

Discrecionariedade na área Educacional

Coordenador André Saddy

Autores

André Saddy • Andrea Drumond de Meireles Seyller
Carlos André Coutinho Teles • Diogo Alves Verri Garcia de Souza
Eduardo Langoni de Oliveira Filho • Flávio Luiz de Aguiar Lôbo
Gabriela Mafra • Jorgina Peixoto Bonifácio • José Sérgio da Silva Cristóvam
Leonardo Ferreira Barbosa da Silva • Marcelo Bertozzi de Pinho
Mariana Cristina Monteiro Milani Rodrigues • Renato Nogueira de Souza Soares
Rodrigo Garrido Dias • Tatiana S. Ribeiro Strauch





www.cej.com.br

Editor
André Saddy

Conselho Editorial

André Saddy – Universidade Federal Fluminense (Brasil)
Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo - Escola de Direito do RJ da Fundação Getúlio Vargas (Brasil)
Christian Alberto Cao – Universidad de Buenos Aires (Argentina)
Claudia Ribeiro Pereira Nunes – Yale University (Estados Unidos da América)
Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva – Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil)
Daniel Wunder Hachem – Universidade Federal do Paraná (Brasil)
Emerson Affonso da Costa Moura – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (Brasil)
Irene Patrícia Nohara – Universidade Presbiteriana Mackenzie (Brasil)
José Eugenio Soriano García – Universidad Complutense de Madrid (Espanha)
Julián Pimiento Echeverri – Universidad Externado de Colombia (Colombia)
Orlando Vignolo Cueva – Universidad de Piura (Perú)
Pablo Schiavi – Universidad de la República / Universidad de Montevideo (Uruguai)
Reinaldo Funes Monzote – Universidad de Havana (Cuba)
Rodrigo Ferrés Rubio – Universidad Católica del Uruguay (Uruguai)

Sede: Rua Alcindo Guanabara n.º 24, sala 1405, Rio de Janeiro, RJ, Centro da Cidade, CEP 20.031-915, Brasil

COORDENADOR

André Saddy

DISCRICIONARIEDADE NA ÁREA EDUCACIONAL

AUTORES

André Saddy – Andrea Drumond de Meireles Seyller – Carlos André
Coutinho Teles – Diogo Alves Verri Garcia de Souza – Eduardo Langoni de
Oliveira Filho – Flávio Luiz de Aguiar Lôbo – Gabriela Mafra – Jorgina
Peixoto Bonifácio – José Sérgio da Silva Cristóvam – Leonardo Ferreira
Barbosa da Silva – Marcelo Bertozzi de Pinho – Mariana Cristina Monteiro
Milani Rodrigues – Renato Nogueira de Souza Soares – Rodrigo Garrido Dias
– Tatiana S. Ribeiro Strauch

Rio de Janeiro
2020

Copyright © 2020 by André Saddy

Categoria: Direito Administrativo

Produção Editorial
Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ)

Diagramação: Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ)

Capa: Felipe Bonoto Fortes

O Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ) não se responsabiliza pelas opiniões emitidas nesta obra pelo seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895, de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados ao
Centro para Estudos Empírico-Jurídicos
(CEEJ)

Impresso pela Bok2

Catálogo: Ana Lucia Aguiar Barbosa CRB7: 6565/RJ

S124d

Saddy, André

Discrecionariiedade na área educacional / André Saddy [et. al.]
Rio de Janeiro: CEEJ, 2020.
350 p.: il. ; 23 cm

ISBN: 978-65-990890-2-2

1. Educação 2. Política de educação pública I. Título

CDD – 379.2

Breve apresentação dos autores

André Saddy

Pós-Doutor pelo Centre for Socio-Legal Studies da Faculty of Law da University of Oxford. Doutor Europeu em “Problemas actuales de Derecho Administrativo” pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid, com apoio da Becas Complutense Predoctorales en España. Mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com apoio do Programa Alban, Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para América Latina. Pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor da Faculdade de Direito, do Mestrado em Direito Constitucional e do Doutorado em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense. Professor do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Vice-Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ). Diretor-Presidente do Centro de Estudos Empírico Jurídico (CEEJ). Idealizador e Coordenador do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). Consultor e parecerista. andresaddy@yahoo.com.br

Andrea Drumond de Meireles Seyller

Mestranda em direito na Universidade Candido Mendes - Centro. MBA em direito da economia e da empresa – Fundação Getúlio Vargas. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ). Membro do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). Membro do Grupo de Estudos Estratégicos em Propriedade Intelectual e Inovação para Defesa (GEPID/INPI). andreaseyller@hotmail.com

Carlos André Coutinho Teles

Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito da Universidade Veiga de Almeida. Especialista em Responsabilidade Civil e

Direito do Consumidor (2006) pela UCAM e em Direito e Processo do Trabalho pelo IBMEC (2016). Advogado. carlosandrecoutinhoteles@gmail.com

Diogo Alves Verri Garcia de Souza

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduado em Direito Público e Tributário e em Direito Militar, ambos pela Universidade Candido Mendes. Membro Efetivo da Associação Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial (SBDA). Membro do Centro de Estudos Empírico Jurídico (CEEJ). Membro do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). Advogado e servidor público federal. verrigarcia@gmail.com

Eduardo Langoni de Oliveira Filho

Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, com bolsa do Centro de Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado. Membro do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). eduardolangonifilho@gmail.com

Flávio Luiz de Aguiar Lôbo

Advogado especialista em Direito Público pela Universidade Católica de Petrópolis - UCP e em Direito Administrativo Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC RJ, pesquisador atuante em áreas afetas ao Direito Público, vinculado ao GDA - Grupo de Estudos de Direito Administrativo. flavio.lobo@ctfl.adv.br

Gabriela Mafra

Mestranda em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Supervisão, Orientação e Inspeção Escolar. Bacharela em Direito. Licenciada em Pedagogia. Membro do Grupo de Grupo de Estudos em Direito Público (GEDIP/CCJ/UFSC). Assistente de Promotoria de Justiça junto ao Ministério Público de Santa Catarina. mafra.gabriela@hotmail.com

Jorgina Peixoto Bonifácio

Mestranda em direito na Universidade Candido Mendes - Centro. Membro do Instituto em Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ). Membro do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). jorginabonifacio@gmail.com

José Sérgio da Silva Cristóvam

Professor Adjunto de Direito Administrativo no Curso de Graduação em Direito e no Programa de Mestrado e Doutorado do PPGD/UFSC. Doutor em Direito Administrativo pela UFSC (2014), com estágio de Doutoramento Sanduíche junto à Universidade de Lisboa – Portugal (2012). Mestre em Direito Constitucional pela UFSC (2005). Membro fundador e Presidente do Instituto Catarinense de Direito Público (ICDP). Membro fundador e Diretor Acadêmico do Instituto de Direito Administrativo de Santa Catarina (IDASC). Conselheiro Federal da OAB/SC. Presidente da Comissão Especial de Direito Administrativo da OAB Nacional. Presidente da Comissão de Acesso à Justiça da OAB/SC. Coordenador do Grupo de Estudos em Direito Público do CCJ/UFSC (GEDIP/CCJ/UFSC) e membro da Rede de Pesquisa em Direito Administrativo Social (REDAS). <http://orcid.org/0000-0001-8232-9122>. jscristovam@gmail.com

Leonardo Ferreira Barbosa da Silva

Mestre em direito pela Universidade Candido Mendes - Centro. Especialista em psicopedagogia. Professor de direito administrativo e coordenador pedagógico da escola de saúde do exército (ESSEX). Membro do Instituto em Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ). Membro do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). leonardo.lfbs@gmail.com

Marcelo Bertozzi de Pinho

Pós-graduado em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Pós-graduado em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo (ESMP/SP). Advogado. marcelobpinho@gmail.com

Mariana Cristina Monteiro Milani Rodrigues

Advogada. Servidora Pública Federal. Mestranda em Direito Constitucional do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal Fluminense (PPGDC). Especialista em Direito Administrativo. Integrante do grupo de pesquisas em “Direito Administrativo Contemporâneo – GDAC”. marianamilani@id.uff.br

Renato Nogueira de Souza Soares

Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal, pela Universidade Cândido Mendes. Bacharel em Direito pela Universidade Veiga de Almeida. Gestor de Direito Público Militar. Integrante do Grupo de Estudos em Direito Administrativo Contemporâneo – GDAC. xxrenatosouza@gmail.com

Rodrigo Garrido Dias

Mestrando em Direito Constitucional (UFF/RJ). Graduado em Direito pela Unisinos/RS. Pesquisador no Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). Diretor de Compliance da Confederação Nacional de Municípios (CNM). Advogado. rodrigogarrido@id.uff.br

Tatiana S. Ribeiro Strauch

Pós graduada em Direito da Administração Pública pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). Consultora Jurídica

Sumário

Breve apresentação dos autores	5
Apresentação.....	15
CONTEÚDO, TITULARIDADE E ALCANCE DA LIBERDADE DE ENSINAR (“LIBERDADE DE CÁTEDRA”) NO ENSINO PÚBLICO SUPERIOR	
<i>André Saddy</i>	
Introdução	17
1. Ensino como serviço público não privativo.....	20
2. Conteúdo da liberdade de ensinar (“liberdade de cátedra”).....	21
2.1 “Liberdade de cátedra” como espécie da liberdade acadêmica	24
2.2 Conteúdo negativo e positivo da “liberdade de cátedra”	25
2.3 Dupla vertente (pessoal e institucional) e dupla dimensão (objetiva e subjetiva).....	26
3. Titularidade e alcance da liberdade de ensinar (“liberdade de cátedra”)....	28
4. As funções próprias da atividade docente.....	30
5. Subjetividades ou autonomias públicas dos professores do ensino público	32
Conclusões	36
Referências.....	37
AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA	
<i>Mariana Cristina Monteiro Milani Rodrigues</i>	
Introdução	41
1. Breve histórico da Constituição de 1988 e da educação no texto constitucional	42
2. Autonomia universitária.....	44
2.1 A autonomia universitária na Constituição de 1988	47
2.1 Autonomia Didático-Científica.....	49
2.3 Autonomia Administrativa.....	55
2.4 Autonomia Financeira.....	58
3. Lei n. 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB)	61
Conclusões	63
Referências.....	64

A LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO NA FIXAÇÃO DO CONTEÚDO CURRICULAR MÍNIMO DA EDUCAÇÃO BÁSICA 67

Carlos André Coutinho Teles

Flávio Luiz de Aguiar Lôbo

Introdução	67
1. A Educação no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	69
1.1 Considerações iniciais.....	69
1.2 Constituição Federal e Políticas Públicas de Educação.....	71
2. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação – Lei 9.394/96.....	76
3. Do Conteúdo Curricular Mínimo da Educação Básica.....	79
4. As Subjetividades Públicas	81
4.1 Tipos de Subjetividades Públicas.....	81
4.2 Subjetividade Pública Jurisdicional	81
4.3 Subjetividade Pública Legislativa.....	82
4.4 Subjetividade Pública Executiva.....	82
5. O Exercício das Subjetividades Públicas	83
5.1 Discricionariedade (Sentido Técnico-jurídico).....	83
5.2 Margem de Livre Apreciação dos Conceitos Jurídicos Indeterminados ..	84
5.3 Apreciatividade Administrativa	84
5.4 Liberdade de Conformação	85
Conclusão.....	85
Referências.....	86

AS SUBJETIVIDADES NOS EXAMES DE AVALIAÇÃO DE ESCOLA (IDEB)..... 89

Tatiana S. Ribeiro Strauch

Introdução	89
1. Evolução do sistema de avaliação das escolas e advento do Ideb	92
2. O Ideb como política de <i>accountability</i>	97
3. O Pisa como referencial de comparação para o Ideb	99
4. Críticas ao Ideb como índice objetivo de avaliação.....	103
5. Subjetividades que influenciam no desempenho e rendimento das escolas e dos estudantes	107
5.1. O caso das “escolas efetivas” e o impacto da aplicação centrada de recursos	112
6. Subjetividades dos agentes públicos na fixação de critérios de avaliação de escolas.....	115

Conclusões	117
Referências.....	119

A DISCRICIONARIEDADE DO CHEFE DO EXECUTIVO NA ESCOLHA DO DIRIGENTE DE UMA UNIDADE EDUCACIONAL..... 121

Renato Nogueira de Souza Soares

Introdução	121
1. A autonomia das universidades e o Poder Público	122
2. Modernização na liberdade à tomada de decisão subjetiva da administração pública pelo prisma legal	123
2.1 Menos Autonomia e mais vinculação	127
2.2 Das liberdades institucionais dos Estabelecimentos de Ensino Federais	129
3. Autonomia da nomeação privativa do Poder Executivo	134
3.1 A rejeição à consulta como possibilidade implícita.....	138
3.2 Nomeação <i>Pro Tempore</i>	142
Conclusões	143
Referências.....	144

A DISCRICIONARIEDADE DO REITOR DAS INSTITUIÇÕES FEDERAIS DE ENSINO SUPERIOR NA ALOCAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS 147

Eduardo Langoni de Oliveira Filho

Introdução	147
1. As universidades públicas e a autonomia conferida pela Constituição Federal.....	149
2. As funções dos reitores das universidades públicas federais e a responsabilidade pelo planejamento orçamentário	153
3. A elaboração do orçamento das universidades públicas federais e a trágica escolha da alocação dos recursos escassos	155
4. As subjetividades presentes na atuação do reitor ao decidir sobre a alocação de recursos no orçamento da universidade federal	158
4.1. A elaboração do orçamento das universidades federais e a discricionariedade	160
4.2. A liberdade de configuração e a atuação do reitor.....	162
4.3. A apreciatividade na conduta do reitor de universidade federal ao elaborar o orçamento público.....	164

4.4. A margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados e a autonomia para alocação de recursos escassos	169
4.5. A ação do reitor universitário como uma atuação vinculada	172
Conclusões	177
Referências	179

NOTAS SOBRE A SUBJETIVIDADE NO DIREITO-DEVER DE APTIDÃO FUNCIONAL: A LICENÇA CAPACITAÇÃO COMO ATUAÇÃO DISCRICIONÁRIA	183
--	-----

Diogo Alves Verri Garcia de Souza

Introdução	183
1. Nota sobre o Estado constitucional e a sua predisposição às subjetividades	186
2. A relação entre as subjetividades e a aptidão funcional	190
3. Algumas formas normativamente previstas de capacitação do servidor ..	192
3.1 Licença sabática	192
3.2 Afastamento para participação em programa de pós-graduação <i>stricto</i> <i>sensu</i> no país	195
3.3 Afastamento para estudo no exterior	196
3.4 Ações de capacitação regularmente promovidas pelo órgão	196
3.5 Licença capacitação	197
4. A estrutura das subjetividades em licença capacitação	200
4.1. A via do conceito jurídico indeterminado no princípio da eficiência	202
4.2 A etapa da conformação do legislador e do administrador	207
4.3 Discricionariedade e apreciatividade na licença capacitação	211
Conclusões	214
Referências	216

A SUBJETIVIDADE PÚBLICA DO PROFESSOR NA SELEÇÃO DOS INSTRUMENTOS MATERIAIS, NA ESCOLHA DA METODOLOGIA DE ENSINO E NA ABORDAGEM DOS CONTEÚDOS PROGRAMÁTICOS EM SALA DE AULA	219
---	-----

Rodrigo Garrido Dias

Introdução	219
1. A subjetividade pública do professor na seleção dos instrumentos materiais	220

2. A subjetividade pública do professor na escolha da metodologia de ensino	225
3. A subjetividade pública do professor na abordagem dos conteúdos programáticos em sala de aula	232
Considerações finais	236
Referências	237

A DISCRICIONARIEDADE DO PROFESSOR NA AVALIAÇÃO DOS ALUNOS E NA DISTRIBUIÇÃO DE NOTAS EM PROVAS E EXAMES	239
---	-----

Andrea Drumond de Meireles Seyller

Jorgina Peixoto Bonifácio

Leonardo Ferreira Barbosa da Silva

Introdução	239
1. Da discricionariedade do professor e da liberdade de cátedra	243
2. Do sistema de avaliação dos professores aos alunos e distribuição de notas em provas em exames	247
3. Estudo da discricionariedade do professor no ensino superior do Estado do Rio de Janeiro	253
Conclusão	259
Referências	261

PUNIÇÕES DISCIPLINARES AOS ALUNOS PELOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO E PODER DISCIPLINAR DO PROFESSOR EM SALA DE AULA	265
---	-----

Andrea Drumond de Meireles Seyller

Jorgina Peixoto Bonifácio

Leonardo Ferreira Barbosa da Silva

Introdução	265
1. Da interação entre liberdade de cátedra e a subjetividade ou autonomia pública	267
2. Punições disciplinares aos alunos pelos estabelecimentos de ensino	272
3. Poder disciplinar do professor em sala de aula	276
4. Resultado da pesquisa	281
4.1 Panorama da educação brasileira em 2019 - ensino superior	281
4.2 Da aplicabilidade das punições disciplinares aos alunos pelos estabelecimentos de ensino superior no Estado do Rio de Janeiro	283

4.3 Da aplicabilidade do poder disciplinar do professor em sala de aula	286
Conclusão.....	289
Referências.....	290

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E INATIVIDADE NOS CASOS DE BULLYING: UMA ANÁLISE À LUZ DA LEI Nº 13.185/2015	293
--	-----

Marcelo Bertozzi de Pinho

Introdução	293
1. A educação como serviço público	295
2. O bullying e a Lei n.º 13.185/2015	297
3. A definição legal do bullying.....	303
4. Os personagens do bullying	305
5. A discricionariedade administrativa e a Lei n.º 13.185/2015	307
Conclusão.....	315
Referências.....	316

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA EM MATÉRIA DE EDUCAÇÃO: A QUESTÃO DA EDUCAÇÃO DOMICILIAR À LUZ DO RE Nº 888.815/STF E OS POSSÍVEIS IMPACTOS DECORRENTES DA COVID- 19.....	319
---	-----

José Sérgio da Silva Cristóvam

Gabriela Mafra

Introdução	319
1. Breves considerações sobre a separação de poderes e a ideia de deferência judicial.....	322
2. A questão da judicialização de políticas públicas educacionais	326
2.1. Do ativismo à autorrestrrição judicial	331
2.2. Sobre a judicialização da educação e de políticas públicas educacionais	333
3. O RE nº 888.815/RS e os possíveis impactos da Covid-19 sobre a educação domiciliar	334
Conclusões	343
Referências.....	345

Apresentação

A obra coletiva “Discrecionalidade na área educacional” é a terceira de uma coletânea que possui outros dois títulos: “Discrecionalidade na Área Policial” e “Discrecionalidade na área da saúde”.

Nesta oportunidade, os artigos foram formulados pelos membros do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). As obras anteriores decorreram de trabalhos apresentados pelos alunos da disciplina “Limitações constitucionais às escolhas públicas”, por mim ministrada, no Mestrado Acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGDC) e da disciplina “Judiciário, justiça e jurisdição administrativa I” no Doutorado Acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios (PPGDIN), ambos da Universidade Federal Fluminense (UFF).

O GDAC é um grupo colaborativo de Direito administrativo que reúne profissionais e acadêmicos de todos os níveis. Nossos objetivos são a geração de conhecimento crítico e ao mesmo tempo contemporâneo, a criação de conteúdo inovador, a divulgação de boas práticas, a defesa de direitos e a ajuda ao próximo. Nossa força está nas conexões emocionais com foco no longo prazo, na colaboratividade, na pluralidade de acesso e na heterogeneidade profissional e acadêmica dos nossos membros.

A presente obra buscou pesquisar o tema das subjetividades ou autonomias públicas de agentes públicos na área da educação. Os membros do grupo foram instados a escolher e explorar um tema que abordasse a “discrecionalidade do professor”. A obra, porém, não se limitou a analisar tal tipo de agente público, considerados agentes de campo ou das ruas (street-level bureaucrats), mas distintos atores da área educacional, envolvendo administradores de elite (administrative elites), que ocupam os mais altos níveis da hierarquia administrativa, e os chamados diretores e supervisores (managers and supervisors), que possuem alguma função de confiança.

Ressalta-se que o foco da obra não está na atuação dos particulares, mas apenas dos agentes públicos, pois apenas esses possuem a dita discrecionalidade administrativa, ou como se prefere, as distintas formas de subjetividades ou autonomias administrativas.

Assim como as obras anteriores da coletânea, esta obra se justifica no fato de inexistir na doutrina estudos específicos sobre a abordagem das margens de liberdade de atuação dos servidores da linha de frente. Além de ser comum se observar abusos de poder por parte daqueles que ensinam ou que de alguma forma dirigem e supervisionam estes. A final e ao cabo, só é possível controlar e limitar tais abusos caso se conheça como tais agentes praticam suas subjetividades ou autonomias administrativas.

Busca-se, portanto, com a humildade que se espera de todo pesquisador contribuir de forma inovadora com a doutrina no aprofundamento de tais margens de liberdades.

Agradeço aos membros do GDAC por fazerem parte desse projeto e por suas contribuições aos quais, desde já, parablenizo pelo resultado final.

André Saddy

MMXX, maio, Rio de Janeiro, Brasil

andresaddy@yahoo.com.br

CONTEÚDO, TITULARIDADE E ALCANCE DA LIBERDADE DE ENSINAR (“LIBERDADE DE CÁTEDRA”) NO ENSINO PÚBLICO SUPERIOR

André Saddy

Pós-Doutor pelo Centre for Socio-Legal Studies da Faculty of Law da University of Oxford. Doutor Europeu em “Problemas actuales de Derecho Administrativo” pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid, com apoio da Becas Complutense Predoctorales en España. Mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com apoio do Programa Alþan, Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para América Latina. Pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor da Faculdade de Direito, do Mestrado em Direito Constitucional e do Doutorado em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense. Professor do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Vice-Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ). Diretor-Presidente do Centro de Estudos Empírico Jurídico (CEEJ). Idealizador e Coordenador do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). Consultor e parecerista. *andresaddy@yahoo.com.br*

Sumário: Introdução; 1. Ensino como serviço público não privativo; 2. Conteúdo da liberdade de ensinar (“liberdade de cátedra”); 2.1 “Liberdade de cátedra” como espécie da liberdade acadêmica; 2.2 Conteúdo negativo e positivo da “liberdade de cátedra”; 2.3 Dupla vertente (pessoal e institucional) e dupla dimensão (objetiva e subjetiva); 3. Titularidade e alcance da liberdade de ensinar (“liberdade de cátedra”); 4. As funções próprias da atividade docente; 5. Subjetividades ou autonomias públicas dos professores do ensino público; ; Conclusões; Referências.

Introdução

A invocação de uma liberdade de manifestação da vontade e de expressão por parte do professor é algo comum nos meios acadêmicos. Costuma-se dizer que o professor possui uma “liberdade de cátedra”, sendo que “cátedra” significa o assento elevado de onde o professor explica as lições aos alunos ou o domínio que se tem de uma ciência ou arte.¹

¹ Segundo Cláudia Mansani Queda de Toledo (TOLEDO, Cláudia Mansani Queda de. Direito à liberdade de cátedra. In: NUNES Júnior, Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; Et. Al. Enciclopédia jurídica da PUC/SP. Tomo Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo: PUCSP, 2017 (tomo 2), p. 7): “cátedra é expressão que deriva do latim e significa cadeira

A “liberdade de cátedra” ou, como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) estabelece, a liberdade de ensinar² não é absoluta. Deve ela ser compatibilizada, principalmente, com outra liberdade que o constituinte consagrou – a liberdade de aprender (art. 206, inc. II). Isso significa, basicamente, que a liberdade de ensinar não pode ser utilizada para limitar o direito fundamental à educação (art. 6º e art. 205 da CRFB).³

Tal aspecto, no entanto, não será o objeto deste artigo. Não se pretendeu estabelecer quais os limites e como se deve dar o controle em eventuais arbitrariedades cometidas pelos profissionais da área do ensino. A pretensão do artigo foi de, tão somente, entender qual o conteúdo do direito à liberdade de ensino (ou de cátedra).

Assim desenvolveu-se este estudo porque, sem uma precisa delimitação científica, torna-se impossível estabelecer os contornos que regem sua limitação. Além disso, é comum observar a invocação da “liberdade de cátedra” para justificar ações didático-pedagógicas, justificar uma ideia sob a alegação da existência de uma pluralidade de ideias, etc.

O professor tem o costume de referir que é livre para escolher o método, os livros que irá adotar, o programa que formulará. Mas seria

magistral ou doutrinária e teve a sua inspiração na influência da própria cadeira de São Pedro, a chamada Cathedra, Cathedra Petri ou Cadeira de Pedro, conservada até os dias atuais na Basílica de São Pedro, por ser um símbolo da origem das palavras e conselhos magistrais, de sabedoria, razão que inspirou também ao paralelo com a atividade docente como um direito de defender suas ideias ou professar conhecimento.

Lembra-nos ainda Rodrigues Junior que a palavra Catedral advém da noção da doutrina da igreja, dos ensinamentos baseados na autoridade (moral e intelectual) dos homens que conviveram com Jesus ou com seus primeiros discípulos e, com base na sucessão apostólica, transmitiam essas verdades aos cristãos. O bispo, na sé diocesana, possuía uma cadeira, de onde, sentado, ensinava aos assistentes as verdades eclesiásticas. Essa cadeira era a cátedra, daí se falar em igreja catedral”.

² Vale ressaltar que o termo “liberdade de cátedra” já foi utilizado no Brasil, pela Constituição de 1934.

³ Pode-se invocar inúmeros limites a “liberdade de cátedra”, cita-se além das liberdade de aprender, outros limites, tais como: o marco regulatório da educação superior; as diretrizes curriculares de ensino estabelecidas por meio da Resolução do Conselho Nacional de Educação; o Plano de Desenvolvimento Institucional (PDI); o Projeto Pedagógico de Curso (PPC); o Regulamento da Universidade; as diretrizes da Unidade de Ensino e do Departamento; o programa da disciplina aprovado pelo Departamento; entre muitos outros. Qualquer desobediência a esses e outros limites existentes por parte do professor não pode se amparar na “liberdade de cátedra”. Todo isso deve servir de guia para elaboração das atividades de ensino, pesquisa e extensão.

possível a um professor ministrar conteúdo distinto ao dos seus companheiros de disciplina? Poderia um professor ministrar conteúdo distinto ao do programa aprovado pelo departamento ao qual é vinculado? Poderia um professor avaliar certo aluno de forma distinta àquela dos demais por este ser militante de determinada ideologia distinta da sua? Poderia o professor emitir opinião ou juízo sobre questões que não estejam inclusas no programa de ensino, sequer relacionadas a ele? Seria cabível que um professor defendesse uma ideia mesmo que o centro de ensino tenha indicado de não o fazer? E se essa ideia for absolutamente contrária à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) ou contra uma verdade universal, tal como a existência do holocausto nazifascista como fato histórico ou a teoria evolutiva de Darwin? Seria possível que um professor de certa disciplina utilize-se de ferramentas pedagógicas distintas às dos demais professores daquela mesma disciplina? E métodos de avaliação poderiam ser distintos? Poderia o professor efetivo de determinada disciplina indicar para o substituto, com todo detalhe, como deva ministrá-la? Poderia o professor optar por selecionar o que lecionará do programa de disciplina estabelecido? E inverter a ordem de exposição, seria possível?

Enfim, para entender os limites da liberdade de ensinar/cátedra, deve-se, primeiro, aprender o que compõe sua concepção. Isso porque o conteúdo da tal liberdade não é desenvolvido no texto constitucional tampouco nos textos legais. Falta, pois, descrição ou desenvolvimento desta faculdade. Esse esvaziamento no significado de tal direito gera discrepâncias no momento de fixar sua titularidade, seu alcance e, sobretudo, seu conteúdo.⁴

A fim de delimitar o escopo deste trabalho, buscou-se dar enfoque ao professor do ensino público superior, da Carreira de Magistério Superior, composta pelos cargos, de nível superior, de provimento efetivo de Professor

⁴ O Supremo Tribunal Federal tem sido incitado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade de temas educacionais nos últimos anos, mas em nenhuma dessas decisões o mesmo define a liberdade de ensinar/cátedra. Apenas deixa claro que ela não é um cheque em branco para proselitismo ou doutrinação. Sobre o tema: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADC 17 MC / DF. Relator: Ricardo Lewandowski. Data: 17 dezembro de 2010 – caso da idade mínima para ingresso no ensino fundamental; _____. ADI 5.537 MC/AL. Relator: Luís Roberto Barroso. Data: 21^{de} março de 2017 – caso programa “Escola Livre”; _____. ADI 4.439 / DF. Relator: Alexandre de Moraes. Data: 27 setembro de 2017 – caso do ensino religioso em escolas públicas; _____. RE 888.815 /RS. Relator: Alexandre de Moraes. Data: 12 setembro de 2018 – caso do ensino domiciliar.

do Magistério Superior, de que trata a Lei n.º 7.596, de 10 de abril de 1987, e pelo Cargo Isolado de provimento efetivo, de nível superior, de Professor Titular-Livre do Magistério Superior, ambos disciplinados pela Lei n.º 12.772, de 28 de dezembro de 2012. Nesse sentido, interessou analisar as subjetividades ou autonomias públicas decorrentes de tais funções.

Para tanto, inicia-se a exposição desse tema com uma análise do serviço público de ensino, depois, desenvolve-se o conteúdo que a doutrina confere à liberdade de ensinar/cátedra, para, então, diferenciar esta da liberdade acadêmica e estabelecer quem é seu titular e qual o seu alcance. Ulteriormente, examinam-se as subjetividades ou autonomias públicas dos professores do ensino público com foco no Ensino Superior.

1. Ensino como serviço público não privativo

No Brasil, o ensino é tratado como um serviço público não privativo, pois possui uma dubiedade de titularidade, ou seja, faz parte daqueles serviços que podem ser desenvolvidos pelo Estado ou pelo setor privado, sendo que esse último os exerce de forma paralela ou complementar ao poder público. São atividades econômicas, classificadas como serviço público, que não tenham apenas titularidade pública, por tal motivo, são também chamados de serviços públicos compartilhados ou não exclusivos.

Por questões de essencialidade-legalidade, determinada atividade econômica é configurada como serviço público, porém, com aspectos quanto à sua prestação, por parte da iniciativa privada, é tratada como atividade econômica em sentido estrito. Dessa forma, é a atividade que, sendo da competência do Estado, não o é com exclusividade. Apenas se caracteriza como serviço público se prestada por aquele.

Se o ensino pode ser prestado tanto pelo poder público quanto pela iniciativa privada, deve-se interpretar, em princípio, que o direito à liberdade de ensino/cátedra resguarda a atuação de todo e qualquer professor, seja este integrante de uma instituição pública ou privada. Mas não. Tal liberdade, como se terá oportunidade de demonstrar, possui graus distintos a depender de diferentes fatores.

2. Conteúdo da liberdade de ensinar (“liberdade de cátedra”)

A garantia jurídica, seja ela constitucional ou legal, denominada liberdade de ensinar ou, como se passará a tratar daqui em diante, “liberdade de cátedra”, é tradicionalmente incluída nos direitos à liberdade de expressão e à manifestação de pensamento, só que segundo determinado contexto, isto é, o ensino.⁵

O termo “liberdade de cátedra” é utilizado no sentido de estabelecer a margem relativa de liberdade quanto ao programa, ao conteúdo e à metodologia a serem ministrados em sala de aula. Mas não apenas isso. Engloba, também, o conjunto de atividades que tenha por finalidade a

⁵ Deve-se distinguir a liberdade de ensinar com a liberdade de pensamento ou intelectual. A liberdade de pensamento ou intelectual diz respeito a possibilidade de determinada pessoa seguir o caminho mental que crê ser mais apropriado para alcançar a verdade. Sendo assim, a “liberdade de cátedra” será sempre um efeito da liberdade de pensamento ou intelectual, mas nem toda liberdade de pensamento ou intelectual chega a se transformar em “liberdade de cátedra”. Primeiro porque esta liberdade deve se materializar no mundo fático com ações, caso não ocorra, ficará apenas no pensamento ou no intelecto da pessoa, na vontade. Segundo, porque nem toda liberdade de pensamento ou intelectual se exerce dentro da área educacional. Além disso, não se pode confundir a liberdade de ensinar com a liberdade de expressão. O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de distinguir o que denominou de liberdade acadêmica da liberdade de expressão. Segundo o mesmo: “[...] *A liberdade acadêmica tem o propósito de proteger o avanço científico, por meio da proteção à liberdade de pesquisa, de publicação e de propagação de conteúdo dentro e fora da sala de aula. É assegurada, ainda, com o fim de permitir ao professor confrontar o aluno com diferentes concepções, provocar o debate, desenvolver seu juízo crítico. Tem relação com a expertise do professor, ainda que não se restrinja a ela, porque as fronteiras de cada disciplina são elas próprias bastante indefinidas. Tem o propósito de assegurar uma educação abrangente.*

A liberdade de expressão, por sua vez, volta-se à preservação de valores existenciais, à livre circulação de ideias e ao adequado funcionamento do processo democrático. Não tem relação com expertise técnica, não tem compromisso com standards acadêmicos, mas com a condição de cidadão e com o direito de participar do debate público. No espaço público, todos somos iguais. Na sala de aula, o professor forma pessoas e avalia os alunos. São, portanto, direitos distintos, finalidades distintas, não necessariamente sujeitos aos mesmos limites.

Não há dúvida de que a liberdade de ensinar se submete à consecução dos fins para os quais foi instituída. Deve, por isso, observar os standards profissionais aplicáveis à disciplina ministrada pelo professor. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 5537 MC/AL. Relator: Luís Roberto Barroso. Data: 21^{de} março de 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311456113&ext=.pdf>. Acesso em: 18 de dezembro de 2019).

descoberta de novos conhecimentos, ou seja, a pesquisa e qualquer ação da instituição de ensino na comunidade que possibilita o compartilhamento, com o público externo, do conhecimento adquirido por meio do ensino, da pesquisa e da extensão.

Trata-se, portanto, do exercício de um direito do professor de se expressar livremente, no desenrolar de sua atividade de ensino, pesquisa e extensão. Tal liberdade confere ao professor a possibilidade de manifestar ideias, opiniões, pensamentos, convicções e posicionamentos seus com liberdade. O conteúdo de tal direito implica, assim, no direito de expressar as ideias/opiniões/pensamentos/posicionamento/convicções científicas que cada professor assume no exercício de suas atividades docentes.

José Celso de Mello Filho⁶ conceitua a liberdade de cátedra como o direito que assiste o professor em exteriorizar e comunicar seus conhecimentos no exercício do magistério, bem como acrescenta que a liberdade de cátedra constitui direito próprio de quem exerce a atividade docente; e esse direito não pertence aos departamentos de ensino enquanto unidades orgânicas do sistema universitário.

Já Rosa María Satorras Fioretti⁷ afirma que:

La libertad de cátedra, o libertad de enseñanza del profesor, es la facultad que ostenta todo docente de transmitir sus conocimientos como considere oportuno, con independencia de que provengan, o no, de su propia labor investigadora. Es un derecho del particular frente al Estado.

Segundo Raul Madrid⁸, esse direito supõe:

a) Que el centro donde se imparte docencia no puede imponer al profesor la obligatoriedad de transmitir a sus alumnos los criterios científicos e

⁶ MELLO FILHO, José Celso de. Constituição federal anotada. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 418.

⁷ SATORRAS FIORETTI, Rosa María. Lecciones de Derecho Eclesiástico del Estado. J. M. Bosch Editor, 2004.

⁸ MADRID, Raul. El derecho a la libertad de cátedra y el concepto de Universidad. Revista Chilena de Derecho, Santiago, v. 40, n. 1, p. 353-369, jan-jun, 2013, p. 356 e 357.

ideológicos, los valores y conceptos que la dirección del centro establezca con carácter de uniformidad. La libertad de cátedra supone fundamentalmente la posibilidad de expresar las ideas y convicciones que cada profesor asume como propias, en relación a la materia objeto de enseñanza, y por lo tanto violaría la libertad científica cualquier predeterminación de esos conceptos o ideas. La aplicación de esta regla general debe matizarse, sin embargo, cuando se trata de centros universitarios que tienen una inspiración religiosa, o que declaran previamente los principios teóricos o éticos a los cuales la institución libremente decide adscribirse, sin perjuicio del orden público, la moral y las buenas costumbres.

b) La actividad docente misma no puede ser sometida a censura previa, ni tampoco a actos correctivos a posteriori; salvo en el caso antes mencionado.

c) La posibilidad de determinar libremente no solo el contenido de la enseñanza, sino también el método de exposición que se ha de utilizar. Lo cual, no supone negar la potestad de establecer, por parte del centro educativo o por parte del Estado, orientaciones pedagógicas. Pero esa potestad debe ser compatible con la libertad del profesor, de tal forma que esta no quede anulada o coartada.

Outros, como Liviu Andreescu⁹, entendem que liberdade de cátedra, em linhas gerais, é a faculdade de que dispõem os acadêmicos para investigar, ensinar e publicar sobre qualquer tema que considerem de interesse profissional; sem risco ou ameaça de sanção, exceto mediante a adequada demonstração de inescusável incumprimento da ética profissional.

⁹ ANDREESCU, Liviu. Foundations of Academic Freedom: Making New Sense of Some Aging Arguments. *Studies in Philosophy of Education*, v. 28, n. 6, p. 499-516, nov. 2009, p. 500.

Mediante tais posicionamentos doutrinários, depreende-se que a “liberdade de cátedra” tem diferentes concepções. E, nessa perspectiva, existem aqueles que a concebem como o direito de ensinar e pesquisar a verdade, porém, como esta é uma só, esse direito seria reduzido de tal maneira que se poderia dizer, até mesmo, que ele nem sequer existe. Outros defendem que tal liberdade é entendida como a capacidade jurídica dos professores de ensinar e pesquisar tudo o que desejam em termos de racionalidade dedutiva ou empírica. Nesta segunda concepção, a verdade que se busca não é aquela transcendente, mas, sim, a iminente, que está por surgir. Por fim, há quem menciona que a liberdade de cátedra já não pode ser concebida simplesmente como uma liberdade de ensinar, pesquisar e realizar extensão, mas, sim, como um direito do acadêmico de expor sua opinião sobre qualquer ponto, sem necessidade de que ela se encontre fundada em algum parâmetro intersubjetivo. Nesse caso, a verdade já não mais importaria, pois ela inexistiria. Aqui, a “liberdade de cátedra” estaria no desejo de sustentar seu ponto de vista; sem que necessariamente o acadêmico precise ser coerente com tal ponto de vista no futuro. Ela seria, na verdade, uma liberdade de interpretação.

Independentemente da concepção adotada, é claro que o exercício deste direito (“liberdade de cátedra”) deve respeitar os demais direitos fundamentais, especialmente, o direito à honra, à intimidade e à imagem; além de evitar abusos de direito, como a atuação do professor que transmita opiniões que não guardam relação com a matéria lecionada ou que sejam frutos exclusivamente de uma opção ideológica ou transmitidas com finalidade proselitista ou de doutrinação política; ou seja, realizada como ação ou empenho de tentar converter uma ou várias pessoas em prol de determinada causa, doutrina, ideologia ou religião.

2.1 “Liberdade de cátedra” como espécie da liberdade acadêmica

Em 1997, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) emitiu uma recomendação relativa ao Estatuto do Pessoal do Ensino Superior, que complementa a Recomendação da Organização Internacional do Trabalho (OIT/UNESCO) de 1966 relativa ao Estatuto dos Professores. Juntos, esses instrumentos constituem, em âmbito

internacional, os principais marcos legais para tratar dos direitos e das responsabilidades dos professores e dos educadores.

As duas recomendações enfatizam a liberdade acadêmica como algo diferente da “liberdade de cátedra”. A liberdade acadêmica seria mais ampla que a de cátedra, pois incluiria as atividades de pesquisa, difusão e publicação dos resultados, bem como a liberdade de expressar sua opinião sobre a instituição ou o sistema como um todo, liberdade perante a censura institucional e a liberdade de participar nos órgãos profissionais ou em organizações representativas.

Com base no exposto, entende-se que a “liberdade de cátedra” é um dos direitos que estão inclusos na liberdade acadêmica, concebida como um direito a exercer a docência, principalmente no âmbito da educação superior, com relativa liberdade de ensinar e debater sem estar limitado por doutrinas instituídas.¹⁰

2.2 Conteúdo negativo e positivo da “liberdade de cátedra”

A “liberdade de cátedra” possui um conteúdo negativo, de imunidade, e outro, positivo, de faculdade de ação.

¹⁰ Este também parece ser o entendimento da Corte Constitucional da Colômbia. Segundo tal Corte, “*son titulares de la libertad de enseñanza, aprendizaje e investigación la comunidad en general, y en particular las instituciones de enseñanza, sean éstas públicas o privadas, los docentes e investigadores y los estudiantes. Pero la "libertad de cátedra", tiene un destinatario único y este es el educador, cualquiera fuese su nivel o su especialidad. Por lo tanto, la libertad de cátedra es el derecho garantizado constitucionalmente a todas las personas que realizan una actividad docente a presentar un programa de estudio, investigación y evaluación que según su criterio, se refleja en el mejoramiento del nivel académico de los educandos. La libertad de cátedra no es un derecho absoluto, sino que tiene un límite constituido por los fines del Estado, entre los cuales se encuentra la protección de los derechos, como la paz, la convivencia y la libertad de conciencia, entre otros. En desarrollo de la libertad de cátedra los planteles educativos -sean públicos o privados-, deben permitir que los profesores libremente determinen la forma en que consideran debe desarrollarse la materia y realizarse las evaluaciones, claro está que la decisión debe ser comunicada a las directivas con el fin de velar por la calidad, el cumplimiento en las labores docentes y por la mejor formación intelectual los educandos*”. (COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. Sentencia No. T-092/94. Data: 03 de março de 1994. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-092-94.htm>. Acesso em: 14/12/2019.

O conteúdo negativo pode ser definido como um direito de resistir a qualquer manifestação oficial de dar ao ensino uma orientação ideológica específica, isto é, qualquer orientação que implique determinado enfoque da realidade. Isso significa que a liberdade de cátedra é uma noção incompatível com a existência de uma doutrina ou ciência oficial. Tal liberdade proíbe, portanto, qualquer forma de condicionamento ideológico dos docentes e, por conseguinte, supõe uma autonomia no que se refere ao conteúdo. Abrange a liberdade para eleger, utilizar e aplicar métodos, procedimentos e tratamentos condizentes à aquisição, exposição e transmissão dos conhecimentos científicos.

Já no que diz respeito ao conteúdo positivo, de contorno mais impreciso, pode-se dizer que a liberdade de cátedra ampara a livre programação e o desenvolvimento igualmente livre da docência. E esta é a que interessa para o presente estudo e que é supramencionada.

2.3 Dupla vertente (pessoal e institucional) e dupla dimensão (objetiva e subjetiva)

Além do conteúdo negativo e positivo que faz parte de uma vertente pessoal de direito subjetivo, pode-se considerar que a liberdade de cátedra também possui uma vertente de autêntica garantia institucional. Nesse sentido, aponta-se que a “liberdade de cátedra” tem duas vertentes: (i) pessoal, que é a faculdade do professor, como docente e como pesquisador, de expressar suas ideias, seus pensamentos ou suas opiniões, tanto no âmbito institucional como no exercício da atividade docente, investigativa e de extensão; e (ii) institucional, que se refere ao poder das instituições de Ensino Superior de decidir o conteúdo do ensino sem sujeição e com plena autonomia.

Comumente, concebe-se que a garantia institucional prevalece sobre o conceito de direito subjetivo do professor. Ambas as dimensões servem para delimitar esse espaço de liberdade sem o qual não é possível lecionar, pesquisar e realizar extensão, atividades que constituem a razão de ser das instituições de Ensino Superior.

Ocorre que essa dupla dimensão não é compartilhada por todos. Há, por exemplo, aqueles que não distinguem a liberdade acadêmica da liberdade de cátedra e, por conseguinte, negam qualquer relação entre elas.

