

SISTEMA CONSTITUCIONAL DE REGULAÇÃO DOS CENTROS DOCENTES PARA UM SISTEMA DE EDUCAÇÃO LIBERTADOR

CONSTITUTIONAL SYSTEM OF REGULATION OF TEACHING CENTERS FOR A LIBERATING EDUCATION SYSTEM

GEORGHIO ALESSANDRO TOMELIN

Doutor em Direito do Estado pela USP e em Filosofia pela PUCSP. Professor dos programas de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino e da Universidade Santo Amaro. Membro da CNECO da OAB Nacional. Advogado e Parecerista em direito público. gtomelin@gtomelin.com

FLAVIO EUPHRÁSIO CARVALHO DE TOLEDO

Mestre e Doutorando em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - Sistema Constitucional de Garantias de Direitos. Presidente do Conselho Gestor da Instituição da Instituição Toledo de Ensino e Diretor da Unidade da Faculdade Iteana de Botucatu. flavio@ite.edu.br

CLAUDIA MANSANI QUEDA DE TOLEDO

Doutora pela ITE – Instituição Toledo de Ensino e Mestre pela PUC/SP. Ex-Reitora da ITE-Bauru. Ex-Presidente da CAPES (Coord. de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior). Membro da CNECO da OAB Nacional. Advogada e consultora em Brasília. quedatoledo@uol.com.br

RESUMO

A regulação estatal do ensino envolve a imposição de deveres e obrigações por meio do estabelecimento legislado de relações de sujeição especial. Aceitar tais imposições é a contraface para a obtenção de autorização administrativa para o exercício de atividade educacional, serviço público não privativo, permitido aos particulares. Tal atividade é de natureza originariamente pública pois está atrelada ao princípio da igualdade, isto para que todos tenham o direito de ser em sociedade aquilo que decidirem ser. O poder público deve garantir esta liberdade essencial. Segundo a Constituição da República Brasileira, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento são determinantes para o setor público e indicativas para o setor privado (art. 174, CF). O presente artigo pretende circunscrever a natureza constitucional da fiscalização jurídica do ensino no Brasil, comparando-a com o regramento constitucional espanhol. Para tanto, utilizaremos o método histórico bibliográfico, como meio de apontar os fundamentos constitucionais do sistema brasileiro de fomento e de fiscalização das entidades privadas de ensino. Nossa percurso interpretativo irá partir dos preceitos básicos inseridos nos arts. 205, 209 e 219 da Constituição Federal, arquétipos gerais do acesso ao ensino para a proteção do mercado nacional. O exercício da autoridade pela administração e a agilidade da livre iniciativa se complementam em matéria de ensino. Será pelo estabelecimento legislado de relações de sujeição especial que a administração pública verificadora



vai fiscalizar a expansão do bem-estar cultural e do desenvolvimento tecnológico nacionais. O objetivo do presente estudo é demonstrar o que o Estado pode e o que deve fazer em termos de fomento e fiscalização, para um ensino plural que amplie o desenvolvimento da ciência e do mercado. Ciência e mercado são integrantes coessenciais do patrimônio nacional, e somente uma visão que limite dissimetrias pode garantir o equânime acesso de todos à ciência, ao mercado e ao patrimônio nacionais.

Palavras-chave: Ensino; Natureza jurídica; Regulação de atividades de interesse público; Relações de sujeição especial; Regime constitucional da fiscalização.

RESUMEN

La regulación estatal de la educación implica la imposición de deberes y obligaciones mediante el establecimiento legislativo de relaciones de sujeción especial. Aceptar tales imposiciones es la contrapartida a la obtención de autorización administrativa para realizar actividades educativas, un servicio público no privado, permitido a los particulares. Dicha actividad tiene originalmente carácter público ya que está vinculada al principio de igualdad, de modo que toda persona tiene derecho de existir en sociedad de todos modos que decida ser. Los poderes públicos deben garantizar esta libertad esencial. Según la Constitución de la República Brasileña, las funciones de supervisión, incentivo y planificación son decisivas para el sector público e indicativas para el sector privado (art. 174, CF). Este artículo pretende circunscribir el carácter constitucional de la tutela judicial de la educación en Brasil, comparándola con las normas constitucionales españolas. Para tal, utilizaremos el método bibliográfico histórico, como medio para señalar los fundamentos constitucionales del sistema brasileño de promoción y supervisión de entidades educativas privadas. Nuestro camino interpretativo partirá de los preceptos básicos insertos en los arts. 205, 209 y 219 de la Constitución Federal, arquetipos generales de acceso a la educación para la protección del mercado nacional. El ejercicio de la autoridad por parte de la administración y la agilidad de la libre iniciativa se complementan en materia educacional. Será por el establecimiento legislativo de relaciones de especial sujeción que la administración pública verificadora deberá fiscalizar la expansión del bienestar cultural y el desarrollo tecnológico nacional. El objetivo de este estudio es demostrar lo que el Estado puede y debe hacer, en términos de promoción y supervisión, por una educación plural, que amplíe el desarrollo de la ciencia y el mercado. La ciencia y el mercado son componentes coesenciales del patrimonio nacional, y sólo una visión que limite las asimetrías puede garantizar el acceso igualitario para todos a la ciencia, el mercado y el patrimonio nacional.

