreditadora de Programas* – São aquelas que concedem acreditação para programas específicos, profissões e escolas independentes, como de Direito, Medicina, Engenharia⁴⁸² e Saúde.⁴⁸³ Os organismos acreditadores são submetidos a uma revisão externa periódica para manter o reconhecimento, ou seja, para continuarem ou não atuando.

Essa temática tem grande repercussão e aplicação na Europa e nos Estados Unidos. Na União Europeia, o processo de acreditação foi um dos elementos da criação do Espaço Europeu de Ensino Superior. A elaboração desse ideal surgiu a partir da Declaração de Bolonha determinando que deveria haver uma padronização do ensino superior ao que se refere a currículos e a forma de garantia da qualidade e também, promovendo deslocamentos de docentes e discentes dentro da União Europeia.

4.23. O Ensino superior no Reino Unido

No Reino Unido a educação superior passa regularmente por avaliações com o objetivo de verificar a qualidade dessa modalidade de serviço público. Trata-se de uma das avaliações mais rigorosas que orientam os investimentos do setor em pesquisa e desenvolvimento.

⁴⁸² EATON, Judith S. *Consejo de Acreditación de La Educación Superior, La Acreditación y El Reconocimiento en Estados Unidos*. In: *La Educación Superior en el Mundo 2007: Acreditación para la Garantía de la Calidad: ¿Qué está en Juego?* Barcelona: Ediciones MundiPrensa, 2006. Anais GUNI – 2006.

⁴⁸³ SANYAL, Bikas C; MARTIN, Michaela. **Garantía de La Calidad y el Papel de la Acreditación**: una visión global. In: *La Educación Superior en el Mundo 2007: Acreditación para la Garantía de la Calidad: ¿Qué está en Juego?* Barcelona: Ediciones Mundi-Prensa, 2006. Anais GUNI – 2006.

Normalmente, as universidades também possuem um departamento de Quality Assurance, algo próximo ao trabalho realizado pelas Comissões Permanente de Avaliação no Brasil. Os britânicos seguem as diretrizes da Quality Assurance Agency for Higher Education, um órgão independente, sem fins lucrativos, que trabalha em parceria com as agências europeias na garantia da qualidade da educação superior no Reino Unido.

É interessante notar que as instituições de ensino superior têm grande capacidade de autoregulação e desenvolvimento da qualidade, pois com a força dos *rankings* internacionais como referência para muitos estudantes e pesquisadores. A competitividade da instituição é determinante para atrair alunos, principalmente, os estrangeiros que pagam uma anuidade muito superior a dos cidadãos locais que atualmente é limitada a nove mil libras.

Em comparação com o Brasil, o setor educacional (ensino superior) no Reino Unido se destaca porque nutre maior preocupação com o nivelamento de suas instituições em patamares elevados, pois acreditam que assim se tornarão mais atrativos. A qualidade para os britânicos é levada em grande conta quando se trata de educação. O governo exerce alguma ingerência, mas a pressão maior no sentido de implementar seriedade ao setor, vem com mais energia de organismos independentes que estão fora da esfera governamental.

Há dois aspectos extremamente interessantes sobre a relação do governo com o setor que vale a pena destacar:

1) Há alguns anos o governo britânico ameaçou cortar os recursos dos complexos universitários de Oxford e Cambridge, caso eles não ampliassem o acesso de pessoas de camadas mais pobres da população, esse episódio gerou grande polêmica;

2) O *Dearing Report*: a última grande intervenção foi a reestruturação do setor em 1997 a partir do estudo realizado por uma comissão nomeada pelo governo.

Estas considerações sobre a educação superior no Reino Unido servem apenas como elemento ilustrativo, pois a tradição e a cultura britânica em nada se assemelha ao Brasil,

afastando qualquer possibilidade de adoção de modelos ingleses, principalmente pelas barreiras culturais e comportamentais do povo e a forma diferenciada que os dois povos encaram a educação.

4.24. Breves apontamentos sobre o ensino superior em Portugal

Portugal que possui a *Agência de Avaliação e Acreditação do Ensino Superior* instituída pelo Estado por meio do Decreto-Lei nº 369, de 5 de novembro de 2007. Esta Agência é uma fundação de direito privado, constituída por tempo indeterminado, dotada de personalidade jurídica e reconhecida como de utilidade pública. Esta característica coloca a Agência numa condição de independência no exercício das suas competências, sem prejuízo dos princípios orientadores fixados legalmente pelo Estado.

Não se pode olvidar que a acreditação busca a qualidade e certificação do ensino superior, pois se presta a aumentar a confiabilidade e imagem pública de uma organização ou um programa de graduação. No campo da internacionalização, a acreditação entra como elemento de afirmação do modelo europeu de ensino. Um imperialismo benevolente que está constituindo a Europa como centro hegemônico do conhecimento e deixando a América Latina como centro subordinado, uma vez que as agências acreditadoras funcionam com indicadores e padrões europeus, que por sua vez estão em consonância com as normas norte-americanas, destituindo características e valores locais.

Por outro lado, a acreditação internacional, contém um conjunto de elementos positivos, como a existência de padrões globais que facilitam a mobilidade acadêmica, uma maior objetividade e neutralidade, e uma contribuição maior para a comparabilidade dos níveis de qualidade de instituições e programas. Entretanto não se pode deixar de considerar que muitas recomendações do processo de acreditação não são facilmente implantadas devido aos inúmeros custos e por não se ajustarem facilmente as instituições e aos sistemas superiores de educação. A acreditação serve como mecanismo para comparação e ranqueamento entre as instituições de ensino superior.

4.25. A acreditação na América Latina

O processo de acreditação das instituições de ensino superior acontece em vários países latinos, como México, Chile, Colômbia e Argentina. Existe ainda, a Rede de Agências Nacionais de Acreditação (RANA), o sistema ARCU-SUL e a Rede Ibero-Americana para Acreditação da Qualidade da Educação Superior (RIACES) fundada em maio de 2003 em Buenos Aires.⁴⁸⁴

A RIACES é uma rede independente do estado que funciona como mecanismo de integração das agências nacionais de acreditação e avaliação. A RIACES surgiu com o propósito de facilitar a participação das agências e organismos de Avaliação e Acreditação dos países membros por meio de intercâmbio e de cooperação em matéria de educação superior. Possui uma estrutura organizacional horizontal, o que caracteriza o trabalho em rede, com a proposta de se tornar um veículo de integração entre os países, sendo uma estratégia para disseminar repostas comuns, conjuntas e coordenadas acerca dos desafios da Educação Superior diante do processo de globalização.

Há países da América Latina que possuem agências acreditadoras e que se encontra em uma realidade semelhante com a brasileira, como a Argentina, a Colômbia, a Venezuela e o México. No caso argentino, a Comissão Nacional de Avaliação e Acreditação Universitária (CONEAU) é a agência acreditadora, seu funcionamento acontece no mesmo modelo espanhol, onde a agencia é de responsabilidade do Estado.

A CONEAU se constitui como instrumento disciplinador, de coação e de violação da autonomia universitária. A acreditação surgiu na Argentina com a finalidade de impor políticas governamentais, como modificação curricular e restrição ao ingresso, e os critérios da acreditação acabam tratando a educação superior como uma mercadoria a ser oferecida no mercado.

⁴⁸⁴ POLIDORI, Marlis Morosini. CARVALHO, Nathan Ono de. *Acreditação de instituições de educação superior: uma necessidade ou uma normatização*. Disponível em www.scielo.br. Acesso em 15 dez 2016.

Na Colômbia e na Venezuela o processo de acreditação é controlado pelos estados. As agências estatais, Comissão Nacional de Acreditação (CNA) da Colômbia e o Sistema de Avaliação e Acreditação das Universidades Nacionais (SEA) da Venezuela, são as responsáveis pelo credenciamento e processo de acreditação. Nos dois países o processo se dá de forma não obrigatória, entretanto, algumas medidas governamentais em relação ao financiamento da educação superior estão ligadas ao fato da instituição estar ou não acreditadas.

No México, a acreditação está a cargo do Conselho para a Acreditação da Educação Superior (COPAES) instituição conveniada pela Secretaria de Educação Pública para reconhecer as agências acreditadoras de IES, programas e cursos. A acreditação no México também está vinculada com o financiamento da educação superior.

Em todos os modelos fica evidente o caráter de regulação da acreditação, que aparece como forma não obrigatória na maioria dos países. Entretanto, os governos vinculam políticas de financiamento para a educação superior com o fato das instituições estarem acreditadas, forçando-as a recorrerem ao credenciamento.