Distintamente, outros entendem que tais conceitos se complementam, pois a autonomia universitária garante um espaço de liberdade para a organização de ensino universitário frente a ingerências externas, enquanto que a liberdade de cátedra empondera cada docente para desfrutar de um espaço intelectual próprio e resistente a pressões ideológicas, que lhe faculta para explicar, segundo seu critério científico e pessoal, os conteúdos daquela disciplina que a universidade o assignou.¹¹

Vezio Crisafulli¹², por exemplo, diferencia a *libertà della scuola*, entendida como o direito do centro docente a conformar o ensino de acordo com suas orientações ideológicas, da *libertà nella scuola*, entendida como a liberdade do docente individual. Para o autor, prevalece o primeiro em detrimento do segundo. Outros autores, italianos, porém, discordam de tal afirmativa. Umberto Pototschnig¹³, por exemplo, entende que a *libertà nella scuola* prevalece sobre a *della scuola*. Para este, a liberdade da escola deve ser interpretada como a liberdade de criar centros educativos, com professores, programas e estrutura próprios. Neste o Estado não pode impedir, nem mesmo pelo legislador, o desenvolvimento livre daqueles que querem construir e fazer funcionar escolas próprias, mas esta liberdade não pode afetar de forma alguma a liberdade dos docentes. Logo, para este, a liberdade na escola deve ser interpretada como a liberdade do professor de expressar livremente seu próprio pensamento na escola.

Além dessas vertentes, há aquelas que diferenciam uma dimensão objetiva e subjetiva da “liberdade de cátedra”. É o caso de José Afonso da Silva¹⁴, que defende a liberdade de ensinar/cátedra como forma de manifestação específica do pensamento do magistério, que abrange uma dimensão objetiva e outra subjetiva. Esta diz respeito aos sujeitos do conhecimento; aquela se relaciona à liberdade do professor de escolher o

¹¹ VIDAL PRADO, Carlos. Libertad de cátedra y organización de la docência em el ámbito universitario. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, n. 84, p. 61-103, sep.-dic., 2008, p. 69.

¹² CRISAFULLI, Vezio. La scuola nella costituzione. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano, a. VI, n. 1, p. 54-87, gen-mar, 1956, p. 75.

¹³ POTOTSCHNIG, Umberto. *Insegnamento, istruzione, scuola*. Padova: Scritti scelti, 1999, p. 686.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 802.

objeto do ensino a transmitir, liberdade condicionada aos currículos escolares e aos programas oficiais de ensino.

3. Titularidade e alcance da liberdade de ensinar (“liberdade de cátedra”)

Como apontado, muitos creem que a “liberdade de cátedra” é um direito de todos os professores, independentemente do nível educativo, resguardando não apenas o professor agente público, mas todos aqueles que exercem a função docente; ou seja, aplica-se, também, aos professores que lecionam na iniciativa privada.

Assim, inclusive, já entendeu o Tribunal Constitucional Espanhol – TCE (Sentencia 5/1981), ao afirmar que:

[...] el objeto de este derecho viene constituido por la libertad, por parte del docente, para poder transmitir, sin previa censura y sin ningún tipo de coacción, los criterios científicos, artísticos y culturales, que aquel considera cómo válidos desde una metodología determinada”, y agrega que “la libertad de cátedra tiene un ámbito variable determinado, fundamentalmente por: la naturaliza pública o privada del centro docente y el nivel o grado educativo a que corresponde el puesto docente ocupado.

O Tribunal Constitucional Alemão – BverfGE (Sentença de 29 de maio de 1973), apesar de não ter sido tão enfático quanto à titularidade de tal direito, também, já teve oportunidade de se manifestar no sentido de que a garantia ao conhecimento científico é uma zona protegida da ingerência do Estado e abarca a legitimidade científica, baseada em processos, modo de comportamento e decisões, para a localização de conhecimentos, seu significado e transmissão.

Apesar de concordar com a titularidade ampla da “liberdade de cátedra”, entende-se que seu conteúdo como direito fundamental é diferente entre os distintos tipos de professor, no sentido de que tal direito é gradual,

com nuances que diminuirão ou aumentarão conforme o nível educativo e o regime de contratação do professor: se temporário, celetista ou estatutário.¹⁵

Pode-se referir, assim, que são três os fatores principais que afetam o alcance e o conteúdo da “liberdade de cátedra”: (i) a natureza estatal ou privada da instituição de ensino; (ii) o nível de ensino; (iii) e a realização de pesquisa.

Defende-se, aqui, que tal liberdade é maior em instituição de ensino público superior, por conta da estabilidade no serviço público e da quantidade de pesquisa que realiza, do que em instituição privada, independentemente desta ser de Ensino Superior e até mesmo estabelecimentos de Ensino Primário ou Secundário .

Acredita-se que, mesmo nas instituições de Ensino Primário ou Secundário , exista “liberdade de cátedra” apesar de entender que ela se torna mais evidente e forte no Ensino Superior, afinal, é apenas neste nível que há uma estreita relação entre a pesquisa e o ensino. Entende-se que o que mais evidencia a “liberdade de cátedra” não é o ensino, mas a pesquisa. É isso que distingue o professor de Ensino Superior daqueles que não o são. Assim, professores de instituições de Ensino Superior possuem maior “liberdade de cátedra” do que professores do Ensino Primário ou Secundário.¹⁶ No entanto, mesmo nas instituições de Ensino Superior, caso elas se limitem a priorizar o ensino em detrimento da pesquisa, como infelizmente ocorre no Brasil, a “liberdade de cátedra”, no âmbito dessas instituições, será menor em

¹⁵ Sobre o tema, vide: MARTINS, Sérgio Pinto. O professor celetista e a liberdade de cátedra. Revista Síntese trabalhista e previdenciária, v. 30, n. 362, p. 33-38, ago. 2019; TEIXEIRA, Marcelo Tolomei. A liberdade de cátedra e o contrato de trabalho. Revista Fórum trabalhista: RFT, v. 8, n. 34, p. 97-112, jul./set. 2019; OLIVEIRA, Rodrigo Fernandes de. A liberdade de cátedra como garantia de emprego do professor universitário privado. Justiça do trabalho, v. 30, n. 357, p. 72-76, set. 2013.

¹⁶ A *Supreme Court* norte-americana aduz que nos primeiros anos da educação básica, os professores detêm um amplo poder discricionário, leia-se “liberdade de cátedra” em questões disciplinares: “*To accomplish th[e] desirable ends [of teaching self-restraint, obedience, and other civic virtues], the master of a school is necessarily invested with much discretionary power... He must govern these pupils, quicken the slothful, spur the indolent, restrain the impetuous, and control the stubborn. He must make rules, give commands, and punish disobedience. What rules, what commands, and what punishments shall be imposed, are necessarily largely within the discretion of the master, where none are defined by the school board*” (Patterson v. Nutter, 78 Me. 509, 511, 7 A. 273, 274 (1886); Morse v. Frederick, 551 U.S. (2007)).

comparação àquela em que os professores realizam pesquisas.¹⁷

Isso quer dizer que caso a transmissão do conhecimento (ensino) seja fruto da pesquisa de outros ou possua conteúdos que lhes sejam impostos a lecionar, a “liberdade de cátedra” será reduzida, mas não extirpada. Sempre existirá algum resquício de liberdade, afinal, o professor, de Ensino Superior ou não, poderá desenvolver seus programas com diferentes enfoques, pode utilizar-se de diversas metodologias, assim como pode escolher o que irá exigir dos alunos nas provas, entre outras possibilidades. Tudo isso faz parte do campo de uma “liberdade de cátedra”, mesmo que reduzida em comparação com aqueles que praticam o ensino e a pesquisa.

A “liberdade de cátedra” não se reduz, porém, a um conteúdo exclusivamente científico, pois o limite do científico resulta difícil de ser determinado, mas não resta dúvida de que, no Ensino Superior, a margem de atuação dos docentes é mais ampla.¹⁸

4. As funções próprias da atividade docente

O fato de a titularidade da liberdade de cátedra ser ampla fica evidente quando se analisam as funções próprias da atividade docente, uma vez que algumas delas se encontram presentes tanto nos níveis relacionados ao Ensino Primário ou Secundário como no Ensino Superior.

No processo de ensino-aprendizagem, há diferentes aspectos, tais como a transmissão de conhecimento, a valoração, a crítica, a pesquisa, a metodologia e, também, o sujeito receptor. Seja no Ensino Superior ou não, sempre existirá a transmissão de conhecimento, bem como sua preparação. Já a criação de conteúdo é muito mais própria do Ensino Superior. Logo, o nível precedente possui um caráter mais informativo, visando proporcionar um conjunto de conhecimentos básicos apresentado como verdade e endossado pela comunidade científica. Inclusive, por isso, alguns entendem que tal liberdade não existe no Ensino Primário ou Secundário para não deformar a débil consciência infantojuvenil.¹⁹ Já o Ensino Superior é, mormente, crítico e

¹⁷ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso. De la libertad de enseñanza al Derecho a la educación. Madrid: CEURA, 1988, p. 137 e 138.

¹⁸ LOZANO CUTANDA, Blanca. La libertad de cátedra. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 131 e 181.

¹⁹ BRAGA, Elías Polanco. La universidad de México y la libertad de cátedra. Academia: revista sobre enseñanza del derecho. Buenos Aires, a. 12, n. 23, p. 277-292, 2014, p. 287.

valorativo, com um conteúdo amplo e apresentado sobre a base de mais liberdade metodológica e valorativa.

Posto isso, não é possível tratar a liberdade de cátedra de forma idêntica em ambos os casos. Ela é mais ampla no Ensino Superior que nos anos precedentes de ensino, pelas características próprias de cada um. Além disso, a capacidade de discernimento do aluno ou o grau de maturidade pessoal do corpo discente, mesmo nesses níveis de ensino, também pode ampliar ou reduzir a “liberdade de cátedra” do professor. Até mesmo o nível de conhecimento científico que o professor possui, auferido por sua titulação, tempo de ensino e outros fatores, pode variar o grau de “liberdade de cátedra” existente. É possível inferir, por conseguinte, que a liberdade de cátedra de um professor incrementa-se à medida que seus alunos têm mais idade, porque se supõe que exista maior grau de maturidade pessoal e intelectual.²⁰

Tal fato, por si só, já evidencia que o conteúdo da liberdade de cátedra só poderá ser auferido no caso concreto, pois todas essas nuances precisam de ser consideradas para se analisar o limite e controlar-se tal liberdade.

²⁰ Sobre o tema, vale fazer referência a duas sentenças da Corte Constitucional da Colômbia. Segundo essa Corte *“la libertad de cátedra es un derecho del cual es titular el profesor o docente, con independencia del ciclo o nivel de estudios en los que desempeñe su magisterio. Es evidente que tratándose de materias o de áreas en las que la investigación científica que adelante el profesor adquiere relieve más destacado, este derecho puede desplegar su máxima virtualidad. Lo anterior, sin embargo, no obsta para que en el campo general de la enseñanza, también el derecho en mención garantice la autonomía e independencia del docente. La función que cumple el profesor requiere que éste pueda, en principio, en relación con la materia de la que es responsable, manifestar las ideas y convicciones que según su criterio profesional considere pertinentes e indispensables, lo que incluye la determinación del método que juzgue más apropiado para impartir sus enseñanzas. De otro lado, el núcleo esencial de la libertad de cátedra, junto a las facultades que se acaba de describir, incorpora un poder legítimo de resistencia que consiste en oponerse a recibir instrucciones o mandatos para imprimirle a su actuación como docente una determinada orientación ideológica. En términos generales, el proceso educativo en todos los niveles aparece un constante desafío a la creatividad y a la búsqueda desinteresada y objetiva de la verdad y de los mejores procedimientos para acceder a ella y compartirla con los educandos. La adhesión auténtica a este propósito reclama del profesor un margen de autonomía que la Constitución considera crucial proteger y garantizar”* (COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colombia. Sentencia T-588/98, Data: 20 de outubro de 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-588-98.htm>. Acesso em: 14/12/2019).

5. Subjetividades ou autonomias públicas dos professores do ensino público

Diante das noções expostas, não cabe dúvida de que as ações dos professores, quando ocupantes de cargos públicos, estão norteadas por “*subjetividades*” traduzidas pela “liberdade de cátedra”. É inegável que um professor, por exemplo, não possui um leque com alternativas, opções e escolhas ao aplicar seus conhecimentos em sala de aula. O professor, seja ele do Ensino Superior ou não, quando detentor de um cargo público ou se em regime de temporário, pode escolher espontaneamente que material utilizará, se dará aula utilizando uma bibliografia ou outra, como abordará os temas do programa, como será sua avaliação, entre inúmeras outras escolhas.

A subjetividade ou autonomia dos professores do ensino público, superior ou não, é ampla em razão da variedade de situações às quais devem atender e de circunstâncias de tempo ou de lugar, bem como de competência técnica e legal; afinal, tais profissionais têm a eleição de quando e como intervir, além de decidir sobre o meio que irão utilizar em cada caso.

Essas valorações subjetivas que permeiam as ações dos professores são distintas conforme as diferentes formas de atuação. Há de verificar se essa subjetividade ou autonomia pública dos professores configura-se como discricionariedade ou não.

A subjetividade ou autonomia pública caracteriza-se como a margem de liberdade existente em qualquer ação e apresenta distintos níveis quando estudada sob o enfoque do Estado. Assim, trata-se de formas de exteriorização da vontade administrativa.

Cada uma das atribuições administrativas, também denominadas poderes, faculdades ou prerrogativas públicas, possui uma margem para sua aplicação. Isso significa que os professores, representantes da Administração Pública, quando manifestam sua vontade, estarão utilizando uma margem que se caracteriza por uma subjetividade ou autonomia pública atribuída de quatro formas: discricionariedade administrativa em seu sentido técnico-jurídico; liberdade de conformação ou de configuração; margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados; e apreciatividade administrativa.

O problema é que essas diferentes formas de margens de atuação estão longe de consolidar uma terminologia e, inclusive, quantidade de espécies existentes. É comum, tanto na doutrina como na jurisprudência,

observar o uso do termo discricionariedade como um supraconceito aplicado a todas as formas de margem de liberdade. O termo discricionariedade, pelo que se apurou em outras obras²¹, reflete diferentes pontos de vista na doutrina, sendo caracterizado, portanto, por uma grande equivocidade e por possuir plurissignificações.

Cada uma das quatro formas de subjetividades ou autonomias públicas tem enorme relevância, além de características próprias e diferenças entre si. Por isso, precisa-se juridicamente o alcance e a definição de cada uma dessas faculdades da seguinte maneira²²:

(I) A discricionariedade administrativa em seu sentido técnico-jurídico seria a margem relativa de liberdade/autonomia/volição conferida pela norma jurídica à Administração Pública para a adoção ou não, entre as estipulações oferecidas alternativas e/ou disjuntivamente, do que melhor atende aos interesses públicos. Além disso, defende-se que a forma de concessão da discricionariedade é por meio de normas jurídicas. Estas, porém, quando concedem discricionariedade à Administração, fazem-na de forma potencial, isto é, de maneira abstrata, toda vez que a discricionariedade efetiva somente confirma-se no caso concreto. Desse modo, o conceito exposto refere-se ao que se denomina discricionariedade potencial. Somente, estar-se-á no terreno da discricionariedade efetiva uma vez fixadas as opções válidas, ou seja, opções igualmente justas e idôneas (ou legalmente indiferentes). Outro aspecto do conceito diz respeito à localização da discricionariedade quanto aos componentes lógico-estruturais da norma jurídica. Por certo que haverá casos em que os próprios termos literais da norma configurem a consequência jurídica como discricional, então, produzindo uma atribuição textual de discricionariedade, pelo que não carece recorrer aos critérios dos componentes lógico-estruturais da norma jurídica. Quando esse não for o caso, poderá localizar-se a discricionariedade no operador deôntico ou na preceptiva da norma. Nas normas de competência, ter-

²¹ Vide: SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014 e SADDY, André. Discricionariedade e jurisdição constitucional/supranacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

²² Op. Cit.

se-á discricionariedade na preceptiva, visto que, sobre qualquer domínio que se possa conceber, terá habilitação para dispor de forma autônoma. Agora, nas normas de conduta, ter-se-á discricionariedade no operador deôntico quando se tratar de normas permissivas, bem como quando a preceptiva não compreender mais de um efeito; e, na preceptiva, diante de normas de obrigação (imposição ou proibição), em que se necessite de mais de uma alternativa e em disjunção. Trata-se da distinção entre discricionariedade de atuação (localizada no operador deôntico) e de eleição (localizada na preceptiva).

(II) A liberdade de conformação ou de configuração seria a margem de liberdade de quem cria direitos e obrigações ou que os elucida, por meio de atos legislativos, normativo-regulamentares, editais, contratos, judiciais e até mesmo por tomadas de decisões administrativas que tenham o condão de se transformar em normas jurídicas, além da criação, formulação e do desenho de políticas públicas decorrentes de legitimidade democrática para escolher os meios que reputar adequados e avaliar se, e em que medida, diferentes situações justificam a criação de um direito e uma obrigação ou de uma política pública.

(III) A margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados seria a margem decorrente da zona de incerteza semântica de um conceito jurídico, ou seja, daqueles conceitos que não se podem traçar precisamente porque não deixam ao seu intérprete a compreensão exata de quais significados emitem, seu objeto ou a realidade abrangida. Deixam dúvidas de duas ou mais compreensões de seu significado quando visualizados no caso concreto, por isso, entende-se que o único modo possível de visualizar se um conceito jurídico indeterminado apresenta ou não uma margem de livre apreciação é analisando sua estrutura (núcleo conceitual e auréola conceitual). Sempre que se tenha uma noção clara do conteúdo e da extensão de um conceito, estar-se-á diante do domínio do núcleo conceitual. Quando as dúvidas começam, é porque se está diante da auréola do conceito. O núcleo conceitual também é chamado de zona de certeza, que pode ser positiva (é seguro que

“isso” pode denominar-se com esse termo) ou negativa (é seguro que “isso” não pode se denominar assim). A auréola do conceito é a zona intermediária, de dúvida ou de incerteza ou, dito com maior precisão, zona em que não existe uma certeza prévia e cuja determinação exige desdobrar a ideia nuclear do conceito. Toda a dificuldade de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados estará na zona de incerteza (ou *halo del concepto*), pois há maior dificuldade para localizar a única solução justa. No mais, a margem de livre apreciação aqui exposta insere-se na hipótese ou previsão da norma jurídica, nos componentes lógico-estruturais dessa.

(IV) Por fim, a apreciatividade administrativa seria a margem de liberdade que se projeta sobre fatos e critérios interpretativos, variando a intensidade de acordo com o âmbito que se exerce – existente em toda tomada de decisão na qual o agente público utiliza uma operação de discernimento ou ajuizamento para aplicar a norma –, usando-se de critérios e subcritérios, ponderando interesses e fatores em conflito e atribuindo pesos relativos às opções que tenha decorrentes das indeterminações do Direito, como o conteúdo do Direito, os defeitos do sistema jurídico e, principalmente, do exercício funcional, referindo-se, comumente, a ações não deônticas, sem prévio procedimento administrativo e não tendo, necessariamente, um ato administrativo formal ao final de seu exercício, mas atendendo, mormente, aos interesses públicos, mesmo que tenha de se afastar ou desviar da realização dos efeitos jurídicos fixados na norma – ou seja, da letra estrita da lei – para atingir a finalidade e o propósito da norma jurídica por razões comprovadas de especial relevância.

Ao analisar essas diferentes subjetividades ou autonomias públicas, resta evidente que todas essas formas de manifestações de vontade são inescapáveis ao trabalho dos professores, variando substancialmente conforme a posição que eles venham a ocupar, se integrantes de programas de pós-graduação *stricto sensu*, se professores do Ensino Superior que não integram tais programas ou se professores do Ensino Primário ou Secundário. Todos são considerados agentes de campo ou das ruas/servidores da linha de frente.

É necessário, portanto, para que o ensino seja efetivo, que os professores tenham liberdade em sua forma de atuar. Não se vislumbra, desse modo, a possibilidade de sustentar a inexistência de uma margem de liberdade na atuação deles.

Conclusões

A liberdade de ensinar ou “liberdade de cátedra”, pela própria definição da palavra “cátedra”, está associada ao domínio de determinada ciência ou arte pelo professor. Em outras palavras, a “liberdade de cátedra” pressupõe uma rigorosidade técnica em seu exercício, a ser, por sua vez, conjugado com a respectiva liberdade de aprender dos estudantes. Consequentemente, o conteúdo daquela liberdade promove uma série de implicações para o professor, como as apresentadas ao longo deste artigo.

Conforme abordado, essa liberdade não se limita ao planejamento do ensino, pois seu conteúdo positivo engloba todas as faculdades e ferramentas disponibilizadas aos professores para o desenvolvimento de novos conhecimentos alcançados por meio de pesquisa e extensão.

Daí o caráter fundamental do seu conteúdo negativo, que assegura ao acadêmico um espaço intelectual para a livre expressão e externalização de seus entendimentos ou convicções científicos sobre os temas assumidos como objeto de estudo em suas atividades docentes, independente da ideologia e da orientação adotada pela instituição de ensino na qual leciona.

Como a liberdade de cátedra está atrelada a essa finalidade de produzir e transmitir conhecimento, ela não é concretamente estática ou percebida da mesma forma por todos os professores. A depender da reputação profissional, da titulação e da produção acadêmica desenvolvida, entre outros fatores e certas circunstâncias que permitam o aferimento de seu conhecimento, determinado docente pode gozar de um espaço intelectual comparativamente mais amplo e de maior liberdade de cátedra quando comparado com outros.

Por tal motivo, entende-se que a “liberdade de cátedra” é principalmente evidenciada e potencializada pela atividade de pesquisa, pois nela o docente de fato possui a liberdade de produzir novos conhecimentos, enquanto o ensino caracteriza-se pela sua mera reprodução, sem possuir um caráter criativo nesse aspecto. Logo, o grau da liberdade de ensinar, no caso

concreto, pode sim ser afetado pelo nível educativo do estabelecimento de ensino, se Primário, Secundário ou Superior. Tal fato ocorre no ensino Primário e Secundário em razão do forte caráter informativo do conhecimento transmitido.

Embora todo e qualquer professor – independentemente de a titularidade do serviço de ensino ser exercida pelo Estado ou por um particular – goze da liberdade de cátedra e possua uma margem relativa para planejar como lecionar sua disciplina e desenvolver suas pesquisas, tal direito é sutilmente maniatado à natureza jurídica do titular do estabelecimento de ensino. Isto é, se o estabelecimento for público, em razão de seus agentes serem detentores de cargos públicos ou estarem sob regime temporário, terão eles “*subjetividades*” traduzidas pela “liberdade de cátedra”. Essas valorações subjetivas permeiam as ações dos professores de instituições de ensino públicas são distintas conforme as diferentes formas de atuação.

Referências

ANDREESCU, Liviu. Foundations of Academic Freedom: Making New Sense of Some Aging Arguments. Studies in Philosophy of Education, v. 28, n. 6, p. 499-516, nov. 2009.

BRAGA, Elías Polanco. La universidad de México y la libertad de cátedra. Academia: revista sobre enseñanza del derecho. Buenos Aires, a. 12, n. 23, p. 277-292, 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADC 17 MC / DF. Relator: Ricardo Lewandowski. Data: 17 dezembro de 2010 – caso da idade mínima para ingresso no ensino fundamental.

_____. ADI 5.537 MC/AL. Relator: Luís Roberto Barroso. Data: 21^{de} março de 2017 – caso programa “Escola Livre”.

_____. ADI 4.439 / DF. Relator: Alexandre de Moraes. Data: 27 setembro de 2017 – caso do ensino religioso em escolas públicas.

_____. RE 888.815 /RS. Relator: Alexandre de Moraes. Data: 12 setembro de 2018– caso do ensino domiciliar.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. Sentencia No. T-092/94. Data: 03 de março de 1994. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-092-94.htm>. Acesso em: 14/12/2019.

COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colombia. Sentencia T-588/98, Data: 20 de outubro de 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-588-98.htm>. Acesso em: 14/12/2019.

CRISAFULLI, Vezio. La scuola nella costituzione. Rivista trimestrale di diritto pubblico. Milano, a. VI, n. 1, p. 54-87, gen-mar, 1956.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso. De la libertad de enseñanza al Derecho a la educación. Madrid: CEURA, 1988.

LOZANO CUTANDA, Blanca. La libertad de cátedra. Madrid: Marcial Pons, 1995..

MADRID, Raul. El derecho a la libertad de cátedra y el concepto de Universidad. Revista Chilena de Derecho, Santiago, v. 40, n. 1, p. 353-369, jan-jun, 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto. O professor celetista e a liberdade de cátedra. Revista Síntese trabalhista e previdenciária, v. 30, n. 362, p. 33-38, ago. 2019.

MELLO FILHO, José Celso de. Constituição federal anotada. São Paulo: Saraiva, 1984.

OLIVEIRA, Rodrigo Fernandes de. A liberdade de cátedra como garantia de emprego do professor universitário privado. Justiça do trabalho, v. 30, n. 357, p. 72-76, set. 2013.

POTOTSCHNIG, Umberto. Insegnamento, istruzione, scuola. Padova: Scritti scelti, 1999.

SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SADDY, André. Discricionariedade e jurisdição constitucional/supranacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SATORRAS FIORETTI, Rosa María. Lecciones de Derecho Eclesiástico del Estado. J. M. Bosch Editor, 2004.

SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

Supreme Court norte-americana. *Patterson v. Nutter*, 78 Me. 509, 511, 7 A. 273, 274 (1886); *Morse v. Frederick*, 551 U.S. (2007).

TEIXEIRA, Marcelo Tolomei. A liberdade de cátedra e o contrato de trabalho. Revista Fórum trabalhista: RFT, v. 8, n. 34, p. 97-112, jul./set. 2019.

TOLEDO, Cláudia Mansani Queda de. Direito à liberdade de cátedra. In: NUNES Júnior, Vidal Serrano; ZOCKUN, Maurício; Et. Al. Enciclopédia

Coordenador: André Saddy

jurídica da PUC/SP. Tomo Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo: PUCSP, 2017 (tomo 2).

VIDAL PRADO, Carlos. Libertad de cátedra y organización de la docência em el âmbito universitário. Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid, n. 84, p. 61-103, sep.-dic., 2008.



AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA

Mariana Cristina Monteiro Milani Rodrigues

Advogada. Servidora Pública Federal. Mestranda em Direito Constitucional do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal Fluminense (PPGDC). Especialista em Direito Administrativo. Integrante do grupo de pesquisas em “Direito Administrativo Contemporâneo – GDAC”. marianamilani@id.uff.br

Sumário: Introdução. 1. Breve histórico da Constituição de 1988 e da educação no texto constitucional. 2. Autonomia Universitária 2.1. A Autonomia universitária na Constituição de 1988 2.2 Autonomia Didática. 2.3 Autonomia Administrativa. 2.4 Autonomia Financeira. 2.5 Lei n. 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB). Conclusões. Referências.

Introdução

O advento da Constituição de 1988 se apresenta como um período de construção da nova ordem democrática, caracterizado pelo processo político de restauração da democracia, que reafirma, como fundamento da ordem jurídica, o princípio da legalidade, direitos e deveres, e as limitações ao poder do Estado e à autonomia da vontade.

Dentre outras disposições constitucionais, a Constituição também inaugura um capítulo destinado à educação, com isso o tema ganha novos contornos. O artigo 6º consagra o direito à educação a todos os cidadãos, e especialmente e de extrema importância os dispositivos constitucionais dispostos nos artigos 205 a 214, que apresentam aspectos que buscam concretizar direitos educacionais, como o acesso universal, gratuidade do ensino público, garantia de qualidade do ensino, gestão democrática, indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, dentre outros.

Ainda, pela primeira vez, é apresentado o princípio da autonomia universitária. Nesse sentido, o artigo visa apresentar concisas considerações acerca do tema autonomia universitária, avançando para as ponderações quanto ao disposto no texto constitucional sobre o assunto.

Cumprе salientar, que considerando a Universidade como entidade jurídica específica, particularmente em relação ao artigo 207 da Constituição Federal de 1988 que consagra a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial e obediência ao princípio de

indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, se faz importante o presente estudo, uma vez que, as funções desempenhadas por estas entidades carecem se determinado grau de liberdade, considerando a pluralidade de atividades que envolvem o ensino, pesquisa e extensão. Não será tema do presente trabalho os limites da autonomia universitária prevista na Constituição, mas tão somente as liberdades garantidas pela Constituição para que as universidades possam desempenhar suas atividades a fim de atingir os objetivos educacionais constitucionais.

O artigo também almeja apresentar reflexões acerca dos assuntos tratados, de forma que possibilite uma melhor compreensão no que diz respeito às liberdades inerentes às atividades das Universidades. A pesquisa apresentará levantamento bibliográfico, e será exploratória quanto aos objetivos propostos, qualitativa, analítica e teórica.

1. Breve histórico da Constituição de 1988 e da educação no texto constitucional

Datada de 05 de outubro de 1988, a Constituição instituiu um novo arcabouço jurídico institucional no país, com ampliação das liberdades civis e os direitos e garantias individuais, contendo cláusulas transformadoras com o objetivo de alterar relações econômicas, políticas e sociais.

Na Constituição de 1988, especialmente no tocante aos artigos referentes aos direitos sociais e individuais, a cidadania ganhou novas formulações e proteções. São elevados à hierarquia constitucional princípios e normas que até então só estavam contemplados na legislação básica de diretrizes da Educação Nacional. Assim, a natureza pública da educação é destacada, enunciando o direito à educação como direito social, qualificando-a como direito de todos e dever do estado e da família, com a colaboração da sociedade.

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

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015) *in verbis*

Desta forma, percebe-se que o direito à educação, dentre os direitos sociais, assume importância predominante para a concretização dos valores tutelados pela Constituição e, principalmente, para a construção de patamar mínimo de dignidade para os cidadãos.

Ainda, o texto constitucional especifica a competência legislativa nos artigos 22, XXIV e 24, IX, além de dedicar uma parte do título VIII, da ordem social, para tratar dos princípios, acesso, qualidade, organizar o sistema educacional

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

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

- I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
- III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
- IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

VII - garantia de padrão de qualidade.

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) *in verbis*

Destarte, a Carta de 1988 apresenta os princípios básicos a igualdade nas condições de acesso e permanência na escola e a liberdade de ensinar, aprender e divulgar o conhecimento, bem como a difusão do ensino público e a participação da iniciativa privada a fim de compartilhar a missão educacional, assegurada a pluralidade de ideias e de concepções pedagógicas.

A abordagem constitucional acerca da educação percebe-se, visa o pleno desenvolvimento da pessoa, e consagra em seu texto mecanismos para se alcançar um sistema educacional forte, autônomo, com respeito ao pluralismo de ideias.

2. Autonomia universitária

A discussão acerca da autonomia universitária regressa à época das primeiras universidades, onde a discussão central pautava-se pela necessidade de se desvincular e garantir independência do Estado e da Igreja, no que diz respeito aos conteúdos ministrados e à ideologia norteadora da prática do ensino e aprendizagem¹.

¹ DELIGDISCH, Marta Elizabeth. A Autonomia Universitária didático-científica e o indispensável atendimento aos anseios sociais ^{IV} Colôquio Internacional sobre Gestão Universitária na América do Sul. Florianópolis, p. 1, dez. 2004.

Para Enterría² a autonomia universitária é um dos princípios que permitem à Universidade o cumprimento de suas funções essenciais

Nuestra vía me parece estar en el intento de identificación del principio oculto que ha permitido a las Universidades cumplir sus funciones esenciales bajo estructuras tan diversas y variables. Y ese principio es, justamente, el que llamamos de autonomía universitaria. Toda organización tiene una estructura externa, pero también una función, a la cual esa estructura debe servir. A la función en general de la Universidad ya hemos aludido: la formación de los profesionales y los científicos superiores, pero dentro de una enseñanza constantemente puesta en cuestión ella misma, abierta a la investigación y al cambio permanentes, plural y no dogmática, unida, por tanto, inescindiblemente a la elaboración de la ciencia. Es, como ya hemos notado, la verdadera función crítica de una sociedad, curiosa pero esencialmente vinculada a la formación de los profesionales y científicos superiores.

Ainda, segundo Enterría, a autonomia universitária significa liberdade dos professores de questionar a ciência recebida, de investigar novas fronteiras do cognitivo, de transmitir versões próprias da ciência, não versões reprodutivas estabelecido, sendo então a liberdade da ciência e a incorporação dessa liberdade no processo formativo³.

[...] la autonomía universitaria hay que vincularla, como su «contenido esencial», con el cumplimiento de esa función crítica. Autonomía universitaria quiere decir, en primer término, pues, libertad de los

² ENTERRÍA. Eduardo Garcia de. La Autonomía Universitaria. Revista de Administración Pública, Núm. 117, p. 12, Set/dez, 1988.

³ Ibid.

docentes para poner en cuestión la ciencia recibida, para investigar nuevas fronteras de lo cognoscible, para transmitir versiones propias de la ciencia, no reproductivas de versiones establecidas. La autonomía universitaria es, pues, en primer término, libertad de la ciencia e incorporación de esa libertad en el proceso formativo.

Verdenhofa⁴ aduz que a definição mais difundida acerca da autonomia universitária foi formulada em 1965 pelo International Association Of Universities (IAU)

The call for autonomy of educational institutions (and, first of all, universities) was voiced already in the 1960s. The most widespread definition of university autonomy was formulated in 1965 by the International Association of Universities (IAU), where it was defined as authority to make decisions regarding: who will teach, what will be taught, who will get a degree, what needs to be researched. The financial aspects of autonomy were mentioned only as a formal reference to having a relative financial freedom in establishing and bettering of international contacts.

Nesse sentido, Blasco⁵ corrobora, ensinando que, a partir da publicação “University Autonomy” da International Association of Universities (IAU), foram estabelecidas 5 dimensões da autonomia universitária, vejamos

⁴ VERDENHOFA, Olga Verdenhofa. University autonomy. Economics&Education, p. 19,2016.

⁵ BLASCO, Carlos Miñana. Libertad de cátedra, colegialidad, autonomía y legitimidade. Transformaciones en cuatro universidades latinoamericanas, Ciência Política n. 12, p. 81 e 85 2011.

[...] 1) selección e incorporación estudiantes, 2) recursos académicos y administrativos, 3) programas académicos y pedagogía, 4) investigación, y 5) autogestión financiera. En cuanto al concepto de autonomía y libertades académicas, en esta época se extiende y generaliza la idea del vínculo de la universidad con el Estado (Estado social) que ya había sido introducido en Alemania en el XIX. Adicionalmente y fruto en parte de la democratización del acceso, de las luchas por la autonomía en la primera mitad del siglo XX y de las luchas estudiantiles en los sesenta, se vincula la autonomía y las libertades académicas a la idea de libertad-participación o libertad inserta en una dimensión democrática (Estado democrático) (Blasco apud Salguero, 1997:15). Aunque en varios países latinoamericanos estas ideas van a ser truncadas por las dictaduras militares, en años posteriores resurgirán con mayor fuerza.

Percebe-se então, que a autonomia universitária, precipuamente objetiva garantir um grau satisfatório de autogoverno às universidades, especialmente possibilitando um ambiente capaz de difundir conhecimento, através de ações e programas, facilitados por gestões administrativas e financeiras. Veremos que, particularmente na autonomia universitária prevista na constituição de 1988, as dimensões desta autonomia comportam as valorações subjetivas que permeiam a matéria.

2.1 A autonomia universitária na Constituição de 1988

Para Horácio Wanderlei Rodrigues e Andréa de Almeida Leite Marocco⁶

⁶ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; MAROCCO, Andréa de Almeida Leite. Liberdade de cátedra e a Constituição Federal de 1988: alcance e limites da autonomia docentes. In: CAÚLA, Bleine Queiroz et al. Diálogo ambiental, constitucional e internacional. Fortaleza: Premium, v. 2. p. 213-238, 2014.

O direito à educação, no âmbito da Constituição Federal de 1988, deve ser percebido como um instrumento republicano de inclusão social. A amplitude e a forma pela qual ocorre a inscrição deste direito no texto constitucional brasileiro, conforme pode ser visto no dispositivo transcrito, demonstra o valor que se atribui à educação: um direito fundamental, assegurado a todos os brasileiros, de forma indiscriminada e universal

A previsão da autonomia universitária na Constituição Federal de 1988 consagra que 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

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.

Segundo Aragão ⁷, a autonomia universitária, prevista na Constituição de 1988 é [...] *“a competência das universidades auto-organizarem-se, autogovernarem-se e autoadministrarem-se para alcançar os seus objetivos didáticos-científicos”*, onde, a autonomia não é um fim em si mesmo, mas um meio necessário para que as universidades realizem seus fins de educação, cultura, ciência.

Sendo assim, depreendemos do dispositivo constitucional que as dimensões desta autonomia serão didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, onde, tais dimensões comportam atuações subjetivas por parte da universidade, sendo tal subjetividade indispensável para a consecução dos fins da Instituição.

⁷ ARAGÃO. Alexandre Santos de. A autonomia universitária no Estado Contemporâneo no Direito Positivo Brasileiro Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 72-83, 2001.

Acerca da competência atribuída as universidades, mediante tal grau de subjetividade, Durham apresenta que a inclusão da autonomia na Constituição transfere uma importante parte do debate sobre a universidade para a esfera jurídica, em decorrência da falta de objetividade do conceito, e salienta ainda que autonomia não é soberania, sendo passível de controle pelo poder público⁸.

2.1 Autonomia Didático-Científica

A autonomia didático-científica, uma das dimensões das autonomias dispostas no artigo 207 da Constituição Federal tem um papel fundamental no desdobramento de todas as demais dimensões que serão apresentadas. Por ser inerente às próprias atribuições da Universidade, engloba o ato de ensinar,

⁸ DURHAM, Eunice R. A autonomia universitária – extensão e limites - NUPES Núcleo de Pesquisas sobre Ensino Superior Universidade de São Paulo, p. 2, .

Acerca da problemática apresentada, a própria Autora já discorreu em obra específica:

“Constitui um ponto de partida necessário para esta discussão a análise formal do conceito de autonomia e sua aplicação à universidade. Por autonomia se entende, de modo geral, a capacidade de reger-se por leis próprias. Neste sentido mais geral, que os dicionários registram, o termo confunde-se com “soberania” e se aplica integralmente e mais apropriadamente às nações. Quando se trata de uma instituição específica do Estado ou da sociedade civil, entretanto, a autonomia não confere uma liberdade absoluta. Instituições existem, são criadas e reconhecidas socialmente para preencherem funções sociais específicas e são estas que as legitimam. A autonomia de que gozam é restrita ao exercício de suas atribuições e não tem como referência o seu próprio benefício, mas uma finalidade outra, que diz respeito à sociedade. Desta forma, a autonomia da instituição é sempre relativa e deve ser definida como o reconhecimento de sua capacidade de reger-se por suas próprias normas no cumprimento das finalidades sociais às quais se destina. São assim as funções da Universidade que balizam e definem a natureza de sua autonomia. É por isso que o próprio texto constitucional, afirmando que “as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial”, diz, simultaneamente, que “obedecerão ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”. (Constituição Federal, Art. 207). Assim, se a atual Constituição não define explicitamente as funções da Universidade, o faz indiretamente, estabelecendo que se trata de uma instituição caracterizada pela indissociabilidade entre ensino e pesquisa, que são suas finalidades precípua (estando o terceiro termo, “extensão”, obviamente, referido aos dois primeiros). Podemos assim afirmar que a Universidade goza de autonomia para executar essas atividades que lhes são próprias, e que não são realizadas para seu exclusivo interesse, mas constituem um serviço que presta à sociedade. Como consequência, o reconhecimento da autonomia não exime as instâncias públicas mais amplas da verificação da prestação efetiva destes serviços”. (Durham, E.R., 2003, pp. 276-7)

qual conteúdo ensinar⁹, bem como a liberdade para reger programas de ensino, áreas de pesquisa, condutas didáticas, etc.

Segundo Aragão¹⁰,

Etimologicamente, ‘didática’ significa a técnica de ensino, os meios, mecanismos e objetivos empregados na transmissão e construção do saber. Sendo esta a atividade-fim por excelência das universidades, seria inconcebível a autonomia universitária que não a privilegiasse. A autonomia didática também é elemento da própria liberdade de manifestação do pensamento (art.5º, IV), densificado na Constituição Educacional através da liberdade de aprender e ensinar (art.206, II). A autonomia didática confere à universidade a possibilidade de, mediante suas próprias normas, criar, modificar extinguir cursos e os órgãos encarregados de ministra-los; definir currículos; o número de vagas, os critérios de admissão e avaliação de estudantes, etc

Conforme citado por Aragão, a própria Constituição Federal, apresenta, em seu artigo 5º, IX, e especialmente no artigo 206, II, a liberdade de ensino como princípio a ser observado para consecução do ensino, vejamos:

Art. 5º, IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

⁹ Para REIS, Palhares Moreira. A autonomia das universidades públicas na Constituição de 1988. R. Inf. Legisl. Brasília. Ed. 27, n. 105, p. 7, jan/mar. 1990, a autonomia didático-científica, implica no exercício da plena liberdade de cátedra. Veja artigo, nesta obra, intitulado “Conteúdo, titularidade e alcance da liberdade de ensinar (“liberdade de cátedra”) no ensino público superior”, de André Saddy.

¹⁰ Ibid., p. 85

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

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

Assim, a autonomia didático-científica, seria o próprio cerne da autonomia universitária, uma vez que se apresenta como a liberdade de conhecimento, o ato de ensinar, aprender e a definição de como isto será feito, são indispensáveis no processo de ensino.

Nesse sentido, Motta¹¹ corrobora a noção de liberdade que envolve a autonomia didático-científica disposta na Constituição

A autonomia didático-científica significa “exercício de liberdade na condução de políticas e concepções pedagógicas, em relação à produção, organização, sistematização e transmissão de conhecimentos que deverá ser assegurada pelo poder que deve ter a universidade para fixar seus objetivos pedagógicos, científicos, artísticos e culturais, no pleno exercício de todos os atos que lhe são inerentes como instituição de educação superior.

Bem como, Fávero¹² que também apresenta as liberdades que englobam a autonomia didático-científica,

Entendida nessa perspectiva, a autonomia didático-científica da universidade implica liberdade de: a) estabelecer seus objetivos, organizando o ensino, a pesquisa e a extensão sem quaisquer restrições doutrinárias ou políticas; b) definir linhas de pesquisa; c) criar, organizar e extinguir cursos; d)

¹¹ MOTTA, Elias de Oliveira. Direito Educacional e Educação no Século XXI. Brasília: UNESCO, p. 176 e 177. 1997.

¹² FÁVERO, Maria de Lourdes de A. A dimensão histórico-política da nova Lei de Diretrizes e Bases e a Educação Superior. Novas perspectivas nas políticas de educação superior na América Latina no Limiar do Século XXI. Afrânio Mendes Catani (org). Campinas, SP: Autores Associados, p. 15 e 61, 1998.

elaborar o calendário escolar; e) fixar critérios e normas de seleção, admissão e promoção; e f) outorgar graus, diplomas, certificados e outros títulos acadêmicos. No plano acadêmico, a autonomia universitária deverá ser consolidada pela liberdade efetiva de a universidade decidir sobre o conteúdo de seus cursos, pesquisas e atividades de extensão. Pressupõe a liberdade de a universidade: a) organizar o ensino, a pesquisa e a extensão sem quaisquer restrições de natureza filosófica, ideológica, política e religiosa; b) elaborar e estabelecer os currículos para seus cursos de graduação e pós-graduação; c) estabelecer as metas científicas, artísticas e culturais que julgar apropriadas ao preenchimento e realização de seu papel inovador; d) estabelecer critérios e normas de seleção e admissão de candidatos aos seus cursos em todos os níveis; e) regulamentar a admissão de alunos transferidos; f) organizar o regime de seus cursos e a estrutura curricular; e g) experimentar novos currículos e fazer experiências pedagógicas, exigindo-se uma contrapartida, definida em termos de desempenho eficiente [...]

Para Durhan¹³ liberdade acadêmica ou autonomia didático-científica diz respeito diretamente àqueles que conduzem o ensino e a pesquisa, consiste na liberdade de ensinar e aprender e está baseada no reconhecimento da competência da universidade para definir qual conhecimento é relevante e como deve ser transmitido, assim, estabelece como direitos inerentes às Universidades¹⁴

1) organizar o ensino, a pesquisa e a extensão;

¹³ Ibid. pg 7.

¹⁴ DURHAM, Eunice Ribeiro. A autonomia universitária. O princípio constitucional e suas implicações. São Paulo: NUPES-USP, pg. 6, 7 e 8), 1989.

- 2) criar e extinguir cursos, não só regulares, como de extensão ou complementação;
- 3) elaborar e estabelecer os currículos para seus cursos de graduação e pós-graduação;
- 4) estabelecer critérios e normas de seleção e admissão de candidatos aos seus cursos em todos os níveis;
- 5) conferir certificados, graus e diplomas;
- 1) estabelecer as metas científicas, artísticas e culturais que julgar apropriadas;
- 2) garantir aos grupos de pesquisa a liberdade de elaborar seus próprios projetos e definir os problemas que consideram relevantes, sujeitos à avaliação de seus pares.