Palabras clave: Enseñanza; Naturaleza jurídica; Regulación de actividades de interés público; Relaciones especiales de sujeción; Régimen de inspección constitucional.

1 INTRODUÇÃO: AMPLIAÇÃO DO ENSINO PARA UM DESENVOLVIMENTO MENOS DESIGUAL



A distribuição do ensino privado segue critérios de liberdade e de viabilidade econômica. Não poderia ser diferente. Claro que nem todo comportamento econômico é auto-interessado, sendo evidente que os atores do setor de ensino não visam somente o lucro.

Os centros docentes surgem, em larga medida, conectados a um fim ou confissão específica. Daí, por exemplo, denominarmos confessionais as universidades ligadas a associações ou fundações religiosas. Tal finalidade benemerente para os adeptos de uma determinada fé não os isenta de atender às ordens da fiscalização governamental. No mesmo sentido, o fato de uma entidade educacional não-confessional ser de fins não econômicos não a coloca em posição de desvantagem em termos regulatórios.

Ou seja, independentemente de uma instituição universitária ser *ou* pública, *ou* privada não confessional com finalidade de lucro, *ou* privada não confessional de fins não econômicos (sem finalidade de lucro), *ou* ainda privada confessional (religiosa) com ou sem finalidade de lucro, não cria embaraços adicionais aos requisitos originários para autorização ou avaliação de suas atividades (e tampouco deveria facilitar a vida de qualquer entidade em razão da pessoa do instituidor ou finalidade institucional). O regime administrativo de prerrogativas convive, é claro, com os vários tipos de agentes fiscalizadores, que sempre podem facilitar a vida de entidade públicas ou confessionais (que sejam eventualmente de sua área pessoal de interesse) e dificultar a vida de entidades não confessionais que declaradamente tenham fins econômicos. Este é um dado da realidade que pode interferir no sistema de fiscalização.

O certo, entretanto, é que não há como o empresariado investir racionalmente sem a perspectiva de alguma finalidade econômica que garanta, no mínimo, a recuperação dos investimentos. As entidades privadas estarão sempre na busca de lucro, ainda que isto se dê para fins de reinvestir o excedente de capital na mesma atividade, visando a sua ampliação em nome até de uma missão ou vocação institucional confessional ou não (como ocorre em várias associações e fundações de ensino). A circularidade do investimento privado é o que garante o retorno e a ampliação do objetivo social da entidade. É por isso que o Código Civil fala em fins não-econômicos quando trata de associações, pois algum lucro financeiro todas as entidades precisam auferir.



O papel do estado em relação ao mercado de ensino é de regulador e garantidor da boa distribuição da ciência. A educação pública, de forma residual, poderia então voltar-se para as áreas de menor cobertura privada, e assim suprir a demanda reprimida e a carência educacional, onde e quando esta for mais evidente. Infelizmente não é o que ocorre, pois o ensino (público ou privado) segue o farol da distribuição geográfica, na senda das áreas de maior poder econômico, que são justamente as de maior concentração populacional. A concentração do ensino é um problema a ser enfrentado pelas políticas públicas em educação, via prestação estatal direta ou por meio de fomento.

A Constituição brasileira reza que um desenvolvimento equilibrado deve conciliar os planos nacional e regionais de desenvolvimento. E ainda que a educação é dever do Poder Público e será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade. Não existe desenvolvimento equilibrado sem um sistema de ensino organizado e bem distribuído geograficamente. A concentração de mão de obra especializada dificulta a interiorização do conhecimento e da tecnologia no Brasil.

Claro que os sistemas estatais de graduação e de pós-graduação têm um papel relevantíssimo na produção do conhecimento nacional, juntamente com os centros privados de pesquisa que vêm ganhando muito espaço. Ao lado do sistema estatal de gestão direta, é também dever do Estado organizar, distribuir e fomentar o ensino privado, para que a universalização amplie ainda mais o desenvolvimento nacional. Tais deveres se preordenam a proteger o mercado nacional, obviando o desenvolvimento sociocultural e o bem-estar da população, tendo por meta a autonomia tecnológica nacional.

No manuseio de poderes-deveres fiscalizatórios instrumentais, os órgãos de regulação do ensino deveriam conduzir o crescimento dos sistemas público e privado de modo entrelaçado. O direito regula tal função fiscalizatória e estabelece as metas que a orientam. As relações normativas de sujeição especial submetem então os que optam por operar debaixo do manto estatal. É o que vai diferenciar os cursos-livres dos que têm seu sistema de ensino reconhecido pelo poder público (com a consequente expedição de diplomas reconhecidos). A fiscalização estatal protege ao mesmo tempo prestadores e consumidores de tais serviços: todos caminhando no traçado governamental que melhor proteja o patrimônio nacional. É assim que o poder público valida e recomenda os melhores programas de graduação e pós-graduação,



e protege o alunado registrando e certificando diplomas (o que é essencial quando falamos de profissões cuja atuação é vedada aos não diplomados).