Se for usado como base os sistemas latinos de acreditação e vincularmos as políticas de financiamento ao fato das entidades estarem ou não acreditadas, haverá uma maior ingestão de recursos nas instituições acreditadas, aumentando assim provavelmente o volume de produção científica e conseqüentemente a possibilidade de melhores posições em *rankings* e destaque internacional.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa nem de longe tem a pretensão de ser concluída, contudo por questões formais e pela necessidade temporal de apresentá-la para cumprimento de requisito para obtenção de titulação acadêmica é necessário *suspender* os estudos aqui iniciados, para dar-lhe prosseguimento em outros espaços de discussão.

Não há dúvidas de que se encontram na educação superior, as soluções, se não para resolver definitivamente problemas econômicos, políticos e sociais, ao menos para amenizá-los, tornando qualquer sociedade um lugar melhor para se viver. Mas afinal, se uma educação de qualidade traz incontáveis benefícios e vantagens, tanto para os indivíduos quanto para a sociedade, sendo o caminho (talvez o único) para o desenvolvimento, melhorando a qualidade de vida das pessoas. Porque e a quem interessa o atraso evolutivo e a negligência, tão presentes nesse setor?

A resposta não é tão clara e nem tão fácil de ser traduzida. Primeiro, o discurso comum é de que o Estado não tem interesse em que a população alcance bons níveis educacionais, porque isso traria conscientização dos direitos e, principalmente, esclarecimento sobre a atuação dos políticos, e nessas circunstâncias aqueles que estão no Poder não poderiam cometer abusos e arbitrariedades sem serem repudiados pelo povo – povo esclarecido escolhe melhor seus representantes. Não compartilhamos dessa visão, pois não é verdade que o Estado fica totalmente inerte assistindo ao quadro calamitoso delineado pela realidade educacional, ademais um Estado atrasado não traz benefícios aos seus governantes.

Também não é verdade, como outros acreditam que a sociedade civil brasileira não empreende nenhum esforço no sentido de ajudar a educação a alcançar patamares menos desanimadores, e que espere somente do Poder Público as ações positivas. O povo brasileiro historicamente acostumado com um Estado assistencialista, fruto de ideologias partidárias, não milita em seu próprio favor, limitando-se apenas a criticar e atribuir ao Poder Público toda a responsabilidade pela má qualidade dos serviços públicos. Na realidade, há na sociedade civil movimentos e iniciativas bastante admiráveis, e felizmente existem grandes profissionais das áreas de Educação, Direito e Gestão, tanto na área pública e privada,

engajados em projetos voltados para essa temática e que encara o trabalho educacional como uma causa. O grande problema está na falta de vontade política aliada à ausência de união das forças que estão isoladas, mas que juntas conduziriam a resultados mais efetivos, assim como a alinhamento dos discursos e, principalmente coerência entre o discurso e a prática.

Por isso, a resolução dessa equação não é de fácil alcance e requer uma análise além da questão restritivamente jurídica, quedando-se para o estudo das ciências sociais e políticas, o debate envolve a utilização da interdisciplinariedade e o método comparativo para que se possa tentar compreender sua complexidade. A educação atende interesses políticos e ideológicos, mas por outro lado o direito positivo nacional reconheceu a liberdade de ensino, sob o crivo de um Estado intervencionista, que controla o sistema educacional por atos administrativos regulatórios. Dessa forma, no que diz respeito a essa esfera e mediante o poder de polícia, não há liberdade plena da atividade econômica, muito embora o ensino superior seja majoritariamente implementado pelo setor privado.

Nessa breve análise, entendemos que a educação superior ocupa espaço de grande relevância no contexto social, e precisa receber maior atenção tanto da sociedade quanto do Poder Público, visto que necessita urgentemente de reformulações, principalmente porque é o portal para se concretizar os objetivos estampados no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, entre eles a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Todos podem colaborar empreendendo algum esforço nesse sentido, mesmo não sendo uma tarefa das mais fáceis e muito menos rápida, mas que se mostra extremamente urgente para que os frutos sejam aproveitados com maior brevidade.

É possível conciliar teoria e prática, de modo que isso se traduza em projetos concretos. A pesquisa deve, sim, acompanhar os rumos do mercado e assumir o papel, fundamental em muitos casos, de fomentar novas soluções. Não há meio termo nesse processo, e foi justamente essa motivação que nos moveu a mergulhar na busca de alternativas possíveis para a regulação do ensino superior.

A nossa contribuição é muito singela, mas de algum modo procuramos fazer a nossa parte, como na parábola da andorinha que sozinha tentava apagar o incêndio na floresta

levando uma gota de água do rio em direção ao incêndio apenas utilizando o seu bico. A águia, debochando de sua ingênua atitude perguntou-lhe se ela acreditava que iria apagar o incêndio daquela forma, e a andorinha tranquilamente respondeu-lhe: *Eu sei que a minha atitude não vai impedir a devastação causada pelo fogo, mas ao menos estou apenas fazendo a minha parte.*

A presente tese está estruturada da seguinte forma:

No capítulo primeiro buscou-se destacar a importância do método comparativo aplicado à ciência do Direito como instrumento identificador de experiências que deram certo ou que não foram exitosas, no último caso para que não sejam replicadas. A importância da ampliação de estudos do Direito comparado de modo geral, e particularmente do Direito Administrativo comparado nos remete a realidades distintas e/ou análogas, aumentando o espectro analítico do jurista.

No capítulo segundo procuramos destacar as nuances que conduziram o Estado brasileiro a adotar a *descentralização administrativa* como forma de tornar os serviços públicos mais eficientes, discorreremos sobre a evolução histórica do instituto de maneira didaticamente elaborada. O Brasil é um país de proporções gigantescas sendo impossível gerenciá-lo de forma centralizada. Já na primeira República, consciente de sua extensa dimensão optou-se pelo sistema federativo, onde a autonomia administrativa e política está distribuída entre os entes federativos com o intuito de auferir maior agilidade à função público-administrativa. Justamente por reconhecer a imensidão territorial, descartou-se de pronto a adoção de um Estado unitário, forma adotada por países do continente europeu de menor extensão geográfica.

No capítulo terceiro introduzimo-nos na análise da regulação do ensino superior no Brasil, apontando a legislação correspondente, os atos administrativos autorizativos para funcionamento das instituições e dos cursos de graduação, o processo administrativo aplicável ao assunto, bem como a importância da adoção de um novo modelo, propondo, inclusive a parametrização no modelo espanhol e sua metodologia como matriz para a reformulação do modelo regulatório brasileiro.

No Brasil, em relação a essa atividade, o Ministério da Educação-MEC é o órgão estatal responsável pela regulação, cabendo-lhe o controle normativo do sistema, o financiamento das instituições de ensino superior federais, e a fiscalização e avaliação destas, assim como das instituições de ensino superior privadas, controle exercido por meio de um vasto manancial de normas elaboradas.

Nos últimos anos do século XX e começo do século XXI vários estudos destacam o papel estratégico das universidades como um motor ou infraestrutura indispensável, em uma economia baseada em conhecimento e inovação. Em que esse conhecimento agrega muito valor aos bens produzidos, e apontam para a evidência de que as universidades fornecem insumo intelectual para a geração desse bem estratégico, o conhecimento incorporado na produção.

A criação de uma agência reguladora para o ensino superior com competência para regular, fomentar, supervisionar e auxiliar o setor educacional permitiria o Estado concentrar mais esforços e investimentos no ensino básico e fundamental, bem como na formação de profissionais técnicos de nível médio, alicerce para o desenvolvimento econômico. E também possibilitaria maior precisão na análise do desempenho das instituições privadas, e suas práticas que muitas vezes coloca a questão acadêmica-pedagógica em segundo plano para privilegiar a relação de consumo, na persecução do lucro. Uma agência reguladora nessa seara poderia, inclusive prevenir o mercado de situações onde a sustentabilidade econômico-financeira das instituições privadas estivessem comprometida.

No capítulo quarto, discorreremos sobre a regulação do ensino superior no contexto estrangeiro, destacando exemplificativamente os Estados Unidos, muito sucintamente alguns países da Europa, integrantes do Espaço Europeu de Ensino Superior, e mais detidamente a Espanha nosso principal parâmetro. Toda a elaboração da pesquisa está voltada para a busca de uma medida de alcance prático, a fim de melhorar a situação econômica, política e social do Brasil.

A narrativa histórica nos pareceu oportuna para mostrar como as instituições e os sistemas foram inventados e reinventados para fazer frente às demandas sociais. Há várias formas de pensarmos sobre nós mesmos, o que fazemos, o que deixamos de fazer, o que poderíamos, quem sabe até tentar fazer, uma delas é esta, procurar observar a experiência dos outros.