A fim de melhor especificar a autonomia universitária, o artigo 53 da Lei de Diretrizes e Bases - LDB ao tratar da autonomia universitária assegura determinadas atribuições. No tocante à autonomia didático-científica, apresenta competências dos colegiados de ensino e pesquisa, todavia mantém certo caráter discricionário a respeito do tema:

Art. 53. No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições:

- I - criar, organizar e extinguir, em sua sede, cursos e programas de educação superior previstos nesta Lei, obedecendo às normas gerais da União e, quando for o caso, do respectivo sistema de ensino; (Regulamento)
- II - fixar os currículos dos seus cursos e programas, observadas as diretrizes gerais pertinentes;
- III - estabelecer planos, programas e projetos de pesquisa científica, produção artística e atividades de extensão;

IV - fixar o número de vagas de acordo com a capacidade institucional e as exigências do seu meio;

§ 1º Para garantir a autonomia didático-científica das universidades, caberá aos seus colegiados de ensino e pesquisa decidir, dentro dos recursos orçamentários disponíveis, sobre:

I - criação, expansão, modificação e extinção de cursos; (Redação dada pela Lei nº 13.490, de 2017)

II - ampliação e diminuição de vagas; (Redação dada pela Lei nº 13.490, de 2017)

III - elaboração da programação dos cursos; (Redação dada pela Lei nº 13.490, de 2017)

IV - programação das pesquisas e das atividades de extensão; (Redação dada pela Lei nº 13.490, de 2017)

V - contratação e dispensa de professores; (Redação dada pela Lei nº 13.490, de 2017)

VI - planos de carreira docente. (Redação dada pela Lei nº 13.490, de 2017)

Desta forma, a autonomia Didático-Científica das Universidades seria o próprio meio para realizar os fins educacionais previstos na Constituição, a escolha da forma de ensino, pesquisa, do objeto de estudo, elaboração de cursos, programas e atividades, planejamento e execução de conteúdos programáticos, currículos, avaliações, ou seja, sua capacidade de organizar o ensino a pesquisa e extensão dentro de suas estruturas, dentre outras atividade exemplificadas no decorrer deste trabalho, são prerrogativas garantidas constitucionalmente e atreladas à indissociabilidade do ensino, da pesquisa e da extensão.

2.3 Autonomia Administrativa

Assim como a autonomia didático-científica, a autonomia administrativa também consagrada no artigo 207 da Constituição Federal apresenta-se como dimensão que atribui certa margem de liberdade na atuação das Universidades.

Reis¹⁵ entende pelo caráter acessório assegurado à Universidade através da autonomia administrativa, em função do tríplice objetivo constitucional, tal autonomia seria necessária para administrar os seus serviços, agindo e resolvendo assuntos de sua própria competência, e disciplinar relações com os corpos docentes, discente e administrativo que a integram.

Nesse sentido, Motta¹⁶ aduz que a autonomia administrativa pode ser entendida como a capacidade de auto-organização e liberdade de produção de suas próprias normas, para administração de recursos humanos, materiais e patrimoniais, bem como para escolha de seus dirigentes.

Ranieri¹⁷, nessa mesma linha, reforça que a autonomia administrativa é instrumento e decorre da autonomia didático-científica, sendo pressuposto da autonomia de gestão financeira e patrimonial, consistindo no direito de elaboração de normas próprias de organização interna, em matéria didático-científica e de administrativa de recurso humanos e materiais, bem como no direito à escolha dos seus dirigentes.

Assim, na dimensão administrativa, é perceptível a função instrumental desta autonomia, ou seja, servem à autonomia didático-científica. Essa característica também é observada na elucidação de Fabrício Motta¹⁸

A autonomia administrativa envolve a capacidade própria de organização de estruturas, métodos e procedimentos para o desempenho das respectivas atividades. Pode-se reconhecer na organização

¹⁵ Ibid, p. 7

¹⁶ Ibid, p. 176 e 177.

¹⁷ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Autonomia universitária. São Paulo: Edusp, p. 123, 1994.

¹⁸ MOTTA, Fabrício Macedo. Autonomia universitária e seus reflexos na escolha dos dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior. Revista Brasileira de Estudos Políticos | Belo Horizonte, n. 116 p. 277-307, jan./jun. 2018.

estrutural uma função garantista instrumental no que toca às proteções definidas precipuamente na disciplina de cada uma das atividades, pois é nessa disciplina que são definidos os conteúdos dos atos que podem ser adotados, seus efeitos e garantias. É também possível reconhecer à organização uma função garantista própria ligada à predeterminação das condições de futuro desenvolvimento da atividade. No caso, a garantia do cidadão está na atribuição de uma função a um ente ou órgão dotado das características necessárias para sua adequada realização. Ao mesmo tempo, autonomia administrativa significa liberdade de meios de agir para perseguir os próprios fins. Atributo conexo à autonomia administrativa é o autogoverno, a faculdade reconhecida a uma coletividade.

Nessa perspectiva, Durham¹⁹ considera que a autonomia administrativa compreende a competência para

- 1) estabelecer a política geral de Universidade para a consecução de seus objetivos;
- 2) elaborar, aprovar e reformar seus próprios estatutos;
- 3) elaborar, aprovar e reformar os regimentos de sua unidades e demais órgãos;
- 4) escolher os seus dirigentes, segundo as normas previstas nos seus estatutos e na sua legislação interna;
- 5) contratar, nomear, demitir, exonerar e transferir servidores docentes e não docentes, obedecidas as normas legais pertinentes estabelecidas em seus regimentos e respeitados os direitos dos trabalhadores;

¹⁹ Ibid, p. 10-11.

- 6) implantar carreira própria, fixar vencimentos e conceder vantagem ou aumento de remuneração, dentro dos recursos disponíveis;
- 7) fixar acordos, contratos, convênios e convenções;
- 8) criar cargos e funções.

A Lei de diretrizes e bases da educação – LDB, ao abordar a autonomia universitária e definir o âmbito desta autonomia apresenta

Art. 53. No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições:

(...)

V - elaborar e reformar os seus estatutos e regimentos em consonância com as normas gerais atinentes;

VI - conferir graus, diplomas e outros títulos;

VII - firmar contratos, acordos e convênios;

Art. 54. As universidades mantidas pelo Poder Público gozarão, na forma da lei, de estatuto jurídico especial para atender às peculiaridades de sua estrutura, organização e financiamento pelo Poder Público, assim como dos seus planos de carreira e do regime jurídico do seu pessoal.

§ 1º No exercício da sua autonomia, além das atribuições asseguradas pelo artigo anterior, as universidades públicas poderão:

I - propor o seu quadro de pessoal docente, técnico e administrativo, assim como um plano de cargos e salários, atendidas as normas gerais pertinentes e os recursos disponíveis;

II - elaborar o regulamento de seu pessoal em conformidade com as normas gerais concernentes;

(...)

§ 2º Atribuições de autonomia universitária poderão ser estendidas a instituições que comprovem alta

qualificação para o ensino ou para a pesquisa, com base em avaliação realizada pelo Poder Público.

Sendo assim, possível identificar que a autonomia administrativa consiste como mecanismo necessário para que as Instituições realizem os seus fins, uma vez que atua se organizando internamente, disciplinando questões que envolvem pessoal, realização de concursos para docentes e técnicos, elaborando e reformulando estatutos, definições de padrões dentre os mecanismos legais, dentre outras atividades inerentes.

Ainda, a autonomia administrativa desenvolve a partir de regimentos, estatutos e demais atos normativos, sendo ampla, desta forma, confere determinada margem de atuação dentro do seu âmbito discricionário.

2.4 Autonomia Financeira

Outra dimensão da autonomia universitária, diz respeito à autonomia de gestão financeira e patrimonial.

Segundo Reis²⁰ a autonomia financeira, de caráter instrumental, que outorga à universidade o direito de gerir e aplicar os seus próprios bens e recursos, em função de objetivos didáticos, científicos e culturais já programados. O Autor prossegue explicando que, esta autonomia deve ser entendida como a gestão financeira e patrimonial das Universidades, a fim de utilizar os recursos oriundos das transferências do tesouro nacional, ou gerados pela própria Instituição para atingir as suas finalidades.

Fávero²¹ também tece considerações acerca das características desta forma de autonomia, seu alcance e competência

A terceira dimensão refere-se à autonomia de gestão financeira e patrimonial, que, no caso das instituições públicas, significa: a) outorgar competência à universidade para propor e executar o seu orçamento; b) receber os recursos que o poder público é obrigado a repassar-lhe para pagamento de pessoal e despesas de capital e outros custeios; c)

²⁰ Ibid, p. 105.

²¹ Ibid, p. 16

gerir seu patrimônio, receber doações, subvenções; e
d) realizar operações de crédito ou de financiamento com a aprovação do poder público competente (FÁVERO, 1997, p. 11).

Durham²² entende que a autonomia financeira não se limita à autonomia de gestão compreende a competência para

- 1) a iniciativa de elaboração e execução orçamentária, incluindo a competência de remanejamento de recursos entre itens de pessoal, custeio e capital, sem prejuízo da fiscalização por órgão externo competente;
- 2) a constituição de patrimônio próprio;
- 3) a liberdade de captar recursos de diferentes fontes e de utilizar esses recursos no atendimento de seus fins.

Ao abordar atribuições específicas inerentes à atuação financeira, a Lei de diretrizes e bases da educação – LDB, evidencia

Art. 53. No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições: (...)

VII - firmar contratos, acordos e convênios;

VIII - aprovar e executar planos, programas e projetos de investimentos referentes a obras, serviços e aquisições em geral, bem como administrar rendimentos conforme dispositivos institucionais;

IX - administrar os rendimentos e deles dispor na forma prevista no ato de constituição, nas leis e nos respectivos estatutos;

²² Ibid, p. 12.

X - receber subvenções, doações, heranças, legados e cooperação financeira resultante de convênios com entidades públicas e privadas.

Art. 54. As universidades mantidas pelo Poder Público gozarão, na forma da lei, de estatuto jurídico especial para atender às peculiaridades de sua estrutura, organização e financiamento pelo Poder Público, assim como dos seus planos de carreira e do regime jurídico do seu pessoal.

§ 1º No exercício da sua autonomia, além das atribuições asseguradas pelo artigo anterior, as universidades públicas poderão:(...)

III - aprovar e executar planos, programas e projetos de investimentos referentes a obras, serviços e aquisições em geral, de acordo com os recursos alocados pelo respectivo Poder mantenedor;

IV - elaborar seus orçamentos anuais e plurianuais;

V - adotar regime financeiro e contábil que atenda às suas peculiaridades de organização e funcionamento;

VI - realizar operações de crédito ou de financiamento, com aprovação do Poder competente, para aquisição de bens imóveis, instalações e equipamentos;

VII - efetuar transferências, quitações e tomar outras providências de ordem orçamentária, financeira e patrimonial necessárias ao seu bom desempenho.

§ 2º Atribuições de autonomia universitária poderão ser estendidas a instituições que comprovem alta qualificação para o ensino ou para a pesquisa, com base em avaliação realizada pelo Poder Público.

Temos então, que essas subjetividades garantidas às universidades, em relação à sua atuação financeira e patrimonial envolve a competência própria para a obtenção, gestão e aplicação de recursos, além da administração do respectivo patrimônio, dentre outras dispostas na legislação

supracitada. Essa liberdade conferida constitui fator imprescindível, essa autonomia garantida constitucionalmente é necessária para auxiliar a universidade no cumprimento de suas atividades fins.

3. Lei n. 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB)

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB, lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996 inaugura um importante marco regulatório para as universidades, estabelecendo as diretrizes e bases da educação nacional, abordando a educação superior.

Acerca da autonomia universitária, com o objetivo de definir claramente o campo de autonomia encontramos informações sobre o ensino superior nos artigos 43 a 57, o princípio da autonomia universitária é evidenciado nos artigos 53 e 54 da supracitada Lei.

Deve-se atentar para o fato de que, de maneira objetiva, tal Lei apresenta considerações importantes, tentando definir o âmbito da autonomia, indicando de maneira extensiva, mas não exaustiva as prerrogativas das universidades, como pudemos perceber nos tópicos anteriores.

Nina Ranieri, traça as seguintes considerações em seu estudo acerca da lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional em matéria de autonomia universitária

A LDB, em matéria de autonomia universitária, debate-se nestes paradoxos: reafirma constantemente a posição peculiar da universidade pública no corpo da administração indireta, mas revela um certo descomprometimento com suas condições de sobrevivência, com o que favorece as instituições privadas; discrimina processos autônomos, mas não abandona a postura da concessão de privilégios para instituições (públicas e privadas) que atendam a padrões considerados exemplares, ainda que não os defina. Daí terem ganhado força as correntes que, pragmaticamente, propugnam a necessidade de definir em lei a autonomia das universidades públicas,

especialmente no âmbito federal, o que, do ponto de vista do Direito, deve ser entendido apenas e tão-somente no espaço antes delineado, isto é, no espaço exigido para a definição de suas condições de exequibilidade, e não para fixar seu âmbito ou seus limites²³

Durhan²⁴ também discorre sobre a importância da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB no tocante à ampliação da autonomia

A LDB de 1996, ampliou enormemente a autonomia administrativa ao liberar o modelo organizacional das universidades. De fato, embora o modelo de departamentos e unidades organizadas por campo de conhecimento tenha se mostrado bastante produtivo para o desenvolvimento da pesquisa, vem apresentando sérias limitações. Em primeiro lugar, a estrutura departamental dificulta o estabelecimento de áreas interdisciplinares. Isto promoveu criação de centros de pesquisa, que não são contemplados adequadamente nos estatutos e cujo funcionamento, freqüentemente atrelado a departamentos e unidades, não se tem mostrado uma solução perfeitamente satisfatória. Por outro lado, estando o diploma estabelecido por carreira, com ingresso decidido no vestibular, o ensino (necessariamente multidisciplinar) ficou fragmentado, com disciplinas dispersas por diferentes institutos e departamentos que não se comunicam e sem órgãos apropriados quer para a coordenação do currículo, quer para a alocação dos docentes.

²³ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Trinta anos de autonomia universitária: resultados diversos, efeitos contraditórios. Acesso em: Educ. Soc., Campinas, v. 39, nº. 145, p. out.-dez., 2018.

²⁴ Ibid, p. 36.

Importante salientar que mesmo com a aprovação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB, embora tenha ocorrido uma ampliação no campo autonomia universitária, certa margem de discricionariedade foi ainda deixada, o que reforça a valoração subjetiva que atravessa tal autonomia.

Nessa perspectiva, inegável o caráter necessário e indispensável do abrigo constitucional à autonomia aqui estudada, porém, é possível perceber que alguns limites são observados²⁵, o que pode ser um dificultador à completude desta autonomia.

Sendo assim, percebe-se que embora a autonomia não signifique soberania, seu aprimoramento é necessário, a fim de garantir a efetividade de suas ações.

Conclusões

Diante de todo o exposto, concluiu-se, primeiramente que, a Constituição de 1988 consagrou de maneira inovadora, os direitos sociais, principalmente no tocante à educação.

Desta forma, observa-se que a abordagem constitucional da autonomia universitária é característica de um processo de amadurecimento, principalmente quanto aos direitos sociais dispostos na Constituição de 1988.

Também como mecanismo para cumprir sua missão institucional, a presença do instituto da autonomia universitária enquanto direito e princípio, visa garantir às universidades as ferramentas necessárias para o alcance do desenvolvimento pleno das suas capacidades de promoção da educação, produção do conhecimento, e formação de cidadãos que contribuem para a melhoria da vida em sociedade.

²⁵ O Supremo Tribunal Federal já foi incitado acerca do tema e aponta que a autonomia universitária não diz respeito à soberania, devendo-se observar os limites acerca da matéria: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4406/ DF. Relatora: Rosa Weber. Data: 18 de outubro de 2019 – Controle de constitucionalidade, violação da autonomia universitária. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=751285580>
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 1036076/SE. Relator: Dias Toffoli. Data: 15 de junho de 2018. Direito Constitucional. Universidade pública. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=747647831>

Percebe-se também que a autonomia universitária deve ser verificada a partir das três dimensões dispostas na Constituição de 1988, e que tais dimensões apresentam margem subjetiva de atuação, possibilitando uma ação discricionária das Universidades.

Do ponto de vista didático-científico são garantidas liberdades às universidades para reger seus programas de ensino, a própria conduta didática, estabelecimento de projetos de pesquisas, estabelecer vagas, criar cursos, etc.

O viés administrativo da autonomia possibilita que as universidades editem atos de natureza administrativa, acerca da sua organização, funcionamento, dispondo sobre material de pessoal, inclusive, dentre outras prerrogativas nesse sentido.

Por fim, a gerencia financeira e patrimonial reforça o caráter autônomo indispensável às universidades para promover sua missão institucional da educação.

Nesse sentido, através do estudo concluiu-se que, embora a autonomia universitária esteja definida de forma plena na Constituição de 1988, ela deve ser observada como instrumento que tem por objetivo garantir o fim a que as universidades se destinam. Ademais, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB é um instrumento que reforça e tenta definir o âmbito da autonomia, o que não isenta da observância de normas e outros princípios constitucionais.

Referências

ARAGÃO. Alexandre Santos de. A autonomia universitária no Estado Contemporâneo no Direito Positivo Brasileiro Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 72-83

BLASCO, Carlos Miñana. Libertad de cátedra, colegialidad, autonomía y legitimidade. Transformaciones en cuatro universidades latinoamericanas, Cienc. políti., Volume 6, Número 12, p. 77-108, 2011. ISSN electrónico 2389-7481. ISSN impreso 1909-230X, p. 81 e 85. Disponível em: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/cienciapol/article/view/41507/43121>.

Acesso em: 05/04/2020

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial da União, Brasília: DF, 20 dez. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4406/ DF. Relatora: Rosa Weber. Data: 18 de outubro de 2019 – Controle de constitucionalidade, violação da autonomia universitária. Disponível em: <http://stf.jus.br/porta/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=751285580>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 1036076/SE. Relator: Dias Toffoli. Data: 15 de junho de 2018. Direito Constitucional. Universidade pública. Disponível em: <http://stf.jus.br/porta/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=747647831>

DELIGDISCH, Marta Elizabeth. A Autonomia Universitária didático-científica e o insdispensável atendimento aos anseios sociais. IV Colóquio Internacional sobre Gestão Universitária na América do Sul. Florianópolis, p. 1, dez. 2004. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/35768/Marta%20Elizabeth%20Deligdisch%20-%20A%20autonomia%20Universit%C3%A1ria.pdf?sequence=4&isAllowed=y>

Acesso em: 20/03/2020. DURHAM, Eunice Ribeiro. A autonomia universitária. O princípio constitucional e suas implicações. São Paulo: NUPES-USP, 1989, pg. 6, 7 e 8. Disponível em: <http://nupps.usp.br/downloads/docs/dt8909.pdf>. Acesso em 20/03/2020.

A autonomia universitária – extensão e limites - NUPES Núcleo de Pesquisas sobre Ensino Superior Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://nupps.usp.br/downloads/docs/dt0503.pdf>. Acesso em 05/04/2020

Autonomia, controle e avaliação. Universidade em questão, Brasília: Universidade de Brasília, 2003

ENTERRÍA. Eduardo Garcia de. La Autonomia Universitaria. Revista de Administración Pública Núm. 117. Septiembre-diciembre, 1988 Disponível

em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/16988.pdf>. Acesso em 20/03/2020

FÁVERO, Maria de Lourdes de A. A dimensão histórico-política da nova Lei de Diretrizes e Bases e a Educação Superior. Novas perspectivas nas políticas de educação superior na América Latina no Limiar do Século XXI. Afrânio Mendes Catani (org). Campinas, SP: Autores Associados, 1998, p. 61

MOTTA, Elias de Oliveira. Direito Educacional e Educação no Século XXI. Brasília: UNESCO, 1997.

MOTTA, Fabrício Macedo. Autonomia universitária e seus reflexos na escolha dos dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n. 116 p. 277-307, jan./jun. 2018. Disponível em:

<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/573>. Acesso em 20/03/2020.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Trinta anos de autonomia universitária: resultados diversos, efeitos contraditórios. Acesso em: Educ. Soc., Campinas, v. 39, nº. 145, p.946-961, out.-dez., 2018 - Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0101-73302018000400946&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 15 ago. 2019

_____. Autonomia universitária. São Paulo: Edusp, 1994.

REIS, Palhares Moreira. A autonomia das universidades públicas na Constituição de 1988. R. Inf. Legisl. Brasília. Ed. 27, n. 105, jan/mar. 1990, p. 7

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; MAROCCO, Andréa de Almeida Leite. Liberdade de cátedra e a Constituição Federal de 1988: alcance e limites da autonomia docentes. In: CAÚLA, Bleine Queiroz et al. Diálogo ambiental, constitucional e internacional. Fortaleza: Premium, v. 2. p. 213-238, 2014. Disponível em: https://abmes.org.br/arquivos/documentos/hwr_artigo2014-liberdadecatedra_unifor.pdf. Acesso em 25/08/2019]

VERDENHOFA, Olga Verdenhofa. University autonomy. Economics&Education. 2016 01 Disponível em: <https://journals.indexcopernicus.com/api/file/viewByFileId/239460.pdf>. Acesso em: 21/03/2020

A LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO NA FIXAÇÃO DO CONTEÚDO CURRICULAR MÍNIMO DA EDUCAÇÃO BÁSICA

Carlos André Coutinho Teles

Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Veiga de Almeida. Especialista em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor (2006) pela UCAM e em Direito e Processo do Trabalho pelo IBMEC (2016). Advogado. carlosandrecoutinhoteles@gmail.com

Flávio Luiz de Aguiar Lôbo

Advogado especialista em Direito Público pela Universidade Católica de Petrópolis - UCP e em Direito Administrativo Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC RJ, pesquisador atuante em áreas afetas ao Direito Público, vinculado ao GDA - Grupo de Estudos de Direito Administrativo. flavio.lobo@ctfl.adv.br

Sumário: Introdução; 1. A Educação no Ordenamento Jurídico Brasileiro; 1.1 Considerações iniciais; 1.2 Constituição Federal e Políticas Públicas de Educação; 2. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação – Lei 9.394/96; 3. Do Conteúdo Curricular Mínimo da Educação Básica; 4. As Subjetividades Públicas; 4.1 Tipos de Subjetividades Públicas; 4.2 Subjetividade Pública Jurisdicional; 4.3 Subjetividade Pública Legislativa; 4.4 Subjetividade Pública Executiva; 5. O Exercício das Subjetividades Públicas; 5.1 Discricionariedade (Sentido Técnico-jurídico); 5.2 Margem de Livre Apreciação dos Conceitos Jurídicos Indeterminados; 5.3 Apreciatividade Administrativa; 5.4 Liberdade de Conformação; Conclusão; Referências

Introdução

Em recentíssimo artigo elaborado pelo i. Prof. Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2019), o renomado doutrinador, Ministro do Supremo Tribunal Federal, afirma que a Educação Básica no Brasil não é verdadeira prioridade e que o sistema educacional pátrio segue maculado pela “lógica do varejo político”, pois flutuaria conforme o rodízio ideológico de Ministros da Educação¹. Inobstante o seu descontentamento com o tratamento dispensado à

¹ “Sob os três governos do Partido dos Trabalhadores, tivemos 8 ministros: Cristovam Buarque, Tarso Genro, Fernando Haddad (que ficou mais longamente, quase 7 anos). Depois da saída de Haddad, foram 5 ministros em 4 anos e meio: Aloizio Mercadante, Henrique Paim, Cid Gomes, Renato Janine Ribeiro e Aloizio Mercadante de novo. Sob o governo do Presidente

educação básica no Brasil, ao final de sua exposição declara a solução para o problema: *“um plano estratégico, suprapartidário, de curto, médio e longo prazos, que não esteja à mercê dos prazos e das circunstâncias eleitorais.”*²

Ocorre que, convém destacar, a educação básica no Brasil já segue um plano estratégico, constitucionalmente imposto, que se encontra materializado na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - Lei nº 9.394 (LDB) e na Base Nacional Curricular Comum (BNCC). Esse planejamento, apesar de existente, de fato encontra um de seus maiores entraves nas alterações decorrentes dos “rachas” político-ideológicos, materializados nas constantes trocas ministeriais vivenciadas nos últimos anos, que acabam por afetar os currículos da educação brasileira.

Tais alterações são possíveis em virtude do alto grau de liberdade de conformação de que dispõem os Ministros da Educação no estabelecimento das políticas públicas relacionadas ao ensino básico, motivo pelo qual é de crucial importância identificar claramente a subjetividade pública empregada na fixação do conteúdo curricular mínimo para a educação básica, evidenciando a melhor técnica jurídica para evitar falhas e criando elementos para um controle mais efetivo de eventuais arbitrariedades³. Para tanto, o presente trabalho parte da doutrina de André Saddy, cujas publicações servem de aparato teórico para o desenvolvimento da pesquisa.

Não é demais lembrar que os constantes desvios de direcionamento e a instabilidade do sistema de educação brasileiro prejudicam não só as crianças diretamente afetadas⁴, mas também a segurança jurídica e o futuro

Temer, foram dois os ministros: Mendonça Filho e Rossieli Soares da Silva. Sob a presidência de Jair Bolsonaro, até meados de 2019, dois ministros já haviam passado pela pasta: Ricardo Vélez e Abraham Weintraub. Não há política pública que resista a esse tipo de descontinuidade” (BARROSO, 2019, p.119)

² “O ponto a ser aqui realçado é que a educação no Brasil não é tratada com a importância que merece e muito menos como prioridade. É um slogan. Não é só uma questão de alocar recursos, mas, sim, de traçar as estratégias adequadas e implementá-las com competência. O Brasil precisa de um plano estratégico, suprapartidário, de curto, médio e longo prazo, implementado por quadros competentes e constantes, que não estejam à mercê dos prazos e das circunstâncias da política.” (id. Supra)

³ O presente estudo não tem o objetivo de tratar de controle judicial de políticas públicas, mas de fornecer ao administrador parâmetros para o balizamento da sua conduta ao formatar o conteúdo curricular mínimo do ensino básico brasileiro.

⁴ De acordo com o último Censo Escolar, de 2019, o Brasil possui 47,9 milhões de estudantes no ensino básico, que compreende alunos da Educação Infantil: Creche e pré-escola (8,9

dos administrados de todas as idades. Essas circunstâncias evidenciam a relevância e a pertinência do presente estudo, que objetiva, por meio de pesquisa doutrinária e documental, sem esgotamento do tema, identificar qual a subjetividade empregada para a formatação do conteúdo curricular mínimo do ensino básico, bem como, qual o grau de liberdade de que dispõem os Ministérios da Educação na sua formulação e como essa subjetividade deve ser exercida.

1. A Educação no Ordenamento Jurídico Brasileiro

1.1 Considerações iniciais

A partir da crise do Estado liberal, decorreu a noção de inevitabilidade da intervenção Estatal nas atividades privadas. Tais intervenções, entretanto, diante das experiências totalitárias vivenciadas no plano internacional, despertaram a noção de que se deve limitar o atuar do Poder Público, a fim de preservar os direitos fundamentais estampados nas constituições.

Nesse contexto, hoje é fundamental para o direito moderno a busca de equilíbrio entre a atuação estatal e a preservação dos direitos fundamentais e demais mandamentos constitucionais. Tal equilíbrio, *prima facie*, remete ao princípio da separação de poderes e do sistema de freios e contrapesos, os quais, apesar de não serem objeto do presente estudo, evidenciam a necessidade da adoção de instrumentos aptos a protegerem os indivíduos do arbítrio estatal num Estado de Direito, hoje embebido pelo conceito democrático, de onde extrai sua legitimidade.

A proteção do cidadão em face do arbítrio estatal finca seus alicerces no sistema de Direitos Fundamentais, e tem por base a noção de que toda a atuação Estatal deve ser executada em harmonia com tais direitos, tema recorrente em estudos Constitucionais, e que viabiliza o exercício do sistema de freios e contrapesos, balizando a formulação das normas, sua execução e o posterior controle judicial. Entretanto, parece-nos chegado o momento de

milhões), do Ensino Fundamental (26,9 milhões) e do Ensino Médio (7,5 milhões). Vide: Infográfico Censo Escolar 2019: Inep. Disponível em: http://download.inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar/download/2019/infografico_censo_2019.pdf Acesso em: 20/02/2020

superar esses paradigmas e estabelecer critérios técnicos de licitude para o exercício das subjetividades estatais, a fim de garantir que o produto dessa atividades ostente, previamente, e com o maior grau de certeza possível, a legitimidade que se espera emanar dos atos do Poder Público, sejam eles de natureza judicial, executiva ou legislativa, evitando-se atitudes arbitrárias.

Segundo a doutrina clássica de Hely Lopes Meirelles (2013), discricionariedade e arbitrariedade se distinguem pelo fato de que a primeira seria liberdade de ação administrativa, “dentro dos limites permitidos em lei”, enquanto o arbítrio seria “ação contrária ou excedente da lei”. Apesar de tais definições parecerem claras e suficientes, são inúmeras as dificuldades para aplicação direta, no campo do direito constitucional, da clássica discricionariedade do Direito Administrativo, em especial ao se analisar a atividade legiferante e o exercício da liberdade de conformação pelo legislador. Afinal, às leis a Constituição reserva a função de estabelecer finalidades e objetivos, a serem observados ainda pelos Poderes Executivo e Judiciário, sem pretender a fixação de alternativas prévias para todas as potenciais soluções, demandando a ampliação do conceito de discricionariedade, para abraçar a noção do que se intitula “liberdade de conformação”.

Conforme leciona J.J. Gomes Canotilho (1994, p. 244) constituições programáticas como a brasileiras não somente estabelecem limites materiais, que proíbem a edição de determinados atos pelo legislador, as chamadas condicionantes negativas, mas também estabelece ordens dirigindo o que deve ser feito, as condicionantes positivas, que fundamentam o controle das omissões legislativas, indicando a existência de um “direito às normas”.

No que diz respeito à educação, nossa constituição apresenta condicionantes positivas, que determina, em seu artigo 210, o estabelecimento de conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum, preservando os valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. Para uma melhor contextualização, uma breve abordagem da perspectiva constitucional das políticas públicas de educação será tratada a seguir.

1.2 Constituição Federal e Políticas Públicas de Educação

A Constituição Federal de 1988 é uma típica Constituição dirigente, que não se atém apenas ao estabelecimento de direitos e garantias, mas formula também um projeto de futuro (DE SOUZA NETO, 2003, p. 66).

O constitucionalismo de então formata juridicamente a passagem do Estado Liberal para o Estado Social traçando, programaticamente, as políticas públicas⁵ a serem implementadas e os objetivos socioeconômicos a serem alcançados pela sociedade. A Constituição, a par de seu papel de instância meramente limitativa do poder (Constituição-garantia⁶), assume a feição de um amplo programa de reformas econômicas e sociais a serem compulsoriamente concretizadas pelas legislaturas e pelos governos (Constituição-programa ou Constituição dirigente⁷) (BINENBOJM, 2014, p. 5/6)

Os direitos sociais estão disposto no art. 6º da Constituição Federal, sob o título dos direitos e garantias fundamentais, cujo texto normativo dispõe que “*são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer,*

⁵ Entre as políticas públicas, cabe diferenciar as políticas de Estado daquelas de governo. Enquanto estas últimas possuem relação com o mandato eletivo, as primeiras podem atravessar vários mandatos. Assim, a política de governo corresponde a um conjunto articulado de intenções de autoria do grupo político vencedor do processo eleitoral que assumirá e responderá, por um período determinado de tempo, o controle do Estado. A política de Estado é o resultado de uma tomada de consciência da classe política e da sociedade sobre determinado assunto, de tal modo que, inclusive mudando o governo, a ideia não se abandona nem seus princípios se desviam, permanecendo no tempo independentemente do grupo político que estiver no governo (SADDY, 2014, p. 39).

⁶ Em síntese, a constituição especifica um procedimento político justo e incorpora as restrições que protegem as liberdades fundamentais e, ao mesmo tempo, asseguram sua prioridade. O resto fica a cargo do estágio legislativo. Uma constituição desse tipo está em conformidade com a ideia tradicional de governo democrático, ao mesmo tempo que abre um espaço para a instituição da revisão judicial. Essa concepção da constituição não se fundamenta, em primeiro lugar, nos princípios de justiça, nem nos direitos fundamentais (ou naturais). Seu fundamento está, isto sim, nas concepções de pessoa e de cooperação social, mais compatíveis com a cultura pública de uma sociedade democrática moderna. (RAWLS, 1995, p. 396).

⁷ A teoria da constituição dirigente, tal qual formulada no Brasil, é um aporte jurídico-normativo. Uma das tônicas dessa vertente do pensamento jurídico brasileiro é afirmar que todos os dispositivos constantes da Constituição são dotados de normatividade. O papel da teoria constitucional passa a ser o de incrementar a “força normativa da constituição” – o que só se daria através do desenvolvimento de um instrumental dogmático e processual tendente a sua efetivação (DE SOUZA NETO, 2003, p. 69).

a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Sobre os direitos sociais, leciona José Afonso da Silva (2004, p.285):

São prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social, trouxe mudanças substanciais para o Direito, podendo-se citar como uma delas o fato de o poder público passar a figurar no polo passivo das mais diversas demandas judiciais, sendo obrigado a prestações positivas com relação aos cidadãos⁸. Destarte, o Estado outrora abstencionista passa a ser obrigado, judicialmente, a agir sob forma de prestações positivas em relação às demandas sociais.

Toda ação governamental com o objetivo de intervir na sociedade para provocar distribuição, redistribuição ou regulação de bens, serviços e direitos identifica uma política pública. Com o advento do Estado Social, as políticas públicas se concentraram nas áreas mais carentes, quais sejam saúde, educação e saneamento básico (DE MOURA ANDRADE, 2018, p. 781-798).

Importante registrar que não existe uma definição unívoca para o termo políticas públicas, assim, será apresentado o conceito que melhor se adequa aos fins desse trabalho nas palavras de Celina Souza (2006, p. 26):

Pode-se, então, resumir política pública como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso

⁸ Segundo o STF, é possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Assim se verifica em relação ao direito à saúde (AI 734487 AgR de 03/08/2010), à educação infantil (RE 410715 AgR de 22/11/2005; RE 464143 AgR de 15/12/2009), entre outros (SADDY, 2018, p. 20).

dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real. Se admitirmos que a política pública é um campo holístico, isto é, uma área que situa diversas unidades em totalidades organizadas, isso tem duas implicações. A primeira é que, como referido acima, a área torna-se território de várias disciplinas, teorias e modelos analíticos. Assim, apesar de possuir suas próprias modelagens, teorias e métodos, a política pública, embora seja formalmente um ramo da ciência política, a ela não se resume, podendo também ser objeto analítico de outras áreas do conhecimento, inclusive da econometria, já bastante influente em uma das subáreas da política pública, a da avaliação, que também vem recebendo influência de técnicas quantitativas. A segunda é que o caráter holístico da área não significa que ela careça de coerência teórica e metodológica, mas sim que ela comporta vários “olhares”. Por último, políticas públicas, após desenhadas e formuladas, desdobram-se em planos, programas, projetos, bases de dados ou sistema de informação e pesquisas. Quando postas em ação, são implementadas, ficando daí submetidas a sistemas de acompanhamento e avaliação.

A administração pública pós Constituição de 1988 tem um novo viés cujas lições de Luiz Eduardo Lemos de Almeida e Plínio Lacerda Martins (2016, p. 89) sintetizam bem essa nova mudança de paradigma:

Diante de uma Lei Maior permeada pela dignidade da pessoa humana, por princípios e regras com valores jurídicos voltados para a realização dos

direitos fundamentais - estes com papel central na nossa CF/88 -, o Estado-Administração perdeu por completo seu viés monarca e absolutista para pautar-se, em definitivo, pela governança, pela tomada de decisões ótimas, pela busca incessante dos objetivos da República Federativa do Brasil, dos princípios do Estado Democrático de Direito e da afirmação dos direitos fundamentais.

Recentemente, em auditoria operacional realizada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), sob a relatoria do Ministro Vital do Rêgo, foram analisadas mais de 30 (trinta) mil obras públicas financiadas com recursos federais. Destas, mais de 30% (trinta por cento) foram consideradas como paralisadas ou inacabadas, conforme consta do acórdão nº 1.079/2019 proferido pelo Plenário nos autos do Processo nº 011.196/2018-1⁹.

Constam no citado acórdão os seguintes dados: Em relação às obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), consideradas mais relevantes para o país e que deveriam, por esta razão, ser aceleradas, os resultados apontam que cerca de 21% (vinte um por cento) delas encontram-se paralisadas. Isso significa que, dos R\$ 663 (seiscentos e sessenta e três) bilhões inicialmente previstos para serem investidos no PAC, R\$ 127 (cento e vinte e sete) bilhões estão atrelados a obras paralisadas. Das 2.914 (duas mil novecentos e quatorze) obras paralisadas do PAC, apenas 6 (seis) delas tiveram indicação de paralisação pelo TCU.

A partir desses dados e de questionários enviados aos gestores, a auditoria apurou três principais causas: contratação com base em projeto básico deficiente; insuficiência de recursos financeiros por parte do estado ou município co-responsável pela obra (contrapartida); e dificuldade dos estados e municípios em gerirem os recursos federais recebidos.

A auditoria apurou que são cerca de R\$ 10 (dez) bilhões já aplicados em obras paralisadas, sem que tenham sido gerados benefícios à sociedade. Todavia, as consequências desse problema vão muito além dos recursos

⁹Disponível

em:

<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordaocompleto/1119620181.PROC/%20/DT%20RELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=e62497d0-8152-11e9-acc9-c9d47db6992f>. Acesso em: 05 de jan. de 2020.

desperdiçados e são extremamente nocivas para o País. Entre outros efeitos negativos, os resultados apuraram serviços públicos que deixam de ser prestados à população, os prejuízos ao crescimento econômico do país e os empregos que não são gerados, posto que são mais de R\$ 132 (cento e trinta e dois) bilhões que deixaram de ser injetados na economia. Apenas no tocante aos recursos destinados às creches do Programa Proinfância, 75 (setenta e cinco) mil vagas deixaram de ser criadas e oferecidas à população.

Os dados expostos apontam para o prejuízo aos cofres públicos e para a sociedade em duas espécies de políticas públicas: a primeira habitacional e a segunda educacional.

Em estudo intitulado *Impacto Econômico e Social da Paralisação das Obras Públicas*, Cláudio R. Frischtak reuniu as obras paralisadas nos bancos de dados da Caixa Econômica Federal, Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação e Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. Após isso, considerou R\$ 76,7 bilhões como o valor total para a conclusão das obras. Tal cifra, de acordo com o autor, se refere ao informado pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão para retomar 7.439 (sete mil, quatrocentos e trinta e nove) obras que se encontravam paralisadas e completá-las até o fim de 2018.

No que tange ao prejuízo indireto em obras de creches financiadas pelo governo federal, Frischtak (2018) discorreu que:

A Comissão de Educação, Cultura e Esporte do Senado se reuniu em fevereiro de 2018 para discutir com autoridades e especialistas a paralisação de cerca de três mil obras de creches financiadas desde 2013 pelo governo federal em parceria com os municípios. Com base nesse número, o impacto direto esperado na renda das famílias seria uma perda anual de mais de R\$ 420 milhões, sendo o valor presente num horizonte de vinte anos e uma taxa de desconto de 6% de R\$ 4,8 bilhões (Frischtak, Cláudio R. *Impacto Econômico e Social da Paralisação das Obras Públicas*, 2018, p. 51).

O autor prossegue em seu trabalho afirmando que, se consideradas as metas do Plano Nacional de Educação para 2024, o impacto negativo na renda anual das famílias sobe para R\$ 3 (três) bilhões.

A partir desse breve arrazoado, por mais que a Constituição Federal, em seu prisma dirigente, emita comando programáticos que devem ser realizados pelos agentes políticos, sejam eles membros do Poder Legislativo ou Executivo, os dados acima esboçados denotam a deficiência na concretização das políticas públicas, inclusive, naquelas de natureza educacional.

Nesse contexto, surge a Lei de Diretrizes e bases da educação (Lei 9.394/96), que em seus artigos 26, 27 e 28, materializam o comando constitucional estabelecendo os conteúdos curriculares mínimos da educação básica.

2. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação – Lei 9.394/96

A educação é um direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à própria cidadania, exercendo dupla função: por um lado, qualifica a comunidade como um todo, tornando-a esclarecida, politizada, desenvolvida; de outro, dignifica o ser humano, verdadeiro titular desse direito subjetivo fundamental. No caso da educação básica obrigatória (art. 208, I da CF), os titulares desse direito indisponível à educação são as crianças e adolescentes em idade escolar.

Esse direito fundamental de todo cidadão, deve ser compartilhado entre Estado, família e sociedade, devendo, ainda, ser promovido e incentivado com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Com efeito, para que possam ser atendidas tais finalidades, no âmbito da educação escolar, a Constituição cidadã, em seu art. 208, I, prescreve ser dever do Estado proporcionar a todo o cidadão o acesso a educação básica, de forma obrigatória e gratuita, a partir dos 4 (quatro) até os 17 (dezessete) anos de idade, assegurando, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.

Com base nesses marcos constitucionais, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), Lei nº 9.394, de 20.12.1996, no Inciso IV de seu Artigo 9º, dispõe que cabe à União:

(...) estabelecer, em colaboração com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, competências e diretrizes para a Educação Infantil, o Ensino Fundamental e o Ensino Médio, que nortearão os currículos e seus conteúdos mínimos, de modo a assegurar formação básica comum.

Importante elucidar que os currículos e seus conteúdos mínimos (art. 210 da CF) quando propostos pelo Ministério da Educação (art. 9º, § 1º, letra c, da Lei nº 9.131/95) terão seu norte estabelecido por meio de diretrizes. Estas terão como foro de deliberação a Câmara de Educação Básica (art. 9º, § 1º, letra c, da Lei nº 9.131/95). Do mesmo modo, cabe a Câmara de Educação Básica (art. 9º, § 1º, letra e, da Lei nº 9.131/95) *“assessorar o Ministro de Estado da Educação e do Desporto em todos os assuntos relativos à educação básica”*.

A Câmara de Educação Básica, assim como a Câmara de Educação Superior compõem o Conselho Nacional de Educação (CNE)¹⁰, órgão colegiado integrante do MEC, que foi instituído pelo art. 6º, §1º da Lei 9.131/95, 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 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.

¹⁰ Compete ao Conselho e às Câmaras exercerem 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, conforme dispõe o art. 9º da Lei 9.131/95.

Os requisitos para o cargo, o procedimento de escolha e a nomeação dos demais membros estão distribuídos pelos sete parágrafos do art. 8º, da Lei 9.131/95 cujo teor faz-se pertinente expor em sua integralidade:

§ 1º A escolha e nomeação dos conselheiros será feita pelo Presidente da República, sendo que, pelo menos a metade, obrigatoriamente, dentre os indicados em listas elaboradas especialmente para cada Câmara, mediante consulta a entidades da sociedade civil, relacionadas às áreas de atuação dos respectivos colegiados.

§ 2º Para a Câmara de Educação Básica a consulta envolverá, necessariamente, indicações formuladas por entidades nacionais, públicas e particulares, que congreguem os docentes, dirigentes de instituições de ensino e os Secretários de Educação dos Municípios, dos Estados e do Distrito Federal.

3º Para a Câmara de Educação Superior a consulta envolverá, necessariamente, indicações formuladas por entidades nacionais, públicas e particulares, que congreguem os reitores de universidades, diretores de instituições isoladas, os docentes, os estudantes e segmentos representativos da comunidade científica.

§ 4º A indicação, a ser feita por entidades e segmentos da sociedade civil, deverá incidir sobre brasileiros de reputação ilibada, que tenham prestado serviços relevantes à educação, à ciência e à cultura.

§ 5º Na escolha dos nomes que comporão as Câmaras, o Presidente da República levará em conta a necessidade de estarem representadas todas as regiões do país e as diversas modalidades de ensino, de acordo com a especificidade de cada colegiado.

§ 6º Os conselheiros terão mandato de quatro anos, permitida uma recondução para o período imediatamente subsequente, havendo renovação de

metade das Câmaras a cada dois anos, sendo que, quando da constituição do Conselho, metade de seus membros serão nomeados com mandato de dois anos.