O mais relevante nisso tudo é que a isonomia constitucional seja respeitada, para que uns poucos diplomas não sejam *mais iguais* que outros. Todo este sistema opera em um cenário tecnológico de inovação, no qual muitas carreiras, que não dependem de certificação governamental para o seu exercício, caminham dia após dia para o campo do não-normado. Buscar maior eficiência na fiscalização estatal é garantir a legitimidade e a segurança do sistema brasileiro de educação. É nesta linha de raciocínio que vamos caminhar.

2 FISCALIZAÇÃO PROSPECTIVA SEM INTERFERÊNCIAS NO MÉRITO DO ENSINO

Regular, fiscalizar e fomentar as entidades de ensino brasileiras é dever do Estado. Tal atribuição de estímulo não vem conectada a nenhuma correlata função de promover restrições pedagógicas ou limitações a tipos de pesquisas ou métodos de ensino. A educação tem por finalidade capacitar os alunos, não sendo papel dos órgãos públicos definir o mérito do que se ensina.

O que pode o poder público é impor uma métrica de produção de conteúdo a partir dos repertórios por ele acreditados, para fins de avaliação ponderada entre as várias instituições de ensino. O desenvolvimento máximo de potencialidades em matéria de ensino deve ser exercido por centros docentes e pelo alunado, no espaço vivencial por eles escolhido. “*Nessa perspectiva, a educação, ao capacitar os alunos, permite que desenvolvam ao máximo as suas potencialidades e aptidões para que possam efetivamente ter liberdade e oportunidade para escolher o que querem realmente ser e fazer*”¹. O direito ao ensino é direito público subjetivo, direito este cuja natureza não se degrada nas etapas de formação em que não é obrigatório. Dito de outro modo: o ensino é direito subjetivo como correlato da isonomia constitucional prevista no arts. 5º e 37 da CF. A isonomia de uma atuação estatal simétrica, para os

¹ Cf. BRADBURY, Leonardo Cacau Santos Ia, *Direito Fundamental à Educação – Teoria e Prática*, 1.ed., São Paulo, Editora Atlas, 2023, p. 33.



ensinos público e privado, deve impactar de modo equânime sobre os que desejam se aculturar².

As restrições de conteúdo irão decorrer dos limites técnicos de cada área, e não de uma imposição governamental na fiscalização genérica da atividade em si. Restrições de caráter bioético, por exemplo, são determinadas pelos próprios sistemas de controle interno das instituições e não pela autoridade externa estatal fomentadora ou financiadora direta ou indireta. Referimos as normas bioéticas pois elas, assim como outras regras de validação de pesquisas, podem interferir no mérito do que se produz (controle interno), controle este que não é o foco da fiscalização estatal. A fiscalização educacional tem seu escopo central na aprovação dos requisitos externos para a operação de entidades de ensino (controle externo). A avaliação dos órgãos estatais é promovida pela métrica da produção de cada instituição ou programa docente. A liberdade de ensinar e o seu mérito não admitem castrações³.

A fiscalização do ensino por controle externo não se enquadra, assim, na noção normativa de poder de polícia administrativa, mas sim se estrutura por meio de normas legais que estabelecem relações de sujeição especial. O impulso estatal no ensino envolve controles de forma, mas não de conteúdo, pois a atividade de pesquisa e ensino é basilar para o estabelecimento de novas formas originárias de ser e fazer de nossa sociedade. Todos os regimes modernos são produtivistas⁴. É claro que a

² Mas não só a isonomia. A noção seja de prioridade absoluta (na proteção à infância por meio do ensino obrigatório, cf. art. 208, §1º, §2º, da CF), seja da universalização, e ainda de padrões de equidade, vêm em um segundo momento. Isto porque a equidade foi inserida no §4º do art. 211 pela Emenda Constitucional nº 108/2020 e no §3º do art. 212 pela Emenda Constitucional nº 59/2009: “art. 211. §4º Na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de forma a assegurar a universalização, a *qualidade* e a equidade do ensino obrigatório”; “art. 212. §3º A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere a universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação.”

³ Um determinado cientista é livre para pesquisar como a lagartixa sobe a parede e tentar provar que ela utiliza forças de dipolo induzidas por meio de forças de Van der Waals. Se alguém irá utilizar essa conclusão para inventar um novo tipo de cola cirúrgica é um tema subsequente. O que é certo é que não cabe ao poder público castrar o mérito de nenhuma pesquisa. Quem tiver interesse em lagartixas pode partir de: <https://brasilescola.uol.com.br/quimica/como-as-lagartixas-conseguem-subir-pelas-paredes.htm>

⁴ Cf. LATOUCHE, Serge, *Pequeno Tratado do Decrescimento Sereno*, trad. Victor Silva, Lisboa, Edições 70, 2023, p. 48: “Todos os regimes modernos foram produtivistas: repúblicas, ditaduras e sistemas totalitários, quer os seus governos fossem de direita ou de esquerda, liberais, socialistas, populistas, sociais-liberais, sociais-democratas, centristas, radicais ou comunistas. Todos consideraram o crescimento uma pedra angular do seu sistema inquestionável”.



educação se diz de muitas maneiras⁵. O controle estatal sobre o ensino deve ser prospectivo, para a ampliação e o bom exercício da atividade e seus impactos sociais.