Os excessos do modelo de Estado Liberal e Social, que em seus exageros ideológicos, fracassaram em seus desideratos principais de bem estar geral. O modelo de Estado do bem-estar social é ultrapassado, e paralelamente é implementada a ideia de Estado instrumental onde as finalidades a serem alcançadas se sobrelevam diante dos meios utilizados, reforçando a participação direta do cidadão na formulação e execução de políticas públicas.

No que se refere à oferta, é absolutamente incontestado o vertiginoso aumento no número de vagas, cursos e instituições nas últimas décadas, inclusive em consequência dos programas de inclusão de jovens de baixa renda nas universidades, tais como o Programa Universidade para Todos-PROUNI e a facilitação de acesso ao Fundo de Financiamento Estudantil-FIES.

O ensino superior, conforme diretrizes constitucionais, é um serviço público que pode ser prestado diretamente pelo Estado ou por agentes econômicos privados, desde que observadas normas gerais da educação nacional e mediante autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público. No contexto educacional brasileiro, o ensino superior foi reconfigurado diversas vezes, o discurso da universidade brasileira é questionável. O universo das instituições de ensino superior é de profunda heterogeneidade e a generalização nesse universo é extremamente perigosa.

Então, pergunta-se: é o Estado, e somente ele, que detém a capacidade e o poder de mudar a realidade na educação? Ou, no Brasil estamos (mal) acostumados a esperar sempre que o Poder Público a solução para tudo? Obviamente, o Estado tem sua parcela de responsabilidade. Observe-se, por exemplo, a situação do estrangeiro qualificado, que precisa enfrentar uma barreira extra, a validação de diploma que é custosa e não oferece garantias. O Brasil se atrapalha na própria burocracia, exemplo disso foi o episódio que envolveu os a

importação de engenheiros russos, que com o fim da União das Repúblicas Soviéticas, procuravam novos horizontes, entretanto o excesso de burocracia fez o projeto naufragar, ou seja, o que poderia ser uma estratégia eficaz para proporcionar avanços tecnológicos e trazer inovações esbarrou na falta de habilidade política e administrativa.

Por outro lado, demonizar o Estado atribuindo-lhe integralmente a culpa por todas as mazelas da educação, não parece uma atitude justa e sensata, pois a população também tem enorme parcela de responsabilidade por essa situação desastrosa. Vivemos em uma democracia conquistada a custo da energia, do sangue, suor, e até mesmo a vida de muitos brasileiros ao longo da história. Todavia, a ignorância traduzida pela falta de conhecimento e de valorização da luta empreendida outrora para que fossemos uma verdadeiramente democrática, desvaloriza todas as conquistas sociais alcançadas. A ignorância trava o progresso.

Hannah Arendt tratando da crise da educação, afirmava que “*Embora a crise na educação possa afetar todo o mundo, é significativo o fato de encontrarmos sua forma mais extrema na América, e a razão é que, talvez, apenas na América uma crise na educação poderia se tornar realmente um fator político*”⁴⁸⁵. Também acreditava que “[...] *a crise da autoridade na educação guarda a mais estreita conexão com a crise da tradição, ou seja, com a crise de nossa atitude face ao âmbito do passado.*” Não há dúvidas de que o tratamento dado à educação necessita de neutralidade política e engajamento da sociedade, tanto da população quanto das instituições privadas, pois todos ganham com o avanço nessa área.

Ao longo do tempo o Estado acumulou as atividades de prestação de serviços públicos e ao mesmo tempo a fiscalização desses serviços, comprometendo sua função de controle. Na década de 1990 do século XX, o advento da reforma do Estado brasileiro que, entre outras mudanças, implementou o programa de privatizações (cujo ponto de partida ocorreu com o

⁴⁸⁵ ARENDT, Hannah. *A Crise na Educação. In Entre o Passado e o Futuro*. São Paulo:Editora Perspectiva..2007, pg. 223.

Plano Nacional de Desestatização⁴⁸⁶), transferindo para o setor privado, por meio de concessões, permissões e autorizações a prestação de serviços públicos.

Na realidade, a transferência para iniciativa privada das atividades até então desempenhadas exclusivamente pelo Estado contribuiu para a modernização de muitos serviços, exemplo notório é o setor de telecomunicações, que revolucionou os hábitos dos administrados, conectando o País com o restante do mundo.

Aspecto interessante de ser analisado é o fato das privatizações acarretarem o desdobramento da atuação estatal do campo empresarial para a ampliação de seu papel na regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas. O poder público abandonou seu papel de executor para figurar como elemento fiscalizador na prestação desses serviços.

Neste contexto despontam as agências reguladoras, cuja natureza jurídica é de autarquia submetida a regime jurídico especial, com o encargo de regular as relações mantidas entre a Administração Pública, as permissionários, concessionárias ou autorizatárias, e ainda os usuários dos referidos serviços.

Sebastião Botto de Barros Tojal⁴⁸⁷ atribui à inoculação da expressão do poder normativo das agências reguladoras, no ordenamento jurídico brasileiro de Direito Regulatório, posicionamento do qual discordamos, uma vez que não se trata de ramo autônomo da ciência do Direito, conforme critérios definidos por Alfredo Rocco⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ Lei 8.031, de 12 de abril de 1990, criou o Programa Nacional de Desestatização para permitir que a Administração Pública concentrasse seus esforços nas atividades em que a presença do Estado é fundamental para a consecução das prioridades nacionais. A referida Lei foi revogada pela Lei 9.491, de 09 de setembro de 1997, que deu novas diretrizes ao programa.

⁴⁸⁷ TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências Reguladoras*. In: MORAES, Alexandre de. (organizador). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002, pg. 148 e 149.

⁴⁸⁸ Alfredo Rocco em sua obra ensina que para ser considerado ramo do direito, uma disciplina precisa reunir certos requisitos, conforme já mencionamos no primeiro capítulo. ROCCO, Alfredo. *Corso di Diritto Commerciale - Parte Generale*. Padova: La Litotipo, 1921, p. 76.

Importante registrar que a função das agências não se confunde com a simples repetição de proposições formais contidas na lei. Trata-se de genuína expressão da independência atribuída aos órgãos reguladores, que devem, acima de qualquer coisa, garantir a execução dos serviços públicos pelas instituições privadas, sempre observando o princípio da moralidade, da eficiência, e ainda dentro dos limites da legalidade.

Apesar das agências reguladoras gozarem de independência, não se pode olvidar que esta independência é sempre relativa, considerando que sua atuação não está isenta do controle jurisdicional, por força do artigo 5º., XXXV⁴⁸⁹, da Constituição Federal de 1988, onde encontraremos o princípio da inafastabilidade de jurisdição.

A partir da década de 1990 o Brasil mudou sua forma de atuação na economia, tanto em função do neoliberalismo quanto em decorrência da globalização. Ao promover tal mudança, nota-se a busca por maior eficiência nos setores de prestação de serviços públicos e atividades econômicas, passando a figurar como Estado regulador, e não mais como Estado interventor, como fruto da política descentralizadora, modelo baseado no paradigma mediador e regulador.

Dessa maneira, o Brasil saiu de uma fase extremamente intervencionista para entrar no novo século com vistas a consolidar um novo modelo, o do Estado Regulador. Essa moldura traz consigo, como seus principais ícones, as agências de regulação.

O Estado delega para a iniciativa privada a execução de algumas obras e serviços que até pouco tempo eram de sua exclusiva execução. Neste novo momento, o Estado aparece como fiscalizador, e não mais como executor. Não é recente essa tomada de postura que se mostra mundial, a mudança do modelo interventor para o regulador há tempos foi recepcionado por países como Inglaterra e Estados Unidos⁴⁹⁰. Aquelas nações, que adotaram

⁴⁸⁹ Art. 5º [...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.

⁴⁹⁰COIMBRA. Márcio C. *O direito regulatório brasileiro, histórico do Direito da Regulação e as agências reguladoras*. In: Consulex: Revista Jurídica, v. 5, n. 111, pg. 36-44, ago, 2001.

um sistema regulatório como resultado da implantação de políticas liberais, acreditam nos valores da liberdade econômica e de comércio como fundamentais.