§ 7º Cada Câmara será presidida por um conselheiro escolhido por seus pares, vedada a escolha do membro nato, para mandato de um ano, permitida uma única reeleição imediata.”

E dentro da opção cooperativa que marcou o federalismo no Brasil após a Constituição de 1988, a proposição das diretrizes será feita em colaboração com os outros entes federativos (art. 9º, IV da LDB). Entretanto o objetivo dessas diretrizes já está dado: trata-se da formação básica comum, assegurada a todos os estudantes.

3. Do Conteúdo Curricular Mínimo da Educação Básica

A organização do sistema brasileiro de educação é conferida pela Lei nº 9.394/96, de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), cabendo a cada um dos entes federativos organizar seu sistema de ensino, cabendo, ainda, à União a coordenação da política nacional de educação, articulando os diferentes níveis e sistemas e exercendo função normativa, redistributiva e supletiva (artigos 8º, 9º, 10 e 11).

A criação de Diretrizes Curriculares Nacionais¹¹ constitui atribuição federal, que é exercida pelo Conselho Nacional de Educação (CNE), nos termos da LDB e da Lei nº 9.131/95. Como exposto, a alínea “c” do artigo 9º

¹¹ As Diretrizes Curriculares Nacionais (DCNs) são normas obrigatórias para a Educação Básica que orientam o planejamento curricular das escolas e dos sistemas de ensino. Elas são discutidas, concebidas e fixadas pelo Conselho Nacional de Educação (CNE). Mesmo depois que o Brasil elaborou a Base Nacional Comum Curricular (BNCC), as Diretrizes continuam valendo porque os documentos são complementares: as Diretrizes dão a estrutura; a Base o detalhamento de conteúdos e competências. Atualmente, existem diretrizes gerais para a Educação Básica. Cada etapa e modalidade (Educação Infantil, Ensino Fundamental e Ensino Médio) também apresentam diretrizes curriculares próprias. A do Ensino Médio é a mais recente, mas já está sendo reformulada pelo CNE para atender às mudanças proposta pela lei 13.415, da Reforma do Ensino Médio. Disponível em: <https://www.todospelaeducacao.org.br/conteudo/o-que-sao-e-para-que-servem-as-diretrizes-curriculares/>. Acesso em: 10 fev. de 2020.

da Lei nº 9.131/95, atribui a Câmara de Educação Básica (CEB), deliberar sobre as Diretrizes Curriculares propostas pelo Ministério da Educação. Esta competência para definir as Diretrizes Curriculares Nacionais torna-as cogente para todos os sistemas. Além disso, atribui-lhe, ainda, a responsabilidade de assegurar a participação da sociedade no aperfeiçoamento da educação nacional (artigo 7º da Lei nº 4.024/61, com redação dada pela Lei 9.131/95).

As diretrizes buscam promover a equidade de aprendizagem, assegurando que conteúdos básicos sejam ministrados para todos os alunos, devendo observar os diversos contextos nos quais eles estão inseridos, o que se extrai do comando normativo posto no caput do art. 26 da LDB¹².

Por fim, importa elucidar que a inclusão de novos componentes curriculares de caráter obrigatório na BNCC dependerá de aprovação do Conselho Nacional de Educação e de homologação pelo Ministro de Estado da Educação (art. 26, §10 da LDB). Esta aprovação, para posterior homologação, prescinde de prévia deliberação da Câmara de Educação Básica, seja das medidas provisórias emanadas do Poder Executivo, seja dos projetos de lei que advenham do Legislativo, o que, de certo modo, limitam o exercício da subjetividade política dos demais entes federados ao elaborarem a parte diversificada dos currículos de que trata o caput do art. 26 da LDB¹³.

Tecidos tais apontamentos, passar-se-á a analisar os tipos de subjetividades públicas e o grau de liberdade que lhes confere o ordenamento jurídico brasileiro.

¹² Art. 26, caput. Os currículos da educação infantil, do ensino fundamental e do ensino médio devem ter base nacional comum, a ser complementada, em cada sistema de ensino e em cada estabelecimento escolar, por uma parte diversificada, **exigida pelas características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e dos educandos. (grifo nosso)**

¹³ Art. 26. Os currículos da educação infantil, do ensino fundamental e do ensino médio devem ter base nacional comum, a ser complementada, em cada sistema de ensino e em cada estabelecimento escolar, por uma parte diversificada, exigida pelas características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e dos educandos.

4. As Subjetividades Públicas

4.1 Tipos de Subjetividades Públicas

O Estado manifesta à sua vontade através de suas funções judicial, executiva e legislativa. Cada uma dessas funções possuiria uma carga subjetiva ou de autonomia distinta das demais, e decorreria da necessidade de o Poder Público manifestar o seu poder, através de uma tomada de decisão. Tal decisão corresponderia ao produto de uma valoração guiada das subjetividades atribuídas àquele poder.

Nesse contexto, a valoração exercida no desempenho de cada uma dessas funções corresponde a diferentes níveis de subjetividade. A diferenciação entre tais níveis decorreria da presença ou da ausência de um poder de eleição, caracterizado por um ato voluntário de opção entre distintas possibilidades de atuação mutuamente excludentes.

4.2 Subjetividade Pública Jurisdicional

O Poder Judiciário tem como principal função a manutenção da paz social através da aplicação do Direito, dirimindo conflitos de interesses. No exercício de tal função, o Poder Judiciário também revela o exercício de uma subjetividade pública, mas de natureza muito mais restrita que às demais funções estatais, pois encontra limites no próprio ordenamento jurídico, limitando-se a declarar as opções políticas contidas nas normas, de aplicação imperativa, obrigando-se a oferecer motivações devidamente justificadas por argumentos jurídicos, controláveis por órgãos jurisdicionais superiores.

É possível afirmar, entretanto, que a subjetividade pública jurisdicional não deriva exclusivamente das possibilidades expressamente conferidas pela norma jurídica, mas também da margem interpretativa decorrente da linguagem aplicada pelo legislador, bem como, do discernimento e da sensatez exigidos dos magistrados na eleição do curso de ação juridicamente previsto pela normatização, que não raro deixa de oferecer uma solução clara, incorrendo em ambiguidades e incoerências das quais podem resultar entendimentos diversos e conflitantes, exigindo o exercício de uma subjetividade jurisdicional um pouco mais ampla. Diante dos diversos limites impostos ao exercício da subjetividade pública judiciária, esta é

classificada pela doutrina enquanto fraca (DWORKIN 1999, p. 146), e uma vez ultrapassados tais limites, configura-se uma decisão arbitrária.

4.3 Subjetividade Pública Legislativa

De todas as formas de subjetividade pública, é na subjetividade pública legislativa onde se verifica de fato o maior grau de valoração subjetiva. O legislador detém a legitimidade decorrente do voto popular, especificamente voltada para uma atividade política de caráter permanente, consubstanciada na elaboração de normas jurídicas, as quais estabelecem as opções políticas que limitam todas as demais subjetividades públicas. Cabe ao legislador a função de debater e identificar e os remédios mais adequados para sambar os problemas sociais, no exercício de uma ampla margem de conformação, configuração ou discricionariedade constitutiva.

A despeito da ampla margem de subjetividade ostentada pelo legislador, esta atividade também encontra limitações na proibição da arbitrariedade, hipótese na qual caberia incidir o controle judicial. Ainda conforme André Saddy (2014, p. 31) para que uma lei seja válida, a mesma deve propiciar aos cidadãos uma indicação do comportamento adequado ou do standard de comportamento aceitável, permitindo, com certa razoabilidade, que prevejam as consequências de seus atos segundo a norma.

Por fim, é possível concluir que o legislador deve não só preservar o conteúdo essencial dos direitos dos administrados, mas também demonstrar consonância com todas as demais normas constitucionais.

4.4 Subjetividade Pública Executiva

A função executiva compreende a atividade de gestão da máquina pública em todos os espaços não preenchidos pelas demais funções estatais típicas, dedicado à satisfação do interesse público, nos termos delineados pelo ordenamento jurídico. É exercida conjuntamente pelo governo e pela Administração Pública, que exercem a subjetividade pública executiva sob um viés de natureza administrativa ou política, conforme a natureza das atividades exercidas.

Quanto à função executiva de natureza administrativa, seu grau de subjetividade encontra-se em um espectro mais restrito do que o da função

política, submetendo-se plenamente ao controle judicial, uma vez que objetiva a mera execução das regras jurídicas extraídos diretamente da norma, por meio de agentes dotados de poderes, faculdades e prerrogativas necessárias à persecução de tais fins.

A função executiva de natureza política é exercida pelos órgãos superiores de Estado, quando produzem atos anteriores ou independentes de normas jurídicas, conforme definido em debates parlamentares ou ministeriais. Esses atos usualmente estabelecem programas de ação ou objetivos a serem perseguidos pelas futuras normas jurídicas, fixando ainda os meios a serem empregados na consecução dos seus objetivos. Trata-se de um processo político de opção de prioridades, por meio de programas de ação a serem exercidos em um espaço de tempo, que pode ser tanto determinado quanto indeterminado.

5. O Exercício das Subjetividades Públicas

Os diferentes graus ou níveis de subjetividade pública decorrem dos respectivos modos de atribuição de cada uma dessas pelo instrumento normativo habilitante, que poderá ou não estabelecer critérios que guiem a conduta do aplicador, classificando-se como fortes ou fracas. Sobre tais critérios, André Saddy (2014, p. 145) leciona que tal distinção, realizada com suporte na doutrina de Ronald Dworkin, opera diante de quaisquer decisões ou eleições públicas subjetivas ou autônomas, sejam elas conformadora, discricionária, apreciativa ou com margem de livre apreciação.

Dentro desse escopo, as subjetividades públicas se manifestariam pelo exercício da (i) discricionariedade em seu sentido técnico-jurídico, da (ii) margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados ou da (iii) apreciatividade administrativa, e a (iv) liberdade de conformação. Tais institutos serão brevemente analisados a seguir para uma adequada contextualização do tema.

5.1 Discricionariedade (Sentido Técnico-jurídico)

Expressão amplamente utilizada na literatura jurídica como gênero para todas as espécies de subjetividade. Seu sentido técnico-jurídico remete àquela margem de liberdade ou autonomia conferida à Administração Pública,

quando a norma autoriza a adoção de uma ou mais alternativas, previamente elencadas, supostamente aptas ao pronto atendimento do interesse público.

5.2 Margem de Livre Apreciação dos Conceitos Jurídicos Indeterminados

Margem de liberdade interpretativa decorrente da zona de incerteza semântica de um conceito jurídico, cujo sentido não pode precisar o intérprete, mesmo diante do caso concreto.

A fim de identificar a existência de uma margem de livre apreciação diante de um conceito jurídico indeterminado, recomenda-se, em apertada síntese, uma análise estrutural do conceito, dividindo-o em um (i) núcleo conceitual e uma (ii) auréola conceitual. O (i) núcleo conceitual apresenta uma clara noção do conteúdo e da extensão do conceito sob análise, configurando uma zona de certeza, positiva ou negativa. Por sua vez, a (ii) auréola conceitual seria a parte a respeito da qual surgiriam as dúvidas e questionamentos, cuja determinação exigiria o desdobramento da ideia do núcleo conceitual, condicionando o exercício da subjetividade pública.

5.3 Apreciatividade Administrativa

Trata-se daquela margem de liberdade que se projeta para encontrar fundamentos de legitimidade em fatos e critérios interpretativos. Manifesta-se quando o agente público – usualmente um “*street-level bureaucrat*”¹⁴ – realiza uma operação de discernimento para aplicar a norma, valendo-se da ponderação dos interesses e fatores em conflito, pesando elementos como o conteúdo do Direito, os defeitos do sistema jurídico e, principalmente, do exercício funcional, usualmente sem prévio procedimento administrativo ou ato administrativo formal ao final de seu exercício. Bom notar que o aplicador estará sempre fadado ao atendimento do interesse público, mesmo que tenha de se afastar da letra estrita da lei para alcançar o propósito da norma jurídica, por razões comprovadas de especial relevância.

¹⁴ Para maior detalhamento, vide André Saddy (2014, p. 312/320).

5.4 Liberdade de Conformação

Nas palavras de André Saddy (2018, p. 132) esta seria a “*margem de liberdade de quem cria direitos e obrigações ou que os elucida, por meio de atos legislativos, normativo-regulamentares, editais, contratuais, jurisdicionais e até mesmo por tomadas de decisões administrativas que tenham o condão de se transformar em normas jurídicas*”. Inclui-se aí também a liberdade para criação, formulação e desenho de políticas públicas, as quais seriam decorrentes de profunda legitimidade democrática “*para escolher os meios que reputar adequados e avaliar se, e em que medida, diferentes situações justificam a criação de um direito e uma obrigação ou de uma política pública*.” Tipicamente inata à função legislativa, essa subjetividade dispõe da mais ampla margem de valoração subjetiva, motivo pelo qual a doutrina¹⁵ a qualifica como política ou fortíssima.

Apesar dessa força conformadora, tal subjetividade não é absoluta ou incondicionada. Via de regra, não caberia ao Poder Judiciário a tarefa de interferir nessa liberdade, sob o risco de macular e, quiçá, substituir o mérito administrativo e ignorar a conveniência e a oportunidade identificadas pelo legislador. Caberá, entretanto, sempre a obrigação de apurar se o legislador ultrapassou a margem de liberdade conferido pelo ordenamento jurídico, na tutela da proibição da arbitrariedade, visto que o Poder Legiferante não pode atuar sem limitação, devendo sempre respeitar o conteúdo básico dos direitos contidos na lei, ao mesmo tempo, estar em consonância com todas as outras normas de Direito.

Conclusão

O presente ensaio analisou os limites da liberdade de conformação do Ministério da Educação na fixação do conteúdo curricular mínimo da educação básica. Em primeiro momento, foi demonstrado a importância das políticas públicas tendo sido abordados estudos diversas espécies, tendo os resultados demonstrado que há desperdício de dinheiro público em decorrência da falta de planejamento do gestor público na execução das mesmas, inclusive na área educacional.

¹⁵ ARAGÓN, M. La eficacia jurídica del principio democrático. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Ano 8, n. 24, p. 9-46, sep.-dic. 1988, p. 25.

Posteriormente, o trabalho abordou a estrutura educacional brasileira, partindo da Constituição Federal, perpassando pela abordagem da Lei de Diretrizes e Bases, momento no qual verificou-se que o Conselho Nacional de Educação tem significativa participação na elaboração e modificação do conteúdo curricular mínimo, posto que a inclusão de novos componentes curriculares de caráter obrigatório na BNCC depende da sua aprovação.

Destarte, tomando por conta as lições acima delineadas, temos que o ato que cria ou altera o conteúdo curricular mínimo da educação básica pode ser classificado eminentemente como um ato executivo de natureza política. Entretanto, considerando a forma do estabelecimento desses conteúdos curriculares mínimos, emana também traços próprios da liberdade de conformação, típica dos atos legislativos, notadamente porque o conteúdo curricular mínimo é estabelecido e modificado por meio de lei, de iniciativa concorrente de todos os entes da federação, respeitada a sua competência local.

Sendo uma subjetividade pública executiva de natureza política, deve ser exercida dentro dos limites impostos não só pela norma habilitante da respectiva subjetividade pública, mas também pelo ordenamento jurídico como um todo.

Referências

ARAGÓN, M. La eficacia jurídica del principio democrático. Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, Ano 8, n. 24, p. 9-46, sep.-dic. 1988, p. 25.

BARROSO, Luís Roberto. A Educação Básica no Brasil: do atraso prolongado à conquista do futuro. Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 13, n. 41, p. 117-155, jul./dez. 2019.

BINEMBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização, 4ª. edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988.

_____. Poder Executivo. Lei n. 9.131, de 24 de novembro de 1995. Altera dispositivos da Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961, e dá outras providências. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9131.htm>. Acesso em: 05 de jan. de 2020.

_____. Poder Executivo. Lei n. 9.394 de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em: 05 de jan. de 2020.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.079/2.019. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão 15/05/2019. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 jan. 2020.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Coimbra: Coimbra, 1994.

DE ALMEIDA, Luiz Eduardo Lemos; MARTINS, Plínio Lacerda. Cidadania ativa na outorga de concessão de Serviço Público. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, 2016, 1.35.

DE MOURA ANDRADE, Aparecida; SANTANA, Héctor Valverde. Avaliação de políticas públicas versus avaliação de impacto legislativo: uma visão dicotômica de um fenômeno singular. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 7, n. 3, p. 781-798, 2018.

DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Teoria da Constituição, democracia e igualdade. Teoria da Constituição Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro 2003.

DWORKIN, Ronald; RIOS, Gildo. O império do direito. Martins Fontes, 1999.

FRISCHTAK, Cláudio R. Impacto Econômico e Social da Paralisação das Obras Públicas, 2018, p. 51. Disponível em: https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2018/06/Impacto_Economico_das_Obras_Paralisadas.pdf. Acesso em: 05 de jan. de 2020.

INFOGRÁFICO. Censo Escolar 2019: Inep. Disponível em: http://download.inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar/download/2019/infografico_censo_2019.pdf. Acesso em: 20 de fev. 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro, Malheiros, 39ª ed., 2013

RAWLS, John. Liberalismo político. UNAM, 1995.

SADDY, André. Apreciatividade e discricionariade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014.

_____. Subjetividade ou autonomia pública legislativa, jurisdicional e executiva: uma introdução a diferentes formas de liberdade de atuação. BDA – Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, NDJ, ano 31, n. 6, p. 663-674, jun. 2015.

_____. Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006.

TODOSPELAEDUCAÇÃO. O que são e para que servem as diretrizes curriculares? Disponível em:

<https://www.todospelaeducacao.org.br/conteudo/o-que-sao-e-para-que-servem-as-diretrizes-curriculares/>. Acesso em: 10 fev. de 2020.

AS SUBJETIVIDADES NOS EXAMES DE AVALIAÇÃO DE ESCOLA (IDEB)

Tatiana S. Ribeiro Strauch

Pós graduada em Direito da Administração Pública pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). Consultora Jurídica

It is a special characteristic of all modern societies that we consciously decide on and plan projects designed to improve our social systems. It is our universal predicament that our projects do not always have their intended effects. Very probably we all share in the experience that often we cannot tell whether the project had any impact at all, so complex is the flux of historical changes that would have been going anyway, and so many are the other projects that might be expected to modify the same indicators.

Donald Thomas Campbell

Sumário: Introdução; 1.Evolução do sistema de avaliação das escolas e advento do Ideb; 2. O Ideb como política de *accountability*; 3. O Pisa como referencial de comparação para o Ideb; 4. Críticas ao Ideb como índice objetivo de avaliação; 5. Subjetividades que influenciam no desempenho e rendimento das escolas e dos estudantes; 5.1. O caso das “escolas efetivas” e o impacto da aplicação centrada de recursos; 6. Subjetividades dos agentes públicos na fixação de critérios de avaliação de escolas; Conclusões; Referências.

Introdução

Em qualquer país, é fundamental elaborar e implementar sistemas de avaliação de políticas públicas de caráter social para que sejam desenvolvidos programas e projetos que efetivamente melhorem os indicadores educacionais, já que o planejamento, quando auxiliado pela avaliação e monitoramento, permite reajustes de rumo.

Países em desenvolvimento, no entanto, não têm tradição em avaliar os programas governamentais e, desta forma, muitos recursos são desperdiçados em malhas burocráticas ineficientes, equivocada destinação dos recursos e, às vezes, até mesmo em desvios de verbas. Como consequência, somente uma parte dos investimentos públicos em políticas públicas sociais

chega aos beneficiários, e a gestão dos gastos públicos sem um processo de avaliação e monitoramento torna-se política e juridicamente indefensáveis.

No Brasil, o Poder Executivo, por meio do Ministério da Educação (MEC) e do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), criou o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica (Saeb), que avalia o conhecimento, as habilidades e as competências adquiridas e desenvolvidas pelos alunos das escolas públicas de Ensino Fundamental e Médio. Os exames de avaliação de escolas públicas visam, evidentemente, assegurar a efetividade do direito fundamental à educação (art. 6º e art. 205 da CRFB), e é com o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb) - extraído a partir de tais avaliação -, que se obtém a expressão concreta do direito a aprender.

A análise dos resultados dessas avaliações deve sempre levar em consideração o contexto em que o direito à educação vem sendo assegurado, pois a divulgação pura e simples de habilidades e competências de estudantes, em qualquer um dos estágios de desempenho, sem que sejam considerados os dados socioeconômicos dos indivíduos, das famílias, dos estados, das regiões e do Brasil, pode levar à adoção de políticas disfuncionais e que acabarão, no futuro, prejudicando a existência de determinados estabelecimentos ou o investimento de novos recursos para melhoria de seus resultados.

O desenvolvimento escolar não pode ser considerado nem como atributo apenas individual, nem como produto somente da escola. A questão da qualidade de ensino não é algo simples que possa ser explicada somente por meio de uma variável ou conjunto de variáveis. A responsabilidade pela qualidade de ensino não é de um ou dois agentes sociais; todos os envolvidos no processo de ensino-aprendizagem influenciam-no com pesos variados, compondo uma equação complexa.

A avaliação das escolas é alvo de debates e críticas, em especial no que diz respeito aos resultados e sua divulgação. Os principais críticos tentam entender os motivos para as escolas terem desempenho desiguais e, em especial, se os critérios utilizados são corretos e se revelam desigualdades que efetivamente fazem diferença na formação dos alunos. Entende-se que a avaliação das escolas é muito importante, levando em consideração que é nela que se tem o processo ensino-aprendizagem organizado e como base para o conhecimento, desde que o objetivo não seja estabelecer *rankings*, ainda que estes venham a surgir como subprodutos de um processo mais amplo. De todo

modo, trata-se de uma discussão saudável e que permite alcançar o resultado a que se propõe a avaliação, que é o de conhecer a qualidade educacional e acompanhar sua evolução.

Em suma, não se questiona a necessidade, importância e utilidade da avaliação e do acompanhamento da qualidade escolar, que no Brasil se realizam através do Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb). Critica-se, no entanto, a negligência de determinadas subjetividades em sua elaboração (que devem ser incluídas no índice a fim de torná-lo mais sofisticado e completo) e os efeitos nefastos dos *rankings* e de sua publicação (apesar de este ser um direito do cidadão, de acordo com a Lei n. 12.527/2011 - Lei de Acesso à Informação), cabendo - neste contexto -, considerar também a margem de discricionariedade do agente público na formulação dos critérios norteadores do índice.

Este artigo está organizado da seguinte maneira: na primeira seção é narrada a história recente do Brasil, a partir da Constituição de 1988, no que diz respeito aos sistemas de avaliação das escolas até a criação do Ideb. A segunda seção apresenta o conceito de *accountability* e como o mesmo foi introduzido no Brasil através do Ideb, como estratégia de responsabilização dos gestores escolares. Para complementar as informações acerca do Ideb, a terceira seção apresenta o *Programme for International Student Assessment* (Pisa) como seu elemento paradigmático no campo internacional, como assim quer o Inep, a despeito de alguns desalinhamentos entre os dois índices. Sequenciando o racional, a quarta seção tenta cobrir – certamente sem exaurir o tema – as críticas existentes ao modelo, especialmente aquelas advindas dos agentes da área educacional. A seção seguinte passa a tratar das subjetividades que influenciam no desempenho e rendimento das escolas e dos estudantes, mas que não são considerados no Ideb, contrapondo esta realidade à existência das chamadas “escolas efetivas”, eventualmente consideradas como verdadeiras exceções que confirmam a regra. E, finalmente, o sexto capítulo trata das subjetividades, discricionariedade e liberdade de conformação dos agentes públicos na criação dos critérios do Ideb, processo este intrinsecamente associado à apreciatividade normativa enquanto conceito específico do gênero discricionariedade.

1. Evolução do sistema de avaliação das escolas e advento do Ideb

O Inep é uma autarquia vinculada ao MEC, fundada em 1938. Nos anos 1950, Anísio Teixeira começou a desenvolver os objetivos do Instituto, tais como a reverificação e reavaliação educacional e a criação de Centros de Pesquisas Educacionais. Nos anos 1990, com a redemocratização da sociedade e a aprovação da Constituição Federal de 1988, o Inep passou a ter como principal tarefa a avaliação e a produção de conhecimentos sobre o sistema escolar brasileiro¹.

Na atualidade, é o organismo que mais produz dados sobre nosso sistema educativo, sendo este um dos principais objetivos do Inep, o que acaba influenciando e determinando o trabalho do MEC, sob três aspectos: (i) estatístico, porque tem acesso a dados em massa a partir do Censo Escolar (base de dados desenvolvida anualmente pelo Inep, que traz informações censitárias dos professores, das turmas, das escolas e dos alunos da educação básica no país) e das avaliações da educação básica e superior; (ii) político, porque há especialistas concentrados no Instituto para definir as políticas educativas no país e traçar as estratégias necessárias; e (iii) geográfico, porque com o Ideb, o Inep passou a realizar um trabalho desde nível local (municipal) até o nível internacional [pois, conforme veremos mais a seguir, é o Inep quem participa das diretivas do Pisa, também em conjunto com outros organismos internacionais como a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO)].

Em 2005, atuando em um cenário nacional e internacional no qual predomina o paradigma da Nova Gestão Pública (NGP), o Inep decidiu produzir um indicador de qualidade do sistema escolar brasileiro que se inscrevesse na dinâmica de implementação de política de *accountability*, ou seja, de prestação de contas², já implementada em outros países da América

¹ FERREIRA, Marcia Santos. Os Centros de Pesquisas Educacionais do INEP e os estudos em ciências sociais sobre a educação no Brasil. Revista Brasileira de Educação. São Paulo. v. 13 n. 38 maio/ago, p. 279-292, 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rbedu/v13n38/07.pdf>. Acesso em 21 dez, 2019.

² ALVES, Maria Teresa Gonzaga; SOARES, José Francisco. Contexto Escolar e Indicadores Educacionais: condições desiguais para a efetivação de uma política de avaliação educacional. Educação e Pesquisa, São Paulo, v. 39, n. 1, p. 177-194, 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-97022013000100012. Acesso em: 14 dez, 2019.

Latina e do mundo. Essa foi uma intenção publicamente declarada pelo próprio MEC, no momento da criação do Ideb, conforme se extrai da definição abaixo transcrita (BRASIL, 2020):

Ideb – O Índice de Desenvolvimento da Educação Básica, Ideb, é uma iniciativa do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep) para mensurar o desempenho do sistema educacional brasileiro a partir da combinação entre a proficiência obtida pelos estudantes em avaliações externas de larga escala (Saeb) e a taxa de aprovação, indicador que tem influência na eficiência do fluxo escolar. Ou seja, na progressão dos estudantes entre etapas/anos na educação básica. Essas duas dimensões, que refletem problemas estruturais da educação básica brasileira, precisam ser aprimoradas para que o país alcance níveis educacionais compatíveis com seu potencial de desenvolvimento e para garantia do direito educacional expresso em nossa constituição federal.³

Ainda que as avaliações educacionais externas em larga escala já fossem uma realidade no país desde a década de 1990, desde a implantação do Saeb, os seus resultados, divulgados bianualmente até a edição de 2005, propiciavam um diagnóstico sobre a qualidade da educação ofertada pelas escolas brasileiras encapsuladas em grandes unidades amostrais (regiões, Estados, redes de ensino, dependências administrativas e localizações urbanas ou rurais); deste modo, não havia muita repercussão do Saeb nos municípios e nas escolas que forneciam as informações primárias por meio de seus alunos, porque eles não eram representados como unidades isoladas na avaliação nacional.

Essa é uma realidade que mudou com a reestruturação do Saeb em 2005, quando o Sistema passou a ser composto por duas avaliações externas:

³ BRASIL, 2020. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/component/tags/tag/31969-Ideb?start=20>. Acesso em 25 mar, 2020.

a Avaliação Nacional da Educação Básica (Aneb), que manteve basicamente as mesmas características da avaliação amostral realizada até 2003 e a Avaliação Nacional do Rendimento Escolar (Anresc), conhecida como Prova Brasil, que avalia as escolas públicas de forma quase censitária e que passou a contemplar nominalmente os resultados dos estabelecimentos de ensino e dos municípios.

Em 2007, editou-se o Decreto nº 6.094, que finalmente introduziu o Ideb, um indicador calculado para os anos iniciais e finais do Ensino Fundamental e para o Ensino Médio para, a partir dos resultados do Saeb e da Prova Brasil, em conjunto com uma medida de rendimento fornecida pelo Censo Escolar, medir de forma objetiva a qualidade da educação básica:

Art. 3º - A qualidade da educação básica será aferida, objetivamente, com base no Ideb, calculado e divulgado periodicamente pelo Inep, a partir dos dados sobre rendimento escolar, combinados com o desempenho dos alunos, constantes do censo escolar e do Sistema de Avaliação da Educação Básica - Saeb, composto pela Avaliação Nacional da Educação Básica - Aneb e a Avaliação Nacional do Rendimento Escolar (Prova Brasil).

Parágrafo único. O Ideb será o indicador objetivo para a verificação do cumprimento de metas fixadas no termo de adesão ao Compromisso.

O Ideb seria, assim, o resultado do produto entre o fluxo dos estudantes brasileiros no sistema escolar e seu desempenho, calculado por meio do Saeb⁴, que já era composto pela Aneb e pela Anresc, e que tem como mérito associar em um único índice um indicador de desempenho e um indicador de rendimento (SOARES e XAVIER, 2013)⁵.

⁴ FERNANDES, Reynaldo. Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB): metas intermediárias para a sua trajetória no Brasil, estados, municípios e escolas. Brasília: INEP, 2009. Disponível em: http://download.inep.gov.br/educacao_basica/portal_Ideb/o_que_sao_as_metas/Artigo_projecoes.pdf. Acesso em: 25 mar. 2020.

⁵ SOARES, José Francisco; XAVIER, Flávia Pereira. Pressupostos Educacionais e Estatísticos do Ideb. *Educação & Sociedade*, Campinas, vol.34, n.124, set 2013. Disponível em

Em 2013, a Avaliação Nacional da Alfabetização (ANA) foi incorporada ao Saeb para melhor aferir os níveis de alfabetização e letramento em Língua Portuguesa (leitura e escrita) e Matemática e, em 2017, não só as escolas públicas do ensino fundamental, mas também as de ensino médio, públicas e privadas, passaram a ter resultados no Saeb e, consequentemente, no Ideb.

Não é demais endossar que a criação do Ideb pelo governo federal vem representar uma mudança significativa na forma como a educação passou a ser acompanhada no Brasil, porque é um indicador de qualidade desenvolvido agora não mais para avaliar a educação oferecida no país ou em regiões e Estados, mas em especial em cada município e em cada escola pública individualmente considerada.

Segundo FERNANDES (2009), não seria desejável um sistema educacional que reprova sistematicamente seus estudantes, fazendo com que grande parte deles abandone a escola antes de completar a educação básica, nem um sistema em que todos os alunos concluam o Ensino Médio tendo aprendido pouco na escola, de modo que o sistema de ensino ideal seria aquele em que todas as crianças e adolescentes tenham acesso à escola sem desperdiçar tempo com repetências, sem abandonar a escola precocemente e, ao final de tudo, com aproveitamento e aprendizado. Aparentemente, teriam criado o Ideb para garantir isso, através de um sistema de avaliação objetivo e com estabelecimento de meta:

O Ideb é o indicador objetivo para a verificação do cumprimento das metas fixadas no Termo de Adesão ao Compromisso Todos pela Educação, eixo do Plano de Desenvolvimento da Educação, do Ministério da Educação, que trata da educação básica. Nesse âmbito que se enquadra a ideia das metas intermediárias para o Ideb. A lógica é a de que para que o Brasil chegue à média 6,0 em 2021, período estipulado tendo como base a simbologia do bicentenário da Independência em 2022, cada sistema deve evoluir segundo pontos de partida

distintos, e com esforço maior daqueles que partem em pior situação, com um objetivo implícito de redução da desigualdade educacional.

A definição de uma meta nacional para o Ideb em 6,0 significa dizer que o país deve atingir em 2021, considerando os anos iniciais do ensino fundamental, o nível de qualidade educacional, em termos de proficiência e rendimento (taxa de aprovação), da média dos países desenvolvidos (média dos países membros da OCDE) observada atualmente. Essa comparação internacional foi possível devido a uma técnica de compatibilização entre a distribuição das proficiências observadas no PISA (*Programme for International Student Assessment*) e no Saeb.

Ou seja, em um único número, expresso na escala de zero a 10, o Ideb supostamente traduziria a qualidade da educação e permitiria comparar as unidades avaliadas - escolas, redes e sistemas estaduais e municipais de ensino -, bem como acompanhar a evolução do indicador ao longo do tempo.

Essa aparente simplicidade do Ideb o aproximaria a um boletim escolar, com metas criadas para cada unidade avaliada – o que teria facilitado sua rápida aceitação, tanto pela mídia quanto pelos formuladores de políticas públicas e gestores educacionais. Aparentemente, o Ideb tornou-se tão influente no debate educacional, que foi incluído no *Plano Nacional da Educação* (PNE) sem maiores questionamentos, em comparação com outros debates, a exemplo daquele em torno do financiamento da educação.

O Ideb prestar-se-ia, ainda, a acompanhar a melhoria da qualidade educacional segundo metas preestabelecidas, sendo que o uso para essa finalidade tem suscitado debates sobre o tipo de política de responsabilização que o indicador acaba gerando, já que as políticas apoiadas sobre o Ideb têm impacto direto na gestão da escola. Depois que a direção escolar recebe as metas, passa a receber também as pressões para atingi-las e, a partir daí, já não estão mais em posição de se organizar de acordo com seus princípios ou

finalidades – isto é, com sua discricionariedade -, mas sim de acordo com o necessário para obter bons resultados nas avaliações e no índice.

ALVES e SOARES (2012) argumentam que o Ideb coloca foco em resultados finalísticos, sem considerar as condições que propiciam a obtenção de tais resultados e que as escolas que atendem a alunos de menor nível socioeconômico, como esperado, têm piores resultados sem que se leve em consideração que, para elas, é muito mais difícil elevar o valor do indicador.

Em suma, é possível identificar que o Ideb foi introduzido a partir da ideia de que professores, diretores e gestores educacionais reagiriam a cobranças de resultados por parte da sociedade, melhorando a eficácia de seus processos internos e, conseqüentemente, a qualidade do ensino. Contudo, tal hipótese não teria levado em conta o fato de que os resultados escolares são fortemente associados à origem social, econômica e cultural dos alunos matriculados nas escolas e que a melhoria no nível de desempenho dos alunos pode ser obtida ao custo do aumento da desigualdade entre grupos de alunos dentro das mesmas escolas, isto é, entre alunos discriminados por raça/cor, gênero e outras variáveis sociodemográficas.

2. O Ideb como política de *accountability*

O Ideb conquistou legitimidade junto a uma parte do público acadêmico, ao mesmo tempo em que recebeu fortes críticas de pesquisadores. Afirma-se que, em geral, seus apoiadores são da área da economia e os críticos são da área de educação, refletindo uma tensão entre os dois valores.

Na literatura educacional, critica-se o Ideb como uma medida de qualidade da educação e questionam-se suas consequências para as escolas. É comum por exemplo, considerar-se que o indicador seja, na verdade, uma política de responsabilização unilateral que exclui as escolas ao mesmo tempo em que as estigmatiza, e que o Ideb não é referência de qualidade da educação, entre várias razões, porque ele não reflete a relação custo aluno/qualidade e também não é sensível às desigualdades sociais, sendo uma simplificação a padrões educacionais desejáveis de problemas educativos mais complexos.

De fato, como o próprio Inep quis que assim ocorresse, o Ideb é um indicador nacional que se relaciona com o exame internacional *Program for International Student Assessment* (Pisa), desenvolvido pela Organização para

a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) e que tem sua aplicação também no Brasil. Ambos se propõem a ser um processo complexo de análise de políticas públicas na área de educação, fundamentados nos princípios do *evidence based policies* e do *accountable politicians*, em que políticos devem prestar contas de suas gestões, em um processo em que o pragmatismo deve substituir ideologias⁶. Segundo esta visão, a partir do momento em que o Ideb é utilizado pelos gestores públicos para que prestem contas à sociedade, também pode ser utilizado para que responsabilização dos gestores educacionais.

O Inep já há muito tempo teria claramente se posicionado no sentido de que “o objetivo (do Ideb) é usar o sistema de avaliação para prestar conta à sociedade, introduzir a transparência e comprometer as pessoas de um modo geral em busca da melhoria da qualidade de ensino”⁷.

Alguns estudiosos como SOARES e XAVIER (2013) e VILLANI e OLIVEIRA (2018) apontam como consequência do sucesso do Ideb o fato de este passar a se sujeitar ao fenômeno identificado pelo cientista social e psicólogo Donald Thomas Campbell, conhecida como Lei de Campbell que determina que “um indicador quantitativo, ao ser usado para a tomada de decisões, fica mais sujeito a manipulações e assim sua própria existência distorce e corrompe os processos que pretendia monitorar” (livre tradução de SOARES e SAVIER, 2013)⁸.

Por fim, sob a perspectiva jurídica e ainda considerando o Ideb como instrumento de *accoutantability*, o indicador também pode ser utilizado, por

⁶ VILLANI, Marialuisa; OLIVEIRA, Dalila Andrade. Avaliação Nacional e Internacional no Brasil: os vínculos entre o PISA e o IDEB, *Educação & Realidade*, Porto Alegre, v. 43, n. 4, p. 1343-1362, out./dez. 2018. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2175-62362018000401343&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em 5 fev, 2020.

⁷ Essa teria sido uma das falas de Amaury Patrick Gremaud, diretor de Avaliação da Educação Básica do Inep, em Seminário realizado em Salvador, em julho de 2007, conforme FREITAS, Luis Carlos. Eliminação adiada: o ocaso das classes populares no interior da escola e a ocultação da (má) qualidade do ensino. *Educ. Soc.*, Campinas, vol. 28, n. 100 - Especial, p. 965-987, out. 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/es/v28n100/a1628100.pdf>. Acesso em 5 abr, 2020.

⁸ CAMPBELL, Donald Thomas. *Assessing the impact of planned social change*. New Hampshire: The Public Affairs Center, Dartmouth College, 1976. Disponível em: < <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.170.6988&rep=rep1&type=pdf> >. Acesso em: 11 jan, 2020.

exemplo, para contribuir na tomada de contas públicas⁹, já que seria um índice que, teoricamente, permite que as cortes de contas identifiquem se os gastos do gestor estão pautados em critérios de eficiência, eficácia, efetividade e economicidade.

3. O Pisa como referencial de comparação para o Ideb

A *International Large - Scale Assessment* (ILSA) - ou seja, programas de avaliação internacional em larga escala – são avaliações baseadas sobre instrumentos standardizados que promovem uma comparação do nível de conhecimento e das competências dos estudantes ou adultos em diferentes países do mundo e as agências que as desenvolvem e implementam são a *Association for the Evaluation of Educational Achievement* (IEA) e a OCDE.

Os países da América Latina começaram a desenvolver programas de avaliações em matemática e competência em leitura com a ajuda da UNESCO com os objetivos de reduzir a diferença cultural com outros programas de avaliações internacionais, aumentar a relevância da avaliação, promover análise comparativa internacional e identificar as razões do sucesso dos alunos (em especial os fatores sociofamiliares e escolares).

O Pisa é um dos programas de avaliação internacional mais desenvolvidos e aplicados no mundo, que utiliza a Teoria de Resposta ao Item (TRI) como método para oferecer a possibilidade de aplicar a prova generalizando o valor preditivo dos desempenhos, sem obrigar a aplicação da prova inteira, sendo uma avaliação em que as propriedades técnicas produzem resultados que mudam em função da amostragem.

VILLANI e OLIVEIRA (2018) observam que as lógicas econômicas do capital humano e o princípio da *school effectiveness* (eficácia da escola) são utilizadas pelos economistas na educação, a partir da utilização de diferentes fatores de produção (material pedagógico, professores com características particulares, etc.) para produzir uma avaliação objetiva do sistema educativo, levando em consideração aspectos quantitativos (número de anos de escolarização) e qualitativos (medida do acervo dos alunos), com reflexos no Ideb:

⁹ Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul – Tomada de Contas 17625/2015, Relatora Conselheira Marisa Joaquina Monteiro Serrano. Diário Oficial do TCE-MS n. 1777, de 17/05/2018

Essa dinâmica, determinada por dita abordagem, no contexto brasileiro se desenvolve com a implementação do Ideb. Com a criação do Ideb em 2007, no bojo do Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE), como uma referência para o planejamento e orientação de políticas e financiamento público para a educação em âmbito nacional, tem-se a consumação da lógica econômica para a gestão e organização da educação pública. Usando os resultados da Prova Brasil e do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica (Saeb), o Ideb passa a ter impacto direto sobre a regulação dos resultados dos estudantes, mas também das práticas dos outros atores escolares, pois interfere nas lógicas organizativas das escolas, incluindo seus arranjos curriculares e o planejamento da gestão. A partir disso, dissemina-se pelo país a regulação por resultados, desde os mais distantes municípios até as grandes capitais, as políticas educacionais passaram a estabelecer metas e a negociar sua realização com as escolas. Assiste-se aí à introdução da contratualização entre escolas e secretarias, tendo as médias do Ideb como parâmetros a ser conquistados (Oliveira; Jorge, 2015).

Estes e outros são fatos pelos quais considera-se que, com a realização do Pisa, a OCDE passou efetivamente a liderar a produção dos dados estatísticos da educação no mundo e a produção de infraestrutura que existe dentro de uma arquitetura global da educação, incluindo diferentes organizações internacionais estratégicas como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional das Nações Unidas. Sendo um programa reconhecido em nível internacional como produtor da maior quantidade de conhecimento sobre o sistema educativo de muitos países no mundo, o Pisa funcionaria como um dispositivo de geração de conhecimento e instrumento de monopólio do conhecimento governado pela OCDE.

Em nível mundial, a coordenação do Pisa se faz por *experts* de diferentes setores da OCDE e de outras organizações públicas e privadas e, em nível nacional a participação do Brasil se faz pelos gestores públicos especialistas do Inep e por empresas privadas que contribuem tão somente na parte logística do programa.

Uma informação relevante no que diz respeito ao Pisa é a entrada do Brasil no *PISA Governing Board* (PGB), oficializado em outubro de 2013, com reconhecimento de sua participação desde o início dos trabalhos, em 2000, conforme documento oficial da OCDE, *Draft Summary Record of 36th Meeting of the PISA Governing Board*¹⁰ (PGB). Conforme VILLANI e OLIVEIRA (2018), esse evento teria colocado o Brasil, novamente através do Inep, em nova posição, com poder político no interior do Programa e na relação com a OCDE, já que cada representante do país no PGB é automaticamente eleito como vice-presidente do PGB.

O uso do Pisa como referência para o desenvolvimento de critérios de aferição de qualidade do sistema escolar brasileiro foi publicamente declarado pelo Inep, que estabelece comparações entre o Pisa e o Ideb, o que reforça o interesse do Inep em criar uma relação entre os dois métodos de avaliação.

Vale ressaltar que esta comparação é alvo de críticas, a exemplo daquela feita por VILLANI e OLIVEIRA (2018), para quem, quando se comparam as estatísticas dos dois métodos de avaliação, verificar-se-iam alguns elementos de desalinhamento, a começar pelas competências que são avaliadas:

O Ideb é construído a partir dos resultados das proficiências baseadas sobre o conhecimento do currículo escolar brasileiro. O PISA é construído a partir de uma prova elaborada para avaliar as competências dos alunos em literacia (letramento), matemática e ciência. Para permitir a comparação entre esses dois instrumentos seria necessário utilizar um item parecido nas duas provas que seria usado para avaliar a proficiência dos estudantes (Soares; Xavier, 2013). Em consequência, esse

¹⁰ Disponível em <http://www.oecd.org/callsfortenders/ANNEX%20A.pdf>. Acesso em 25 mar. 2020.

processo de comparação é feito entre dispositivos construídos e que são de natureza diferente. Essas críticas já foram formuladas por Soares e Xavier (2013). Eles evidenciam problemáticas relativas à confiabilidade estatística do indicador.

(...)