3 ENTENDENDO E AFASTANDO A NOÇÃO DE PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA EM MATÉRIA DE REGULAÇÃO E CONTROLE DO ENSINO

Quem se propõe ao exercício desta nobre função de educar se coloca debaixo das regras de sujeição ou submissão especial impostas pela regulação pública. Não se trata do exercício do poder de polícia estatal. Estamos sim diante da obrigação de cumprimento de regras administrativas, como contraface de deveres públicos estabelecidos nas normativas que regem o setor de educação. Tanto no Brasil quanto na Espanha, conforme veremos adiante, este regime tem seu berço competencial na Constituição.

O exercício do poder de polícia pode ser qualificado como a imposição pela administração pública de restrições à liberdade e à propriedade. Segundo o Código Tributário Nacional “*considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos*”. O dispositivo teve sua redação dada pelo Ato Complementar 31 de 1966 (durante o período castrense brasileiro).

O conceito é válido ainda hoje em larga medida. Pelo exercício do poder de polícia administrativa os entes e órgãos estatais de controle castram posturas e limitam o exercício da liberdade e da propriedade dos particulares, para que uns não invadam o direito dos outros. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, polícia administrativa é “*a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora,*

⁵ Cf. AGUADÉ, Xavier Massó, em *El fin de la educación – La escuela que dejó de ser*. “Educación se dice de muchas maneras. Esta paráfrasis de la famosa cita de Aristóteles nos viene como anillo al dedo para abordar el objetivo, la naturaleza y las funciones de un sistema educativo”. Madrid, Ediciones Akal, 2021, p. 31.



*ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (non facere), a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo*⁶.

O manuseio de poderes-deveres de polícia administrativa pelas autoridades públicas delimita o modo pelo qual um direito ou faculdade privada geral pode ser exercido. O poder de polícia administrativa se refere aos direitos fruíveis por todos, e que são regulados por normativas estatais nos pontos em que as esferas de direito sejam secantes. Este poder-dever estatal geral em face de todos não se confunde com a prerrogativa da administração pública de regular a atividade de alguns poucos que optaram por exercer atividade de natureza originariamente pública, e cuja exploração foi facultada aos particulares. Os setores de saúde e ensino são os mais importantes exemplos de atividades originariamente públicas cujo exercício se facilita às corporações privadas. O poder de polícia se funda na regulação de relações de supremacia geral do estado oponíveis a todos, diferentemente das relações de sujeição especial que somente a alguns são impostas.

O que se promove na regulação do ensino não é o exercício de poder de polícia administrativa, mas sim a regulação via estabelecimento de relações de sujeição especial, debaixo das quais os executores de atividades de interesse público optaram por atuar. Isto porque o ensino, assim como a saúde, é um setor regulado amplamente por normativas de ordem pública. No estado regulador deixamos de lado a noção do estado paternalista provedor de um bem-estar, decidido por antecipação, para poucos. O que se pretende é a regulação que garanta o exercício das liberdades coletivas, e que ao mesmo retroalimente e amplie a legitimidade da atuação do poder público. Tudo buscando mais responsividade e controle dos que exercem o controle em nome de toda a sociedade⁷.

Conforme já referido, temos então sobre o ensino um controle estatal prospectivo, que visa a ampliação e o bom exercício da atividade. Tal controle pode e deve variar no tempo e no espaço, amoldando-se aos sujeitos que ocupam um dado *locus*⁸. Não deveria o controle estatal produzir comandos de ordem unida em

⁶ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de Curso de *Direito Administrativo*, 36.ed., São Paulo, Editora Forum, 2023, p. 752, Cap. XIV, §29.

⁷ Cf. BINENBOJM, Gustavo, *Poder de Polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*, 3.ed., Belo Horizonte, Fórum, 2020, item 2.1.

⁸ “Los factores o elementos que explican las diferencias, contrastados por evidencias estadísticas y con suficiente base científica para tenerlos en cuenta, se pueden agrupar en cuatro categorías, no estancas



educação, como se apenas as soluções centralizadas, propostas pelas grandes instituições públicas, tivessem condição de prosseguir. Tal controle não se deve promover pela castração em abstrato da liberdade ou da propriedade dos prestadores destes serviços, mas sim pela regulação da atividade em si (a partir da aderência de cada centro educacional ao seu espaço vivencial). Por isso falamos em relações de sujeição especial e não em uma subordinação geral a regras de poder de polícia geral.