Como bem resume Márcio C. Coimbra⁴⁹¹, com a crise e falência do Estado desenvolvimentista iniciado por Getúlio Vargas no Brasil e que resiste até meados da década de 1980, surge uma nova forma de atuação do Estado, tanto no âmbito nacional, quanto no internacional. O modelo intervencionista gerou o crescimento da dívida pública, o que estrangulou o Estado, que como consequência não conseguiu mais manter o mesmo nível de investimento. Logo, com vistas a diminuir a dívida pública e fornecer algum tipo de liberdade econômica, nasce o *Estado Regulador*.

Neste contexto, não é mais o Estado que financia o desenvolvimento. A exploração dos serviços e obras, antes funções exclusivas do Poder Público passa para as mãos da iniciativa privada, e após tais reformas, ao poder estatal cabe apenas a fiscalização dos serviços concedidos.

Como afirmamos no início, o debate está apenas começando, entretanto não deve perecer, muito menos quedar-se perdido em meio ao gigantismo estatal. Eis, assim, em apertada síntese, o exame que propusemos a respeito da necessidade de adoção de um novo modelo regulatório como instrumento de melhoria da educação superior no Brasil.

Essa é a nossa posição, respeitando as posições e entendimentos em sentido contrário.

⁴⁹¹ COIMBRA, Márcio C. *O direito regulatório brasileiro, histórico do Direito da Regulação e as agências reguladoras*. In: Consulex: Revista Jurídica, v. 5, n. 111, pg. 36-44, ago, 2001.

CONCLUSIÓN

Esta investigación no tiene ni de lejos la pretensión de estar completa; sin embargo, por cuestiones formales y por el plazo necesario para presentarla y cumplir con los requisitos para obtener el título académico, se debe *suspender* los estudios que se iniciaron aquí, para que continúen en otras áreas de discusión.

No hay duda de que están en la educación superior las soluciones para, si no resolver de manera permanente los problemas económicos, políticos y sociales, mitigarlos al menos, haciendo de cualquier sociedad un lugar mejor para vivir. Pero si la educación de calidad trae innumerables beneficios y ventajas, tanto para los individuos como para la sociedad, y es el camino (quizás el único) para el desarrollo y la mejora de la calidad de vida, ¿quién está interesado en su retraso y abandono, tan evidentes en este sector, y por qué?

La respuesta no es muy clara, ni tampoco fácil de traducir. En primer lugar, el discurso común afirma que el Estado no tiene interés en que la población alcance un buen nivel educativo, lo que diseminaría conocimientos sobre derechos y, especialmente, aclaraciones sobre el papel de los políticos, y, en estas circunstancias, los que ocupan el poder ya no podrían cometer abusos y arbitrariedades sin ser repudiados por el pueblo – un pueblo ilustrado elige mejor sus representantes. No compartimos este punto de vista, ya que no es cierto que el Estado se quede completamente inerte mientras observa el trágico paisaje que forma la realidad educativa. Además, un Estado en retraso no beneficia a sus gobernantes.

Tampoco es cierto, como creen otros, que la sociedad civil brasileña no asuma esfuerzos para impulsar la educación a niveles menos desalentadores, y que espere que vengan sólo del poder público las acciones positivas. El pueblo brasileño – históricamente habituado con un Estado asistencialista en resultado de ideologías partidarias – no lucha en su propio favor, limitándose a hacer críticas y depositar en el Poder Público toda la responsabilidad por la mala calidad de los servicios públicos. En realidad, hay admirables movimientos y iniciativas de la sociedad civil, y por suerte hay grandes profesionales en los campos de la Educación, el Derecho y la Gestión, tanto en el sector público como en el privado, comprometidos con proyectos relacionados a este tema, y que consideran el trabajo educativo como una causa. El gran problema es la falta de voluntad política combinada con la

falta de unidad de las fuerzas que están aisladas y que, sin embargo, en conjunto podrían conducir a resultados más eficaces, a la alineación de discursos y especialmente a la coherencia entre el discurso y la práctica.

Por lo tanto, la resolución de esta ecuación no es fácil de alcanzar y requiere un análisis que vaya más allá de la cuestión estrictamente judicial, tocando a las ciencias sociales y políticas. El debate implica el uso de métodos multidisciplinarios y comparativos para que se pueda tratar de entender su complejidad. La educación responde a intereses políticos e ideológicos, pero por otro lado el derecho positivo nacional reconoce la libertad de enseñanza, bajo el control de un Estado intervencionista, que controla el sistema educativo mediante actos administrativos reglamentarios. Así que, con respecto a esta esfera, y a causa del poder de policía, no hay libertad completa de la actividad económica, aunque la educación superior se lleva a cabo en gran parte por el sector privado.

En este breve análisis, creemos que la educación superior tiene gran importancia en el contexto social, y debe recibir mayor atención tanto de la sociedad como del gobierno, ya que necesita urgentemente de reformulaciones – sobre todo porque es la puerta de entrada a la consecución de los objetivos expresados en el Artículo 3 de la Constitución Federal de 1988, que incluyen la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria. Todo el mundo puede colaborar, haciendo esfuerzos para eso, aunque no sea una tarea fácil y mucho menos rápida. Sin embargo, se muestra urgente para que los resultados sean disfrutados con la mayor brevedad.

Es posible reconciliar la teoría y la práctica, de una manera que se traduzca en proyectos concretos. La investigación sí debe seguir la dirección del mercado y asumir el papel, esencial en muchos casos, de promover nuevas soluciones. No hay medio termo en este proceso, y fue precisamente esta motivación que nos ha llevado a bucear en busca de posibles alternativas para la regulación de la educación superior.

Nuestra contribución es muy sencilla, pero de alguna manera tratamos de hacer nuestra parte, como en la parábola de la golondrina que intentaba, sola, apagar el fuego en el bosque tomando una gota de agua del río con su pico. El águila, burlándose de su actitud

ingenua, le preguntó si creía que iba a apagar el fuego así; y la golondrina respondió tranquilamente: *Sé que mi actitud no impedirá la devastación causada por el fuego, pero por lo menos estoy haciendo mi parte.*

Esta tesis está estructurada de la siguiente manera:

En el primer capítulo hemos tratado de poner de relieve la importancia del método comparativo aplicado a la ciencia del Derecho como herramienta identificadora de experiencias que han tenido éxito o no – en este último caso, para que no sean replicadas. La importancia de la expansión de los estudios de Derecho Comparado en general, y en particular de Derecho Administrativo Comparado, nos lleva a realidades distintas o similares, aumentando el espectro analítico del jurista.

En el capítulo segundo, buscamos resaltar los matices que llevaron al gobierno brasileño adoptar la *descentralización administrativa* como una manera de hacer los servicios públicos más eficientes. Hablamos sobre el desarrollo histórico del instituto de una manera didácticamente elaborada. Brasil es un país de proporciones gigantescas, así que es imposible gestionarlo de forma centralizada. Ya en la primera República, tomándose en cuenta su extensa dimensión, se ha optado por el sistema federativo, en el cual la autonomía administrativa y política se distribuye entre las entidades federadas con el fin de obtener una mayor agilidad a las funciones público-administrativas. Reconociendo justamente la inmensidad del territorio, rápidamente se descartó la adopción de un Estado unitario, que era la forma que había sido adoptada por los países del continente europeo de menor extensión territorial.

En el tercer capítulo, adentramos el análisis de la regulación de la educación superior en Brasil. Señalamos la legislación correspondiente, los actos administrativos que autorizan el funcionamiento de las instituciones y cursos de grado, el procedimiento administrativo relacionado con la materia, y la importancia de adoptar un nuevo modelo, que proponga incluso la traducción del modelo español y su metodología en parámetros que puedan servir de matriz para la reformulación del modelo reglamentario brasileño.

En Brasil el Ministerio de Educación (MEC) es la agencia estatal competente de la regulación de esta actividad. Es responsable del control normativo del sistema, de la financiación de las instituciones federales de educación superior, así como de su supervisión y evaluación, de la misma manera que de las instituciones de educación superior privadas. El control se ejerce a través de una gran cantidad de normas elaboradas.

En los últimos años del siglo XX y principios del siglo XXI, varios estudios ponen de relieve el papel estratégico de las universidades como un motor o una infraestructura esencial, en una economía basada en el conocimiento y la innovación. Y en la cual este conocimiento añade valor a los bienes producidos, lo que apunta a la evidencia de que las universidades ofrecen aporte intelectual para la generación de este activo estratégico: el conocimiento incorporado en la producción.