Esse processo de desalinhamento se evidencia também na relação entre o PISA e o SAEB, que um dos elementos que constitui o Ideb. A prova SAEB “[...] possui matrizes de referência elaboradas a partir de uma síntese de propostas curriculares estaduais, municipais e os PCNs” (Becker, 2012, p. 38). Em particular essa diferença é percebida no *learning outcomes* (resultados de aprendizagem) entre o PISA (que avalia competências de alunos de 15 anos de idade) e as provas usadas nas avaliações do SAEB (que avalia o conhecimento através de testes cognitivos e questionários contextuais baseados sobre os currículos escolares brasileiros), e ainda mais evidente entre o *learning outcomes* do PISA e a organização do currículo escolar brasileiro que apresentam objetivos diferentes.

VILLANI e OLIVEIRA (2018) também destacam que “*dessa maneira, a padronização de metas de qualidade pode estar produzindo novos desequilíbrios e encobrindo problemas e dificuldades inerentes aos contextos locais que necessitariam atenção*”. Esta é uma crítica constante na literatura educacional acerca do Ideb, e que será novamente abordada no próximo capítulo deste artigo.

É possível observar que, comparado a outros países, o Brasil apresenta uma fórmula particular no que se refere às políticas de avaliação, pelo fato de implementar como referência para a qualidade da educação dois indicadores, sendo um nacional (Ideb) e outro internacional (Pisa). Além dessa peculiaridade, o Brasil é um país de extensões continentais, com realidades regionais das mais diversas e, por estas razões, nenhum dos dois indicadores teria a capacidade de alcançar as subjetividades e peculiaridades

da realidade de cada escola ou município, pois padronizam procedimentos, ações e valores em um contexto bastante diverso e desigual.

4. Críticas ao Ideb como índice objetivo de avaliação

A avaliação das escolas é considerada um fenômeno conflituoso, menos pelas questões técnicas e mais pelos efeitos que produz em função de sua inescapável dimensão política. Considerada como prática social, a avaliação vê - a cada dia - crescer o seu uso como estratégia de poder. O ensino deveria ser compreendido como meio para se atingir fins sociais, o que informaria o sentido da formação humana e profissional que se quer induzir pela via da avaliação, o que confirma a impossibilidade de neutralidade nos modelos avaliativos.

Para a formação de cidadãos através do acesso à educação ampla e de qualidade, alguns indicadores de qualidade social deveriam referenciar os processos avaliativos, tais como: pertinência social, equidade, relevância, enraizamento na realidade concreta onde se dão as práticas educativas, compreensão de que o se presta a contribuir para o mundo (e não apenas para se inserir no mercado), atenção aos valores da liberdade, solidariedade e alteridade. Mas, na visão dos educadores, essa não é a tônica reinante do Ideb – e é claro esta é uma consequência da discricionariedade dos agentes no estabelecimento dos critérios de avaliação, intrinsecamente correlacionados com as políticas públicas que querem implementar.

SOARES e XAVIER (2013), por exemplo, expuseram algumas críticas objetivas à metodologia do índice, tais como o fato de que somente os alunos presentes ao teste são considerados, a proficiência em Matemática tem mais peso do a proficiência em Leitura, o índice assumiria substituições questionáveis entre seus diferentes componentes, e o índice minimiza a importância de baixos desempenhos individuais.

Em ensaio em que apresenta duras críticas ao modelo do Ideb, FREITAS (2007)¹¹ conduz o debate para o campo ideológico e afirma que a maior parte dos problemas do Brasil com a educação básica advém do projeto

¹¹ FREITAS, Luis Carlos. Eliminação adiada: o ocaso das classes populares no interior da escola e a ocultação da (má) qualidade do ensino. *Educação & Sociedade*, Campinas, vol. 28, n. 100 - Especial, p. 965-987, out. 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/es/v28n100/a1628100.pdf>. Acesso em 5 abr, 2020.

liberal hegemônico, que reduziria o conceito de qualidade ao acesso à educação, sendo este supostamente a primeira etapa da universalização. Mas não seria uma etapa em direção à qualidade plena da escola pública, e sim um limite ideológico, pois ainda que esta ideologia admitisse a igualdade de oportunidades, os resultados deveriam ser baseados na meritocracia, no empreendedorismo pessoal, e não poderiam conviver com a igualdade de resultados sem competição. Para o educador:

Como analisamos em outro artigo (Freitas, 2002), esta postura tende a postergar os problemas políticos, econômicos e sociais que o liberalismo enfrenta com sua política econômico-social, mas não resolve o problema da universalização da qualidade da educação básica. Há hoje um grande contingente de alunos procedentes das camadas populares que vivem o seu ocaso no interior das escolas, desacreditados nas salas de aula ou relegados a programas de recuperação, aceleração,⁴ progressão continuada e/ou automática, educação de jovens e adultos, pseudo-escolas de tempo integral, cuja eliminação da escola foi suspensa ou adiada e aguardam sua eliminação definitiva na passagem entre ciclos ou conjunto de séries, quando então saem das estatísticas de reprovação, ou em algum momento de sua vida escolar onde a estatística seja mais confortável.

Continuando suas críticas, FREITAS (2007) estabelece uma comparação entre os governos Fernando Henrique Cardoso e Margaret Thatcher de um lado, e Luiz Inácio Lula da Silva e Tony Blair de outro, em que em ambos os casos o sistema de avaliação implementado por governos considerados de direita seriam um remédio com efeitos colaterais, e que caberia aos seus sucessores de esquerda ter combatido a avaliação, quando na realidade a história acabou mostrando outro enredo, já que os governos de esquerda reforçaram as avaliações. Ele acrescenta:

O verdadeiro limite à universalização da melhoria da qualidade da escola é a própria ideologia meritocrática liberal. Caso a avaliação se coloque a serviço dela, então ficará limitada à medição do mérito e à ocultação da desigualdade social sob a forma de indicadores “neutros” como o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB) criado pelo MEC.

Embora nível socioeconômico seja um nome elegante e dissimulador das situações de desigualdade social, ele é fundamental para se entender o impacto dessa desigualdade social na educação. Nem todas as camadas sociais sofrem da mesma forma com as agruras da realidade escolar do país – as camadas populares sofrem mais.

Durante muito tempo duas vertentes se opuseram no cenário educacional: uma tentando explicar o fracasso escolar por fatores pedagógicos internos à escola, e outra tentando explicar o mesmo fracasso por fatores externos à escola, sociais. Como é comum acontecer nesses casos, nenhuma delas, isoladamente, dá conta do fenômeno.

É preciso concordar que as duas causas são pertinentes na explicação do fracasso e que as políticas de equidade deveriam, portanto, estar associadas às políticas de redução e eliminação das desigualdades sociais fora da escola. FREITAS (2007) vai além e afirma que se deve introduzir a importância do nível socioeconômico como variável relevante nas análises de avaliação do desempenho do aluno e da escola pois, ainda que seja importante saber se a aprendizagem em uma escola de periferia é baixa ou alta, não se poderia fazer do resultado o ponto de partida para um processo de responsabilização da escola ou dos gestores públicos locais.

Em suas críticas, o educador acusa ainda o surgimento, nos anos 1990, de uma forma de exclusão social que estaria sendo implementada nas redes educacionais que buscam os melhores desempenhos no Ideb, classificada como “eliminação adiada”, gerada pela adoção de mecanismos

para que alunos de baixo rendimento escolar tivessem sua eliminação postergada, e internalizada através de processos de avaliação informal com construção de “trilhas de progressão diferenciadas” (progressão continuada, progressão automática, ciclos etc., e novas formas de avaliação informais) no interior das salas de aula e da escola fundamental. O objetivo seria o fortalecimento do monitoramento por avaliação externa, avaliação de sistema centralizada (Prova Brasil, Saeb, Ideb), sistemas em que “*o desempenho individual é subsumido nas estatísticas que lidam, preferencialmente, com tendências globais dos sistemas de ensino ao longo do tempo, a partir da proficiência média dos alunos*”.

Outra crítica comum ao Ideb diz respeito à divulgação dos resultados e de *rankings* de municípios. ALVES e SOARES (2012) informam que um estudo da organização não governamental Todos pela Educação já teria demonstrado que alguns municípios podem atingir valores de Ideb acima da média nacional, mas com resultados bons apenas para parte dos alunos matriculados nas melhores escolas, camuflando as disparidades existentes entre escolas dentro do mesmo município e da mesma rede de ensino. Além disso, a composição interna do Ideb e os fatores que impactam no cálculo ainda seriam pouco conhecidos, de modo que a avaliação das escolas, pelo que se pode entender, está altamente sujeita à discricionariedade dos gestores públicos do Inep e à falta de transparência:

Estudos sobre o próprio Ideb - sua composição interna e os fatores que impactam sobre seu cálculo - são ainda escassos. Esse tipo de análise é importante porque o Ideb, assim como qualquer outro indicador de natureza composta, exprime modelos que devem ter fundamentação teórica e correspondência com a realidade empírica. Entretanto, todos os indicadores desse tipo encerram certa dose de arbitrariedade e precisam de tempo e experimentação para que se possa avaliar sua consistência. Segundo Soares (2011), o cálculo do Ideb envolve escolhas que implicam consequências importantes na interpretação de seus valores. Assim, o equilíbrio ótimo entre desempenho e aprovação

para elevar a média do Ideb pode ter como efeito perverso o aumento da desigualdade entre escolas e, principalmente, dentro das escolas, por meio da segregação de alunos com desempenho mais fraco.

O conjunto desses estudos deixa subjacente certa tensão entre resultados e metas propostos pelo Ideb e as condições efetivas para a realização dessa política educacional, bem como os problemas do próprio indicador. O economista Amartya Sen (2009) oferece pistas para tratar desse dilema com a distinção entre resultados finalísticos e resultados globais (*culmination and comprehensive outcomes*). (grifos nossos)

O Ideb se associaria à ideia de resultados finalísticos, mas não fazem parte de sua justificativa os processos por meio dos quais os resultados foram obtidos e, análises de resultados de políticas apenas por indicadores finalísticos nem sempre se traduzem em efeitos socialmente justos.

Parece, portanto, que ainda que retoricamente se admita que o Ideb já se apresente como um mecanismo internamente extenso e especializado de avaliação das escolas, sua composição negligenciaria muitas subjetividades que se fazem presentes durante o longo e complexo processo de desenvolvimento escolar e formação de cidadãos. No mais, a simplicidade do resultado e dos usos que se faz deles agravaria a presença e o efeito negativo destas mesmas subjetividades (exemplo: desigualdades socioeconômicas) no desempenho individual das escolas e dos estudantes.

5. Subjetividades que influenciam no desempenho e rendimento das escolas e dos estudantes

É possível identificar na literatura na área da educação diversas subjetividades que o Ideb não alcança como índice objetivo de avaliação das escolas para fins de *ranking*. Isso nos permite concluir que, a despeito de sua liberdade para estabelecer os critérios de avaliação, o papel do Inep não deveria ser o de autor ou co-autor de políticas públicas para o MEC, já que

tais políticas devem dialogar com as políticas sócio econômicas de competência de outras pastas ministeriais.

O Ideb não pode ser utilizado de modo isolado para se perceber as necessidades que cada escola ou município possuem para obterem êxito na melhoria pretendida. Estudos empíricos revelam que para se atingir a qualidade educacional pretendida pelo Inep e aferida pelo Ideb seria necessário medir também: nível socioeconômico da escola; proporção de alunos discriminados por raça/cor e por gênero; infraestrutura da escola; tamanho e complexidade da escola, entre outros.

Afinal, é possível identificar entre os estudiosos a afirmação reiterada de que as escolas que atendem a alunos de baixa renda tem mais dificuldades de alcançarem melhores índices no Ideb e, quiçá, a meta estabelecida pelo Inep; neste sentido, ALVES e SOARES (2012):

Entre os fatores analisados neste trabalho, o maior impacto no Ideb, como esperado e compatível com a literatura da área educacional, é a composição do grupo de alunos matriculados no estabelecimento de ensino. Para escolas que congregam mais alunos com condições socioeconômicas desfavoráveis, é muito mais difícil atingir as metas associadas ao Ideb. Entretanto, esse fator só mudará na medida em que políticas sociais tenham sucesso.

Outra crítica observada foi o possível enviesamento dos resultados do Ideb uma vez que sua metodologia, que pontua as escolas e não os alunos, permite o desaparecimento da diferença existente entre os resultados dos alunos de uma mesma escola¹².

¹² Uma solução desenvolvida para esse problema seria a utilização de metodologias em que o aluno seria a unidade de análise, e a escola seria o alvo da intervenção. O uso constante desta metodologia para estudos educacionais permitiria entender o efeito escola. Os dados necessários nesta metodologia seriam os a situação individual do aluno quanto a rendimento (ou seja, sua situação de aprovação, abandono ou reprovação, obtido com o Censo Escolar), e quanto ao seu desempenho (medido pelas proficiências na Prova Brasil). O resultado seria uma análise mais refinada da qualidade educacional mas, para isso, seria necessário que a Prova Brasil e o Censo Escolar fossem compatíveis no nível do aluno, e não apenas no nível da escola, o que ainda não é possível.

Também identificamos uma relativização importantíssima, que passa por um conceito da economia apropriado pela área educacional que é o de capacidade de agregação de valor. Sob a ótica da agregação de valor, os índices de rendimento e de desempenho de uma escola deveriam considerar a comparação entre os desempenhos inicial e final de determinado aluno considerando aquilo que se pode esperar para um aluno de mesmo nível socioeconômico; segundo este critério, a escola tem que ser capaz de proporcionar ao discente um conhecimento suficiente ou superior ao esperado de acordo com uma métrica estabelecida individualmente. Mas esse é um critério subjetivo que, para ser implementado, exige o controle do nível socioeconômico dos estudantes, para que sejam comparados os desempenhos de alunos de situação econômica/social similar matriculados em diferentes escolas.

LEE, 2008¹³ traz ainda o conceito de “modelos lineares hierárquicos” que considera a eficácia de diferentes unidades de análise (por exemplo: escola, sala de aula, professor ou determinado grupo escolar). Para entender os modelos lineares hierárquicos, se faz necessário avaliar inúmeros de fatores internos às escolas que, de modo recorrente, estão correlacionados com o sucesso dos alunos, não havendo uma lista taxativa, mas constituindo bons preditores do sucesso escolar; estes fatores nada mais são do que mais alguns exemplos de critérios subjetivos que não são levados em consideração pelo Ideb.

Pode-se citar, ainda, outros processos escolares para a eficácia da escola: se a gestão escolar é ou não participativa (assim entendida a que possui uma liderança forte e objetiva), se o professor é ou não eficaz (assim entendido aquele que otimiza o tempo em sala de aula, que possui altas expectativas em relação ao desempenho de seus alunos e que foca sua atuação em questões estritamente pedagógicas); se o clima escolar é ou não positivo (assim entendido aquele em que as normas e metas são pactuadas e em que a participação de todos é claramente delineada).

Como forma de reduzir os impactos negativos gerados pela desconsideração desses e de outros inúmeros fatores subjetivos que impactam nos resultados das escolas e dos municípios do Ideb surgiu o conceito de

¹³ LEE, Valerie. Utilização e modelos hierárquicos lineares para estudar contextos sociais. In: BROOKE, Nigel; SOARES, José Francisco (Ed.). Pesquisa em eficácia escolar: origem e trajetórias. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008. p. 273-298.

“qualidade negociada”, apresentada primeiramente por BONDIOLLI (2004)¹⁴ e apropriada por FREITAS (2005)¹⁵ como uma proposta alternativa de contraregulação e apoio a processos de mudança complexos nas escolas. Para defender o instituto, parte-se do pressuposto de que as falhas não são exclusivas das escolas, também das políticas públicas, do sistema socioeconômico etc. e que estas falhas produzem diferentes resultados na capacidade da escola e dos alunos em alcançarem determinados rendimentos e desempenho (índices do Ideb):

“Qualidade negociada” é um conceito que nos chega por intermédio de um estudo de Anna Bondioli (2004). Ele reforça uma certa tradição de se conceber a avaliação educacional no Brasil, que tem ancoragem em autores como Ludke (1984), Saul (1988), Dias Sobrinho (2002a), entre outros.

(...)

Dois são os aspectos desta definição que precisam ser destacados. Por um lado, seu caráter de “significação compartilhada” e, portanto, de produção coletiva, e, por outro, a contribuição de cada um “de acordo com seu próprio nível de responsabilidade”.

(...)

Dessa ação, resultam algumas consequências, entre elas o fato de cada escola atribuir-se a liberdade de delinear a sua própria fisionomia educativa, levando em conta seu contexto, limites e virtudes; o fato de que tais escolhas se tornam públicas e socializadas, ou seja, o direito de criar sua fisionomia está acompanhado do dever de “tornar público” o seu projeto; e, finalmente, evidencia-se o caráter “ético”

¹⁴ BONDIOLI, A. O projeto pedagógico da creche e a sua avaliação: a qualidade negociada. Campinas: Autores Associados, 2004.

¹⁵ FREITAS, Luiz Carlos. Qualidade negociada: avaliação e contraregulação na escola pública. Educação & Sociedade, Campinas, vol. 26, n. 92, p. 911-933, Especial - Out. 2005. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/es/v26n92/v26n92a10.pdf>. Acesso em 14 dez, 2019.

dessa operação na medida em que, uma vez público, toma o sentido de uma promessa, de uma admissão de responsabilidade para realizá-lo (Bondioli, 2004, p. 25). Essa responsabilidade não só é da escola, naquilo que lhe é devido, mas também é relativa ao que a escola necessita dispor para garantir a exequibilidade do seu projeto. Daí o sentido de um “pacto” com múltiplos atores: da escola para com seus estudantes; da escola consigo mesma; da escola com os gestores do sistema escolar; e dos gestores do sistema para com a escola.¹⁶
(grifos nossos)

Em outras palavras, a “qualidade negociada” permitiria que a qualidade fosse um produto de um processo de avaliação institucional construído coletivamente, tendo como referência o projeto político-pedagógico da própria escola, e não do governo federal, criando compromissos pactuados entre as partes e incentivando novas formas de organização nas relações internas das escolas.

Diante disso tudo, parece impossível cobrir todas as possibilidades de aspectos subjetivos que influenciam nos índices de um discente ou de uma escola, não havendo uma lista taxativa para se trabalhar o que somente reafirma a autonomia e discricionariedade dos agentes do Inep para a fixação dos critérios de avaliação intrínsecos ao Ideb. De todo modo, pode-se dizer que a existência e complexidade destes fatores validam as críticas ao modelo objetivo de avaliação do Ideb.

Ainda assim, a qualidade negociada se apresenta como um modelo teórico para superar essas dificuldades, pois permitiria individualizar os fatores de obtenção do índice e as metas de acordo com a realidade social de cada escola (desde que, obviamente, não estivesse sujeita a ser corrompida por atos escusos por partes de gestores escolares e públicos).

¹⁶ FREITAS, Luiz Carlos. Qualidade negociada: avaliação e contraregulação na escola pública. *Educação & Sociedade*, Campinas, vol. 26, n. 92, p. 911-933, Especial - Out. 2005. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/es/v26n92/v26n92a10.pdf>. Acesso em 14 dez, 2019.

5.1. O caso das “escolas efetivas” e o impacto da aplicação centrada de recursos

Em contraposição às críticas ao modelo objetivo do Ideb que desconsidera os fatores subjetivos locais (municípios), institucionais (escolas) e individuais (alunos) inerentes ao rendimento e desempenho no aprendizado dos discentes, existem as denominadas “escolas efetivas”, assim entendidas como aquelas, apesar de atenderem alunos de nível socioeconômico mais baixo, atingiram bons índices no Ideb.

Para tratar das escolas efetivas, analisamos o trabalho estatístico de pesquisa de FARIA e GUIMARÃES (2014)¹⁷, que estudou os determinantes do sucesso de um grupo seletivo de 215 escolas públicas que se enquadram neste conceito e que, considerando os resultados até então obtidos no Ideb, obtiveram sucesso no aprendizado -, a despeito das circunstâncias desfavoráveis em que trabalham. O estudo de FARIA e GUIMARÃES considerou múltiplos métodos de pesquisa e estatística e revisou a literatura educacional relacionada aos fatores associados às escolas efetivas.

Segundo os autores do estudo, os resultados apontam que estas escolas possuíam diretores mais bem-avaliados pelos professores por seus atributos de liderança, melhores instalações e condições de funcionamento, equipes de gestores e de professores mais coesas, melhores condições de trabalho dos professores, mais oportunidades de aprendizado e menos violência escolar e uma grande influência do município no desempenho das escolas (isto é, muitos dos avanços das escolas teriam sido impactados por ações estruturantes da rede de ensino a que pertenciam). Com base em suas análises, FARIA e GUIMARÃES (2014) conjecturaram, ainda, que a presença de melhores condições de ensino e infraestrutura nas escolas tratamento pode ser consequência da efetiva gestão dos recursos com foco no aprendizado dos alunos e/ou de uma maior obtenção de recursos pelos seus gestores. Conforme concluem os pesquisadores:

¹⁷ FARIA, Ernesto Martins; GUIMARÃES, Raquel Rangel de Meireles. Excelência com equidade: a importância dos fatores escolares para o sucesso educacional em circunstâncias desfavoráveis, III Congresso Nacional de Avaliação em Educação (CONAVE), 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/275209430_Excelencia_com_Equidade_a_importancia_dos_fatores_escolares_para_o_sucesso_educacional_em_circunstancias_desfavoraveis. Acesso em: 20 mar, 2020.

Este estudo teve como foco escolas que atravessam circunstâncias desafiadoras: atendem a alunos com baixo nível socioeconômico. Embora a melhoria sustentada nos indicadores de aprendizado dos alunos seja difícil de alcançar em tais contextos desafiadores, ela não é impossível. (...)

Evidências qualitativas indicaram que a melhoria dos indicadores nestas escolas foi calcada em um foco incansável na melhoria das condições de aprendizado. A resiliência e adesão continuada de gestores e professores, ainda que sob as circunstâncias mais desafiadoras, em proporcionar as melhores oportunidades para a aprendizagem para os alunos, mostrou ser decisiva para a capacidade da escola para melhorar.

(...)

Mais ainda, este estudo apontou a presença de um efeito da rede de ensino, que pode ter auxiliado as 215 escolas a garantirem melhores e mais fatores escolares para o aprendizado de seus alunos. Desta forma, embora a literatura aponte que os recursos escolares apresentem pouco efeito sobre o desempenho dos estudantes, este estudo demonstra que esses recursos podem ser decisivos na garantia do direito ao aprendizado dos alunos com baixo nível socioeconômico. Em termos das sinergias entre os resultados quantitativos e qualitativos, a pesquisa revela que as escolas do grupo tratamento:

1. Integram uma rede de ensino que oferece condições e apoio para que as mudanças aconteçam

Muitas das práticas e ações de uma escola são influenciadas, ou mesmo elaboradas, pela rede de ensino a que ela pertence. (...)

Esse resultado indica que boa parte das escolas que estão conseguindo melhores resultados educacionais pertence às redes de ensino com ações pautadas em um trabalho estruturado, o que é bem positivo tendo em vista a escala desses resultados. (...)

2. Gestão dos recursos com foco na garantia das condições de aprendizagem

As melhores performances de ensino das escolas do grupo Excelência com Equidade, incluindo infraestruturas física e pedagógica qualificadas, sugerem também a provável existência de um maior montante de recursos disponível nas redes de ensino às quais pertencem, assim como uma gestão desses recursos com foco na aprendizagem.

(...)

3. Possuem boas condições para o ensino e procuram garantir um bom clima escolar para mantê-las

As evidências quantitativas e qualitativas deste estudo revelam que as escolas Excelência com Equidade apresentam condições de ensino muito melhores do que as geralmente apresentadas pelas escolas que atendem alunos de baixo nível socioeconômico. Elas possuem instalações arejadas, com melhor estado de conservação de paredes, telhados, piso e banheiros, assim como uma maior proporção de professores com Ensino Superior do que as escolas controle. Os dados de infraestrutura indicam a presença de investimentos e uma atenção à manutenção da boa conservação da estrutura física escolar.

(...)

4. Contam com uma gestão escolar focada na aprendizagem dos alunos e se apropriam dos recursos e das condições escolares em favor do ensino

O estudo quantitativo revela ainda que as escolas Excelência com Equidade focam mais nos aspectos relacionados à aprendizagem dos alunos se comparadas às escolas controle. O maior cumprimento do currículo previsto para o ano indica maior eficiência no uso da carga horária letiva, assim como pode demonstrar um amplo comprometimento com o conteúdo e as atividades propostos no planejamento e no currículo. (grifamos)

É possível concluir que, na teoria, as “escolas efetivas” poderiam ser utilizadas como confirmação da eficácia do modelo do Ideb mas, ao final, entendemos que é o oposto: apesar do louvável trabalho e merecedoras de reconhecimento, é preciso admitir que estas são escolas que se desviam do padrão convencional (exceção como confirmação da regra) e que, na verdade, evidenciam como a destinação e recebimento de investimentos e recursos é essencial para o sucesso no rendimento e desempenho destas instituições.

6. Subjetividades dos agentes públicos na fixação de critérios de avaliação de escolas

Diante das noções expostas, não cabe dúvida de que as ações os exames de avaliação de escolas, assim entendido como o Ideb acaba sendo norteado por “*subjetividades*” inerentes aos especialistas do Inep na elaboração dos critérios de medição, já que estes gestores podem escolher espontaneamente, a partir da influência que pretendam ter na implementação de políticas educacionais do MEC, quais serão os quesitos avaliados.

A despeito da existência de um plano estratégico, constitucionalmente imposto e materializado na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - Lei nº 9.394 (LDB) e na Base Nacional Curricular Comum (BNCC), este planejamento estaria sujeito a um alto grau de liberdade de conformação dos agentes públicos responsáveis por estabelecer as políticas públicas relacionadas ao ensino básico¹⁸.

¹⁸ Veja artigo, nesta obra, “A liberdade de conformação na fixação do conteúdo curricular mínimo da educação básica”, de Carlos André Coutinho Teles e Flávio Luiz de Aguiar Lôbo.

Foi possível perceber que igualmente, a liberdade de conformação (ou autonomia) dos agentes públicos do Inep responsáveis pela fixação dos critérios para o Ideb é ampla. Ainda que tal autonomia seja justificável pela complexidade que a missão impõe (afinal, são inúmeros os fatores que influenciam na qualidade educacional, ainda que teoricamente eles não sejam levados em consideração), há uma clara tentativa de legitimar o índice pela sua suposta objetividade.

Os aspectos subjetivos que permeiam as ações dos gestores do Inep são diversas e se inserem na esfera de sua liberdade de conformação ou discricionariedade, cabendo analisarmos se essa autonomia pública configura-se como discricionariedade ou não.

Já se afirmou neste artigo que a formação de cidadãos através do acesso à educação ampla e de qualidade passa por diversos valores de qualidade social, muito além do conteúdo programático avaliado pelo Ideb. Esta é uma consequência da discricionariedade dos agentes públicos no estabelecimento dos critérios de avaliação, intrinsecamente correlacionados com as políticas públicas que querem implementar.

Conforme SADDY (2014)¹⁹, a subjetividade ou autonomia pública caracteriza-se como a margem de liberdade existente em qualquer ação e apresenta distintos níveis quando estudada sob o enfoque do Estado. Assim, trata-se de formas de exteriorização da vontade administrativa. No contexto deste artigo, isso significa que os gestores do Inep, enquanto representantes da Administração Pública, quando manifestam sua vontade, estarão utilizando uma margem que se caracteriza por uma subjetividade ou autonomia pública atribuída de quatro formas: discricionariedade administrativa em seu sentido técnico-jurídico; liberdade de conformação ou de configuração; margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados; e apreciatividade administrativa.

Parece-nos que, na formulação do Ideb, os agentes do Inep conseguem utilizar todas as quatro formas acima definidas de autonomia pública, com maior intensidade para a apreciatividade administrativa (pois cada uma das edições do Ideb se sujeita a uma tomada de decisão na qual o

¹⁹ SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014 e SADDY, André. Discricionariedade e jurisdição constitucional/supranacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

Inep utiliza uma operação de discernimento ou ajuizamento para criar a avaliação, atendendo, mormente, aos interesses públicos em jogo).

Diante de todo o que se expôs, observamos, nos estudos realizados para elaboração deste artigo três fatos a respeito do exercício da subjetividade ou autonomia pública na avaliação de escolas: o primeiro, é que os agentes públicos do Inep contam com ampla discricionariedade na fixação das métricas do Ideb; disso decorre o segundo fato, que o papel do Inep na elaboração do Ideb vai muito além da coleta de dados e ranqueamento de escolas, de modo que, paradoxalmente influencia e atinge a própria formulação de políticas educacionais do MEC; por último, e como consequência dos dois primeiros, a margem de liberdade dos gestores das escolas públicas acaba limitada e afetada pelo Ideb, pois este acaba sendo utilizado como métrica de efetividade seja para recebimento de mais recursos, seja até mesmo em eventuais tomadas de contas.

Conclusões

A responsabilidade pela qualidade de ensino não é de um ou dois agentes sociais, mas de todos os envolvidos no processo de ensino-aprendizagem, que influenciam-no com pesos variados, compondo uma equação tão complexa que a avaliação das escolas acaba sendo alvo de muitas críticas, em especial no que diz respeito aos resultados e os efeitos de sua divulgação.

Atualmente, no Brasil, o principal índice de avaliação das escolas é o Ideb, de competência do Inep, que se constitui no organismo que mais produz dados sobre o nosso sistema educativo, atuando sob o aspecto estatístico, político e geográfico, no âmbito da NGP, e que busca implementar políticas de *accountability*, com prestação de contas e transferência de responsabilidades aos gestores escolares, aspectos que são alvo de críticas na literatura na área de educação.

Apesar das críticas, essa é uma intenção deliberada e assumida pelo Inep que foi mais além e implementou um indicador internacional no Brasil, o Pisa, e representa o país no respectivo colegiado, buscando não apenas dar continuidade ao Programa no país como traçar paralelos entre o Ideb, enquanto indicador nacional, e o Pisa, enquanto indicador internacional a

despeito de possíveis desalinhamentos entre as metodologias adotadas por cada um deles.

Diversas outras críticas são feitas como: o fato de que somente os alunos presentes ao teste são considerados, a proficiência em Matemática tem mais peso do que a proficiência em Leitura, o índice assumiria substituições questionáveis entre seus diferentes componentes, seria inapropriado criar metáforas com notas escolares em torno do índice e de que naturaliza baixos desempenhos individuais, o Ideb se presta a atender um formato ideológico do projeto liberal hegemônico (politização do tema) reduzindo o conceito de qualidade ao acesso à educação, imprestabilidade dos *rankings* de municípios (pois os resultados do Ideb por município camuflariam as disparidades existentes entre escolas), e diversas outras. Tais críticas exsurtem justamente pelo fato de que, ao final, o Ideb é um índice objetivo que negligencia as subjetividades que influenciam de modo considerável (ou mesmo decisivo) no rendimento e no desempenho dos discentes e das escolas.

Não convém propor uma lista taxativa de quais aspectos subjetivos seriam esses, mas é possível exemplificá-los em um rol deveras extenso: “i” nível socioeconômico da escola; “ii” proporção de alunos discriminados por raça/cor e por gênero; “iii” infraestrutura da escola; “iv” tamanho e complexidade da escola; “v” possível enviesamento dos resultados do Ideb uma vez que sua metodologia, que pontua as escolas e não os alunos, permite o desaparecimento da diferença existente entre os resultados dos alunos de uma mesma escola; “vi” capacidade de agregação de valor (assim entendido como o quanto a escola consegue ir além do resultado com um aluno, considerados seu nível socioeconômico); “vii” se a gestão escolar é ou não participativa; “viii” se o professor é ou não eficaz; etc.

Para contrapor e, paradoxalmente reforçar as críticas ao fato de o Ideb negligenciar o abundante plexo de subjetividades que poderiam ser consideradas na avaliação das escolas e nas intervenções cabíveis, existem as “escolas efetivas” (escolas públicas que trabalham com discentes de baixo nível socioeconômico e em condições desfavoráveis) que obtêm ótimos índices o Ideb e devem ser tidas como exceções ao padrão.

As principais conclusões são as de que os agentes públicos do Inep conseguem utilizar todas as formas de autonomia pública, com destaque para a apreciatividade administrativa, configurando uma ampla discricionariedade na fixação das métricas do Ideb. Isso permite que o papel do Inep na

elaboração do Ideb vá muito além da coleta de dados e ranqueamento de escolas já que o órgão verdadeiramente influencia e atinge a própria formulação de políticas educacionais do MEC. Por fim, e como consequência de tudo o que se expôs, a margem de liberdade dos gestores das escolas públicas acaba limitada e afetada pelo Ideb, pois este é utilizado como métrica de efetividade do gestor.

Referências

- ALVES, Maria Teresa Gonzaga; SOARES, José Francisco. Contexto Escolar e Indicadores Educacionais: condições desiguais para a efetivação de uma política de avaliação educacional. Educação e Pesquisa, São Paulo, v. 39, n. 1, p. 177-194, 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-97022013000100012. Acesso em: 14 dez, 2019.
- BONDIOLI, A. O projeto pedagógico da creche e a sua avaliação: a qualidade negociada. Campinas: Autores Associados, 2004.
- BRASIL, 2020. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/component/tags/tag/31969-Ideb?start=20>. Acesso em 25 mar, 2020.
- BRASIL, 2020. Lei n. 12.527/2011 - Lei de Acesso à Informação. Disponível em http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2012.527-2011?OpenDocument. Acesso em 20 abr, 2020.
- CAMPBELL, Donald Thomas. Assessing the impact of planned social change. New Hampshire: The Public Affairs Center, Dartmouth College, 1976. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.170.6988&rep=rep1&type=pdf> >. Acesso em: 11 jan, 2020.
- FERREIRA, Marcia Santos. Os Centros de Pesquisas Educacionais do INEP e os estudos em ciências sociais sobre a educação no Brasil. Revista Brasileira de Educação. São Paulo. v. 13 n. 38 maio/ago, p. 279-292, 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rbedu/v13n38/07.pdf>. Acesso em 21 dez, 2019.
- FREITAS, Luiz Carlos. Qualidade negociada: avaliação e contraregulação na escola pública. Educação & Sociedade, Campinas, vol. 26, n. 92, p. 911-933,

Especial - Out. 2005. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/es/v26n92/v26n92a10.pdf>. Acesso em 14 dez, 2019.

_____, Luis Carlos. Eliminação adiada: o ocaso das classes populares no interior da escola e a ocultação da (má) qualidade do ensino. Educação & Sociedade, Campinas, vol. 28, n. 100 - Especial, p. 965-987, out. 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/es/v28n100/a1628100.pdf>. Acesso em 5 abr, 2020.

LEE, Valerie. Utilização e modelos hierárquicos lineares para estudar contextos sociais. In: BROOKE, Nigel; SOARES, José Francisco (Ed.). Pesquisa em eficácia escolar: origem e trajetórias. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008. p. 273-298.

SADDY, André. Apresiasi e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SADDY, André. Discricionariedade e jurisdicção constitucional/supranacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SOARES, José Francisco; XAVIER, Flávia Pereira. Pressupostos Educacionais e Estatísticos do Ideb. Educação & Sociedade, Campinas, vol.34, n.124, set 2013. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-73302013000300013&script=sci_abstract&tlng=pt)

73302013000300013&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em 20 dez, 2019.

VILLANI, Marialuisa; OLIVEIRA, Dalila Andrade. Avaliação Nacional e Internacional no Brasil: os vínculos entre o PISA e o IDEB, Educação & Realidade, Porto Alegre, v. 43, n. 4, p. 1343-1362, out./dez. 2018. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2175-62362018000401343&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em 5 fev, 2020.

A DISCRICIONARIEDADE DO CHEFE DO EXECUTIVO NA ESCOLHA DO DIRIGENTE DE UMA UNIDADE EDUCACIONAL

Renato Nogueira de Souza Soares

Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal, pela Universidade Cândido Mendes. Bacharel em Direito pela Universidade Veiga de Almeida. Gestor de Direito Público Militar. Integrante do Grupo de Estudos em Direito Administrativo Contemporâneo – GDAC.
xxrenatosouza@gmail.com

Sumário: Introdução; 1. A autonomia das universidades e o Poder Público; 2. Modernização na liberdade à tomada de decisão subjetiva da administração pública pelo prisma legal; 2.1. Menos autonomia e mais vinculação; 2.2 Das liberdades institucionais dos Estabelecimentos de Ensino Federais; 3. Autonomia de nomeação privativa do Poder Executivo; 3.1 A rejeição à consulta como possibilidade implícita; 3.2 Nomeação *Pro Tempore*; Conclusões; e Referências.

Introdução

Diante das escolhas que o poder público deve fazer, a ordenação dos gestores de unidades de educação é a missão que necessita ser cumprida com maior louvor. Pois às políticas institucionais, assim como o rumo que aquela comunidade estudantil percorrerá, será refém dos atos de seu mentor. Dessarte, o passo preambular até essa nomeação será a pauta deste estudo, onde se analisará o alcance do Poder Discricionário Administrativo, arraigado no Chefe do Executivo, para que ele possa, por suas subjetividades, determinar quem será o diretor de uma unidade educacional, ou, a contrário senso, chegar à conclusão que seus atos, nessa escolha, são totalmente vinculados e nenhuma autonomia administrativa lhe resta. Sendo assim, o passeio lúdico a ser trilhado será quanto à análise das autonomias administrativas daqueles que tem o poder de nomear cada dirigente das unidades educacionais espalhadas pelos rincões da federação.

O estudo se limitou no Ensino Público Superior Federal, afim de buscar o melhor entendimento sobre as autonomias da administração pública, procurando parametrizar a o Art. 16 da Lei 5.540/68, alterado pela Lei 9.192/1995 em sede da MP 914/2019 (a qual transitoriamente revogou seu conteúdo), que teve seu prazo de vigência prorrogada para o mês de junho de

2020 e ainda tramita nas Casas Legislativas, afim de ser aferido seu mérito ou *caducar*¹ trazendo de volta os efeitos da lei anterior para novos casos.

Dessa forma, busca-se dicotomizar a expressão autonomia universitária, contida nos textos legais, em: autonomia para escolha didático-científica, administrativa, patrimonial e financeira; e autonomia subjetiva exclusiva do Executivo. Onde, para tanto, deve-se compreender o histórico legal das discricionariedades do Chefe do Executivo na nomeação de Reitores de universidades e consequentemente dos diretores de unidades superiores, com atenção na modernização normativa, em detrimento contemporâneo da menor liberdade administrativa e maior vinculação nos atos e, por conseguinte, mas não menos interessante, o fato anômalo da rejeição da consulta e da nomeação *Pro Tempora* como arcabouço da “subjetividade da suposta lisura administrativa”, ou como fixação de sua “volição administrativa suprema e ilimitada”.

1. A autonomia das universidades e o Poder Público

No Brasil, a autonomia dos estabelecimentos de ensino superior é prevista no Art. 207 da CRFB/88, como citado no capítulo a Constituição de 1988 e a autonomia universitária², trazendo um entendimento prévio de total liberdade, independentemente de qualquer legislação infraconstitucional, pois seus efeitos, já previstos na Norma Mãe, implicam em sua aplicação de plano.

Em paralelo a isso, o Poder Público, aqui representado pelo Executivo Federal, detém o dever privativo da nomeação do dirigente da universidade dentro de sua análise íntima subjetiva, determinada por dispositivo legal e, também condicionada ao exercício das autonomias do Estabelecimento de Ensino Superior, como por exemplo a lista submetida com os nomes a serem escolhidos. Sendo assim, enquanto as universidades têm as liberdades didático-científica, administrativa, financeira, patrimonial, o executivo detém a capacidade de escolha de seu mentor.

¹ Segundo Reza o § 11 do Art. 62 da Constituição que, não editado o decreto legislativo até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

² Veja artigo, nesta obra, intitulado “Autonomia universitária” de Mariana Cristina Monteiro Milani Rodrigues.

Há de ser levado em consideração que existe uma conjugação de vontades, onde a primeira, legitimada pela escola superior, na escolha dos candidatos a nomeação, é somente uma veleidade, sendo aperfeiçoada na segunda, ou seja, na validação, em regra, de um dos candidatos propostos, pertencente à lista apresentada ao executivo. Qualificando essa segunda volição, pode-se considerá-la real, válida ou positiva, tendo em vista que gera o direito objetivo da nomeação, abrindo portas para investidura no cargo, isto posto, pois o lugar a ser preenchido é um cargo em comissão e de confiança³.

2. Modernização na liberdade à tomada de decisão subjetiva da administração pública pelo prisma legal

Excluindo-se toda e qualquer tentativa de reproduzir qualquer tema já abordado, aqui se busca uma narrativa da modernização legislativa a qual contempla as liberdades, ou autonomias públicas, trazendo pontos marcantes do histórico discricionário na legislação brasileira, bem como apontando sua mutabilidade objetivando a adequação, pelo executivo, na tomada de decisão que lhe cabe.

Com o Marco da educação brasileira, que fixou normas de organização do ensino superior em articulação com a escola média (atual ensino médio), o Poder Público, nos idos de 1968, já tratava, no corpo de seu texto legal, das liberdades administrativas, subjetividades ou autonomias, facilmente representada na Lei 5.540, que congregarava às universidades o “auto funcionamento⁴” e, ao Poder Executivo, definia competência de eleição dos gestores do ensino público superior federal, segundo Art. 16 dessa Lei, bem como determinava o procedimento de escolha:

Art. 16. A nomeação de Reitores e Vice-Reitores de universidades e Diretores e Vice-Diretores de unidades universitárias ou estabelecimentos isolados far-se-á com observância dos seguintes princípios:

³ Nos termos do Art. 37, II e V da Constituição Federal, cargos em comissão são aqueles declarados em lei. Por essa razão é que são considerados de livre nomeação e exoneração.

⁴ Art. 3º da Lei 5.540/68 As universidades gozarão de autonomia didático-científica, disciplinar, administrativa e financeira, que será exercida na forma da lei e dos seus estatutos.

§ 1º Os Reitores, Vice-Reitores, Diretores e Vice-Diretores das instituições de ensino superior, mantidas pela União, salvo o disposto no § 3º deste artigo, serão indicados em lista de seis nomes pelos respectivos colegiados e nomeados pelo Presidente da República.

[...]

I - o Reitor e o Vice-Reitor de universidade federal serão nomeados pelo Presidente da República e escolhidos entre professores dos dois níveis mais elevados da carreira ou que possuam título de doutor, cujos nomes figurem em listas tríplices organizadas pelo respectivo colegiado máximo, ou outro colegiado que o englobe, instituído especificamente para este fim, sendo a votação uninominal; (Grifou-se)

Nessa mesma maré, as correntezas das alterações legislativas, das quais buscavam adequação diante de um neoliberalismo que surgiu na década de 90⁵, trouxe importantes determinações, as quais se observou até o ano de 2019, onde o principal objetivo era a homogeneidade na educação, influenciados pelas propostas dos organismos multilaterais e uma afinação, com a recém promulgada, Constituição Cidadã de 1988. Rumando assim, nos anos de 1995 e 1996, congregando fatores do conceito da globalização, derogou-se a Lei 5.540/68, após alterações sensíveis no conteúdo do Art. 16, em 1977 e em 1983, com nova redação por advento da Lei 9.192/95, trazendo o texto que segue:

Art. 16. A nomeação de Reitores e Vice-Reitores de universidades, e de Diretores e Vice-Diretores de

⁵ Ao abordar o papel dos organismos internacionais nas políticas educacionais, Luiz Fernandes Dourado ressalta que o Banco Mundial e as Agências da Organização das Nações Unidas (ONU), são os principais interlocutores da agenda brasileira. Destaca também que estes organismos ditaram as regras de reestruturação econômica e da globalização, no Brasil e na América Latina, enfatizando um contexto de mercantilização e privatização da educação.

unidades universitárias e de estabelecimentos isolados de ensino superior obedecerá ao seguinte:

I - o Reitor e o Vice-Reitor de universidade federal serão nomeados pelo Presidente da República e escolhidos entre professores dos dois níveis mais elevados da carreira ou que possuam título de doutor, cujos nomes figurem em listas tríplex organizadas pelo respectivo colegiado máximo, ou outro colegiado que o englobe, instituído especificamente para este fim, sendo a votação uninominal;

II - os colegiados a que se refere o inciso anterior, constituídos de representantes dos diversos segmentos da comunidade universitária e da sociedade, observarão o mínimo de setenta por cento de membros do corpo docente no total de sua composição;

III - em caso de consulta prévia à comunidade universitária, nos termos estabelecidos pelo colegiado máximo da instituição, prevalecerão a votação uninominal e o peso de setenta por cento para a manifestação do pessoal docente em relação à das demais categorias;

IV - os Diretores de unidades universitárias federais serão nomeados pelo Reitor, observados os mesmos procedimentos dos incisos anteriores;

V - o Diretor e o Vice-Diretor de estabelecimento isolado de ensino superior mantido pela União, qualquer que seja sua natureza jurídica, serão nomeados pelo Presidente da República, escolhidos em lista tríplex preparada pelo respectivo colegiado máximo, observado o disposto nos incisos I, II e III;

VI - nos casos em que a instituição ou a unidade não contar com docentes, nos dois níveis mais elevados da carreira ou que possuam título de doutor, em número suficiente para comporem as listas tríplex,

estas serão completadas com docentes de outras unidades ou instituição;

VII - os dirigentes de universidades ou estabelecimentos isolados particulares serão escolhidos na forma dos respectivos estatutos e regimentos;

VIII - nos demais casos, o dirigente será escolhido conforme estabelecido pelo respectivo sistema de ensino.