Claro que em outras matérias (urbanística, segurança, higiene etc.), aí sim, os gestores de instituições de ensino (e também de saúde) estarão submetidos ao poder de polícia administrativa geral, seja ele municipal, estadual e federal, a depender da matéria envolvida. A confusão existe entre poder de polícia e relações de sujeição especial, pois em ambas as situações o particular recebe comandos da administração pública. O que as diferencia é o fundamento e a amplitude deste controle. Uma universidade está submetida ao poder de polícia sanitária se um rato for encontrado na cantina ou até na biblioteca, mas não haverá poder de polícia que possa definir os temas dos livros utilizados na instituição. A mesma instituição, entretanto, estará sempre submetida às regras administrativas que estabelecem padrões formais para o seu funcionamento (aí sim relações de sujeição especial).

4 AS “AUTORIZAÇÕES” ESTATAIS PARA DETERMINADAS ATIVIDADES

sino interconectadas: los relacionados con *el entorno económico, social y cultural del alumnado* (el factor del origen familiar del alumnado, la composición de las poblaciones en términos socioculturales y aspectos culturales de base – como los valores compartidos –, las aspiraciones individuales y sociales, las diferentes oportunidades que ofrece el sistema económico, y los procesos de formación de las preferencias de los individuos), los que tienen que ver con el *proceso histórico de conformación de la educación en un territorio* (la demanda de escolarización en los siglos XIX y XX, la consideración social de la educación y las actuaciones de las familias al respecto, el diferencial sexual de la alfabetización y la escolarización y el capital cultural acumulado en un territorio), los que recogen la *influencia de la estructura económica y productiva* (la distribución sectorial del empleo en la industria y en el sector servicios y la tasa de ocupación cualificada) y, finalmente, los que son *responsabilidad de las instituciones escolares* y, también, determinados *padrones idiosincráticos y educativos* (las características individuales, socioeconómicas y de contexto educativo de los alumnos, la influencia del grupo de compañeros de clase, el efecto positivo de los agrupamientos por capacidad y la desigual distribución social de los repetidores, el fomento de los valores de la responsabilidad, la perseverancia, la independencia, la capacidad de gestión de la economía personal y la imaginación, la existencia de una suficiente oferta educativa que no sólo responda a la demanda de educación, sino que la fomente, y el nivel de exigencia de las escuelas sobre su alumnado)”. Cf. GIL, Jaime Antonio Foces, *Política y Educación en el Estado Autonómico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, pp. 442/443, itálicos do original.



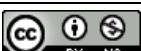
Qual seria então o fundamento político-jurídico pelo qual se outorga à administração pública o poder de “invadir” a liberdade de gestão dos particulares? Qual a natureza da prerrogativa administrativa de verificar se os requisitos legais foram atendidos, garantindo ao requerente a necessária autorização para implantar centros educacionais?

O poder de agir da administração, por evidente, decorre da Constituição e da legislação que regula o setor. Segundo a Constituição brasileira “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (art. 5º, XIII, CF). As normas legais impõem qualificação mínima, e os centros educacionais que as certificam precisam eles também de autorização para avaliar o alunado. Os centros educacionais avaliam e são na mesma medida avaliados.

A finalidade essencial do sistema regulatório é manter um mínimo de isonomia em padrões básicos na prestação dos serviços de ensino. Os órgãos de controle precisam evitar o movimento da desigualdade dentro de uma igualdade ficcional, que está materialmente implantada há muito tempo em nossa vida social⁹.

Até o século XIX o poder da administração era pautado em “razões de estado” como fragmento do poder real (um cheque em branco deferido ao princípio de plantão). Com o surgimento das Constituições, um regime de legitimação democrática passa a ocupar o ápice da produção de pautas de conduta oponíveis aos cidadãos. Algumas atividades são reservadas diretamente ao poder público ou a quem obtenha a autorização. Tais “autorizações” passam a ter diferentes regimes legais: concessão, permissão, autorizações em sentido estrito, outorga legal, licenças etc. Na medida em que cresce o regime público de prerrogativas para interferir em tais serviços, ampliam-se os mecanismos de outorga, que exigem um amplo procedimento estatal de seleção e por vezes até mesmo autorização legislativa. Já para atividades de pequena relevância coletiva, mas sem a necessidade de controle estatal direto, bastará reunir alguns requisitos e submeter-se ao regramento de direito público.

⁹ Cf. BRADBURY, Leonardo Cacau Santos Ia, *Direito Fundamental à Educação – Teoria e Prática*, 1.ed., São Paulo, Editora Atlas, 2023, p. 29: “Essa concepção política-normativa de que todos são iguais perante a lei e por isso livremente capazes, em iguais condições, de ordenar suas vidas sem intervenção do Estado contribuiu para agravar a profunda desigualdade das sociedades capitalistas, revelando, na ótica de Raymundo Faoro, ainda que residualmente, traços dos estamentos que floresceram na sociedade feudal”.



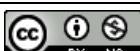
O funcionamento básico do sistema é o de uma cancela ou porta de acesso. Para passar ou entrar é necessário levantar algum empecilho que a lei criou (apresentando documentos de qualificação e obtendo aprovação pelos órgãos de controle). Quem reúne as qualificações e documentos necessários pode prestar o serviço público ou privado de interesse coletivo, e assim receberá a concessão ou autorização ou licença etc. E quais são estes serviços que dependem de prévia vênia estatal? Resposta: são aqueles que a lei determinar. Claro que a lei assim o faz a partir de critérios de relevância política e presume-se uma perfeita aplicação das técnicas de legística no momento da normogênese¹⁰.