La creación de una agencia reguladora para la educación superior con competencias para reglamentar, promover, supervisar y ayudar al sector de la educación permitiría al Estado concentrar más esfuerzos e inversiones en la educación básica y en la formación de profesionales técnicos de nivel medio, lo cual es la base para el desarrollo económico. Además, permitiría un análisis más preciso del desempeño de las instituciones privadas, y sus prácticas que, a menudo, relevan el aspecto académico y pedagógico para el segundo plano, para centrarse en el consumo y en la perspectiva de ganancias. Una agencia reguladora actuando sobre ese campo podría incluso prevenir en el mercado las situaciones en que la sostenibilidad económica y financiera de las instituciones privadas estuviera comprometida.

En el cuarto capítulo, hablamos sobre la regulación de la educación superior en contextos extranjeros, subrayando como ejemplos los Estados Unidos; muy sucintamente algunos países de Europa, miembros del Espacio Europeo de Educación Superior; y más estrechamente España, nuestro principal parámetro. Todo el desarrollo de la investigación se centra en la búsqueda de una medida práctica, con el fin de mejorar la situación económica, política y social en Brasil.

La narrativa histórica nos pareció oportuna para mostrar cómo las instituciones y los sistemas fueron inventados y reinventados para hacer frente a las demandas sociales. Hay

varias formas de pensar acerca de nosotros mismos, qué hacemos, qué dejamos de hacer, qué podríamos quizá hacer; una de las formas es observar la experiencia ajena.

Los excesos del modelo de Estado liberal y social que, en sus exageraciones ideológicas, fracasó en sus objetivos principales de bienestar general. El modelo de estado de bienestar social se encuentra superado y, de forma paralela, se implementa la idea de Estado instrumental, donde las metas que deben alcanzarse se destacan de los medios utilizados, fortaleciendo la participación directa de los ciudadanos en la formulación y aplicación de políticas públicas.

En el que toca la oferta, un fenómeno absolutamente innegable es el fuerte aumento en el número de vacantes, cursos e instituciones en las últimas décadas, también como resultado de programas para la inclusión jóvenes de bajos ingresos en las universidades, como el Programa Universidad para Todos – PROUNI y la simplificación del acceso al Fondo de Financiación para Estudiantes – FIES.

La educación superior, de acuerdo con directrices constitucionales, es un servicio público que puede ser proporcionado sea directamente por el Estado, sea por agentes económicos privados, desde que respetadas las reglas generales de la educación nacional, y con autorización y evaluación de la calidad por el Poder Público. En el contexto educativo brasileño, la educación superior se ha configurado de nuevo varias veces. El discurso de la universidad brasileña es cuestionable. El universo de las instituciones de educación superior es profundamente heterogéneo, y la generalización en este universo es extremadamente peligrosa.

Uno, entonces, se pregunta: ¿es el Estado, y sólo el, lo que tiene la capacidad y el poder de cambiar la realidad en la educación? O en Brasil estamos (mal) acostumbrados a esperar cada vez que el Gobierno le dé la solución a todo? Obviamente, el Estado sostiene su parte de responsabilidad. Téngase en cuenta, por ejemplo, la situación del individuo extranjero cualificado, que debe enfrentarse a una barrera adicional, el proceso de validación del título, que es costoso y no ofrece garantías. Brasil se confunde en su propia burocracia. Un ejemplo es el episodio que implicó la importación de ingenieros rusos, que, con el fin de la

Unión de Repúblicas Soviéticas, buscaban nuevos horizontes; sin embargo, la burocracia excesiva hizo el proyecto naufragar. Es decir, lo que podría ser una estrategia eficaz para proporcionar avances tecnológicos y traer innovaciones fu obstaculizado por la falta de habilidad política y administrativa.

Por otra parte, demonizar el Estado atribuyéndole la culpa completa de todos los males de la educación, no parece un enfoque justo y sensato, debido a que la población también sostiene gran parte de la responsabilidad en esta situación desastrosa. Vivimos en una democracia conquistada a costa de la energía, la sangre, el sudor y aun la vida de muchos brasileños a lo largo de la historia. Sin embargo, la ignorancia, traducida por la falta de conocimiento y de apreciación de la lucha emprendida una vez para que fuéramos una sociedad verdaderamente democrática, devalúa todos los logros sociales. La ignorancia bloquea el progreso.

Hannah Arendt, hablando sobre la crisis en la educación, afirmó que *Aunque la crisis en la educación pueda afectar a todo el mundo, es significativo que encontramos su forma más extrema en América, y la razón es que tal vez sólo en América una crisis en la educación realmente podría convertirse en un factor político*⁴⁹². Además, creía que “[...] la crisis de autoridad en la educación guarda la más estrecha conexión con la crisis de la tradición, es decir, con la crisis de nuestra actitud hacia el alcance del pasado”. No hay dudas de que el tratamiento dado a la educación requiere la neutralidad política y el compromiso de la sociedad, tanto de la población, cuanto de las instituciones privadas, porque todos ganan con el progreso en esta área.

A lo largo del tiempo, el Estado ha acumulado, al mismo tiempo, las actividades de oferta y supervisión de servicios públicos, comprometiendo su función de control. En la década de 1990, el advenimiento de la reforma del Estado brasileño, que, entre otros cambios, implementó el programa de privatizaciones (cuyo punto de partida fue el Plan Nacional de

492 ARENDT, Hannah. “A Crise na Educação”. *Entre o Passado e o Futuro*. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 223.

Privatización)⁴⁹³, transfiriendo al sector privado, mediante concesiones, permisos y autorizaciones para prestar servicios públicos.

En realidad, la transferencia a la iniciativa privada de actividades que antes realizaba exclusivamente el Estado contribuyó a la modernización de muchos servicios. Ejemplo notorio es el sector de las telecomunicaciones, que revolucionó los hábitos de los ciudadanos, conectando el país con el resto del mundo.

Un aspecto interesante para analizar es el hecho de que la privatización implica el despliegue de la acción del Estado, del campo de los negocios para la expansión de su papel en la regulación y supervisión de los servicios públicos y las actividades económicas. El poder público abandonó su papel de ejecutor para tornarse un elemento de supervisión en la prestación de tales servicios.

En este contexto surgen las agencias reguladoras, legalmente constituidas como autarquías, sujetas a régimen jurídico especial, encargadas de reglamentar las relaciones entre la Administración Pública, los licenciatarios, concesionarios o autorizados, y los usuarios de los servicios.

Sebastião Botto de Barros Tojal⁴⁹⁴ asigna a la inoculación de la expresión del poder normativo de los organismos reguladores, en el sistema legal brasileño de Derecho Reglamentario, un posicionamiento con lo cual no estamos de acuerdo, ya que no se trata de un campo autónomo dentro de la ciencia del Derecho, según los criterios definidos por Alfredo Rocco⁴⁹⁵.

493 La ley 8.031 de 12 de abril de 1990 creó el Programa Nacional de Privatización (*Plano Nacional de Desestatização*) para permitir que la Administración Pública concentrara sus esfuerzos en las actividades en que la presencia del Estado es fundamental para la consecución de las prioridades nacionales. Dicha ley fue revocada por la ley 9.491 de 9 de septiembre de 1997, que dio nuevas directrices al programa.

494 TOJAL, Sebastião Botto de Barros. “Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências Reguladoras”. MORAES, Alexandre de (org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 148-149.

495 Alfredo Rocco en su obra enseña que, para ser considerado como un campo en el Derecho, una disciplina necesita reunir determinados requisitos, como ya mencionamos en el primer capítulo. ROCCO, Alfredo. *Corso di Diritto Commerciale – Parte Generale*. Padua: La Litotipo, 1921, p. 76.

Es importante señalar que no se debe confundir la función de estos organismos con la simple repetición de las proposiciones formales contenidas en la ley. Esta es una expresión genuina de la independencia atribuida a los organismos reguladores, que deben, sobre todo, asegurar la implementación de los servicios públicos por parte de las instituciones privadas, siempre respetando el principio de moralidad y el de la eficacia, y dentro de los límites de la legalidad.

A pesar de que las agencias reguladoras disfrutaban de independencia, no se puede olvidar que esta independencia es siempre relativa, considerando que su actuación no está exenta del control jurisdiccional, en virtud del Artículo 5º, XXXV⁴⁹⁶, de la Constitución Federal de 1988, donde encontraremos el principio de la inapartabilidad de la jurisdicción.

A partir de la década de 1990, Brasil ha cambiado su forma de actuación en la economía, tanto en función del neoliberalismo como en consecuencia de la globalización. Al promover tal cambio, se nota la búsqueda por una mayor eficiencia en los sectores de prestación de servicios públicos y actividades económicas, presentándose como Estado regulador, y no más como Estado interventor, como resultado de la política descentralizadora, modelo basado en el paradigma mediador y regulador.