Parágrafo único. No caso de instituição federal de ensino superior, será de quatro anos o mandato dos dirigentes a que se refere este artigo, sendo permitida uma única recondução ao mesmo cargo, observado nos demais casos o que dispuserem os respectivos estatutos ou regimentos, aprovados na forma da legislação vigente, ou conforme estabelecido pelo respectivo sistema de ensino.

Art. 2º A recondução prevista no parágrafo único do Art. 16 da Lei nº 5.540, de 28 de novembro de 1968, a que se refere o Art. 1º desta Lei, será vedada aos atuais ocupantes dos cargos expressos no citado dispositivo. (Revogado pela Lei nº 9.640, de 1998)

Contudo, no ano seguinte cedendo ao ambiente de crise educacional, fez-se publicar a Lei 9.394/96, incluindo diretrizes e bases da educação nacional, derogando a Lei 5.540/68, salvo o Art. 16, que fora alterado conforme citado acima. Toda regulação prevista nessas normas advém do disposto o Art. 207 da CRFB/88, o qual, por si só, encontra respaldo para concretizar as liberdades das universidades.

Com as eleições presidenciais no ano de 2018 e a posse de um novo Presidente da República, optou-se por editar uma Medida Provisória, MP 914/2019 ⁶, a qual deu nova vida aos ditos, do atualmente revogado Art. 16,

⁶ A Medida Provisória encontra-se em prazo de validade e seus efeitos vem vinculando à educação. Cabe salientar que tal Medida encontra-se tramitando nas Casas Legislativas Federais, mais exatamente na Câmara dos Deputados, com sua validade prevista para Junho de 2020, onde, caso não deliberada ou não aceita, perderá seus efeitos e haverá um retorno da

da Lei 5.540/68, além de, também, revogar todo conteúdo das normas que tratavam sobre o assunto, Lei 9.192/95, entre outras não tratadas. Vale instar que tal Medida tornou obrigatória a consulta à comunidade acadêmica para formação de lista tríplice para o cargo de Reitor, afastando o colegiado superior de cada instituição, ditou o procedimento legal de formação da consulta, bem como as inabilitações para candidatura, afastamentos e, ainda, a figura *Pro Tempore* de nomeação do Reitor, cabendo dizer que, agora, as demais nomeações ficam a cargo deste. Por tudo exposto e mais valioso para este trabalho, o Art. 6º tratou perfeitamente sobre a proposta deste artigo, no que diz respeito à escolha dos dirigentes das universidades e dos institutos federais pelo Chefe do Executivo.

2.1 Menos Autonomia e mais vinculação

A proclamação da MPv 914/19, em 24 de dezembro foi um susto para todos os catedráticos e muito se discutiu sobre seu real sentido. Para uns, tratou-se de uma forma ímpar, do novo governo, erradicar políticas anteriores das quais se acreditava que imperava nos bancos escolares; e, para outros foi uma forma de retirar a autonomia, dentro dos conselhos das universidades federais e das instituições federais, tal qual o Colégio Pedro II.

Percebe-se que sua estrutura possui muitos aspectos vinculantes, em detrimento dos discricionários, dos quais se percebia outrora, na legislação revogada. Os regimentos anteriores, num comparativo, traziam, em voga, a escolha do Reitor como uma capacidade da autonomia administrativa do colegiado máximo da universidade, o qual era responsável pela formulação da lista tríplice, para escolha do Presidente da República, que geralmente acatava e nomeava o primeiro colocado dessa lista. Levando em consideração a formação da consulta, o processo eleitoral era composto pelo mínimo de setenta por cento dos membros do corpo docente, respeitando a hierarquia e a sistematicidade do ordenamento, os quais eram competentes para estabelecer as respectivas normas infralegais, disciplinadoras do pleito, assim como era facultada a opinião da comunidade universitária.

Como observado, a consulta a comunidade era faculdade fruto da decisão desse conselho, bem como a livre disposição sobre o peso de trinta

Lei anterior, onde para Marcelo Novelino (NOVELINO, 2008, p. 143), há um efeito repristinatório tácito.

por cento que sobrava, não disciplinado pela lei revogada. Nesse diapasão é importante consignar que existia uma tradição de desconsiderar totalmente o peso 70/30 e revestir o certame de um voto paritário, o qual igualava o peso dos docentes, discentes e servidores reduzindo, assim, a relevância do voto do professor, transformando-o em menos importante do que deveria ser, pois em uma figura exemplificativa triangular, no vértice da relação com a universidade está o professor, aquele que possui vínculo permanente com a escola superior e, em conjectura com o aluno, forma o *minimum* da relação de ensino universitário, enquanto o servidor técnico-administrativo completa a base, ou seja, exerce atividade de apoio, fato que não desmerece esses agentes, mas deveria entregar ao docente o maior peso. Mais uma das tratativas que transitava no fluxo das discricionariedades era o conceito de comunidade universitária, o qual tramitava no campo de livre convencimento do colegiado superior. Há época havia apenas dois fatores vinculados: a votação uninominal e o peso supracitado de setenta por cento para manifestação do pessoal docente, em relação às demais categorias.

Com o advento dessa MPv, disciplinou-se de forma vinculada muitos dos procedimentos formais que a lei datava como discricionários. Vale enfatizar a determinação de um devido processo para candidatura dos concorrentes ao cargo de Reitor, onde pressupostos deveriam ser notados, tais quais, um deles que figurou no “ambiente das indignações” dos colegiados foi a inserção do candidato ficha limpa⁷. Assim como outros, tais quais trata da imposição do afastamento de qualquer cargo em comissão ou função de confiança, logo assim que a candidatura for homologada; a limitação de reconduções; e a alteração mais significativa, a forma de composição da lista triplíce, onde se tornou obrigatória a consulta da comunidade acadêmica, na proporção da média ponderada, vinculada do peso do voto, de setenta por cento para o corpo docente, quinze por cento para os servidores efetivos da área administrativa e quinze por cento para os alunos, para eleição do cargo de Reitor, fixando a prévia oitiva do Ministro da Educação, para posterior submissão da lista ao Chefe do Executivo Federal.

⁷ A Lei Complementar nº. 135 de 2010 (Lei da Ficha Limpa) advém de uma reverberação do conceito de H. Hart sobre a responsabilidade pela função, o qual observa uma forma de responsabilidade prospectiva em uma reclamação da sociedade em risco, a qual não se preocupa em atribuir, apenas, efeitos a fatos passados, mas, também, em prevenir os atos futuros (HART, 2008, p. 212)

2.2 Das liberdades institucionais dos Estabelecimentos de Ensino Federais

Diante dos vários diplomas normativos assistidos até aqui, o legislador, no uso das atribuições que lhe confere, firmou o desdobramento da autonomia universitária no conteúdo do dispositivo constitucional previsto no Art. 207 e, dele, pode-se tirar radicais subjetivos, liberdades em sua atuação: autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial.

Almiro do Couto e Silva (SILVA, 2009) traz uma lição inequívoca, acerca da previsão constitucional, que congrega, positivamente, sobre a imediata aplicabilidade das subjetividades no trato de sua função fim, ou seja, na sua liberdade essencial para exercer atividades de ensino:

Na verdade, ao princípio acolhido no seu Art. 207 o nosso Estatuto Político Fundamental não após qualquer cláusula restritiva, do tipo "na forma da lei", à semelhança do Art. 33 da Constituição Italiana⁸, de modo a fazer do preceito constitucional uma regra de eficácia contida, na classificação de José Afonso⁹ da Silva, que tão merecido prestígio conquistou no Direito Brasileiro. Cogita-se por consequência, de uma norma de eficácia plena, insuscetível de ter o seu significado e sua extensão diminuídos, ainda que em mínima parte, pela legislação ordinária. Não é que a regra

⁸ A arte e a ciência são livres como livre é o seu ensinamento. A República dita as normas gerais sobre a instrução e institui escolas públicas para todos os níveis e graus. Entidades e particulares têm o direito de fundar escolas e institutos de educação, sem ônus para o Estado. A lei, ao fixar os direitos e as obrigações das escolas particulares que requerem a equiparação, deve assegurar às mesmas a plena liberdade e aos seus alunos um tratamento escolar equivalente àquele dos alunos das escolas públicas. É previsto um exame oficial para a admissão nos vários níveis e graus de escolas ou para a conclusão dos mesmos e para a habilitação ao exercício profissional. As instituições de alta cultura, universidades e academias, têm o direito de fixar ordenamentos autônomos nos limites determinados pelas leis do Estado.

⁹ SILVA, José. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, São Paulo : RT, 1968

constitucional vede legislação ordinária que lhe explicita, de forma mais minuciosa ou pormenorizada seu sentido, facilitando-lhe a aplicação às situações concretas. O que a norma constitucional sobre autonomia universitária impede terminantemente é que a legislação ordinária, sob pretexto de dar tratamento mais minudente ao preceito superior, acabe por desvirtuá-lo, conferindo-lhe um contorno e uma dimensão que ele não possui.

Tal liberdade constitucional se adorna na gestão por completo de sua organização, cadeiras e cursos, uma visão “intramuros” da aplicabilidade de sua competência. Muito se interpreta como autonomia administrativa instrumental, o que se pode deduzir, humildemente, como conceito, a capacidade de auto-gestão, sem qualquer interferência externa, cabendo o fulcro de inconstitucionalidade a qualquer norma que, mesmo indiretamente, interferir negativamente em sua liberdade essencial para atividades de ensino, pesquisa e extensão. Ada Pellegrini, em resposta a uma consulta universitária¹⁰, sobre a criação do curso de medicina, nos seus bancos escolares discorreu que, ao passo da inexistência de limites validamente fixados, a sua competência, ou, liberdade é plena:

Por mais controvérsias que possa originar a expressão "autonomia universitária", ninguém nega que indique ela autodeterminação e autonormação. Que essas autodeterminações e autonormação não são absolutas, não se discute; ambas existem e são desempenhadas dentro dos limites da lei, e desde que essa lei seja razoável, de modo a não frustrar a garantia constitucional. Mas onde a lei não as limita, são plenas.

A plenitude dos fins universitários repousa na flexibilidade e satisfação da disponibilidade dos meios, pois a universidade nasce, vive e

¹⁰ Revista Forense, Vol. 329, p. 169, n. g.

convive sob a blindagem da autonomia em uma concepção multilateral. Precipuamente no que tange a difusão da educação e seu fomento cultural, o que se faz mister estender essa autonomia aos meios de operação, isto posto, pois serve de arcabouço para as autonomias administrativas e disciplinares, explícitas no texto constitucional. Assim, Caracterizando e decifrando a sistemática das autonomias universitárias, dever-se-á esquadriñar uma a uma, afim de transladar suas liberdades e, após isso, compreender a atuação do Chefe do Executivo em sua “interferência” na subjetividade do ensino superior.

Inicialmente, a autonomia didático-científica nada mais é do que a atividade fim da universidade. Explanando o binômio, a autonomia didática se relaciona diretamente com a definição da forma de transmissão de conhecimento. Nina Ranieri¹¹ pressupõe que:

Decorre logicamente desse pressuposto a capacidade de organizar o ensino, a pesquisa e as atividades de extensão, o que envolve:

- a) a criação, a modificação e a extinção de cursos (graduação, pós-graduação, extensão universitária);
- b) a definição de currículos e a organização dos mesmos, sem quaisquer restrições de natureza filosófica, política ou ideológica, observadas as normas diretivo-basilares que informam a matéria;
- c) o estabelecimento de critérios e normas de seleção e admissão de estudantes, inclusive no que concerne a regimes de transferência e adaptação;
- d) a determinação da oferta de vagas em seus cursos;
- e) o estabelecimento de critérios e normas para avaliação do desempenho dos estudantes;
- f) a outorga de títulos correspondentes aos graus de qualificação acadêmica;

¹¹ Cf. Nina Ranieri. Autonomia Universitária na Constituição. Autonomia in Estudos e Pareces de Direito Público: RT, vol. 11, 1991, p.124-125.

g) a possibilidade de experimentar novos currículos e fazer experiências pedagógicas (esta garantida pelo inciso II, do Art. 206).

A segunda parte é a autonomia científica, assegurada às universidades, como manifestação da própria liberdade de pensamento e de ensino, onde, a primeira, se desdobra em vários conceitos, mas se consagra no deslinde dos direitos fundamentais do Art. 5º da CRFB/88; e, a segunda se assevera conforme o Art. 206 da Constituição, em seus incisos I e III, garantindo a liberdade de investigação e pesquisa, desenvolvimento dos processos de conhecimento em sua dimensão global, com base no Art. 218 do mesmo Diploma.

Quanto a autonomia de gestão financeira e patrimonial é importante inferir que, sem elas, a universidade não teria como alcançar sua atividade fim. Valendo dizer que a administração goza de total autonomia, o que não quer dizer que não sofra controle, mas que se permite a liberdade de gerir, administrar, dispor seus recursos financeiros. Tal demandamento assegura uma avaliação por um duplo aspecto, onde, de um lado, a universidade se encontra apta para fazer valer seu direito de recebimento dos recursos do ente político que a instituiu, assim como assinala que poderá se utilizar desses recursos, os quais lhe são próprios e gozam do pleno direito de empenhá-los caracterizando, então, que essa percepção financeira se trata, apenas, de uma obrigação meio da Administração Pública, em previsão do orçamento global, incluído no Orçamento Geral da União, o qual será aproveitado pela universidade, permitindo que, a escola superiora, consiga garantir a consecução de seus fins e objetivos. Traz-se também a hipótese de possíveis percepções aleatórias as quais poderá dispor e administrar de mesma forma autônoma.

Com relação a autonomia administrativa, onde residem as maiores polêmicas, cabe se valer da autonormação e autodeterminação, já citada na consulta de Ada Pellegrini, que são imediatamente aplicadas nessa liberdade. Quando há uma organização com o regular funcionamento de seus serviços e dotação patrimonial própria, de igual modo deve haver a ampla liberdade administrativa. Assevera Hely Lopes Meilles (MEIRELLES, 1991)¹², ao

¹² O poder de organizar seus próprios serviços, fazê-los funcionar, inclusive convocar, nos termos da lei, pessoal habilitado. Se entende que a autonomia conferida pela Carta Magna às

comentar sobre a Constituição e a institucionalização das autonomias atribuídas às autarquias educacionais, que vale lembrar da autonomia administrativa, como o respectivo desenvolvimento estatutário e regimental, além de outros atos normativos universitários, detém sua amplitude característica, observadas, as limitações constitucionais e legais quando pertinentes e descritas, inclusive, no que diz respeito ao pessoal que prestará seus serviços. Além da prática de todos os atos de natureza administrativa inerentes as suas atribuições necessárias à sua própria subsistência e desenvolvimento, vale debater que, em paralelo, o exercício sem interferência de poderes estranhos à universidade ou, quiçá subordinação hierárquica a outros entes políticos e administrativos, consiste, na autonomia de meios para que as universidades possam cumprir sua autonomia de fins.

Atributo concernente da subjetividade administrativa, a disciplina do pessoal docente é abrangida pelo assentamento do quadro, a organização da carreira, os critérios para ingresso, a admissão e a nomeação dos seus docentes e servidores administrativos, além da definição do estatuto de pessoal. Toda esta disciplina apresentada necessita observância das normas e os princípios constitucionais e legais. A “autonomia universitária” determina que a disciplina material, traduzida pelos atos normativos universitários próprios ou legislação básica, independam de lei específica para cada estabelecimento de ensino superior.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹³, lembrando os ensinamentos de Bielsa enfatiza o conteúdo material desses conceitos já bastante conhecido na legislação brasileira:

A respeito do estatuto universitário, é proveitosa a lição de Rafael Bielsa¹⁴. Diz ele que a organização das universidades deve compreender duas partes, que são precisamente as que formam um status. Daí a sabedoria da lei que lhes atribuiu o direito de

universidades não pode ser confundida com soberania e, sob esse prisma, ignorar os princípios do Direito. (Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Autarquia Educacional. Autonomia in Estudos e Pareces de Direito Público: RT, vol. 11, 1991, p.225)

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 54

¹⁴ In *Ciencia de la Administración*, Buenos Aires, Depalma, 1955, pp. 459 e 460

ditar seus estatutos, dentro dos limites da lei. Para Bielsa, "os estatutos devem conter duas partes: a) uma sobre a entidade mesma, como sujeito de direitos... b) outra sobre os professores, ou seja, o conjunto de direitos e deveres - pois isto é o estatuto - que eles têm na qualidade de docentes e segundo sua respectiva categoria".

Sendo assim, por concluída a análise das liberdades ou autonomias das universidades ou instituições federais com a certeza que a MPv 914/2019 não desnatura nenhuma liberdade ou subjetividade, mas tão só limita a discricionariedades de alguns de seus atos. A nomeação do Reitor fica a critério do Chefe do Executivo Federal, como sempre existiu desde 1968 e atende as exigências do Cargo de Confiança ou de Comissão previsto no Art. 37, V da Constituição, onde suas subjetividades para tal escolha será explanada dentro dos preceitos doutrinários orientadores.

3. Autonomia da nomeação privativa do Poder Executivo

A medida provisória 914/2019, procurou a mínima intervenção do Chefe do Executivo, consignou a consulta obrigatória e a submissão ao Presidente da República, com a novidade de intermediação pelo Ministro da Pasta. Sendo assim, reduziu-se algumas subjetividades do Presidente da República, constantes nas legislações revogadas, bem como o entregou uma “carta em branco”, no mundo das autonomias, na seara da nomeação temporária para o cargo que é de Administrador Máximo de uma universidade conforme prevê os ditames do cargo em comissão e do cargo em confiança.

Com relação a isso, o Art. 6º da MPv 914 legitimou o Presidente como titular da nomeação do cargo afastando as demais nomeações, que tratavam legislações anteriores, seja do Vice-Reitor, Diretor e Vice-Diretor, os quais, agora, são de competência do Reitor. As mitigações discricionárias anteriormente previstas, causaram um efeito vinculante maior e, assim, proporcionaram uma análise das discricionariedades sob uma nova ótica.

Conforme sustenta e ensina o Professor André Saddy¹⁵, existem quatro espécies de autonomias, que são subjetividades que o Poder Público recebe, de acordo ou não com previsão legal que entrega a liberdade ou, ainda, que não entrega, pelo afastamento da norma, com o fim de fazê-la cumprir, tendo em vista a necessidade da aplicação da subjetividade “na ponta da linha”, ou seja, em *street-level bureaucrat*.¹⁶

Sendo assim, como ponto de partida, na análise das subjetividades do Presidente da República em nomear um nome para Reitor deverá se observar a obrigatoriedade da consulta à comunidade universitária. Sendo assim, indaga-se sobre a obrigatoriedade do Chefe do Executivo na nomeação e investidura no cargo do primeiro colocado, vencedor das eleições universitárias?

Inicialmente, visando consubstanciar tal situação, deve-se fazer uma diferenciação muito importante entre consulta e eleição. Eleição é o ato de nomeação, do primeiro colocado, vinculada dentre os elegíveis. Nesse caso, a comunidade universitária percorre todo processo de eleição, com o fim de formar a lista tríptica com os melhores ranqueados para apreciação do Presidente; e, a consulta, é a formação de uma lista em ordem de preferência de uma determinada comunidade, da qual propicia uma direção para o ente nomeante balizar as vontades de determinado seguimento, mesmo havendo uma cotização de votos não há instrumento vinculatório, mas sim discricionário com base na consulta podendo, desta forma, não necessariamente o primeiro colocado ser o nomeado.

Feita a análise acima, em um segundo momento há de se estudar as subjetividades do Chefe do Executivo que melhor se amolda à nomeação, sendo: Discricionariedade em seu sentido técnico-jurídico; liberdade de configuração; margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados; e apreciatividade administrativa.

A discricionariedade em seu sentido técnico-jurídico é a expressão mais utilizada dentro da doutrina, trata-se do modelo de todas as subjetividades concentrando em si a forma genérica de liberdade, ou autonomia. É uma margem de liberdade prevista na norma jurídica afim de

¹⁵ SADDY, André. Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014 e SADDY, André. Discricionariedade e Jurisdição Constitucional/Supranacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

¹⁶ SADDY (2014, p 312/320)

que haja a escolha em congregação com os auspícios do interesse público. Tal entrega normativa cede uma alternativa ou separação, necessariamente válida, ou igualmente (ou indiferentes legalmente) justas e idôneas, reside no plano abstrato, chamado potencial, de forma que somente é confirmada quando aplicada no caso concreto. Mais uma característica conceitual é a forma interpretativa, ou seja, caso o texto legal não preveja tal faculdade/liberdade expressamente se deverá recorrer aos critérios lógico-estruturais da norma jurídica ou, em uma indefinição, buscar-se-á tal discricionariedade no operador ou na norma para o procedimento em específico. Em se tratando de normas de competência¹⁷, a discricionariedade repousará na perceptiva da norma, pois em qualquer domínio concebido será habilitada uma forma de disposição autônoma. Quanto as normas permissivas, o procedimento da norma não cabe mais de um efeito, ao contrário das normas de obrigação, que impõem ou proíbem algo, necessita de mais de uma alternativa ou separação, sendo a diferença entre discricionariedade de atuação, se localiza no operador, e, discricionariedade de eleição, residente na preceptiva.

A liberdade de conformação, amplamente entendida como legislativa, ou configuração (ou liberdade de concepção do alemão *Gestaltungsfreiheit*), em sua atividade típica, o Legislativo exerce a denominada subjetividade fortíssima, ou política. Trata-se do exercício da liberdade de legislar, de forma que ao escolher as regras de direito, apreciando livremente as tendências e as relações sociais¹⁸ desenvolvendo, de igual modo, uma atividade política criadora.¹⁹ Ensina André Saddy:²⁰

A liberdade de conformação ou de configuração seria a margem de liberdade de quem cria direitos e obrigações ou que os elucida, por meio de atos

¹⁷ As normas de competência no âmbito da administração pública têm como objetivo o estabelecimento das condições de prossecução do interesse público e configuram as regras essenciais para a validade das decisões que autorizam, pois fora do campo dos poderes conferidos pelas normas de competência não se pode considerar a atuação do poder administrativo como válido o mesmo acontece relativamente as decisões administrativas

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2 ed. São Paulo : Atlas, 2001, p.73

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação Do Legislador*. 2ed. Coimbra Editora, 2001, p 218.

²⁰ Veja artigo, nesta obra, intitulado “Conteúdo, titularidade e alcance da liberdade de ensinar (“liberdade de cátedra”) no ensino público superior”, de André Saddy.

legislativos, normativo-regulamentares, editais, contratuais, jurisdicionais e até mesmo por tomadas de decisões administrativas que tenham o condão de se transformar em normas jurídicas, além da criação, formulação e do desenho de políticas públicas decorrentes de legitimidade democrática para escolher os meios que reputar adequados e avaliar se, e em que medida, diferentes situações justificam a criação de um direito e uma obrigação ou de uma política pública.

Quanto à margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados ocorre quando não se pode determinar o sentido normativo, podendo-se extrair duas ou mais compreensões ao analisar sua estrutura bipartida composta pelo núcleo conceitual e pela auréola conceitual, ou, por melhor dos caminhos explicativos, quando se há uma clara noção de conteúdo e extensão de um conceito, depare-se, então com a auréola conceitual, qual seja positiva (na certeza do que diz), ou negativa (certeza que aquilo não se pode denominar assim) e, quando as dúvidas começam pairar sobre a auréola do conceito. A zona de dúvida é o ambiente de aplicabilidade da subjetividade, onde pode-se chegar a uma ou duas soluções.

A apreciatividade administrativa guarda na interpretação do agente público dos fatos o deslinde de sua margem de liberdade, buscando o interesse público e sem prévio procedimento administrativo ou ato formal. Seria a tomada de decisão a nível do exercício funcional, mesmo havendo o afastamento da letra da lei, com o fim de alcançar o seu propósito normativo, em razões de comprovada relevância.

O objetivo estudado neste artigo é a liberdade, ou subjetividade de nomeação de dirigentes pelo Chefe do Executivo, observa-se que há a potencialidade do exercício de escolha, fato que, quando exercido, transladará do abstrato normativo para a aplicabilidade. Valendo compreender que a própria norma (MPv 914/2019) prevê a alternativa, em seu Art. 6º, *caput*, alinhando-se imediatamente com a discricionariedade administrativa em sentido técnico-jurídico, onde o Presidente nomeará, em regra, um nome constante da lista tripartite.

Com relação a liberdade de configuração, conformadora ou legislativa, de forma atípica, o Presidente da República baixou a MPv 914/2019, utilizando-se do seu poder discricionário de legislar. Fazendo valer a liberdade de conformação, alçando mão de sua margem de liberdade fortíssima, elaborando norma jurídica com eficácia externa, coadunando com a perspectiva de Eva Desdentado Daroca, ao explicar que se trata da mais ampla liberdade, à medida que implica na criação de normas jurídicas gerais, através de análises políticas.²¹ Fato que fez o Chefe do Executivo, legislou em sua forma atípica fazendo jus ao enquadramento na subjetividade aqui adequada.

Muito se especula acerca da aplicabilidade da margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, mas com a *expertise* absorvida pela doutrina orientadora, a qual ensina que o núcleo conceitual é o entendimento da extensão e do conteúdo da norma, seja no inciso I, que trata da vacância no cargo de Reitor e Vice-Reitor, assim como no inciso II, que trata da impossibilidade de homologação do resultado da consulta, ambos previstos no Art. 7º da MPv 914/2019. Todavia, a auréola do conceito é o início do desentendimento, onde pode ser demonstrado pelo motivo do qual há uma dupla vacância no Cargo de Reitor e Vice, bem como uma invalidação da consulta, a qual foi vinculada aos preceitos de configuração do Art. 3º, da Medida Provisória, senão pelo artifício da nomeação temporária de um servidor do qual se alinhe melhor com os desígnios do governo, preenchendo a teoria da unicidade, afim de caracterizar a aplicação da margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, chegando apenas em uma solução correta.

3.1 A rejeição à consulta como possibilidade implícita

Como já se observou, a consulta e a eleição são elementos de constituição de decisão distintos. Enquanto esse último guarda vinculação da escolha do melhor ranqueado, a primeira se trata de uma direção dentre os mais votados em uma lista composta por personagens que exauem os desígnios de uma comunidade, não vinculando a decisão de escolha da pessoa

²¹ DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial. 2 ed. Pamplona : Aranzadi, 1999, p.76.

competente a exercer esse direito, mas tão somente para auxílio. Sendo assim, a nova legislação, em sede de medida provisória vem produzindo efeitos na seara da nomeação de Reitor, pois em sua acepção no ordenamento jurídico trouxe consigo um devido processo legal afim de parametrizar as eleições para formação da lista triíplice de indicados ao cargo, ao gosto da comunidade universitária.

Previsto em quase todo texto legal, o Art. 2º contextualizou a obrigação da consulta determinando, então, que o ato somente se aperfeiçoa com o trinômio: realização da consulta, eleição para formação da lista triíplice e nomeação pelo Presidente, ouvido o Chefe da Pasta. Carreado a isso, tal consulta deve seguir um rito vinculado, sendo uma novidade, haja vista que muito se notava, em legislações anteriores, uma entrega de liberdade aos conselhos universitários para se auto organizarem, como prelúdio de sua autonomia administrativa. Mas, para tanto, tais determinações buscam uma homogeneidade das instituições federais tornando, por meio de pressupostos, os requisitos para a candidatura, além dos já vistos em legislações revogadas, vetou a recondução, instituiu a candidatura “ficha limpa”, assim como exterminou o voto paritário.

Apesar de não haver disposto, no texto da Medida Provisória, o vocábulo rejeição, bem como as possibilidades de sua aplicação, é mister descortinar que existe essa liberdade/autonomia administrativa em fazê-lo. Por se tratar de um cargo de confiança de livre nomeação e, em regra, de livre exoneração é necessária a análise dos fatores dos quais ensejam na rejeição, de plano, de uma possível consulta, que desagrade o governo. Os cargos de confiança e em comissão trazem consigo características de livre nomeação, o que significa que os cargos de chefia, direção e assessoramento, apesar de terem uma característica transitória é justificável a necessidade de haver um vínculo de confiança entre o nomeado e a autoridade nomeante, uma vez que aquele é subordinado a este no exercício de sua função, em prol da boa administração. Quanto à livre exoneração, faz-se menção na saída do cargo sem motivação do feito pela Administração Pública, de forma que se houver qualquer explicação, acerca da exoneração, acarretará na Teoria dos Motivos Determinantes e o motivo deverá ser real e justo.²²

²² Conforme os ensinamentos de Odete Medauar (MEDAUAR, 2009, p.141): Dessa teoria, os motivos apresentados pelo agente como justificativa do ato associam-se à validade do ato e vinculam o próprio agente. Isso significa, na prática, que a inexistência dos fatos, o

Em respaldo ao aludido *a rejeição nos processos de escolha do Reitor* há de se inferir que a livre exoneração do cargo citado é tida como um limite judicial da discricionariedade administrativa do executivo. Mesmo não sendo o foco do trabalho, não há como deixar de consignar essa limitação, pois dela surge o fenômeno positivo da nomeação temporária, em virtude da rejeição da consulta. Em regra, se a Administração é livre para nomear, também encontra liberdade para exonerar, contudo, o Enunciado das Súmulas do Supremo Tribunal Federal nº 47, impede que o Reitor, após nomeado, seja exonerado:

Reitor de universidade não é livremente demissível pelo presidente da república durante o prazo de sua investidura.

Desta forma, caso o Presidente da República nomeie algum nome da lista tríplice e o invista no cargo de Reitor, não havendo nenhuma superveniência que implique na sua saída legal, o prazo de investidura de seu mandato deverá ser obedecido, mesmo havendo rusgas quanto à pessoalidade de suas opiniões e a política de governança administrativa. Assim, utilizando-se da inteligência legislativa, a MPv previu a vacância dos Cargos de Reitor e Vice, além da impossibilidade de homologação do resultado da votação, diante de irregularidades na consulta, vinculando esse último ao processo de admissibilidade, mas deixando o primeiro critério como uma liberdade característica da não nomeação de substituto para o cargo que acabou de se tornar vago, trazendo ao contexto à figura da rejeição, mesmo que de forma implícita, onde com uma simples omissão (ato de não escolher alguém da lista tríplice) ensejará na vacância e entregará ao Chefe do Executivo a subjetividade de nomeação temporária, por intermédio do Ministro da Educação. Diante dessa manobra legislativa, o Presidente da República, ao promover essa Medida Provisória detém o Poder Subjetivo de nomeação de toda cadeia de dirigentes, do Reitor ao Diretor de unidade, onde, a falta de nomeação da lista tríplice entregará, na mão do escolhido transitório a capacidade de nomear todos os demais dirigentes.

enquadramento errado dos fatos aos preceitos legais, a inexistência da hipótese legal embasadora, por exemplo, afetam a validade do ato, ainda que não haja obrigatoriedade de motivar.

Essa Medida Provisória consta na Casa Legislativa do Povo²³, com seus efeitos prorrogados por mais 60 (sessenta) dias, perdendo a eficácia, caso não convertida em lei, como já citado, em junho de 2020 trazendo de volta a Lei revogada com seus efeitos repristinatórios tácitos, contudo tudo que foi tratado durante à vigência da MPv será abrangido por seus limites. Mesmo de toda sorte, ainda há quem busque a conformação jurídica em pleito de ADI 6315/2020 da MPv 914/2019, sob argumentos.²⁴

A Rede Sustentabilidade ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6315) no Supremo Tribunal Federal (STF) pedindo a suspensão cautelar da Medida Provisória MP 914/2019, que altera o processo de escolha dos dirigentes das universidades federais, dos institutos federais e do Colégio Pedro II (Rio de Janeiro). O relator é o ministro Marco Aurélio. Na ação, o partido observa que a MP revogou todos os dispositivos de leis federais que tratavam da matéria e que o Poder Executivo não conseguiu demonstrar a urgência e a relevância para isso. Segundo a Rede, essa não é a primeira medida do governo para alterar a forma de escolha de dirigentes das instituições federais de ensino: no ano passado, o Decreto 9.794/2019, “sob a roupagem de moralizar as escolhas para cargos em comissão e funções de confiança, inovou na ordem jurídica, dando maior poder ao governo”, sustenta, lembrando que o decreto é objeto de três ADIs. Para o partido, tanto o decreto quanto a medida provisória interferem na autonomia universitária prevista no artigo 207 da Constituição Federal. A Rede argumenta ainda que há vários projetos sobre

²³ Instância legislativa que representa o povo brasileiro e seus interesses precípuos, funcionando como “primeira instância” no processo legislativo.

²⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=436934>>. Acesso em 14/04/2020>

o tema em tramitação no Congresso Nacional e que as alterações propostas na MP garantem aos institutos federais e ao Colégio Pedro II uma autonomia na escolha de seu dirigente máximo maior do que a conferida às universidades.

A presente ação foi sujeito ao pleno do Tribunal, na forma do Art 12, da Lei 9.868/1999, diante da relevância da matéria, significado social e segurança jurídica.

3.2 Nomeação *Pro Tempore*

Trata-se de uma novidade legislativa entregue pelo Executivo Federal, na edição da Medida Provisória, em virtude da vacância do Cargo de Reitor e Vice, o qual pode ocorrer por inúmeros fatores, além da impossibilidade de homologação por vícios formais no processo de consulta, na nomeação de alguém que não faça parte da consulta, mas que se alinhe apenas com sua volição.

Diante de tudo já dimensionado, no que se tratou da rejeição da consulta, observa-se, também, fatores de império na conduta executiva, ou seja, o *factum principis*.²⁵ Para que isso ocorra, a administração pública deverá exorbitar o equilíbrio entre os preceitos regentes daquela disciplina em proveito próprio. Muito se observa tal conceito nos contratos administrativos dos quais a Administração Pública figura como contratante de um serviço, mas, aqui, buscou-se reverberar sua definição para explicitar uma prática legislativa atípica, exercida pela Administração Pública, que criou uma figura discricionária, visando anular uma limitação imposta pelo STF.

No caso dessa manobra, pode-se elencar o fato do príncipe negativo²⁶, ou seja, em uma concepção abrangente, o Poder Público “grava” uma nova legislação, afim de que não haja aplicação do texto judicializado que aplicou-lhe limite de atuação, neste caso, a Súmula nº 47 STF, transformando-a em

²⁵ Marcel Waline define: ato da autoridade pública que sobrecarrega, sem culpa, a situação dum contratante duma coletividade pública (*Traité de Droit Administratif*, 6.a ed., 1952, na parte final - *mise à jour*, p. 38). Maurice Hauriou esclarece: medidas do poder público que, rompendo o equilíbrio do contrato em que a Administração é parte, podem dar origem a responsabilidades pecuniárias para esta (Précis, pág. 306).

²⁶ George Péguy, *Des Contrats Administratifs*, 1953, fase. 511, p. 115, fi 280.

letra morta, pois dela não será necessária mais utilização, pois arranhou-se uma maneira de adequar sua política à subjetividade de nomeação.

Nota-se que o instrumento normativo buscou, em sua exposição de motivos, o fortalecimento de novas governanças, citando a necessidade de modernização dos procedimentos, os motivos da exigibilidade de pré-requisitos mais consistentes para à candidatura, além de defender a lisura na constituição da lista tríplice. Todavia, a ausência de exposição acerca da nomeação *pro tempore* pareceu que tal intento passasse despercebido, mas as consequências disso sujeita a uma discussão acerca de nomeações aleatórias a cargo do Ministro Da Educação.

Explicitamente, a nova legislação, publicada em 24 de dezembro de 2019, entregou ao governo, uma “super discricionariedade”, onde o fato da rejeição da lista tríplice, em consonância com o Art. 7º da MPv, em discussão, traz uma margem de liberdade de nomeação, caso a consulta à comunidade universitária não esteja perfilada com as suas predileções.

Conclusões

A discricionariedade do chefe do executivo na escolha do dirigente de uma unidade educacional está condicionada, atualmente, ao marco legal previsto na Medida Provisória 914/2019, com efeitos prorrogados por mais sessenta dias, a qual encontra-se em análise na ADI 6315/2020, proposta pela Rede de Sustentabilidade e submetida ao pleno do Tribunal Supremo, além de tramitar, aguardando pauta para deliberação, na Câmara dos Deputados. E, as consequências para nomeação de dirigente de unidade estão submetidas a ela, onde foi apresentado todo histórico regulamentador neste artigo.

Abordou-se a diminuição de discricionariedades e aumento de vinculação com relação às universidades e instituições federais. Além de analisar a super dimensão das subjetividades do Presidente da República, em sede de margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados quando, por meio do Ministro da Educação, determina a nomeação de um Reitor *pro tempore*. Diz-se que, com essa nomeação há uma conformidade política em todas as demais nomeações, as quais ficariam a cargo do Reitor, de forma que este recebeu a autonomia de nomear os demais dirigentes e vices.

Por derradeiro, a participação no procedimento complexo da escolha do gestor não significa, por si só, uma interferência do Executivo Federal, nas autonomias didático-científica, pedagógica, administrativa e patrimonial da autarquia. A exigência de lista triíplice já era conhecida e, a escolha do candidato mais votado era tão somente uma tradição, fato que não desnatura a subjetividade no abandono desta prática. Em vias da eleição dos nomes da consulta, agora ministerial, a comunidade acadêmica ainda continua sendo responsável pela sua formação, contudo com efeitos vinculados, afastando os colegiados superiores e o voto paritário. As subjetividades analisadas no deslinde da atuação estatal nesse processo dimensionou a sua atividade autônoma condicionada a discricionariedade em seu sentido técnico-jurídico, traduzido pela alternativa de escolha de um dos nomes da lista triíplice, assim como a liberdade de conformação foi o primórdio da discricionariedade do Ente Federal, quando editou a MPv.

Referências

- Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.
- DOURADO, Luiz Fernandes. Políticas e Gestão da Educação no Brasil : Novos Marcos Regulatórios? São Paulo : Xamã, 2009.
- NOVELINO, Marcelo. Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade. Salvador : Jus Podvm, 2008.
- HART, Herbert L. A. Punishment and Responsibility: Essays in Philosophy of Law. 2. ed. Oxford: Oxford University, 2008.
- COUTO e SILVA, Almiro do. Princípio da Segurança Jurídica. Revista de Direito Público, 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Criação de Cursos na Área de Saúde. Parecer Sobre Autonomia Universitária, São Paulo, abril de 1993. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46403/46991>>. Acesso em 4 de abril de 2020.
- RANIERI, Nina, A Autonomia Universitária: São Paulo: Edsup, 1995.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial. 2 ed. Pamplona : Aranzadi, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2 ed. São Paulo : Atlas, 2001

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. 2ed. Coimbra Editora, 2001

SADDY, André. Apreciatividade e Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014.

_____. Subjetividade ou Autonomia Pública Legislativa, Jurisdicional e Executiva: Uma Introdução a Diferentes Formas de Liberdade de Atuação. BDA – Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, NDJ, ano 31, n. 6, p. 663-674, jun. 2015.

_____. Limites à Tomada de Decisão e Controle Judicial da Administração Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 13^a.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais , 2009.

WALINE, Marcel. Traite Elementaire de Droit Administratif. Paris : Imprinta, 1950.

HAURIOU, Maurice. Precis de Droit Administratif et de Droit Public. 12. Ed. Paris : Imprinta, 1933.



A DISCRICIONARIEDADE DO REITOR DAS INSTITUIÇÕES FEDERAIS DE ENSINO SUPERIOR NA ALOCAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS

Eduardo Langoni de Oliveira Filho

Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, com bolsa do Centro de Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Especialista em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado. Membro do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). eduardolangonifilho@gmail.com

Sumário: Introdução; 1. As universidades públicas e a autonomia conferida pela Constituição Federal; 2. As funções dos reitores das universidades públicas federais e a responsabilidade pelo planejamento orçamentário; 3. A elaboração do orçamento das universidades públicas federais e a trágica escolha da alocação dos recursos escassos; 4. As subjetividades presentes na atuação do reitor ao decidir sobre a alocação de recursos no orçamento da universidade federal; 4.1. A elaboração do orçamento das universidades federais e a discricionariedade; 4.2. A liberdade de configuração e a atuação do reitor; 4.3. A apreciatividade na conduta do reitor de universidade federal ao elaborar o orçamento público; 4.4. A margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados e a autonomia para alocação de recursos escassos; 4.5. A ação do reitor universitário como uma atuação vinculada; Conclusões; Referências.

Introdução

As universidades podem ser consideradas como uma das mais complexas organizações¹ da nossa sociedade, e podem ser definidas, conforme art. 52 da Lei nº 9.394/1996, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), como “*instituições pluridisciplinares de formação dos quadros profissionais de nível superior, de pesquisa, de extensão e de domínio e cultivo do saber humano*”². No que se refere às universidades federais, estas fazem parte do Sistema de Instituições Federais de Ensino Superior e estão inseridas em contextos de constantes mudanças e de incertezas nos cenários político, econômico, social, financeiro e tecnológico, o

¹ JÚNIOR, Victor Meyer. Planejamento universitário: ato racional, político ou simbólico-um estudo de universidades brasileiras. *Revista Alcance*, v. 12, n. 3, p. 373-389, 2005, p. 374.

² BRASIL. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília: Diário Oficial da União, 23/12/1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.

que exige dessas organizações uma grande resiliência para desempenhar suas funções.

Essa necessidade de ajustar-se às novidades e mudanças faz com que a gestão das universidades tenha uma responsabilidade fundamental – o planejamento, buscando estabelecer objetivos e prioridades bem como desenvolver estratégias que permitam o cumprimento das metas planejadas. Segundo Clark Kerr o gestor de uma dessas instituições de ensino superior deve ser um profissional com múltiplas faces, *“deve ser firme e, no entanto, delicado [...] voltar-se para o passado e para o futuro e, no entanto, manter-se firmemente plantado no presente; ser ao mesmo tempo visionário e racional, cordial e no entanto ponderado [...]”*³.

Além das questões de aspecto mais subjetivo como as citadas anteriormente, o gestor deve também ser capaz de gerenciar questões de recursos humanos, de conhecer os processos administrativos, de ser um líder para representar a instituição, entre outras habilidades. No caso específico dos reitores das universidades federais tem-se ainda uma questão que é a habilidade para exercer a autonomia constitucional conferida a essas instituições para autoplanejamento e execução de seu próprio orçamento dentro dos limites de valores disponibilizados pela União.

A autonomia das universidades federais, prevista no art. 207 da Constituição Federal de 1988, para a gestão financeira, administrativa e patrimonial, incluindo as arrecadações adquiridas com esforços próprios, induz a interpretação de que estas instituições gozariam de total liberdade para gerenciar, dentro do seu espaço territorial de atuação, os recursos descentralizados para elas pelo governo federal, e assim poderiam criar livremente o seu orçamento. Neste sentido, busca-se no presente estudo, analisar se esta autonomia que o reitor, na qualidade de gestor principal da universidade, goza, é, de fato, uma liberdade, e o sendo, quais seriam as fontes dessa autonomia⁴ para decidir sobre a alocação dos recursos públicos escassos.

³ KERR, Clark. Os usos da universidade. Fortaleza: UFC, 1982, p. 37-38.

⁴ As liberdades presentes na atuação administrativa podem ser chamadas também de subjetividades públicas, autonomies ou ainda serem denominadas de discricionariedade, como uma espécie de supraconceito, no entanto, ao longo deste trabalho veremos que a discricionariedade é apenas uma das formas de manifestação desta liberdade presente da atuação administrativa.