Um contra-exemplo pode clarificar. Não existe nada mais importante em uma sociedade do que a produção de alimentos. No entanto, agricultura não é serviço público no Brasil. E assim não é, pelo só fato de que não existe lei que o determine (a comercialização e circulação alimentos, é claro, é quase toda controlada e regulada pelo poder público). Já o regime de sujeição especial da atividade de ensino no Brasil está todo regulado pela legislação específica do setor. Há entidades de ensino que operam sem autorização estatal, mas seus certificados valem apenas para triagem de mercado, sem o registro dos diplomas oficiais.

O ensino é atividade de interesse público que os particulares podem exercer. É atividade pública permitida aos particulares. Ao poder público cabe regular e fomentar quando for o caso (CF, 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”).

5 AUTORIZAÇÕES DE ENSINO A PARTIR DAS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS

¹⁰ “Normogênese (criação de normas votadas), jurisfação (construção coletiva de sentido das normas com impacto político) e jurislação (imposição de pautas de conduta em nome do estado-juiz) se coimplicam. Estamos em um momento no qual a racionalidade jurídica avança sobre as decisões políticas anteriormente discricionárias. De todo modo, os limites constitucionais que impedem a promulgação de normas inconstitucionais, devem impedir a produção de entendimentos jurisprudenciais não placitados pela sociedade aberta da Constituição.” Cf. TOMELIN, Georghio, *O Estado Jurislador*, Belo Horizonte, Fórum, 2018, p. 174, grifos do original.



A competência para legislar em matéria administrativa relativa ao ensino é concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal. Tal atribuição está prevista no art. 24, inc. IX, da Constituição brasileira, que após a Emenda Constitucional nº 85/2015, além da atribuição para legislar sobre “educação, cultura, ensino e desporto”, acrescentou a competência para legislarem a União, os Estados e o DF sobre “ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação”. Tal competência não esbarra na atribuição privativa (e não exclusiva) da União para legislar sobre “diretrizes e bases da educação nacional” (art. 22, XXIV, CF).

Ainda segundo a Constituição brasileira, a “educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (art. 205, CF). Ao lado do regime público de gratuidade para o ensino obrigatório, existe também a possibilidade de entidades privadas explorarem as atividades de ensino mediante autorização. Neste sentido, reza o art. 209 da CF que “o ensino é livre à iniciativa privada” desde que atendidas as seguintes condições: (i) *cumprimento das normas gerais da educação nacional*; (ii) *autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público*¹¹. Ou seja, um regime de autorizações e avaliações é imposto pela Constituição para o cumprimento das normas gerais de educação¹². Sem o atendimento às exigências de

¹¹ Interessante a leitura dos votos na ADI 1266 no STF, que tratou sobre educação. Com a devida vénia, existe ali uma confusão entre natureza jurídica do serviço de educação (quando os diplomas dependam de certificação pública) e o regime privado de prestação de quaisquer serviços educacionais (com ou sem certificação governamental). A nosso sentir, existe, isto sim, um complexo de autorizações e verificações para que as entidades educacionais (públicas ou privadas), recomendadas pelo poder público, possam iniciar a operar e a seguir funcionando ou então a serem descredenciadas quando não atenderem a padrões mínimos. Um breve trecho do voto vencedor no STF já aponta a confusão conceitual: “Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. Tratando-se de serviço público, incumbe às entidades educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo Estado-membro, no exercício de competência legislativa suplementar” (§ 2º do art. 24 da Constituição do Brasil) [ADI 1.266, rel. min. Eros Grau, j. 6-4-2005, P, DJ de 23-9-2005]. Há inúmeras entidades privadas, sob regime de direito privado que exercem atividade integralmente de natureza jurídica privada, e que ainda assim dependem de licença ou autorização estatal para funcionar. Ou seja, do fato de uma entidade prestar serviço público não privativo não decorre que estaria ela livre de atender aos requisitos legais para obter prévia autorização pública quando esta for exigida pela lei. E isto nada tem a ver com a possibilidade de uma lei estadual impor às escolas o repertório de livros que devem ser adquiridos para um válido funcionamento (tema de fundo da ADI 1.266), o que importaria em bulir na liberdade de ensino, esta sim conceitualmente protegida pela Constituição.

¹² No sistema espanhol vale a previsão do item 6 do art. 27 da Constituição espanhola: “Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales”.



ordem pública previstas em lei, os centros docentes, que expedem diplomas que dependem de certificação governamental, não podem validamente funcionar.

Sistemática muito semelhante à brasileira está inserida no art. 27 da Constituição espanhola, segundo a qual todos têm direito à educação, sendo reconhecida a liberdade de ensino. A educação visa o desenvolvimento da personalidade e o respeito aos direitos e liberdades fundamentais. A Constituição espanhola reconhece a liberdade de criação de centros docentes, desde que se respeitem os princípios constitucionais. Assim como na Constituição brasileira, o sistema espanhol coloca nas mãos do poder público a fiscalização da educação. O regime de inspeção, homologação e incentivo está circunscrito no art. 27 da Constituição espanhola nos seguintes termos:

8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.
9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.