De esta manera, Brasil salió de una fase extremadamente intervencionista para entrar en el nuevo siglo con la intención de consolidar un nuevo modelo, el del Estado Regulador. Este marco trae consigo, como sus principales iconos, las agencias de regulación.

El Estado delega a la iniciativa privada la ejecución de algunas obras y servicios que hasta hace poco eran de su exclusiva ejecución. En este nuevo momento, el Estado aparece como fiscalizador, y no más como ejecutor. No es reciente esta toma de postura que se muestra mundial; el cambio del modelo interventor para el regulador hace tiempo ha sido recibido por países como Inglaterra y Estados Unidos⁴⁹⁷. Las naciones que adoptaron un

496 Artículo 5º: “[...] XXXV – A lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”.

497 COIMBRA, Márcio C. O direito regulatório brasileiro, histórico do Direito da Regulação e as agências reguladoras. *Consulex: Revista Jurídica*, v.5, n.111, p. 36-44, ago./2001.

sistema reglamentario como resultado de la implantación de políticas liberales creen en los valores de la libertad económica y de comercio como fundamentales.

Como lo resume bien Márcio C. Coimbra⁴⁹⁸, con la crisis y la quiebra del Estado desarrollista iniciado por Getúlio Vargas en Brasil y que resiste hasta mediados de la década de 1980, surge una nueva forma de actuación del Estado, tanto en el ámbito nacional, como en el internacional. El modelo intervencionista generó el crecimiento de la deuda pública, que estranguló al Estado, que como consecuencia no logró mantener el mismo nivel de inversión. Así que, con miras a disminuir la deuda pública y proporcionar algún tipo de libertad económica, nace el *Estado Regulador*.

En este contexto, ya no es el Estado quién financia el desarrollo. La explotación de los servicios y obras, antes función exclusiva del Poder Público, pasa a las manos de la iniciativa privada y, tras dichas reformas, corresponde al poder estatal solo la fiscalización de los servicios concedidos.

Como afirmamos al principio, el debate está apenas empezando, y todavía no debe perecer, mucho menos quedarse perdido en medio del gigantismo estatal. Este es, en resumen, el examen que hemos propuesto acerca de la necesidad de adoptar un nuevo modelo reglamentario como instrumento de mejora de la educación superior en Brasil.

Esta es nuestra posición, respetando las posiciones y entendimientos en sentido contrario.

498 COIMBRA, Márcio C. O direito regulatório brasileiro, histórico do Direito da Regulação e as agências reguladoras. *Consulex: Revista Jurídica*, v.5, n.111, p. 36-44, ago./2001.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ACEMOGLU, Daron. ROBINSON, James. *Porque as nações fracassam*. Tradução de Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartien Latin, 2015.
- ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado*. Elementos. Tradução de Sérgio José Porto. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabri Editor, 1980.
- ARENDDT, Hannah. *A Crise na Educação*. In *Entre o Passado e o Futuro*. São Paulo: Editora Perspectiva, 2007.
- ARAÚJO, Edmir Netto. *O direito comparado nos cursos de pós-graduação*. In *Estudos de direito constitucional-Estudos em Homenagem à Prof. Mônica Herman Salem Caggiano*. CAGGIANO, Álvaro Theodor H. S.; TORRES, Vivian de Almeida Gregori (orgs.). São Paulo: Editora IELD, 2014.
- _____. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.
- _____. *Convalidação do ato administrativo*. São Paulo: LTr, 1999.
- ATALIBA, José Geraldo. *Fundação pública*. Revista dos Tribunais - RT 478/43.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 28. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010.
- _____. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- _____. *Personalidade de direito público*. Revista de Direito Público - RDP 01,15/142 - Jul/Set - 67.
- BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, ordem econômica e agências reguladoras*. In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, no. 1, fevereiro, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br> . Acesso em: 17 dez 2016.
- _____. *Apontamentos sobre as agências reguladoras*. In: MORAES, Alexandre de (org.). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. In: Revista da Escola Nacional da Magistratura. Ano I, n. 02, outubro de 2006, Brasília: Escola

Nacional da Magistratura – ENM, p. 26. In: MARANHÃO, Ney Stany Morais. O Fenômeno Pós-Positivista: Considerações Gerais. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/sites/1200/1223/00001573.pdf>>. Acesso em: 17 dez 2016.

_____. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro* (pós-Modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Francisco Alves, 1936.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo*, 5. ed São Paulo: Malheiros, 2017.

BINENJOM, Gustavo. *As agências reguladoras e o estatuto jurídico de seus dirigentes – Controvérsias constitucionais e procedimentos possíveis*. In: Livro de teses XXV Congresso Nacional dos Procuradores do Estado, realizado em outubro de 1999 em Alagoas- Brasil.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Tradução: Carlos Nelson Coutinho, Ed. campus-Elsevier, São Paulo, 2004.

_____. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1996.

_____. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Colégio Pedro II. Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.cp2.g12.br>. Acesso em 30 de abr. 2017.

BRASIL. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior- CAPES. Brasília. Disponível em: <http://www.capes.gov.br/historia-e-missao>. Acesso em 17 abr. 2017.

_____. Instituto Benjamin Constant-IBC. Rio de Janeiro. Disponível em <http://ibcserver0c.abc.gov.br>. Acesso em 30 de abr. 2017.

_____. Instituto Nacional de Educação de Surdos-INES. Rio de Janeiro. Disponível em <http://www.ines.gov.br>. Acesso em 30 de abr. 2017.

_____. Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares-EBSERH. Brasília. Disponível em <http://www.ebserh.gov.br/web/portal-ebserh/historia>. Acesso em 30 abr. 2017.

_____. Fundação Joaquim Nabuco-FUNDAJ. Recife. Disponível em <http://www.fundaj.gov.br>. Acesso em 30 de abr. 2017.

_____. IBGE – Comissão de Classificação. Estrutura e natureza jurídica das fundações municipais. Disponível in <http://concla.ibge.gov.br/estrutura/natjur->

estrutura/natureza-juridica-2016/127-9-fundacao-publica-de-direito-privado-municipal.html. Acesso em 22 fev 2017.

_____. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais. Anísio Teixeira. Ministério da Educação-INEP. Brasília. Disponível em: <<http://www.enem.inep.gov.br/>>. Acesso em 17 abr. 2017.

_____. Ministério da Educação (MEC). Brasília. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/par/455-governo-1745665505/ogaos-vinculados-627285149/20519-fnde-fundo-nacional-de-desenvolvimento-da-educacao>. Acesso em 17 abr. 2017.

_____. Ministério da Educação (MEC). Brasília, MEC/SEF. Disponível em <http://portal.mec.gov.br>. Acesso em 17 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). ADI 1.642, Ministro Relator Eros Roberto Grau. Julgado em 3 de abril de 2008, Publicado *DJE* de 19-9-2008. Brasília. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=11>. Acesso em 30 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). ADI 1.949. Ministro Relator José Antônio Dias Toffoli, julgado em 17-9-2014, Publicado *DJE* de 14-11-2014. <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=11>. Acesso em 30 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Especial nº 191-RS**. Ministra relatora Carmen Lúcia Antunes Rocha. Plenário. Brasília. Publicado DJ 07 de março de 2008. Disponível *in* <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em 27 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). ADI-MC 2213 DF. Ministro Relator: MELLO, Celso de. Publicação DJ 23-04-2004 PP-00007 EMENTA - VOL-02148-02 PP-00296. Disponível na internet em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/774884/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-2213-df>. Acesso em 15 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). Acórdão no Recurso em Mandado de segurança n.20/DF. Ministro Relator: GRAU, Eros. Publicado DJ 01-07-2005 PP-00056 EMENTA VOL-02198-02 PP-00222 RDDP n. 31, 2005, p. 237-238 LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 167-183 RTJ VOL-00195-01 PP-00064. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/766532/recurso-em-mandado-de-seguranca-rms-24699-df>. Acesso em 16 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de segurança nº 19.291. Publicado DJ 02/02/2006, Relator Ministro: FISCHER, Félix. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/...em...de...rms.../inteiro-teor-12864562>. Acesso em 16 fev. 2017.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 15 jan. 2017.

_____. AGERSA-Agência Municipal de Regulação dos Serviços Públicos Delegados de *Cachoeiro de Itapemirim*. Disponível em <http://www.agersa.es.gov.br/>. Acesso em 15 jan. 2017.