Para fazer a análise dos tipos de liberdade, comumente chamadas de discricionariedade, adotaremos o referencial teórico fornecido por André Saddy, para quem é possível se identificar quatro diferentes tipos de subjetividades na atuação administrativa⁵: discricionariedade, margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, liberdade de configuração e apreciatividade⁶. Pode-se ainda perceber a inexistência de autonomia, e, neste caso, teríamos uma atuação vinculada.

Para alcançar o objetivo este estudo irá tratar primeiramente das questões referentes à autonomia das universidades públicas, conforme previsto na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, e que são essenciais para permitir ao reitor da instituição a decisão sobre a locação de recursos escassos. Na sequência analisaremos como se dá a atuação do reitor universitário, suas funções e competências, e, em especial a sua atuação na elaboração do orçamento da instituição. O terceiro momento se destinará a trabalhar a questão do orçamento como peça de planejamento para alocação dos recursos públicos escassos. Com tais elementos já trabalhados e sendo possível identificar como se dá a atuação do reitor da universidade pública ao elaborar o orçamento da instituição, no último momento, analisar-se-á, na conduta deste profissional, quais os tipos de subjetividades públicas estão presentes ou ainda se não existe subjetividade e sim uma atuação vinculada.

1. As universidades públicas e a autonomia conferida pela Constituição Federal

Clark Kerr explica que a universidade é uma das instituições mais longevas na história cultural humana e que veio passando por inúmeras

⁵ Segundo Eva Desdentado Darroca, as subjetividades públicas são divididas pela doutrina em subjetividade pública legislativa, subjetividade pública judicial e, por fim, subjetividade pública executiva ou administrativa. A primeira subjetividade se caracteriza pelo amplo grau de liberdade, enquanto isso a liberdade judicial goza do menor espaço de autonomia. Neste interim, encontra-se a subjetividade pública administrativa ou executiva, usufruindo de uma margem de livre decisão maior que o judiciário e menor que o legislativo. Em que pese não se tratar da subjetividade mais ampla, certamente a subjetividade administrativa ocupa lugar de destaque na doutrina, despertando inúmeras controversas. (DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 76-77).

⁶ SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 41-42.

transformações ao longo dos seus mais de nove séculos de existência⁷. No Brasil, desde 1808 foram criadas faculdades de determinados cursos, no entanto, a criação de faculdade não era autorizada pela coroa portuguesa. Posteriormente, já com o governo republicano, se permaneceu a resistência em implantar universidades no país, até que, em 1920, o governo dá o nome de universidade à junção de quatro escolas superiores que havia no Rio de Janeiro, que foi implantada efetivamente em 1937⁸. A partir de então inúmeras outras universidades foram criadas nos diversos Estados da federação⁹.

Desde a criação dessas organizações complexas até os dias de hoje, em meio às inúmeras transformações ocorridas, foram grandes os avanços em diversas áreas, dentre elas, na seara jurídico-normativa, muito se inovou com a Constituição Federal de 1988. Sem dúvida, o maior avanço dessa Constituição foi assegurar no corpo da lei, em seu art. 207, o tema autonomia universitária. A partir de então o conjunto das universidades federais passou a ver protegida a autonomia de gestão financeira e patrimonial no plano constitucional. Além disso, ficou definida a responsabilidade da União pela manutenção e pelo desenvolvimento do ensino, bem como pelas novas regras gerais para o processo orçamentário do governo federal.

O conteúdo dessa liberdade prevista na Constituição, segundo Anna Candida da Cunha Ferraz, *“consiste a autonomia na capacidade de autodeterminação e de autonormação dentro dos limites fixados pelo poder que a institui”*¹⁰. No caso específico das autonomias concebidas para as universidades públicas, o legislador constituinte tratou de especificar o conteúdo abarcado por este princípio instituído que as universidades públicas

⁷ KERR, Clark. Os usos da universidade. Fortaleza: UFC, 1982, p. 298.

⁸ ÉSTHER, Angelo Brigato. A construção da identidade gerencial dos gestores da alta administração das universidades federais em Minas Gerais. 2007. 276f. Tese (Doutorado em Administração) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, Minas Gerais, p. 119 e seguintes.

⁹ Para maiores estudos ver: TEIXEIRA, Anísio. Educação e universidade. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1988; FRAGOSO FILHO, Carlos. Universidade e sociedade. Campina Grande: Edições Grafset, 1984.

¹⁰ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. A Autonomia Universitária na Constituição de 05.10.1988. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 215, p. 117-142, jan./mar. 1999, p. 118.

*“gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial”*¹¹.

A autonomia didático-científica trata na verdade de proteger a liberdade para aquilo que é o fim da instituição de ensino – a educação. Através desse pressuposto a universidade goza de liberdade para organizar o ensino, desenvolver pesquisas científicas, elaborar grades curriculares, métodos de avaliação, entre outros. Na verdade a liberdade didático-científica guarda profunda relação com o conteúdo a ser estudo bem como a forma de transmissão desse conhecimento, guardando grande relação, inclusive, com a questão da inviolabilidade da liberdade de cátedra dos docentes.

A autonomia administrativa consiste na liberdade para que a universidade possa garantir a execução dos seus fins. Desta forma, tem-se a autonomia para estabelecer a organização interna, formar o quadro de funcionários (tanto o corpo administrativo quanto o docente), celebrar contratos com terceiros e estabelecer suas próprias regras internas, através de estatutos e regulamentos.

Já a autonomia que a universidade federal goza para gestão financeira e patrimonial, que é a que nos interessa para fins deste trabalho, consiste na liberdade pra gerir seus próprios recursos, sejam eles repassados pela União ou provenientes de outra fonte de recursos. Sobre ela Anna Candida da Cunha Ferraz explica:

A autonomia de gestão financeira e patrimonial é, a seu turno, essencial para que a universidade pública possa cumprir suas atividades fins. Consiste ela, essencialmente, na competência de a universidade gerir, administrar e dispor, de modo autônomo, seus recursos financeiros. Revela-se a autonomia financeira assegurada constitucionalmente em duplo aspecto: de um lado, significa dizer que a universidade tem o direito de receber, do ente político que a institui, recursos financeiros

¹¹ BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília-DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessado em: 22 nov. 2019.

necessários e ao menos suficientes para exercer seu fim último; de outro, assinala no sentido de que a universidade disporá desses recursos financeiros - que lhe são próprios de direito - e dos demais recursos financeiros de que vier a dispor por outros meios legalmente admissíveis, gerindo-os e administrando-os de modo autônomo¹².

Em sentido semelhante, Marilena Chauí explica que a autonomia financeira consiste liberdade para direcionar os recursos segundo as necessidades regionais e locais da docência e da pesquisa. *“Em outras palavras, a autonomia deve ser pensada, como autodeterminação das políticas acadêmicas, dos projetos e metas das instituições universitárias e da autônoma condução administrativa, financeira e patrimonial”*¹³.

Analizando a autonomia financeira concedida pela Constituição às universidades federais, pode-se inclusive afirmar que as autonomias didático-científica e administrativa dependem da independência financeira para que possam ser efetivadas, pois não há como desenvolver as atividades diárias sem os respectivos recursos financeiros e orçamentários. O que se depreende, portanto, é que o leque de autonomias (financeira e patrimonial, didático-científica e administrativa) concebidas pelo legislador constituinte busca preservar as decisões tomadas dentro da universidade protegendo-as contra interferências externas.

O Supremo Tribunal Federal ao decidir a ADI 1.599-MC, conforme voto do Ministro Relator Maurício Corrêa, tratou da questão da autonomia das universidades:

O princípio da autonomia das universidades (CF, art. 207) não é irrestrito, mesmo porque não cuida de soberania ou independência, de forma que as universidades devem ser submetidas a diversas

¹²FERRAZ, Anna Candida da Cunha. A Autonomia Universitária na Constituição de 05.10.1988. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 215, p. 117-142, jan./mar. 1999, p. 130.

¹³CHAUÍ, Marilena. A universidade pública sob nova perspectiva. Revista brasileira de educação, v. 24, n. 1, p. 5-15, 2003, p. 12.

outras normas gerais previstas na Constituição, como as que regem o orçamento (art. 165, §5º, I), a despesa com pessoal (art. 169), a submissão dos seus servidores ao regime jurídico único (art. 39), bem como as que tratam do controle e da fiscalização¹⁴.

Posto isso, fica evidente que mesmo gozando de autonomia, a instituição não goza de liberdade plena, e, portanto, está subordinada ao conjunto de leis que as regulam, em especial às disposições constitucionais, dentre elas a necessidade de elaboração das peças orçamentárias indispensáveis ao planejamento financeiro e orçamentário da instituição de ensino.

2. As funções dos reitores das universidades públicas federais e a responsabilidade pelo planejamento orçamentário

O cargo de reitor, nos termos de artigo 16, inciso I, da Lei nº. 5.540/1968, alterada pela Lei nº. 9.192/1995, pode ser ocupado, exclusivamente, por professor, pertencente ao quadro permanente, desde que nomeado pelo Presidente da República e escolhido entre professores dos dois níveis mais elevados da carreira ou que possuam título de doutor, cujos nomes figurem em listas tríplex organizadas pelo respectivo colegiado máximo, ou outro colegiado que o englobe, instituído especificamente para este fim, sendo a votação uninominal. Nesses casos, permite-se ainda a elaboração de consulta à comunidade acadêmica, contudo, a decisão final permanece sendo do Presidente da República.

Ao longo de muitas décadas, conforme mostram Walter H. Gmelch e Mimi Wolverton, enquanto muito se escreveu sobre a organização e gestão da educação superior, muito pouco se pesquisou sobre aqueles que gerem as universidades. Os reitores, até então, eram figuras pouco estudadas¹⁵. No

¹⁴ADI 1.599-MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 26-2-1998, Plenário, DJ de 18-5-2001. No mesmo sentido: RE 561.398-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 23-6-2009, Segunda Turma, DJE de 7-8-2009.

¹⁵Texto original: “*The academic deanship is the least studied and most misunderstood position in the academy. While many education scholars have written about the organization and governance of higher education, relatively little is known about the individuals who lead and*

entanto, com a velocidade em que as mudanças ocorrem, a universidade tem sido pressionada a se adequar às inovações, o que passou a exigir mais da gestão universitária que vem “*marcada por uma série de desafios, os quais são configurados como compromissos da instituição tanto em termos educacionais quanto em termos sociais*”¹⁶.

Neste sentido, Walter H. Gmelch e Mimi Wolverton destacam que a mudança exigida no perfil dos reitores:

Historicamente, os reitores das instituições de ensino parecem ter sofrido uma transformação dos principais acadêmicos a diretor executivo com maior ênfase colocada no financiamento externo, na tomada de decisões de pessoal, e relações com ex-alunos. A visão do reitor como um simples líder acadêmico foi substituída por essa imagem executiva do reitor como politicamente astuto e economicamente experiente. Atualmente, alguns veem o papel do reitor como um símbolo de paz intervindo entre grupos conflituosos que causam turbulência destrutiva na universidade, um dragão expulsando forças internas ou externas que ameaçam a instituição e um diplomata orientando, inspirando e encorajando as pessoas que vivem e trabalham no local¹⁷.

support colleges”. (Gmelch, Walter H.; Wolverton, Mimi. *The Education Dean's Search for Balance. Deans' Balancing Acts: Education Leaders and the Challenges*, p. 15-34, 2002, p. 15).

¹⁶ RIBEIRO, Raimunda Maria da Cunha. Os desafios contemporâneos da gestão universitária: discursos politicamente construídos. In: *IV Congresso Ibero-americano de Política e Administração da Educação*, Porto, Portugal. 2014, p. 2.

¹⁷ Texto original: “*Historically, deans of education appear to have undergone a transformation from chief academic officer to chief executive officer, with more emphasis placed on extramural funding, personnel decision making, and alumni relations. Increasingly, the vision of the dean as a quiet, scholarly leader has been overtaken by this image of a politically astute and economically savvy executive. Some describe the role of the dean as a dove of peace, intervening among warring factions causing destructive turbulence in the college; a dragon, driving away internal or external forces threatening the college; and a diplomat guiding, inspiring, and encouraging people who live and work in the college*”.

Em sentido semelhante ao defendido por Walter H. Gmelch e Mimi Wolverton tem-se o posicionamento de Angelo Brigato Ésther, para quem o reitor universitário deve possuir uma forte competência política, uma vez que ele deve ser capaz de representar os diversos interesses da instituição, sobretudo em instâncias externas. Além disso, o autor ainda ressalta a necessidade de deter competências gerenciais para liderar a instituição em direção a um futuro visualizado, decidindo-se pelas questões prioritárias e gerenciando eventuais conflitos que possam surgir, inclusive, aqueles decorrentes do grau de autonomia que gozam os docentes¹⁸. Por fim, considerando a autonomia de que goza uma universidade federal, seja ela constituída sob a forma de autarquia ou fundação pública, exige-se ainda do gestor/reitor competências financeiras e orçamentárias, para deliberar sobre a conformação orçamentária da instituição.

3. A elaboração do orçamento das universidades públicas federais e a trágica escolha da alocação dos recursos escassos

O orçamento público é uma importante peça de planejamento que vai muito além de simplesmente prever receitas e despesas, trata-se na verdade de um compromisso, com metas e promessas. As leis orçamentárias conferem racionalidade, eficiência e transparência para a gestão da coisa pública. Neste sentido, William Franklin Willoughby ensina:

O orçamento é algo mais que uma simples previsão da receita ou estimativa de despesa. É - ou deve ser - ao mesmo tempo, um relatório, uma estimativa e uma proposta. É - ou deve ser - um documento por cujo intermédio o chefe executivo, como autoridade responsável pela conduta dos negócios do governo, apresenta-se à autoridade a quem compete criar

(GMELCH, Walter H.; WOLVERTON, Mimi. The Education Dean's Search for Balance. *Deans' Balancing Acts: Education Leaders and the Challenges*, p. 15-34, 2002, p. 15-16).

¹⁸ ESTHER, Angelo Brigato. As competências gerenciais dos reitores de universidades federais em Minas Gerais: a visão da alta administração. *Cad. EBAPE.BR*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 36, p. 648-667, July 2011, p. 662-663.

fontes de renda e conceder créditos e faz perante ela uma exposição completa sobre a maneira por que ele e seus subordinados administraram os negócios públicos no último exercício; é - ou deve ser - o documento em que expõe a situação do tesouro público no momento. Na base dessas informações é que ele traça o seu programa de trabalho para o exercício seguinte, então como acha ele que deve ser financiado esse programa¹⁹.

O orçamento não contempla apenas as receitas e despesas da Administração Pública direta, mas também da indireta, inclusive as previsões referentes aos Poderes Legislativo e Judiciário. Conforme pontua James Giacomoni, *“no orçamento da União aparecem os órgãos e repartições federais, classificados inicialmente pelos três Poderes: Legislativo, Judiciário e Executivo”*²⁰. Continua o autor explicando que o Poder Executivo é subdividido em órgãos, como, por exemplo, os Ministérios, que por sua vez são subdivididos em unidades orçamentárias, dentre as quais se tem as universidades federais que integram a estrutura do Ministério da Educação.

Essa concentração do orçamento de todos os três Poderes, incluindo órgãos da Administração Pública indireta, reflete o que preceituam os princípios da unidade e da universalidade orçamentária. João Angélico assevera que pelo princípio da unidade deve-se entender que *“o orçamento deve constituir uma só peça, compreendendo as receitas e as despesas do exercício, de modo a demonstrar, pelo confronto das duas somas, se há equilíbrio, saldo ou déficit”*²¹. Já pelo princípio da universalidade tem-se que *“o orçamento (uno) deve conter todas as receitas e todas as despesas do Estado”*, incluindo os três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), bem como aqueles órgãos da Administração Pública indireta que recebam recursos públicos²². Dentre os órgãos integrantes da Administração Pública indireta que devem ter suas despesas e receitas fixadas pela proposta orçamentária

¹⁹ Apud (GIACOMONI, James. Orçamento Público. 15 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 57).

²⁰ GIACOMONI, James. Orçamento Público. 15 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 92.

²¹ ANGÉLICO, João. Contabilidade Pública. São Paulo: Atlas, 2011, p. 41.

²² GIACOMONI, James. Orçamento Público. 15 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 67 - 71.

têm-se as universidades federais, que, podem ser constituídas sob a forma de autarquias ou fundações públicas federais²³.

A questão da alocação de recursos é sempre um problema quando não se tem recursos suficientes para todas as ações necessárias. Neste sentido, Gustavo Amaral trata sobre a complexidade em torno da decisão de qual será a prioridade diante de um cenário em que os recursos não são suficientes para suprir todas as necessidades. O autor conclui que, na verdade, o que se tem é uma escolha trágica, pois, a finitude dos recursos econômicos e financeiros públicos impede a realização de todos os objetivos e ao escolher a prioridade a ser concretizada se escolhe também o que não será feito²⁴. É em meio a este cenário que a atuação dos reitores das universidades será importante para decidir, com ou sem margem de liberdade, sobre a alocação recursos públicos.

De forma geral, o modelo para elaboração do orçamento das universidades públicas federais é composto por três fases. Na primeira fase o Ministério da Educação estipula o valor máximo global que será destinado para as Instituições Federais de Ensino Superior (IFES). Depois já sabendo o valor global, é feita a repartição deste montante, segundo as regras

²³ Sobre a natureza jurídica das universidades federais vale transcrever um trecho do acórdão proferido no julgamento do RMS 22.047 AgR: “As universidades públicas são dotadas de autonomia suficiente para gerir seu pessoal, bem como o próprio patrimônio financeiro. O exercício dessa autonomia não pode, contudo, sobrepor-se ao quanto dispõem a Constituição e as leis (art. 207 da Constituição do Brasil/1988). Precedentes: RE 83.962, rel. min. Soares Muñoz, *DJ* de 17-4-1979, e ADI 1.599 MC, rel. min. Maurício Corrêa, *DJ* de 18-5-2001. As universidades públicas federais, entidades da administração indireta, são constituídas sob a forma de autarquias ou fundações públicas. Seus atos, além de sofrerem a fiscalização do TCU, submetem-se ao controle interno exercido pelo Ministério da Educação (MEC). Embora as universidades públicas federais não se encontrem subordinadas ao MEC, determinada relação jurídica as vincula ao Ministério, o que enseja o controle interno de alguns de seus atos (arts. 19 e 25, I, do DL 200/1967). Os órgãos da administração pública não podem determinar a suspensão do pagamento de vantagem incorporada aos vencimentos de servidores quando protegido pelos efeitos da coisa julgada, ainda que contrária à jurisprudência. (...) Não há ilegalidade nem violação da autonomia financeira e administrativa, garantida pelo art. 207 da Constituição, no ato do ministro da Educação que, em observância aos preceitos legais, determina o reexame de decisão, de determinada universidade, que concedeu extensão administrativa de decisão judicial (arts. 1º e 2º do Decreto 73.529/1974, vigente à época).[RMS 22.047 AgR, rel. min. Eros Grau, j. 21-2-2006, 1ª T, *DJ* de 31-3-2006.]

²⁴ AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha: Critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e das decisões trágicas. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 73 e seguintes.

estabelecidas pelo modelo da Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior – Andifes, e assim é sabido o valor individual que cada instituição irá dispor. Por fim, na terceira fase os orçamentos individuais são informados, e as instituições procedem a alocação dos recursos por elemento de despesa, devolvendo-os então ao MEC para consolidação da proposta orçamentária relativa ao exercício seguinte²⁵.

Em geral os recursos recebidos pelas universidades federais, provenientes de repasses do Ministério da Educação, bem como os demais recursos obtidos de outras fontes são distribuídos entre as despesas chamadas de obrigatórias e aquelas denominadas não obrigatórias ou discricionárias. As despesas obrigatórias, previstas em lei, incluem o pagamento de aposentadorias, pensões, salários de servidores ativos e benefícios assistenciais, entre outros. Já as despesas discricionárias podem ser de custeio ou investimento, e neste sentido são aquelas empregadas na manutenção das atividades da instituição, em obras e serviços de melhoria, na modernização, em projetos científicos, entre outros²⁶.

A autonomia financeira das universidades federais, portanto, ainda que não se trate de uma autonomia plena, permite ao gestor da instituição, em tese, a deliberação sobre a alocação dos recursos ao elaborar o orçamento da instituição. Cabe agora analisar e identificar quais os tipos de subjetividades que estão presentes na atuação dos reitores das universidades públicas federais.

4. As subjetividades presentes na atuação do reitor ao decidir sobre a alocação de recursos no orçamento da universidade federal

As subjetividades públicas são, geralmente, divididas pela doutrina em subjetividade pública legislativa, subjetividade pública judicial e, por fim,

²⁵ PIRES, José Santo Dal Bem; DA ROSA, Paulo Moreira; DA SILVA, Almir Teles. Um modelo de alocação de recursos orçamentários baseado em desempenho acadêmico para universidades públicas. *Advances in Scientific and Applied Accounting*, v. 3, n. 2, p. 239-270, 2010, p. 243- 244.

²⁶ GREGGIANIN, Eugênio; MENDES, Graciano Rocha; VOLPE Ricardo Alberto. *Vínculo obrigacional e grau de rigidez das despesas orçamentárias*. 2018. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2018/et13-2018-vinculo-obrigacional-e-grau-de-rigidez-das-despesas-orcamentarias>>. Acesso em: 19 dez. 2019, p. 15 e seguintes.

subjetividade pública executiva ou administrativa. Cada uma dessas possui suas características, e, de certa forma, um determinado grau de liberdade diferente. Segundo Eva Desdentado Daroca²⁷, a primeira subjetividade se caracteriza pelo amplo grau de liberdade, enquanto isso a liberdade judicial goza do menor espaço de autonomia. Neste ínterim, encontra-se a subjetividade pública administrativa ou executiva, usufruindo de uma margem de livre decisão maior que o judiciário e menor que o legislativo. Em que pese não se tratar da subjetividade mais ampla, certamente a subjetividade administrativa ocupa lugar de destaque na doutrina, despertando inúmeras controversas.

A atuação do reitor das universidades está inserida no âmbito das atividades administrativas, no entanto, nada impede que este gestor exerça, atipicamente, funções inerentes aos outros poderes. Neste entendimento, afirma Eva Desdentado Daroca que embora a Administração possua suas atividades típicas, existem casos em que atua atipicamente²⁸.

Segundo André Saddy a atividade administrativa *“rege a vida social, e toda a tomada de decisão realizada se executa mediante uma prévia eleição e, deste modo, procede à satisfação das necessidades coletivas previamente definidas, selecionadas e ordenadas”*²⁹. Essa atividade é desenvolvida por meio dos poderes, faculdades ou prerrogativas que gozam os agentes para executar as funções, e, em cada uma das funções existe uma margem de volição/ autonomia para que se possa tomar a decisão. Para o autor essa margem de liberdade significa que a Administração, ao manifestar sua vontade, está se *“utilizando de uma margem que se caracteriza pela*

²⁷ DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 76-77.

²⁸ Segundo Eva Desdentado, *“desde el punto de vista de la actividad que se desarrolla, la distinción es certamente difícil. Tanto em la actividad jurisdiccional como em la administrativa existe una actividad de aplicación de la ley a um supuesto de hecho. Pues bien, en el ejercicio de esta función la Administración opera discrecionalmente, pero no com la discrecionalidad que hemos caracterizado como propriamente administrativa, sino com una discrecionalidad ‘jurídica’ o ‘débil’ equivalente a la que hemos caracterizado como propriamente judicial.”*(DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 79-80.)

²⁹ SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 40.

subjetividade ou autonomia pública atribuída de cinco formas: vinculada, conformadora, discricional, apreciativa ou por meio de conceitos jurídicos indeterminados”³⁰.

Uma margem de autonomia poderá ser enquadrada em apenas uma das cinco categorias acima, e nunca em mais de uma delas. Nesse caso, havendo alguma margem de liberdade poderemos ter a liberdade de conformação, a discricionariedade, a apreciatividade ou a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, entretanto, quando se está diante de uma plena submissão aos preceitos legais, que acaba por retirar do agente as margens de liberdade, tem-se uma atuação vinculada.

4.1. A elaboração do orçamento das universidades federais e a discricionariedade

A discricionariedade administrativa vem, há muito tempo, despertando inúmeras pesquisas e trabalhos acadêmicos, tanto no que se refere ao seu conceito, como também à sua origem e delimitação. Conforme explica Eva Desdentado Daroca, esta subjetividade pode ser entendida como um poder atribuído pelo ordenamento jurídico a Administração e se traduz em uma possibilidade de escolha entre diferentes alternativas dentro dele (ordenamento), de tal forma que a Administração encontra-se legitimada para a adoção e desenvolvimento de uma determinada forma de atuação. A discricionariedade administrativa é proveniente do Direito, e para identificá-la não basta analisar a norma habilitadora, mas sim o ordenamento como um todo, pois no conjunto de normas podem surgir outras limitações,³¹.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a discricionariedade pode ser conceituada como a margem de autonomia que resta ao agente público para escolher um entre duas ou mais alternativas cabíveis para o caso real, levando em conta critérios razoáveis, e buscando satisfazer a finalidade legal da forma mais adequada possível, à medida que, pela inexatidão dos termos legais ou por mandamentos expressos, não seja possível chegar a uma única

³⁰ SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 41.

³¹ DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial. 2 ed. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 84.

conclusão inquestionável³². Em síntese, o autor defende a ideia de discricionariedade com a liberdade do agente para escolher entre opções igualmente válidas, ou seja, aquelas alternativas em que se tem certo “grau de indiferença”. Tanto uma como outra opção são tão boas ou tão ruins – equivalentes.

André Saddy chega a uma concepção que chama de “genérica”, e que de certa forma busca condensar a divergências doutrinárias em um conceito mais amplo. Neste sentido, estabelece a discricionariedade administrativa como *“a margem relativa de liberdade/ autonomia/ volição conferida por uma norma jurídica à Administração Pública para a adoção ou não da atuação, entre as opções oferecidas alternativas e/ou disjuntivamente, que melhor atenda aos interesses públicos”*³³. Neste sentido, para o autor, são características inerentes à discricionariedade: ser outorgada de forma explícita; geralmente, requerer um procedimento administrativo prévio; exigir a motivação; a alternativa ou opção virá modelada através de um ato administrativo; exteriorizar-se através de atos administrativos; geralmente quem toma a decisão e quem executa não são as mesmas pessoas; existir somente em condutas comissivas e a discricionariedade não possui natureza criadora, pois apenas elege opções que já existem³⁴.

Considerando tais características, ao analisar a conduta do reitor da universidade ao elaborar o orçamento público pode-se perceber que ele de fato possui uma margem de liberdade para atuar conferida pela norma que confere autonomia financeira às universidades federais. No que se refere à forma de exteriorização da decisão também se tem um procedimento formal e proveniente de uma conduta comissiva. Entretanto, quando não existe uma escolha entre opções igualmente válidas, pelo contrário, grande parte da verba é direcionada ao pagamento das despesas obrigatórias, sendo estas aquelas que não se pode deixar de pagar e nem mesmo pode ser objeto de eventuais contingenciamentos. Já na alocação dos recursos restantes, que podem ser direcionados para as demais ações da universidade quando da elaboração do orçamento, também não se tem opções igualmente válidas, pois o resultado

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 48.

³³ SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 132-133.

³⁴ SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 399 – 400.

das escolhas jamais será o mesmo. Por exemplo, se escolher destinar recursos para investimentos (execução de obras, modernização, etc.) e assim deixar de alocar recursos para as despesas de custeio, a universidade poderá não ter recursos para pagar contas de luz, telefone, internet, ou mesmo fazer a manutenção do campus. Ou seja, a liberdade para tomada de decisão do reitor, ainda que diante das chamadas despesas discricionárias não é proveniente da discricionariedade administrativa.

No tocante à nomenclatura utilizada para fazer referência às despesas não obrigatórias – despesas discricionárias, quando analisada tecnicamente, percebe-se, inclusive, que se utiliza o termo erroneamente. Se a discricionariedade, como se viu anteriormente, pressupõe opções igualmente válidas, estaria se fazendo a pressuposição de que alocar os recursos para despesas de qualquer natureza dentro das chamadas “despesas discricionárias” seria uma escolha entre opções oferecidas alternativamente, no entanto não é isso que ocorre. A decisão de alocar recursos e, portanto, priorizar determinada ação em detrimento de outra não produz os mesmos resultados e pode variar consideravelmente a depender das necessidades reais da instituição.

4.2. A liberdade de configuração e a atuação do reitor

A liberdade de configuração está relacionada tipicamente com a atuação do Poder Legislativo, no entanto, como já se viu, é possível que um determinado órgão desempenhe atipicamente a função de outro. Neste caso, pode-se pensar na possibilidade de que a liberdade de atuação do reitor universitário ao decidir sobre a alocação de recursos públicos escassos seja proveniente de uma liberdade de configuração, cumprindo agora analisar se as características inerentes a esta subjetividade estão presentes. Sobre a terminologia utilizada para esta subjetividade André Saddy ensina que é comum a utilização da nomenclatura discricionariedade legislativa, no entanto, segundo o autor, *“melhor seria colocar que o legislador dispõe de uma ampla margem de conformação, configuração ou ‘discricionariedade’ constitutiva que deriva de sua posição constitucional e, em última instância, de sua específica legitimidade democrática”*³⁵.

³⁵ SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 30.

Referindo-se à liberdade de configuração, Eva Desdentado Daroca aduz que se trata da mais ampla liberdade, à medida que implica na criação de normas jurídicas gerais, através de análises políticas³⁶. Neste sentido, pode se dizer que ao exercer a liberdade de legislar, o agente desenvolve-se uma atividade política criadora³⁷, na qual ele “*escolhe as regras de direito, apreciando livremente as tendências e relações sociais*”³⁸.

Sobre a liberdade de conformação, André Saddy explica que se trata de margem de liberdade classificada com fortíssima:

É o legislador, como sujeito da atividade permanente e de caráter político de definição e elaboração de normas jurídicas com eficácia externa, quem conta com a mais ampla margem de valoração subjetiva para a definição e o estabelecimento de opções políticas e legislativas a partir da legitimidade com que conta por via da representatividade. Por isso, essa subjetividade inerente ao legislador é qualificada como política ou fortíssima.

A Constituição configura um âmbito submetido à liberdade de configuração normativa do legislador. Não se pode negar a existência de uma margem de liberdade do legislador na aplicação de políticas sociais e econômicas. É o legislador quem deve encontrar remédios apropriados aos possíveis efeitos distorsivos do sistema, encontrando as opções mais

³⁶ DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial. 2 ed. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 76.

³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 218.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 73.

convenientes e oportunas dentro de seu poder conformador ou constitutivo³⁹.

Diante do que explica a doutrina sobre a autonomia proveniente de uma margem de configuração e considerando a atuação do reitor universitário ao decidir sobre a alocação dos recursos públicos escassos, o que se percebe é que sua autonomia não se relaciona com a liberdade de conformação. Ainda que se trate de uma previsão orçamentária que deverá integrar o corpo de uma lei específica, a conduta do reitor é tão somente uma distribuição dos recursos. Posteriormente, as informações serão consolidadas no orçamento do Ministério da Educação, que por sua vez seguirá sob a forma de projeto de lei do Poder Executivo para que o Congresso Nacional possa deliberar e aprovar. Logo, o que se conclui é que a redação final e o poder de aprovar ou não continua sendo do Poder Legislativo e não do reitor da universidade federal. Por tal razão, não se pode atribuir a autonomia deste agente federal, ocupante do cargo de reitor, a uma liberdade de conformação ou configuração.

4.3. A apreciatividade na conduta do reitor de universidade federal ao elaborar o orçamento público

A teoria sobre a apreciatividade enquanto forma de concessão de subjetividade ou autonomia pública para a atuação administrativa foi desenvolvida por André Saddy. Para o autor, diferentemente das outras subjetividades que tem sua origem na norma jurídica, a apreciatividade provém da indeterminação do Direito. Neste sentido, esta subjetividade pode ser definida como:

[...] aquela margem de liberdade que a Administração dispõe para adotar uma eleição/decisão, normalmente rápida e rotineira, ante situações de fato que assim requeiram. São os casos em que as garantias procedimentais praticamente não existem, seja por estar diante de um caso de ação não deôntica ou pela imediatidade

³⁹ SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 29 – 30.

da atuação. A motivação formal prévia tampouco existe nessas hipóteses, ainda que se possa motivar ou justificar a atuação ulteriormente.⁴⁰

De modo geral, esta subjetividade está presente naqueles servidores que atuam na linha de frente, os chamados “*street-level bureaucrats*”⁴¹ ou que tenham contato direto com os cidadãos que para empregá-la utilizam uma operação de discernimento ou ajuizamento para a aplicação da ordem, além disso se trata de um juízo subjetivo e que somente a Administração Pública possui.

Grande parte dos elementos que caracterizam a apreciatividade podem ser depreendidos da comparação realizada por André Saddy entre a apreciatividade e a discricionariedade. Sobre as distinções que caracterizam e individualizam estes dois institutos o autor escreve:

[...] a discricionariedade é outorgada de forma explícita, a apreciatividade de forma implícita; na discricionariedade, normalmente, não se estabelece nenhum tipo de critério e/ou subcritério que guie sua conduta, na apreciatividade, comumente, tais critérios e/ou subcritérios existem previamente; a discricionariedade refere-se a ações deônticas, a apreciatividade a ações não deônticas; a discricionariedade requer um leito preestabelecido, por isso, exige-se um procedimento administrativo devido, na apreciatividade, não existe um procedimento administrativo prévio; na discricionariedade, exige-se motivação, na apreciatividade, não existe uma motivação formal prévia, ainda que se possa motivar ou justificar a atuação a posteriori; na discricionariedade, ao final, mediante um processo de eleição ou decisão, a

⁴⁰ SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 270.

⁴¹ Sobre os “*street-level bureaucrats*” ver: BROWN, Michael K. Working the street: police discretion and the dilemmas of reform. New York: Russell Sage Foundation, 1988.

alternativa ou opção deve vir modelada em um ato administrativo, a apreciatividade não possui necessariamente um ato administrativo formal ao final de sua execução; a discricionariedade exterioriza-se em atos administrativos, a apreciatividade na coação administrativa e na atividade técnica ou material da Administração; a margem de liberdade da discricionariedade é geral, a margem de liberdade da apreciatividade é normalmente em situações rotineiras, regulares e cotidianas realizadas com algum caráter imediato ou de urgência; na discricionariedade não se estabelecem nem critérios previamente estabelecidos, realiza-se apenas uma eleição ou decisão, na apreciatividade, há uma operação de discernimento ou ajuizamento para a aplicação da ordem, onde optará por critérios e subcritérios, ponderará seus interesses e fatores em conflito, e atribuirá pesos relativos às alternativas ou opções; a tomada de decisões e execução das mesmas, na discricionariedade, geralmente, não é na mesma pessoa, na apreciatividade é; a eleição ou decisão deve na discricionariedade ser realizada por avaliação razoável, a apreciatividade pode ser realizada por reflexo condicionado, impulso, indiferença, ação consciente ou, raramente, avaliação razoável; na discricionariedade quem decide atuar tem de optar por algumas das consequências da norma jurídica oferecendo alternativas e/ou disjuntivamente, na apreciatividade, a tomada da decisão tem total liberdade de alternativas ou opções; a discricionariedade só existirá em condutas comissivas, a apreciatividade existe em qualquer tipo de conduta (omissiva ou comissiva); na discricionariedade as alternativas ou opções são

exaustivas e excludentes, na apreciatividade normalmente são excludentes, mas não exaustivas; na discricionariedade o que toma a decisão possui tempo de reflexão, na apreciatividade não, o que reforça as questões psicológicas, por pressões emocionais e discriminatórias, por grau de informação, por grau acadêmico e, também, por preconceitos; na discricionariedade o ambiente de desenvolvimento da decisão é normalmente um ambiente de certeza, na apreciatividade pode ocorrer em um ambiente de certeza, mas o normal é que ocorra em um ambiente de risco ou de incerteza; a discricionariedade normalmente expõe de forma estática, a apreciatividade se expõe de forma dinâmica, simultânea ou sequencial; a discricionariedade normalmente é realizada por diretivos e supervisores, a apreciatividade é realizada por agentes que atuam em linha de frente e possuem contato direto com os administrados; a decisão discricional possui uma alta visibilidade, a apreciativa a visibilidade é reduzida; a discricionariedade é realizada em todos os âmbitos, a apreciatividade mais em áreas vulneráveis, cuja natureza e tipo de atividade comportam o aparecimento de erros e até, inclusive, ilícitos; a apreciatividade está sempre presente no exercício da discricionariedade; a discricionariedade não possui a natureza criadora, o agente público está atado às alternativas ou opções que a norma jurídica lhe confere de forma expressa, e a apreciatividade não, pois possui uma natureza criadora e, em consequência, pode servir para modificar o próprio conteúdo do Direito; as eleições ou decisões apreciativas, normalmente, não são reversíveis,

inclusive se, ulteriormente, sua opção seja declarada como ilegal.⁴²

Depois desta vasta comparação entre discricionariedade e apreciatividade tem-se uma grande quantidade de elementos que caracterizam tanto uma quanto outra subjetividade. No caso da apreciatividade propriamente, primeiro, quando o reitor atua na elaboração do orçamento não se trata de um agente de linha de frente, mas de um administrador de elite, que ocupa os mais altos níveis da hierarquia administrativa. No entanto, tal questão por si só não seria capaz de descartar a possibilidade de existir uma apreciatividade, pois, ainda que, em linhas gerais tal autonomia se manifeste com mais frequência na atuação dos agentes de linha de frente, é possível vê-la nos níveis de elite também. No entanto, pode-se acrescentar uma série de outros elementos que permitem afirmar que o reitor de universidade federal, ao elaborar a proposta orçamentária da instituição, não goza de uma liberdade proveniente da apreciatividade.

Se a apreciatividade se manifesta nas atuações rotineiras, ligadas ao dia a dia da Administração Pública, na alocação de recursos orçamentários se tem uma ação pontual que deve ocorrer uma vez por ano apenas; soma-se a isso o fato de que não se trata de uma atuação sem critérios ou subcritérios, surgida diante de uma inesperada situação concreta, mas sim de um ato de planejamento, com clara previsão legal, prazos a serem seguidos e com inúmeras formalidades legais a serem observadas, logo se tem um processo administrativo para execução deste ato. Na apreciatividade *“a tomada da decisão tem total liberdade de alternativas ou opções”* na ação do reitor ao alocar os recursos não se tem esta liberdade irrestrita, pelo contrário, tem que se analisar as necessidades para criar um orçamento o mais próximo possível de atender às demandas. Por fim, ao passo que as ações apreciativas são geralmente irreversíveis, mesmo se ilícitas, no caso do gestor da universidade federal, ao elaborar a proposta orçamentária, o ato ainda passará pelo crivo do Congresso Nacional, e, ao fim, mesmo depois de sancionada a lei, ainda poderá ser objeto de ações judiciais caso seja ilícito ou inconstitucional, e, consequentemente, poderá ser modificada a medida tomada.

⁴² SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 399 – 400.

Portanto, fica evidente que não se trata de margem de liberdade ou autonomia concedida pela apreciatividade.

4.4. A margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados e a autonomia para alocação de recursos escassos

Os conceitos jurídicos indeterminados estão por todos os lados no mundo jurídico, e sobre eles nasceu a chamada doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados, que muito se desenvolveu no direito germânico, e embora presentes em todos os campos do Direito, segundo António Francisco de Sousa, é no Direito Administrativo, dadas as áreas de atuação deste campo do Direito, que tais conceitos aparecerão com mais frequência⁴³. Para André Saddy, as incertezas semânticas responsáveis pelas dificuldades de determinação dos sentidos normativos decorrem de uma dessas três fontes: da polissemia, da vagueza e da textura aberta.

De forma bastante clara o autor discorre sobre os conceitos jurídicos indeterminados explicando o que se pode entender como tal:

As normas jurídicas se exteriorizam por meio de vocábulos, palavras, expressões, termos ou, como se costuma dizer genericamente: “*conceitos*” – que uma vez utilizados na norma jurídica podem ser determinados e/ou indeterminados. Os conceitos determinados delimitam o âmbito da realidade ao qual a norma se refere, de forma clara e específica, não suscitando qualquer dúvida quanto à sua aplicação, devendo, portanto, ser empregada indiscutivelmente no caso concreto. Já os conceitos indeterminados são utilizados na norma para designar vocábulos, expressões e termos que possuem sentidos imprecisos, diversos, subjetivos, vagos, indeterminados. São palavras que se referem a uma significação, mutável no tempo e no espaço.

⁴³ SOUSA, António Francisco de. Os “conceitos legais indeterminados” no Direito Administrativo Alemão. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 166, p. 276-291, out./dez. 1986, p. 277 - 278.

Tais “*conceitos*” e outros como “*cláusulas gerais*”, “*conceitos tipológicos*” (*Typusbegriffe*), “*tipos discricionais*” (*Ermessenstatbestand*) e certos conceitos que atribuem à Administração uma margem de valoração, os designados “*preceitos poder*” ou “*preceitos de poder*” (*Kann-Vorschrift*), muitas vezes, produzem dificuldades na interpretação e compreensão da norma. Finalmente, as palavras por seu aspecto linguístico possuem limitações, mas o fato é que não se pode renegá-las, devendo-se trabalhar para dar-lhes maior ou menor precisão.

Muitas são as expressões utilizadas pela doutrina para ilustrar o fenômeno da indeterminação. Vago, fluido, elástico, impreciso ou indeterminado, são exemplos de tais expressões. No plano da linguagem comum, tais expressões poderiam ser consideradas sinônimas. No entanto, além de se entender que exista distinção a cada uma dessas expressões, opta-se por utilizar a expressão incerteza semântica como o gênero que gera tais formas de linguagens. Importa saber que todo o conceito pode possuir certa indeterminação, portanto, o que interessa aqui é o grau de indeterminação. Por tal motivo, pareceria inapropriado distinguir-se os conceitos determinados dos indeterminados, conquanto seja verdade que todo o conceito pode ser considerado indeterminado, mas, quando a doutrina se refere aos conceitos jurídicos indeterminados em sentido estrito, com esse modo de colocar se faz referência exclusivamente àqueles conceitos que possuem o grau mais elevado de indeterminação⁴⁴.

⁴⁴ SADDY, André. *Apreciatividade e discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 227- 228.

A liberdade de atuação concedida pelos conceitos jurídicos indeterminados se perfaz exatamente no espaço de imprecisão, de vagueza ou de incerteza deixado pelos enunciados normativos. Neste sentido, a interpretação desse espaço deixado pelos conceitos jurídicos indeterminados gera uma divergência doutrinária: (I) a teoria da unicidade, de um lado, cujo principal defensor foi Friedrich Tezner, sustenta que toda vez que se tem um caso real a aplicação dos conceitos indeterminados permite chegar a apenas uma solução correta; (II) a teoria da duplicidade, de outro lado, e tendo como principal defensor Edmund Bernatzik, defende a possibilidade de se chegar a mais de uma opção correta quando da aplicação dos conceitos indeterminados⁴⁵.

Neste sentido, considerando a atuação do reitor da universidade pública federal para decidir quanto a alocação dos recursos escassos, quando se analisa a norma Constitucional (art. 207) bem com as disposições contidas na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB (art. 54), nota-se que a margem de autonomia concedida às instituições de ensino, dentre elas às universidades federais, não provém de um conceito jurídico determinado, mas sim de uma norma com textura aberta e que permite ao operador da norma (no caso o reitor) interpretá-la e, dentro desta margem de autonomia atuar caso se verificada a existência de subjetividade. Na Constituição Federal de 1988, o artigo 207 trata da “autonomia financeira e patrimonial”, sem, no entanto, delimitar o que seria esta dita autonomia. Já a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional no artigo 54 tem-se uma série de incisos que tratam de questões relativas a essa liberalidade prevista no texto Constitucional e citam algumas questões relacionadas à autonomia financeira e patrimonial, dentre tais se tem o inciso IV, que aborda especificamente a autonomia para “elaborar seus orçamentos anuais e plurianuais”.