O tema da educação ainda é tratado na Constituição Espanhola conectado à educação sanitária, educação física e desportiva (art. 43), como meio de proteção da saúde, e para educação dos consumidores (art. 51) como forma de proteção do mercado¹³. A homologação do sistema educativo em Espanha, assim como o brasileiro, é uma imposição da ideia de igualdade, que decorre do art. 139.1 da CE: “Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado.”

Nestes termos já decidiu o Pleno do Tribunal Constitucional espanhol:

“el sistema educativo del país debe estar homologado (art. 27.8 de la Constitución) en todo el territorio del Estado; por ello y por la igualdad de derechos que el art. 139 de la Constitución reconoce a todos los españoles es lógico que sea competencia exclusiva del Estado «la regulación de las condiciones básicas» que garanticen a todos los españoles la igualdad en el ejercicio de sus derechos constitucionales, así como, ya en el campo

¹³ No sistema brasileiro, reza o art. 219 da Constituição após a EC 85/2015 que lhe acresceu um parágrafo único: “art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal. Parágrafo único. O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia.”



educativo, la regulación de las «normas básicas para el desarrollo del art. 27 de la Constitución» (art. 149.1.30. de la C.E.)”¹⁴.

A sentença constitucional acima remete ao art. 149, que trata das condições para obtenção, expedição e homologação de títulos acadêmicos:

Artículo 149.

1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:
(...)

30.^a Regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia.

O resumo desta pequena incursão no direito comparado é simples. As qualificações e diplomas somente são válidos com o beneplácito estatal no sistema espanhol. Assim sendo, tanto quem certifica quanto quem é certificado depende da validação pública. Os regimes brasileiro e espanhol são muito parecidos, sendo certo que a Constituição espanhola é mais específica no que concerne à validade dos títulos acadêmicos. A brasileira diz somente que o exercício das profissões é livre desde que atendidos os requisitos de qualificação profissional que a lei estabelecer.

Este regime de liberdades na formação de centros docentes é avaliado e reavaliado ciclicamente. Não existe liberdade absoluta em termos de certificação, e as entidades, por mais atuais que sejam na produção do conhecimento, precisam andar no compasso imposto pelos entes fiscalizadores do poder público¹⁵.

¹⁴ Cf. Sentença do Pleno do Tribunal Constitucional Espanhol, STC 5/1981, de 13 de febrero de 1981, p. 30. Também citada em *Constitución Española Comentada - Comentários, concordâncias, doctrina del Tribunal Constitucional e índice analítico*, 8º Edición 2023-2024, org. José Luis Gil Ibañez e Carlos Romero Rey, A Coruña, Colex, 2023, p. 283.

¹⁵ Neste sentido vai a mesma v. Sentença do Pleno do Tribunal Constitucional Espanhol, STC 5/1981, de 13 de febrero de 1981, pp. 11/12: “Aunque la libertad de creación de centros docentes (art. 27.6) incluye la posibilidad de crear instituciones docentes o educativas que se sitúan fuera del ámbito de las enseñanzas regladas, la continuidad y sistematicidad de la acción educativa justifica y explica que la libertad de creación de centros docentes como manifestación específica de la libertad de enseñanza haya de moverse en todos los casos dentro de límites más estrechos que los de la pura libertad de expresión. Así, en tanto que ésta (art. 20.4 de la Constitución) está limitada esencialmente por el respeto a los demás derechos fundamentales y por la necesidad de proteger a la juventud y a la infancia, el ejercicio de la libertad de creación de centros docentes tiene la limitación adicional, impuesta en el mismo precepto que la consagra, del respeto a los principios constitucionales que, como los del Título Preliminar de la Constitución (libertad, igualdad, justicia, pluralismo, unidad de España, etc.), no consagran derechos fundamentales, y la muy importante, derivada del art. 27.2 de la Constitución, de que la enseñanza ha de servir determinados valores (principios democráticos de convivencia, etc.) que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva. Es claro, por último, que cuando en el ejercicio de esta libertad se acomete la creación de centros docentes que han de impartir enseñanzas regladas, e insertos, por tanto, en el sistema educativo, los centros creados, además de orientar su actividad, como exige el apartado segundo del art. 27, hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y



6 REFLEXÕES SOBRE INTERPRETAÇÃO E ISONOMIA

O acesso ao conhecimento é livre, mas enfrenta os requisitos que um repertório de restrições legais impõe às várias entidades educacionais. Cabe ao poder público em sua regulação garantir a igualdade de pontos de partida a que sempre se referia Kant. Tanto no Brasil quanto na Espanha a preocupação com a igualdade de acesso é central.

A pluralidade de centros irradiadores de conhecimento cria um problema à parte para a regulação do ensino. A atomização do conhecimento estabelece lojas específicas e fechamentos de acesso. Como explicar que hoje sobram bolsas de estudo em matérias relevantíssimas como epidemiologia (ramo do conhecimento que nos salvou de uma catástrofe ainda maior nas pandemias), e que faltam bolsas de estudo no ramo do direito?