BRUNA, Sérgio Varella. *Agências reguladoras – Poder normativo, consulta pública e revisão judicial*. São Paulo:Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1970.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. *A Educação*. Direito fundamental. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco; RIGHETTI, Sabine Righetti. (Org.). *Direito à Educação. Aspectos Constitucionais*. São Paulo: Programa UNITWIN/ Cátedra UNESCO/ Edusp, 2009, v. , p. 19-38.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Legislação informatizada. Disponível in: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-6016-22-novembro-1943-416115-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 28 fev. 2017

CAMPOS. Juliana Cristine Diniz. CORREIA. Theresa Rachel Couto. *A educação para a paz e para os direitos humanos: contribuições internacionais à compreensão do direito à educação na ordem constitucional brasileira*. Disponível em http://www.dhnet.org.br/educar/textos/campos_paz_dh_edh.pdf. Acesso em 17 mai 2015.

CÁSTAN TOBEÑAS, J. *Los sistemas jurídicos contemporâneos del mundo occidental*, 1. ed. Madrid, 1956.

CAPELLE, Jean. *Educación Y Política*, Paideia Biblioteca práctica de pedagogia, psicología y psicopatología de la infancia. Editorial Planeta Barcelona. Título De La Edición Original Francesa “Education Et Politique”. Primeira edición 1.977

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo-* 25. ed. Revista, ampliada e atualizada até a Lei 12.587, de 3.1.2012. São Paulo: Ed. Atlas, 2012.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino. *Teoria e prática do direito comparado e desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, UNIGRANRIO, IBRADD, 2002.

CAVALCANTI FILHO, João Trindade. *Processo administrativo-Lei 9.784/1999*. Salvador: Editora Juspodium, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *Educação, Estado e Poder*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

COIMBRA, Márcio C. *O direito regulatório brasileiro, histórico do direito da regulação e as agências reguladoras*. In: Consulex: Revista Jurídica, v. 5, n. 111, pg. 36-44, ago 2001.

CONVENÇÃO DE RECONHECIMENTO DAS QUALIFICAÇÕES RELATIVAS AO ENSINO SUPERIOR NA REGIÃO EUROPEIA – convenção de Lisboa. Disponível em <http://www.dges.mctes.pt/DGES/pt/Reconhecimento/NARICENIC/Reconhecimento+Acad%C3Lisboa/>, acesso em 10 mai. 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. *Introducción au droit compare*. Tome 1. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972.

COTRIN NETO, Alberto Bittencourt. *Da necessidade de um código de processo administrativo*. Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro, nº 15, pg. 36-58, 1994.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. Disponível em <http://www.boe.es/legislacion>. Acesso em 09 jul 2015.

CRETELLA Jr. José. *Tratado de direito administrativo*. Teoria do Ato Administrativo, Vol. II, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.

_____. José. *Direito administrativo comparado-de acordo com a Constituição de 1988*, 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1992.

_____. José. *Droit administratif comparé*. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, José Bushatsky Editor, 1973.

CRETELLA Jr., José. *O "Desvio de Poder" na Administração Pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CRETELLA NETO, José. *Empresa transnacional e direito internacional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

_____. José. *Teoria geral das organizações internacionais*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Processo administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DANTAS, Ivo. *Novo direito constitucional comparado – Introdução, Teoria e Metodologia*. 3. Ed. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. *O Direito inglês*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 2003.

DEMO, Pedro. *Praticar ciência: metodologia do conhecimento científico*. São Paulo: Saraiva, 2011.

DERRIDA, Jacques. *A Universidade sem condição*. Tradução de Evandro Nascimento. São Paulo: Estação Liberdade, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. *Fundações públicas*. Boletim de Direito Administrativo-BDA 11/674. 1988.

_____. *Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa*. Revista de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, fevereiro/março/abril de 2007. Disponível em www.direitodoestado.com.br/redae.asp. Acesso em 10 out. 2016.

DUGUIT, Léon. *Manuel de droit constitutionnel (théorie générale de l'État-Organisation politique)*, Paris: Albert Fontemoing, Éditeur, ancienne Librairie Thorien et Fils, 1907.

EATON, Judith S. *Consejo de Acreditación de La Educación Superior, La Acreditación y El Reconocimiento en Estados Unidos*. In: *La Educación Superior en el Mundo 2007: Acreditación para la Garantía de la Calidad: ¿Qué está en Juego?* Barcelona: Ediciones MundiPrensa, 2006. Anais GUNI – 2006.

EBERLE, J. Edward. *The method and role of comparative law*. Washington University Global Studies Law Review. Volume 8, number 3, 2009.

FACCHINI NETO, Eugênio; HAEBERLIN, Martín P. *O “estilo” jurídico alemão – breves considerações sobre alguns dos seus fatores determinantes*. Revista da AJURIS – v. 41 – n. 133 – Março 2014. Disponível em <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/227/163>. Acesso em 28 abr. 2017.

FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Atualizada por Gustavo Binbenbim. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.

FERRAZ, Tércio Sampaio. *Introdução do Estudo do Direito – Técnica, Decisão e Dominação*, 2. ed., São Paulo:Atlas, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Direito à probidade administrativa*. A lei da ficha limpa: Um lento e bom caminho, mas ainda insuficiente. Uma análise comparada – Brasil-Colômbia. In *Direito e administração pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. Org.: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. São Paulo: Ed. Atlas, 2013, pg. 1049-1080.

FUENTES, Gastón J. Enríquez. *Estudio introductorio: La circulación de modelos y el derecho constitucional comparado*. In: MAILLARD, Jose L. Prado; BURRIEZA, Ángela Figueruelo; FUENTES, Gastón J.E.; TORRES, Michel Núñez (orgs.) *El Control Político en el Derecho Comparado*, Granda:Editorial Comares, 2010, pg. XIX.

FLORES, Alfredo de J. *O estudo de casos na perspectiva da metodologia jurídico-filosófica*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 4, nº 3, 2009, pg. 9. Disponível em <http://dx.doi.org/10.5902/198136947036>. Acesso em 12 jun de 2016.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 222: 97-116, out./dez. 2000. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/48940/47550>. Acesso em 10 jan. 2017.

FREIRE, Gilberto. *Ordem e progresso*. São Paulo: Global Editora, 2004.

GABRIEL, Ivana Mussi. *Poder regulamentar no sistema jurídico brasileiro*. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2199, 9 jul. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13119>>. Acesso em: 1 abr de 2017.

GAMBARO, Antonio; SACCO. *Tratato de diritto comparato - Sistemi giuridici comparati*. Turin, 2009.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

GOMES, Magno. *Atos autorizativos das instituições de ensino superior: procedimentos administrativos*. RBPAE-v.24, n.2,p. 291-315, mai./ago. 2008. Disponível em: Acesso em 12 de dez. 2016.

GONZALES, Jorge Crespo. ALBALADEJO Gema Pastor. Coordinadores. *Administraciones Públicas Españolas*. Madrid- Espanha: McGraw Hill, 2002.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 4. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1997. t. 1.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de derecho administrativo*. v. 1. 14. ed., Editorial Aranzadi AS, Navarra, 2008.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. Atualizada por Fabrício Motta, 17. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

GEIGER, R.L.; HELLER, D.E. *Financial trends in higher education: the United States*. Philadelphia: Pennsylvania State University; Center for the Study of Higher Education, 2011.

GLOBAL UNIVERSITY NETWORK FOR INNOVATION. *La educación superior en el mundo 2007 – Acreditación para la garantía de la calidad: Que está em juego?* Ediciones Mundi-Prensa: Madrid-Barcelona-México, 2006.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *Derecho administrativo em Iberoamérica*. 2.ed. Instituto Nacional de Administración Pública-INAP. Madrid, 2012.

GOVERNO, Escola de. *Os direitos humanos na declaração universal de 1948 e na constituição brasileira em vigor*. Disponível em <http://www.escoladegoverno.org.br/artigos/115-direitos-humanos-declarados-1948>, acesso em 09 mai de 2015.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *As Agências reguladoras*. Revista Eletrônica de Direito administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, mai/jun/jul de 2006. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 17 jan 2017.

GUIA DEL ESPACIO EUROPEO DE EDUCACIÓN SUPERIOR. DIRECCION GENERAL DE COOPERACIÓN COM EL ESTADO Y ASSUNTOS EUROPEOS. Consejería de Presidência. Comunidad de Madrid.

HAURIUO, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. 11. ed. Paris: Société Anonyme du Recueil Sirey, 1927.

HÖFLING, Eloisa de Mattos. *Estado e políticas (Públicas) Sociais*. Cadernos Cedes, ano XXI, nº 55. Campinas, 2001. Disponível em www.scielo.br. Acesso em 30 mar. 2015.