O conhecimento jurídico enfrenta uma pluralidade de problemas. Estamos em uma área na qual a centralização do exercício da autoridade, em certa medida, facilita a fixação dos referenciais de ensino em nível de graduação. Por outro lado, em termos de pós-graduação, o direito enfrenta muitos dos problemas das outras áreas. Podemos listar: falta de referencial cultural, psitacismo acadêmico, dificuldade de circunscrição de um problema ou tema de estudo, meritocracia artificial, produção repetitiva de conhecimento sem ineditismo ou via meros recortes, linha de produção de artigos em série, produtivismo desenfreado etc.

Qualquer objeto de estudo nada mais é do que a continuação materializada do sujeito. Interpretar é assim um ato de autoconhecimento. Os centros docentes em grande medida limitam e conduzem as leituras que o corpo discente faz da realidade. É nessa condição de aluno que o sujeito que interpreta se projeta sobre o seu objeto de estudos. Somente um sistema regulatório que respeite a realidade pode estimular de modo efetivo a produção do conhecimento que realmente necessitamos.

libertades fundamentales, con las precisiones y matizaciones que de algunos aspectos de este enunciado hace el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 13), se han de acomodar a los requisitos que el Estado imponga para los centros de cada nivel." También citada em *Constitución Española Comentada - Comentários, concordâncias, doctrina del Tribunal Constitucional e Índice analítico*, 8º Edición 2023-2024, org. José Luis Gil Ibañez e Carlos Romero Rey, A Coruña, Colex, 2023, p. 281.



A lei, por exemplo, é aquilo que dela se faz. Não existe grau zero de sentido nem lei cujo conteúdo surja com clareza sem um processo de intermediação. Como critica Meursault (personagem principal do livro), pela pena vibrante de Albert Camus, “*mais se falou de mim do que do meu crime*”¹⁶. No clássico “O Estrangeiro” fica fácil perceber que dolo é a intenção do agente que está na cabeça do intérprete da norma. Nada mais que isso, quando o direito segue ensinando de modo completamente diverso faz muito tempo. E arremata Camus logo em seguida: o que o direito debate é muito mais a psicologia da alma do criminoso.

7 CONCLUSÕES

A atividade de ensinar diz mais sobre nós mesmos do que sobre nossos alunos. Fiscalizar e regular o ensino diz mais sobre a alma do fiscal do que sobre os resultados reais da instituição.

Não deveria o regulador projetar-se sobre o fiscalizado. Para atingir um mínimo de isonomia na avaliação de instituições de graduação e pós-graduação, os entes públicos de regulação precisam orientar e fomentar que a prática dos centros educacionais tenha aderência e resultados sobre a realidade na qual estão inseridos.

Os sistemas espanhol e brasileiro são muito semelhantes em termos de fiscalização de ensino. O ensino é atividade de interesse público e, portanto, submetida à fiscalização estatal por meio do estabelecimento de relações de sujeição especial. Submeter-se a tal fiscalização é a contraface de ter a validação estatal da atividade. Fora disso será ilegal a expedição de diplomas que certifiquem atividade técnica. Mais ainda quando estivermos diante de profissões regulamentadas.

Regular a educação é mais uma prática do que uma receita. Somente um sistema de regulação e incentivo, que se preordenem a eliminar dissimetrias, serão capazes de estimular um sistema de educação efetivamente libertador.

¹⁶ Lê-se no original da obra: “Pendant les plaidoiries du procureur et de mon avocat, je peux dire qu'on a beaucoup parlé de moi et peut-être plus de moi que de mon crime.” Em tradução livre: “Por ocasião das súplicas em alegações finais do procurador de justiça e de meu advogado, eu posso dizer que se falou mais ou talvez muito mais de mim do que do meu crime”. Cf. Albert Camus, em “L'étranger”, Gallimard, 1942, p. 151.



REFERÊNCIAS

- AGUADÉ, Xavier Massó. *El fin de la educación – La escuela que dejó de ser*. Madrid, Ediciones Akal, 2021.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 36.ed., São Paulo, Editora Fórum, 2023.
- BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. 3.ed., Belo Horizonte, Editora Fórum, 2020.
- BRADBURY, Leonardo Cacau Santos Ia, *Direito Fundamental à Educação – Teoria e Prática*, 1.ed., São Paulo, Editora Atlas, 2023.
- CAMUS, Albert, *L'étranger*. Paris, Gallimard, 1942.
- GIL, Jaime Antonio Foces. *Política y Educación en el Estado Autonómico*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017.
- IBAÑEZ, José Luis Gil; REY, Carlos Romero. *Constitución Española Comentada - Comentários, concordâncias, doctrina del Tribunal Constitucional e índice analítico*. 8.ed. 2023-2024. A Coruña, Colex, 2023.
- LATOUCHE, Serge. *Pequeno Tratado do Decrescimento Sereno*. trad. Victor Silva, Lisboa, Edições 70, 2023.
- TOMELIN, Georghio. *O Estado Jurislador*. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2018.