LA EDUCACIÓN SUPERIOR EN EL MUNDO 2007. ACREDITACIÓN PARA LA GARANTIA DE LA CALIDAD - QUÉ ESTÁ EM JUEGO? Global University Network for Innovation. Ediciones Mundi-Prensa, Madrid, /barcelon, México, 2006.

HOUELLEBECQ, Michel. *Submissão*. Tradução de Rosa Freire d'Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2015.

JAEGER, Werner. *Paidéia – A formação do homem grego*. Tradução de Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das Agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LAUBADÉRE, André de. *Traité élémentaire de droit administratif*. 6. Ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1963.

LEAL, Victor Nunes. "Poder Discricionário e Ação Arbitrária da Administração". in: *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960: 278-294.

LEVINE, David O. *The American College and the culture of aspiration, 1915-1940*. Ithaca: Cornell University Press, 1986.

LIRA NETO. *Getúlio 1930-1945 – Do governo provisório à ditadura do Estado Novo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração pública*. TOMO II. 11. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MARRARA, Thiago. *Direito administrativo e novas tecnologias*. Revista de Direito Administrativo. vol. 256. Pg. 241. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jan.-abr. 2011.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MANNHEIMER, Sergio Nelson. *Agências estaduais reguladoras de serviços públicos*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 94, nº 343 jul./set. 1998.

McLUHAN, Marshall; FIORE, Q. *The medium is the message*. New York: Bantam, 1967.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 16. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

MEDEIROS, Orione Dantas. *Direito constitucional comparado – Breves aspectos epistemológicos*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 47 n. 188 out/dez 2010. pg. 316. Disponível em www.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198727/000901857.pdf. Acesso em 06 fev. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed. atual. por Eurico Andrade Azevedo, Décio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Ed., 2011.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil*, São Paulo:Quartier latin, 2015.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo I, § 107, nº 7, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de La Brede e de. *Do espírito das leis*. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Agências reguladoras*. In: MORAES, Alexandre de. (org.). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito constitucional*, 14. ed São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Reginaldo C. *Educação superior nos Estados Unidos – história e estrutura*. São Paulo: Editora UNESP, 2015.

MOREIRA. Egon Bockmann. *Processo administrativo*, 5. ed São Paulo: Malheiros, 2017.

MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. São Paulo: Renovar, 2003.

_____. *Agência nacional de vigilância sanitária: natureza jurídica, competência normativa, limites de atuação*. Revista de Direito Administrativo - RDA Rio de Janeiro 215: 71-83 jan/mar 1999.

MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense,1989.

MORO, Sérgio Fernando. *Autonomia do crime de lavagem e prova indiciária*. Revista CEJ, Brasília, Ano XII, n. 41, p. 11-14, abr./jun. 2008.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NOHARA, Irene Patricia. *Direito administrativo*. São Paulo: Editora Atlas. 2011.

_____. *Reforma administrativa e burocracia*. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

_____. MARRARA, Thiago. *Processo administrativo - lei 9.784/99 comentada*. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*, 6. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

OLSEN, K. *The G.I. Bill, the veterans, and the colleges*. Lexington, The University Press of Kentucky, 1974.

PEGORARO, Lúcio. *El método em ele derecho constitucional: la perspectiva desde el derecho comparado*. Revista de Estudios Políticos: Nueva época, v. 12, pg. 9-26, 2001. Trimestral. Disponível em <http://www.cepc.gob.es/gl/publicaci%C3%B3ns/revistas/revistas-electronicas?IDR=3&IDN=269&IDA=17356>. Acesso em 06 fev 2016.

_____. RINELLA, Ângelo. *Introducción al derecho público comparado-metodología de investigación*. Traducción: César Astudillo. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra:Almedina, 1996.

PIOVESAN, Flávia. *Cidadania global é possível?* In PINSKY, Jaime. Práticas de cidadania. São Paulo: Contexto, 2004.

PROCESSO DE BOLONHA: Estabelecimento do Espaço Europeu do Ensino Superior. Disponível in http://europa.eu/legislation_summaries/education_training_youth/ acesso em 10 de mai 2015.

RANIERI, Nina Beatriz. *Educação superior, Direito e Estado*. Na lei de diretrizes e bases (Lei nº 9.394/96). São Paulo: Editora Universidade de São Paulo- Fapesp, 2000.

REALE, Miguel. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

_____. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5. ed. 8. tiragem, São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. Tradução de José Cretella Jr., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

ROCCO, Alfredo. *Corso di Diritto Commerciale - Parte Generale*. Padova: La Litotipo, 1921.

RODRIGUES. Davi. Declaração de Salamanca: 20 anos pela educação para todos. Disponível in <http://www.publico.pt/sociedade/noticia/declaracao-de-salamanca-20-anos-pela-educacao-para-todos-1638729>. Acesso em 10 mai de 2015.

RODRIGUEZ, Andrés Betancor. *El Acto Ejecutivo-Origen y Formación de uma categoria central del Derecho Administrativo*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1992

ROMANELLI, Otaíza de Oliveira. *História da educação no Brasil 1930-73*. 6 . ed., Petrópolis, Vozes, 1978.

ROZAS, Luiza Barros. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariade administrativa*. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1123, 29 jul. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8715>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

ROSSI, João Luis, MARQUES, Rafael de Sá. *Investimento estrangeiro direto: Experiência Chinesa e Sugestão para o Brasil*: in BRASIL CHINA – Comércio, Direito e Economia,. Organizadores: FURLAN, Fernando de Magalhães; FELSBURG Thomas Benes. São Paulo: Lex Editora S.A., 2011.

SANTOS, Tomás J. Aliste. *Sistema common law*. Ratio Legis Libreria Juridica. UNIR – Universidad Internacional de la Rioja, Salamanca-Espanha, 2014

SANYAL, Bikas C; MARTIN, Michaela. *Garantía de La Calidad y el Papel de la Acreditación: una visión global*. In: *La Educación Superior en el Mundo 2007: Acreditación para la Garantía de la Calidad: ¿Qué está en Juego?* Barcelona: Ediciones Mundi-Prensa, 2006. Anais GUNI – 2006.

SCHWARCZ. Lilia Moritz; STARLIN, Heloisa Murgel. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Ed., 1998.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law – Introdução ao direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. *A importância do procedimento administrativo*. Revista de direito Público, São Paulo, ano XXIX, nº 84, pg. 64-80, out/dez.1987.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às agências reguladoras*, in: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUTHERLAND, Edwin H.; LEMOS, Clécio (Trad.). *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia- Revan, 2015.

TELLO, Pilar Jimenez. *Auditoria universitaria y calidad, La evaluacion como conquista social ante la competencia universitaria global*. VDM Verlag Dr. Müller Aktiengesellschaft & Co. KG,. 2009.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras*. In: MORAES, Alexandre de. (org.). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

TOCQUEVILLE, Alex de. *A democracia na América*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

TORRES, Vivian de Almeida Gregori. A Convenção da Unesco Contra a Discriminação no Ensino, a Constituição brasileira e as políticas públicas inclusivas. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco; RIGHETTI, Sabine. (Org.). *Direito à educação: igualdade e discriminação no ensino*. 1ed. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 2010, v., p. 181-210.

TURPIN, Dominique. *Contentieux administratif*. 5. édition, Paris: Hachette Supérieur, 2010.

TRENTIN, Silvio. *L'atto amministrativo (contributi allo studio della manifestazione de volontà della pubblica amministrazione)*, Roma, Athenaeum Società Editrice Romana, 1915.

UNESCO. Recommendation concerning education for international understanding co-operation and peace and education relating to human rights and fundamental freedoms, Paris, 1974 disponível in www.unesco.org/education/nfsunesco/pdf/Peace_e.pdf acesso em 30 abr. 2015.

UNESCO. Convenção relativa à luta contra a discriminação no campo do ensino. Disponível in <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132598por.pdf>. Acesso em 10 mai 2015.

_____. Declaração de Salamanca sobre princípios, políticas e práticas em educação especial. Salamanca (Espanha), junho de 1994. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf>. Acesso em 15 out. 2015.

WALINE, Jean. *Droit administratif*, 23 édition, Paris: Éditions Dalloz, 2010.

WALINE, Marcel. *Droit administratif*, 9. ed., Paris: Société Anonyme du Recueil Sirey, 1963.

XAVIER, Odiva Silva. *A Educação no contexto das mudanças*. Revista Brasileira de Pedagogia, v. 78, nº 188/190, pg. 285-304, jan/dez/1997. Disponível in <http://rbep.inep.gov.br/index.php/RBEP/article>. Acesso em 05 mai 2015

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, 2. ed. 3. tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, pg. 91.