Ou seja, a legislação, tanto Constitucional quanto infra, no que tange à liberdade de financeira que gozam as universidades, se limita a garantir tal prerrogativa, não limitando como deve ser exercida tal autonomia e nem mesmo como os recursos devem ser empregados. Logo, pela previsão legal geral e abstrata, é possível defender a existência de uma liberdade proveniente da indeterminação da dos preceitos legais. No entanto, diante de um caso

⁴⁵ SOUSA, Antônio Francisco de. Os "conceitos legais indeterminados" no Direito Administrativo Alemão. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 166, p. 276-291, out./dez. 1986, p. 279.

real, no qual o gestor/reitor tenha que efetivamente definir como distribuir os recursos, percebe-se, na verdade, que o conjunto de normas e princípios acaba retirando essa margem de autonomia, e, na verdade se chega a uma falta de liberdade na alocação dos recursos. Neste sentido, poderia se filiar aqui à teoria da unicidade desenvolvida por Friedrich Tezner, no entanto, o que se depreende é que no caso concreto não se tem uma autonomia concedida por uma margem de apreciação de conceitos jurídicos indeterminados, mas sim uma atuação vinculada decorrente da falta de liberdade nos casos concretos, conforme será tratado no próximo tópico.

4.5. A ação do reitor universitário como uma atuação vinculada

Quando se analisa a atuação do professor universitário que ocupa o cargo de reitor na elaboração do orçamento da instituição de forma abstrata pode-se defender que a autonomia existente na atuação deste profissional decorre de uma margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados. No entanto, diante dos casos concretos, e considerando principalmente a necessidade de alocação dos recursos escassos, percebe-se que se tem uma atuação vinculada, que se caracteriza, na verdade pela inexistência de uma margem volitiva.

Uma parte significativa dos recursos disponibilizados para as universidades federais são destinados para custeio das chamadas despesas obrigatórias, que já possuem lei obrigando a sua realização⁴⁶. Ou seja, uma parte significativa do valor disponibilizado pela União para desempenho das atividades universitárias já possui destino certo, e cabe ao gestor apenas prever tais despesas no orçamento sem qualquer margem de autonomia sobre realizá-las ou não, pois a própria lei já impõe tal obrigação. Neste sentido, não se tem uma margem de liberdade e sim uma atuação vinculada.

Na atuação vinculada se tem exatamente a eliminação da margem de subjetividade da conduta do agente público, e logo não haverá espaço para exercício da autonomia, pois o próprio regramento jurídico ou as condições

⁴⁶ Segundo James Giamononi, quando analisou o orçamento fiscal e da seguridade social da União, “nos seis exercícios do período 2004-2009, as despesas obrigatórias ficaram na faixa compreendida entre 80 e 85% das despesas primárias, o que representou estreita margem de discricionariedade para os gestores do orçamento”. (GIACOMONI, James. *Receitas vinculadas, despesas obrigatórias e rigidez orçamentária. Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 48).

inerentes ao momento já limitam as alternativas a apenas uma opção, eliminando assim a margem de volição. Sobre a atuação vinculada André Saddy explica:

As condutas vinculadas são aquelas em que o ordenamento jurídico (e também a legitimidade e a licitude) estabelece as condições de sua realização. Nelas, não possui o administrador nenhuma liberdade, sua atuação fica adstrita às condições estabelecidas pela norma, pela legitimidade ou pela licitude, que dará o contorno de validade do ato. Os interesses públicos vinculam a uma única opção existente, ou a uma única opção entre as existentes. Daí que se entenda que se está diante de um dever, jamais diante de um poder, pois estabelece uma imposição de conduta.

Então, tal vinculação gera para a Administração Pública o dever de observação de determinados requisitos considerados essenciais para a validade e existência do ato. Tal exigência escapa da legalidade, da legitimidade ou da licitude, criando, no particular, um direito subjetivo de exigir da autoridade a execução de determinado ato. Nesse caso, os elementos do ato já estão previamente indicados pelo ordenamento jurídico, pela legitimidade ou pela licitude, com o que o agente público somente os reproduzirá⁴⁷.

No caso da atuação do reitor ao decidir sobre a alocação dos recursos referentes às despesas “discricionárias”, o que se percebe é que, no caso concreto, também não haverá liberdade, pois sempre haverá uma despesa que melhor atenda aos interesses da instituição que outras, e diante da escassez de recursos para realizar todas devem ser feitas as opções pelas melhores. Neste caso, havendo uma alternativa melhor do que as demais não se tem alternativa

⁴⁷ SADDY, André. Apresiasi e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 133-134.

se não escolher a que melhor atende ao interesse público. Logo, mesmo quando se está diante das chamadas “despesas discricionárias”, inexistente margem de volição para o gestor.

Como se viu, as despesas discricionárias são utilizadas para pagar as despesas de manutenção do campus (luz, internet, limpeza, manutenção, material de papelaria, etc.), além disso, são nessas receitas que se buscam recursos para despesas de investimento como construções, modernizações do campus, entre outros. Ou seja, ainda que se trate de “despesas discricionárias”, quando se analisa o caso concreto não se tem a dita discricionariedade, uma vez que não são escolhas entre opções iguais, e nem mesmo se tem outra subjetividade. As despesas para manutenção do campus são indispensáveis para o funcionamento do mesmo, não há possibilidade de se pensar uma universidade sem luz, sem limpeza, sem material de papelaria ou higiene, enfim, são despesas que ainda que se insiram no âmbito das discricionárias, são obrigatórias na prática, pois mesmo que não haja previsão legal tornando-as obrigatórias, a necessidade do dia a dia as torna. No mais, quanto às previsões orçamentárias referentes aos demais programas a serem executados, quando se trata de recursos escassos, nos quais não se tem como atender todas as demandas, deve haver uma escolha entre aquelas mais importantes a serem priorizadas, e a existência de uma alternativa melhor ou mais importante faz com que ela seja “a opção”, e, logo, não mais se tem alternativa, ou a margem de volição, mas sim a necessidade de escolher aquela que se mostra como a melhor escolha para o caso concreto.

Neste sentido, ainda que a situação hipotética/ abstrata (previsão legal) preveja a uma margem de liberdade (que se defende ser proveniente de conceitos jurídicos indeterminados), no caso concreto não se configura tal fato, existindo apenas uma solução melhor, o que obriga o agente administrativo a adotá-la. A respeito dessa pluralidade de opções abstratas e ainda a redução dessas possibilidades no caso concreto, tem-se o que a doutrina chama de discricionariedade potencial e discricionariedade efetiva.

Com efeito, se a lei comporta a possibilidade de soluções diferentes, só pode ser porque pretende que se dê uma certa solução para um dado tipo de casos e outra para outra espécie de casos, de modo a que sempre seja adotada a decisão pertinente, adequada

à fisionomia própria de cada situação, tendo em vista a atender a finalidade que inspirou a regra de direito aplicanda.

A existência de uma variedade de soluções comportadas em lei outorgadora de discricção evidentemente não significa que esta considere que todas estas soluções são iguais e indiferentemente adequadas para todos os casos de sua aplicação. Significa, pelo contrário, que a lei considera que algumas delas são adequadas para alguns casos e que outras delas são adequadas para outros casos.

Ora, em sendo verdadeira esta afirmação, em sendo corretas – como certamente o são – as lições de Guido Falzone, segundo quem existe um dever jurídico de boa administração e não apenas um dever moral ou de ciência da Administração, porque a norma só quer a solução excelente, se não for esta a adotada haverá pura e simplesmente violação da norma de Direito, o que ensejaria a correção jurisdicional, dado que terá havido vício de legitimidade.

Donde, perante eventos desta compostura, em despeito da discricção presumida na regra de direito, se o administrador houver praticado ato discrepante do único cabível, ou se tiver eleito algum seguramente impróprio ante o confronto com a finalidade da norma, o Judiciário deverá prestar a adequada revisão jurisdicional, porquanto, em rigor, a administração terá desbordado da esfera discricionária, já que esta, no plano das relações jurídicas, só existe perante o caso concreto. Na regra de direito ela está prevista como uma possibilidade – não como uma certeza. A “admissão” de discricionariade no plano da norma é condição necessária, mas não suficiente para que ocorra *in concreto*. Sua previsão na “estática” do Direito, não

lhe assegura presença na “dinâmica” do Direito. Para servimo-nos de expressões da filosofia aristotélico-tomista: a discricionariedade na regra de direito contém *in potencia* a discricionariedade *in actu*, mas nada mais que isto⁴⁸.

No caso em tela, ainda que não se entenda pela existência de uma discricionariedade em seu sentido técnico jurídico, nem mesmo na previsão legal geral e abstrata, quando se analisa os conceitos jurídicos indeterminados, também se tem na doutrina a corrente que defende uma pluralidade de alternativas na previsão legal abstrata, e a redução desta margem de liberdade no caso concreto – a teoria da unicidade de Friedrich Tezner. No entanto, quando esta redução da margem de volição chega a apenas uma alternativa possível entende-se que se trata de uma atuação vinculada, conforme definição adotada por André Saddy, e não mais de uma subjetividade.

Tal fato, em que se tem a redução da margem de liberdade a zero, decorre principalmente da situação concreta, e, de forma geral, do ordenamento jurídico como um todo, que, com uma série de princípios inerentes a atuação administrativa, obriga o agente a adotar escolhas que melhor satisfaçam o interesse público ainda que tal interesse não seja o seu próprio.

Eva Desdentado Daroca se posiciona ao defender a análise da existência ou não de uma margem de liberdade para atuação do agente administrativo não depende apenas da análise da norma que confere a liberdade, mas sim do ordenamento jurídico como um todo. Neste sentido, o próprio ordenamento jurídico limita a atuação administrativa do reitor universitário ao prever aquelas despesas chamadas de obrigatórias. Além disso, quanto às despesas não obrigatórias ou discricionárias, tem-se a limitação imposta pelo ordenamento, que obriga o gestor a escolher a melhor opção, e também, e principalmente, se tem a limitação que o caso concreto cria. Se uma alternativa de alocação dos recursos escassos se mostra melhor do que outra para atender ao interesse público, está passa a ser a única alternativa possível, e, logo, não se tem mais margem de autonomia.

⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 36 – 37.

Conclusões

A autonomia financeira e patrimonial das universidades públicas federais ganhou destaque no texto da Constituição Federal de 1988. Não obstante a lei nº. 9.394/1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, também tratou do tema em nível infraconstitucional, esclarecendo em seu artigo 54 inúmeras atividades que estão abarcadas pela autonomia prevista pela Constituição.

Em meio a estes avanços jurídicos o ambiente universitário também não se manteve estático, e passou por grandes transformações, sendo que muitas destas transformações passaram a exigir mais dos profissionais que desempenham suas funções do dia a dia destas instituições. Neste sentido, o reitor universitário, que é na verdade um professor dos quadros permanentes da instituição que preenche os requisitos legais e foi indicado pelo Presidente da República para as atividades do cargo de reitor, passou a ser muito mais exigido tanto no sentido acadêmico, como também no sentido de gerência. A velocidade das mudanças e das inovações exige deste profissional capacidade enfrentar desafios, e com isso se superou a visão de líder acadêmico para se tornar um profissional de múltiplas competências: acadêmica, gerencial, administrativa, organizacional, recursos humanos, financeiras, entre outras.

Com a autonomia que goza a universidade federal para se autoplanejar financeiramente, passou-se a exigir ainda do gestor/reitor competências financeiras e orçamentárias para deliberar sobre a conformação orçamentária da instituição. Os recursos recebidos pelas universidades federais, provenientes de repasses do Ministério da Educação, bem como os demais recursos obtidos de outras fontes são distribuídos entre as despesas chamadas de obrigatórias e aquelas denominadas não obrigatórias ou discricionárias. Ainda que não se trate de uma autonomia plena, permite ao gestor da instituição, em tese, o exercício de uma subjetividade ao deliberar sobre a alocação dos recursos para elaboração o orçamento da instituição, cabendo, portanto, identificar qual seria a fonte desta suposta margem de liberdade, se é que ela de fato existe no caso concreto.

Para analisar a atuação do reitor universitário, adotou-se o referencial teórico fornecido por André Saddy, que defende que toda autonomia do agente administrativo provém de uma das seguintes categorias: liberdade de conformação, discricionariedade, apreciatividade ou margem de livre

apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados. E neste sentido, confrontando a teoria com a atuação do gestor chegou-se a algumas conclusões.

Primeiramente, conclui-se que a atuação do reitor universitário se pauta, principalmente na autonomia garantida pela Constituição, no entanto, tal liberdade é conferida exatamente pela indeterminação que circunda a previsão Constitucional. Ao dispor que as universidades gozam de autonomia financeira o art. 207 da CF não delimita essa autonomia. Na legislação infraconstitucional, a LDB também trata desta autonomia e cita varias situações que estão abarcadas pela autonomia, sem, contudo, delimitar a atuação deste profissional ao elaborar o orçamento. Logo, analisando a norma habilitadora, pode-se afirmar que o gestor goza de uma liberdade ampla, proveniente de uma margem da margem de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados.

No entanto, quando se analisa o conjunto de normas que compõe o ordenamento jurídico bem como as situações fáticas que envolvem a atuação deste profissional o que entende é que tal liberdade abstrata e geral, proveniente da norma habilitadora, é reduzida a zero e o que se tem, na realidade, é uma atuação vinculada. As chamadas despesas obrigatórias são aquelas em que as leis já obrigam a sua realização, neste sentido, incumbe ao reitor apenas destinar o respectivo valor no orçamento para que possam ser executados, não havendo qualquer margem de deliberação sobre a alocação ou não dos recursos referentes a tais atividades. No que se refere às despesas não obrigatórias ou discricionárias, a margem de liberdade que existe a partir da previsão legal se esgota no caso concreto, pois o ordenamento jurídico obriga o gestor a adotar sempre a melhor solução para o interesse público. Neste sentido, quando se está diante de recursos escassos, em que não se pode atender a todas as demandas e existe a necessidade de escolha, deve ser priorizada aquela opção que melhor atenda à necessidade da instituição e, havendo esta alternativa que atenda melhor ela deve ser escolhida, ou seja, no caso concreto a melhor opção sempre será a única possível de ser adotada. Logo, não se tem margem de liberdade para deliberação e sim uma atuação vinculada.

Referências

- AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha: Critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e das decisões trágicas. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ANGÉLICO, João. Contabilidade Pública. São Paulo: Atlas, 2011.
- BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília-DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessado em: 22 nov. 2019.
- _____. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília: Diário Oficial da União, 23/12/1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm>. Acesso em: 10 out. 2019.
- BROWN, Michael K. Working the street: police discretion and the dilemmas of reform. New York: Russell Sage Foundation, 1988.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CHAUÍ, Marilena. A universidade pública sob nova perspectiva. Revista brasileira de educação, v. 24, n. 1, p. 5-15, 2003.
- DESDENTADO DAROCA, Eva. Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico: construcción teórica y análisis jurisprudencial. 2. ed. Pamplona: Aranzadi, 1999.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- ÉSTHER, Angelo Brigato. A construção da identidade gerencial dos gestores da alta administração das universidades federais em Minas Gerais. 2007. 276f. Tese (Doutorado em Administração) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, Minas Gerais.
- _____. As competências gerenciais dos reitores de universidades federais em Minas Gerais: a visão da alta administração. Cad. EBAPE.BR, Rio de Janeiro, v. 9, n. spe1, p. 648-667, July 2011.
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha. A Autonomia Universitária na Constituição de 05.10.1988. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 215, p. 117-142, jan./mar. 1999.

- FRAGOSO FILHO, Carlos. Universidade e sociedade. Campina Grande: Edições Grafset, 1984.
- GIACOMONI, James. Orçamento Público. 15 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.
- _____. Receitas vinculadas, despesas obrigatórias e rigidez orçamentária. Orçamentos Públicos e Direito Financeiro. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GMECH, Walter H.; WOLVERTON, Mimi. The Education Dean's Search for Balance. Deans' Balancing Acts: Education Leaders and the Challenges, p. 15-34, 2002.
- GREGGIANIN, Eugênio; MENDES, Graciano Rocha; VOLPE Ricardo Alberto. Vínculo obrigacional e grau de rigidez das despesas orçamentárias. 2018. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2018/et13-2018-vinculo-obrigacional-e-grau-de-rigidez-das-despesas-orcamentarias>>. Acesso em: 19 dez. 2019.
- JÚNIOR, Victor Meyer. Planejamento universitário: ato racional, político ou simbólico um estudo de universidades brasileiras. Revista Alcance, v. 12, n. 3, p. 373-389, 2005.
- KERR, Clark. Os usos da universidade. Fortaleza: UFC, 1982.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discrecionalidade e controle jurisdicional. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- PIRES, José Santo Dal Bem; DA ROSA, Paulo Moreira; DA SILVA, Almir Teles. Um modelo de alocação de recursos orçamentários baseado em desempenho acadêmico para universidades públicas. Advances in Scientific and Applied Accounting, v. 3, n. 2, p. 239-270, 2010.
- RIBEIRO, Raimunda Maria da Cunha. Os desafios contemporâneos da gestão universitária: discursos politicamente construídos. In: IV Congresso Ibero-americano de Política e Administração da Educação, Porto, Portugal. 2014.
- SADDY, André. Apreciatividade e discrecionalidade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- SOUSA, Antônio Francisco de. Os "conceitos legais indeterminados" no Direito Administrativo Alemão. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 166, p. 276-291, out./dez. 1986.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1.599-MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 26-2-1998, Plenário, DJ de 18-5-2001. No mesmo

sentido: RE 561.398-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 23-6-2009, Segunda Turma, DJE de 7-8-2009.

TEIXEIRA, Anísio. Educação e universidade. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1988.



NOTAS SOBRE A SUBJETIVIDADE NO DIREITO-DEVER DE APTIDÃO FUNCIONAL: A LICENÇA CAPACITAÇÃO COMO ATUAÇÃO DISCRICIONÁRIA

Diogo Alves Verri Garcia de Souza

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduado em Direito Público e Tributário e em Direito Militar, ambos pela Universidade Candido Mendes. Membro Efetivo da Associação Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial (SBDA). Membro do Centro de Estudos Empírico Jurídico (CEEJ). Membro do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). Advogado e servidor público federal. verrigarcia@gmail.com

Sumário: Introdução; 1. Nota sobre o Estado constitucional e a sua predisposição às subjetividades; 2. A relação entre as subjetividades e a aptidão funcional; 3. Algumas formas normativamente previstas de capacitação do servidor; 3.1 Licença Sabática; 3.2 Afastamento para Participação em programa de pós-graduação *stricto sensu* no País; 3.3 Afastamento para Estudo no exterior; 3.4 Ações de capacitação regularmente promovidas pelo órgão; 3.5 Licença capacitação; 4. A Estrutura das subjetividades em licença capacitação; 4.1. A via do conceito jurídico indeterminado no princípio da eficiência; 4.2 A etapa da conformação do legislador e do administrador; 4.3 Discricionariedade e apreciatividade na licença capacitação; Conclusões; Referências.

Introdução

Em uma compreensão uniforme no estudo do Direito Administrativo, o agente público explicita as ações do Estado, este incapaz de subsistir em uma atuação autônoma e concreta *per si*. A anterior nota revela nada mais que a já tão conhecida teoria organicista, lugar-comum dentre os operadores do Direito e dos iniciais estudos sobre o atuar estatal. Há nessa razão a mesma existente entre os membros e o corpo, que desenvolvem as mais diversas responsabilidades previstas para o todo orgânico – em sendo o ente estatal, as que lhe são confiadas em dado ordenamento jurídico, como serviços públicos, polícia administrativa, fomento.

Tal teoria, para o objeto central desta análise, encontra um relevante argumento: no tema das subjetividades e da capacitação de agentes, o de que tais membros ou braços devem ser adequados para os fins a que se destinam: se frágeis ou despreparados, limitada será a própria construção orgânica. Em um espelhamento entre assuntos, não sem razão que em alguns papéis na

sociedade – como em um esporte coletivo ou em uma orquestra – há uma especial atenção com aqueles responsáveis por determinados afazeres, de forma que a qualidade individual refletirá no quão profícuo será o todo, caso este também funcione como um organismo. Na relação entre Estado e seu corpo funcional, de igual forma, a debilidade deste revelará naquele uma fraqueza, que executará de forma deficiente seu compromisso perante a sociedade – o qual também envolve outras formas de decisões face a problemas públicos.

Na estrutura constitucional brasileira, dentre os instrumentos existentes para a qualificação de agentes públicos, está prevista a criação de escolas de governo (art. 39, §2º), as quais pressupõem – como caminho de concretude – outros recursos que operem destinados à capacitação. Dentre esses, a licença que recebe o mesmo nome é um dos aferidos a partir da norma infraconstitucional, a licença capacitação. Ela advém – assim como outros instrumentos de aptidão – de uma lógica de aprimoramento funcional derivada não só do mencionado dispositivo da Constituição, como também do dever de eficiência, também de mesma matriz, erigido à categoria de princípio expresso com a Emenda Constitucional nº 19, de 1998.

Na estrutura de tal licença como instituto jurídico – da sua base normativa ao atuar administrativo individualizado –, é possível avaliar todas as etapas das subjetividades, iniciando pela negação de um (i) atuar *vinculado*, responsivo à volição de um agente que requer capacitar-se (esta, que não é tecnicamente uma subjetividade), e que passa por uma estrutura que encontra amparo em um princípio constitucional, sob a forma de (ii) *conceito jurídico indeterminado*, pondo na já explicitada eficiência uma roupagem de princípio. Corresponde, além do mais, às etapas das (iii) *conformações* legislativas e administrativas referentes à norma e finda-se (superadas as anteriores etapas) em um (iv) juízo de *discricionariedade* do próprio gestor, que também enxerga a linha da (v) *apreciatividade* quanto às questões menores que, não reguladas, ainda assim carecem de decisões aptas a dar azo à licença.

Portanto, em um obra voltada às subjetividades dentro da área educacional, a licença capacitação compreende um instituto pelo qual se pode analisar todas as etapas (ou formas) da autonomia pública legislativa e administrativa. Compõe-se, por tal via, de modelo de análise das diversas subjetividades e do seu aporte na estruturação de um determinado instituto jurídico, desde a previsão em abstrato à aplicação em concreto.

Dentro de uma análise do processo de decisão estatal, é ainda veículo adequado para, pelo prisma da Administração Pública, o estudo das conformações jurídicas do que seja discricionário, tendo em voga o ato de capacitação. Assim, permite referenciar a licença como exemplo de estrutura completa de subjetividades, ou seja, existente em todos os seus níveis, pois traz toda a sua organização pautada em autonomias.

O presente estudo, assim, tem como objetivo analisar as subjetividades nos institutos normativos destinados à capacitação funcional, elegendo dentre eles, especificamente, a licença capacitação. Como ponto de corte, faz-se a abrangência no agente público federal, mais precisamente aquele regido por regime jurídico estatutário de matriz civil.

Saliente-se que o problema que move a presente pesquisa é o quão intensa será a relação de tal licença com o instituto das subjetividades, de modo a verificar ser a mais adequada, dentre as espécies do gênero formas de capacitação, para o estudo das autonomias públicas. Em outros termos, visa perquirir se há uma relevante estrutura de subjetividades (gênero) na licença para capacitação, embora a doutrina tradicional nela busque apenas o que há de discricionário (espécie). A hipótese, que se pretende testar no decorrer do texto, é que tal licença seria amplamente apta a exprimir um ciclo completo de subjetividades, aliado ao elevado grau de detalhamento em todas as suas fases.

Para tanto, fez-se utilizada uma base metodológica precipuamente bibliográfica, conglobando o conhecimento da doutrina acerca do instituto das autonomias públicas com as linhas já existentes nas publicações do Direito para a licença capacitação. Tal enfoque, tendo em vista um olhar pelo qual as subjetividades envolvem escolhas, também acresce passagens da produção acadêmica referente a políticas públicas.

Em suma, considerados outros instrumentos cabíveis no gênero qualificação funcional – estabelecendo uma relação de continente e conteúdo –, a licença capacitação admite importante perspectiva, visto que se desdobra a partir da vontade do servidor, do qual não deriva um ato vinculado da Administração, mas sim a noção de subjetividades.

É o que se desenvolve nas posteriores linhas.

1. Nota sobre o Estado constitucional e a sua predisposição às subjetividades

A posição ocupada pelo Estado perante o todo social sofreu uma considerável releitura ao longo dos séculos. A partir de um panorama ocidental liberal então vigente, passou de um veículo precípua tão só para a liberdade (ao Estado caberia apenas conferir segurança para que cada indivíduo se desenvolvesse por si) a uma versão do liberalismo destinado a garantir o bem-estar social, portanto, dotando-se de prestações positivas. Tratando desses dois momentos, a construção doutrinária verifica a passagem de um Estado liberal clássico para uma direção social-liberal¹ e, no campo da doutrina jurídica (direito constitucional), a entrada em um Estado Social (e Democrático) de Direito, afirmado no art. 1º da Constituição.

Essa conhecimento, marcada em destaque no início do século XX e acentuada no período posterior a 1945, acresceu novas perspectivas ao papel do Estado. Realçam Pieroth e Schlink, dada a experiência humana nas Grandes Guerras do Século XX, que *“das duas vezes se mostrou que o particular está fundamentalmente dependente de medidas, instituições, distribuições e redistribuições do Estado; que a sua liberdade tem condições sociais e estatais que ele próprio não consegue assegurar”*². Por sua vez, Jean Rivero e Hugues Moutouh, ao discorrerem sobre o que qualifica os direitos do homem a partir de 1945, salientam uma virada no modo que as novas constituições clarificam outra onda de direitos, *“elementos essenciais que condicionam o desenvolvimento do homem, que este tem fundamento jurídico para obter da sociedade”*:³ a proteção da saúde, emprego, educação, bem estar, cultura, lazer, ou seja, direitos cuja carga é nitidamente prestacional, positiva.

¹ Por exemplo, na nomenclatura adotada por José Guilherme Merquior. MERQUIOR, José Guilherme. O liberalismo: antigo e moderno. Tradução: Henrique de Araújo Mesquita. 3. ed. São Paulo: É Realizações, 2014. No sentido da transição entre as fases do liberalismo, vide também FRIEDMAN, Milton. Capitalismo e Liberdade. Tradução: Afonso Celso da Cunha Serra. 4ª reimp. Rio de Janeiro: LTC, 2019.

² PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Direitos Fundamentais. Tradução: Antônio Francisco de Sousa. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 73.

³ RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. Liberdades Públicas. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 109.

Tal momento representa, no âmbito do constitucionalismo, a passagem de uma proteção dos direitos civis e políticos, para a tutela adicional dos direitos sociais, econômicos e culturais, cada vez mais vistos, na transição do Século XX para o XXI, com maior intensidade a partir da última década daquele século, não apenas como de natureza programática e quase *optativa* – os Estados os garantiriam progressivamente, tal como constante do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ao tratar da educação –, para exigirem uma proposição concretizadora. Em suma, o Estado garantidor da liberdade (até então) cada vez mais passa a dar maior serviço às prestações sociais. Eis a razão de constar do preâmbulo do mencionado pacto de 1966, vista a nova lógica vigente, que *“o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos”*.⁴

É como também retrata Gabino Fraga, sob a óptica do Direito mexicano:

[...] comprobado que el individuo no ha sido capaz de satisfacer las necesidades de la colectividad, se va desarrollando una tendencia intervencionista o estatista en la que se considera que el Estado respetando en buena parte la actividad privada, va imponiendo a ésta restricciones o limitaciones para armonizarla con el interés general; va creando servicios públicos y va encaminando su actuación con el fin de estructurar la sociedad de acuerdo con un ideal de justicia que no ha logrado el capitalismo del sistema liberal. De esta manera el “Estado gendarme” se va transformando en un “Estado providencia” o “Estado social de Derecho”.⁵

⁴ BRASIL. Decreto no 591, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 07 jul. 1992, p. 8713. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 29 abr. 2020.

⁵ FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. Distrito Federal: Porrúa, 2000, p. 14

Esses dois distintos instantes (liberalismo clássico e *social-liberalismo*; direitos fundamentais individuais e direitos sociais) representam, ao mesmo tempo, uma *semelhança* e uma *diferença* úteis para os estudos sobre autonomias públicas.⁶ A *semelhança* (já natural ao Direito Administrativo), revela que o atuar estatal nada mais é do que a coleção das ações ou omissões de seus agentes, dada a sua realidade inexistente em uma construção natural, isto é, despartada da sociedade juridicamente organizada;⁷ é a teoria organicista, pela qual órgãos dependem de agentes. É um sentido estrutural teórico que haverá quer na forma secular de ver o Estado liberal, quer nas suas conformações atuais e devotadas à criação de políticas públicas distributivas e redistributivas.⁸

A *diferença*, presente em uma segunda assertiva e correspondente à diversidade entre o liberalismo tradicional e o moderno, revela que a passagem de um modelo absenteísta – com foco apenas na funcionalidade estatal de dação de segurança à sociedade, contra o arbítrio e a violência – para outro responsivo a demandas sociais, também promove um incremento cada vez maior de atribuições a cargo desse Estado, vez que passa a prover direitos prestacionais em uma escala intensa. Em razão disso, o Estado liberal

⁶ Na doutrina, sinônimo de subjetividades.

⁷ Em livro intitulado *Teoría General del Estado*, Hans Kelsen, por exemplo expressou o papel do Estado como autoridade, como ordem, como poder e como autonomia supraindividual: como ordem, considerando que o indivíduo deverá comportar-se de determinada maneira, do ponto de vista de uma ordenação normativa; como autoridade, ao notar que a mencionada ordem garante um sistema regulador da conduta humana; e, como autonomia supraindividual, ao perceber que o Estado é também designado como vontade. Quanto a isso, “*cierto, desde luego, que la voluntad del Estado (o el Estado como voluntad, se sirve de hombres singulares y de sus vontades, a modo de instrumento*”, afirmando-se, porém, que não se confundem as vontades dos homens e a do Estado, baseada na vontade daqueles. Portanto, nota-se a mesma estrutura do Estado como proveniente da atuação volitiva humana, manifestada em seus agentes. No autor, essas ideias se intercambiam em prol de uma concepção normativa, de Estado enquanto sistema jurídico. KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. Traducción: Luis Recaséns Siches y Justino de Azcárate. 2. ed. Bosch: Barcelona, 1934, p. 110. No mesmo sentido do Estado como expressão do atuar de seus agentes, está toda a doutrina administrativista pátria de que se tem conhecimento.

⁸ Sobre o tema, vide SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. 3ª reimp. São Paulo: Cengage Learning, 2013 e LOWI, Theodore J. *Four Systems of Policy, Politics, and Choice*. *Public Administration Review*, v. 32, n. 4, pp. 298-310, jul. – ago., 1972.

clássico é muito menos atribulado que o moderno, tão repleto de obrigações que lhe exigem a disposição de recursos (humanos e financeiros) a serem implementados em outro escasso fator, o tempo. Nesse sentido, Osvaldo Canela Junior expressa que *“as prestações estatais para a efetivação dos direitos fundamentais devem ser negativas e positivas, o que não se concebia no Estado liberal.”*⁹ Em suma, é o Estado o provedor dos direitos fundamentais, seja qual for a geração a qual pertencerem.

Em tais termos, tem-se em conta que as ações estatais caracterizam-se por diferentes opções disponíveis (ao menos, a nível macro, da escolha política) quanto à forma, ao momento ou a intensidade de sua atuação. E que isso ocorre em razão de contingências técnicas, orçamentárias, ou como fruto da existência de diversas formas de dar cumprimento a determinado compromisso normativamente previsto. Nesse procedimento de escolha a ser tomada na presença de questões, adotando os termos de Miller e Surrel, há uma transição da *“agenda sistêmica, a qual reúne todos os problemas sociais relacionados de perto ou de longe aos atores públicos, à agenda institucional, na qual os problemas constituem o objeto de um primeiro verdadeiro tratamento pela busca de soluções e de alternativas de escolha”*¹⁰, do qual participam os atores envolvidos (dentre eles, grupos de interesse externos ao Estado, mas também seus agentes), em um processo de percepção do problema e construção das soluções. Assim, em sendo impossível submeter à resolução imediata todas as demandas, é usual que dentre elas se estabeleçam critérios como prioridade, dificuldade e tempo no uso dos meios e recursos disponíveis ao Estado.

Estabelece-se, pois, uma relação entre as ações do Estado como um processo eletivo, que passará desde a construção de proclamações maiores – uma agenda formal em políticas públicas – ao exercício das diversas formas de subjetividade na atuação administrativa mais concreta. Há, portanto, na própria origem do pensamento do Estado como garantidor de direitos fundamentais não só liberais, o necessário estabelecer de uma ordem de concretização entre eles, uma forma de subjetividade (a princípio, ainda que vista no nível político, até ser posta em prática no plano administrativo).

⁹ CANELA JUNIOR, Osvaldo. Controle Judicial de Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37.

¹⁰ MULLER, Pierre; SUREL, Yves. A Análise das Políticas Públicas. Tradução: Agemir Bavaresco e Alceu R. Ferraro. Pelotas: Educat, 2002, p. 64.

2. A relação entre as subjetividades e a aptidão funcional

Traduzindo essas compreensões, é razoável supor que o nível de aptidão funcional também influenciará qualitativamente nos rumos adotados pela máquina pública, tanto no tocante às prestações positivas – condizentes com um Estado de bem-estar social – quanto no regular (limitar) das condutas executadas pelos integrantes da sociedade. Como esse atuar estatal necessita ser proveitoso em sua maior razão possível, os agentes que o materializam devem deter uma adequada habilidade técnico-funcional, o que se extrai como um mandamento de eficiência.

Nesse sentir, Howlett, Ramesh e Perl, ao mencionarem a *burocracia* – termo destinado à compreensão do corpo de agentes do Estado –, a consideram como um nicho qualitativo no seio do Estado, referenciando-a como o “*repositório de uma ampla gama de habilidades e expertises, recursos que a tornam uma organização de máxima importância na sociedade. Ela emprega um grande número de profissionais de quase todos os tipos, contratados por sua expertise especializada*”.¹¹ Subsiste, pois, a percepção de que o atuar estatal mantém-se como formas de escolha sobre o que, como e quando fazer. E que, sendo suas ações dependentes das de pessoas, a aptidão funcional de seus agentes interfere nesse processo.

Tanto assim que, além da previsão constitucional de escolas de governo, ou mesmo da semelhante previsão (quanto ao lugar em que positivada) do princípio da eficiência, a legislação ordinária é farta em apresentar diversos instrumentos que corroboram com essa lógica de aperfeiçoamento: na Lei nº 8.112/90, inicia no dever do agente de exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo¹², mas encontra expressões específicas, como a participação em programa de pós-graduação *stricto sensu* no País, (art. 96-A). Faz-se, ainda, repetida em estatutos funcionais estaduais e municipais e, de volta à União e aos seus agentes militares, conquanto não

¹¹ HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. *Política Pública: seus ciclos e sistemas: uma abordagem integral*. Tradução técnica: Francisco G. Heidermann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 74.

¹² Visto que aquele pressupõe não só o bom trabalho, mas utilização das ferramentas adequadas que, no caso do agente estatal, devem incluir seu próprio conhecimento, que deverá acompanhar o desenvolvimento do serviço público, respeitadas as atribuições do cargo público.

expressa sob a forma de uma licença – tal como ocorre para os servidores públicos civis –, encontra, em razão do estatuto castrense, o aprimoramento técnico-profissional como manifestação essencial do valor militar (art. 27, VI, da Lei nº 6.880/80).

Essa ordem de eficiência anteriormente referida passa a exigir do Estado que zele não só pelas funções ordinariamente previstas na normatização constitucional, legal ou regulamentar (atividades fiscalizatórias, por exemplo), mas, a partir de então, pela capacitação de seu corpo funcional. É o contido na percepção de que o atuar estatal cada vez mais exige que o nível técnico existente quando da formação do vínculo jurídico se mantenha estável ao longo da vida funcional, tornando o agente permanentemente útil ao desempenho do cargo público. Aproxima-se, por uma primeira vez, a qualidade do agente da subjetividade no atuar administrativo – as escolhas serão adequadamente tomadas por pessoal qualificado.

No entanto, é de considerar que a própria necessidade de melhoramento do agente estatal também passa por um outro critério eletivo, no sentido de ser o Estado o único capaz de escolher aquele que deverá tomar determinada forma de qualificação, com vistas ao incremento dos serviços e tendo em voga o interesse público. Com isso, essa indispensabilidade de progresso cognoscitivo da capacidade funcional do agente público também inclui uma forma de escolha dentro da própria Administração, por ser esta a única capaz de decidir em qual formato ou momento o treinamento melhor reverterá para a atividade administrativa. É uma escolha a ser feita, principalmente, por estar em jogo recursos públicos ou o próprio tempo à disposição do Estado.

Portanto, ao dispor que o Estado é responsável pela organização e paz social, há uma tripla consequência – que, por sua vez, tem como antecedente lógico a atuação do Estado por meio de seus agentes, como prega a teoria organicista. São elas: (i) a ação pública demandará escolhas face a problemas públicos, sendo essas também formas de subjetividades; (ii) para bem atuar, o Estado deve ter agentes capacitados, que refletirão na própria eficiência da máquina pública; (iii) a escolha sobre a forma de aprimoramento é também uma subjetividade. É nesse terceiro sentido que o tema retorna às autonomias públicas, não só quanto às escolhas estatais (que melhor se realizam por agentes qualificados, como expressão da eficiência) nas suas atividades

finalísticas, como também quanto ao próprio ato de capacitar o corpo profissional.

A licença capacitação é instituto que acompanha essa mesma lógica de escolhas.

3. Algumas formas normativamente previstas de capacitação do servidor

Se, até então, as considerações sobre o atuar do Estado e sobre as notas de subjetividade (influindo dentro e fora da capacitação funcional) eram aplicáveis aos entes federativos em seus três níveis, também conglobando habilmente quaisquer das variadas classificações de agentes públicos, por outro lado, o termo *servidor* designa apenas uma parcela destes. Em sendo o focal deste texto os servidores da União¹³, abarcará os civis, regidos pelo seu regime jurídico único, a Lei nº 8.112/90.

Tal lei, assim como outras leis federais que tratam de outras carreiras da estrutura federal direta e indireta, ao longo do tempo também estabeleceram alguns instrumentos de capacitação, alguns dos quais situados dentro do corpo da norma principal que rege o regime jurídico; outros, mantendo-os em legislação esparsa. Dentre os instrumentos a seguir descritos, alguns deles representam apenas um exemplo histórico.¹⁴

3.1 Licença sabática

Destinada especificamente aos integrantes da carreira do magistério, na União Federal, fez-se prevista no artigo art. 48 do Decreto nº 94.664, de 1987, que regulamentou o Plano Único de Classificação e Retribuição de

¹³ Recordando que a expressão servidor público militar subsistiu até a Emenda Constitucional nº 18/1998. A redação original do art. 42 da CRFB/88 dispunha: “Art. 42. São servidores militares federais os integrantes das Forças Armadas e servidores militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal os integrantes de suas polícias militares e de seus corpos de bombeiros militares”.

¹⁴ Um dos instrumentos que, previstos na redação original na Lei nº 8.112/90, também poderia ser indiretamente considerado como um estímulo à capacitação funcional era o instituto da ascensão funcional, o qual, após questionado quanto à sua constitucionalidade, foi revogado pela Lei nº 9.527/1997. Contudo, inegavelmente ofuscava o concurso público como forma mais adequada de provimento de um corpo de agentes especializados, nos termos previstos no art. 37, da Constituição. Em semelhante sentido, tratando do Direito mexicano, Gabino Fraga, *op. cit.*, pp. 145 e 146.

Cargos e Empregos, constante da Lei nº 7.596, de 10 de abril do mesmo ano. Na forma do mencionado dispositivo, pressupunha sete anos de efetivo exercício no Magistério em Instituição Federal de Ensino vinculada ao Ministério da Educação, a permanência, nos dois últimos anos, em regime de quarenta horas ou de dedicação exclusiva (para ambos, *caput* do art. 48), e a realização de estudos e aprimoramento técnico-profissional (parágrafo único, do art. 48). Cumpridas tais exigências, os professores faziam jus a seis meses de licença sabática, assegurada a percepção da remuneração do respectivo cargo ou emprego de carreira.

No âmbito da União, como clarifica Paulo de Matoz Ferreira Diniz, tal espécie de licença fez-se finda com a vigência da Lei nº 8.112/1990, por não compor o rol constante do então novel regime jurídico.^{15,16}

Contudo, tal modalidade foi revigorada por normas tais como a Medida Provisória nº 341, de 29 de dezembro 2006 (posteriormente convertida na Lei nº 11.490, de 2007) e a Lei nº 11.355, de 19 de outubro de 2006, ao versarem sobre o regime jurídico aplicado ao Plano de Carreiras e Cargos de Ciência, Tecnologia, Produção e Inovação em Saúde Pública e ao Plano de Carreiras e Cargos do Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI. Na forma então vigente (art. 42 e 105-A, da Lei nº 11.355, de 19 de outubro de 2006), o instituto constitui uma especialização à licença capacitação prevista na Lei nº 8.112/90, tanto porque elege critérios

¹⁵ DINIZ, Paulo de Matoz Ferreira. Lei 8.112/90: regime jurídico dos servidores públicos civis da união e legislação complementar. 11 ed. Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : MÉTODO, 2014, p. 369.

¹⁶Em que pese a garantia de sua aplicação para aqueles que, na data da vigência da Lei nº 8.112/90, tivessem completado todos os requisitos dispostos na norma. Nesse sentido, a posição dos Tribunais, exemplificada no seguinte acórdão: “*CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROFESSOR.LICENÇA SABÁTICA. EXTINÇÃO. 1. Com a entrada em vigor da Lei nº 8.112/90, restou revogado o Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos destinado às universidades e demais instituições federais de ensino, então autorizado pelo art. 3º da Lei nº 7.596/87, submetendo-se todos os servidores federais a um único regime jurídico, na forma como estabelecido na Constituição Federal de 1988. 2. Não faz jus à licença sabática, prevista no art. 48 do Decreto nº 94.664/87, o professor que não tenha implementado todos os seus requisitos anteriormente a 12.12.90, data da entrada em vigor do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais. 3. Apelação imprópria*”. BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 1999.04.01.023329-1, Relator: Sérgio Renato Tejada Garcia, Data: 30 março 2000 – caso extinção da licença sabática face à Lei 8.112/90.

específicos para a dação de tal sorte de licença – servidores ocupantes de cargos de nível superior, possuidores de título de Doutor ou de habilitação equivalente –, tanto por expressamente vedar o deferimento da licença do art. 87 da Lei nº 8.112/90 aos servidores abrangidos pelos mencionados dispositivos. Em comum, têm por fim possibilitar o afastamento do servidor para a realização de estudos e aprimoramento técnico-profissional, assegurada a remuneração do cargo.

O mesmo sentido também é encontrado no art. 23, da Lei nº 8.691, de 28 de julho de 1993 (dispõe sobre o Plano de Carreiras para a área de Ciência e Tecnologia) ou no art. 207, da Lei nº 11.907, de 2 de fevereiro de 2009 (Plano de Carreiras e Cargos de Pesquisa e Investigação Biomédica em Saúde Pública), mantida a estrutura descrita no parágrafo anterior: cargo de nível superior, detentor de um alto nível de formação profissional acadêmica (doutorado ou equivalente), com vista ao aperfeiçoamento profissional. Porém, na primeira lei citada, não afastava o gozo da então existente licença-prêmio, substituída pela licença para capacitação, no estatuto dos funcionários públicos civis da União.

A licença sabática também é uma realidade em outros estados da federação. Por exemplo, no estado do Paraná, essa forma de licença veio prevista na Lei nº 11.713, de 07 de maio de 1997, em seu artigo 18, norma que dispõe sobre as Carreiras do Pessoal Docente das Instituições de Ensino Superior do estado. Pelo mencionado artigo: *“Os docentes integrantes da carreira do Magistério Público do Ensino Superior do Paraná, a cada 07 (sete) anos de efetivo exercício de suas funções, farão jus à Licença Sabática de 06 (seis) meses, sem prejuízo de seus vencimentos e vantagens”*.¹⁷ O parágrafo único, por sua vez, estabelecendo como finalidade a capacitação, estabelece que *“a concessão da Licença Sabática tem por finalidade o afastamento do docente para a realização de estudos e aprimoramento técnico-profissional, de acordo com as normas estabelecidas pelas Instituições Estaduais de Ensino Superior”*.¹⁸

¹⁷ PARANÁ (Estado). Lei no 11.713, de 07 de maio de 1997. Dispõe sobre as Carreiras do Pessoal Docente das Instituições de Ensino Superior do Estado do Paraná. Diário Oficial do Estado do Paraná, n. 4997, de 7 mai 1997. Disponível em <<http://portal.assembleia.pr.leg.br/index.php/pesquisa-legislativa/legislacao-estadual>>.

Acesso em: 29 abr. 2020.

¹⁸ Idem.

3.2 Afastamento para participação em programa de pós-graduação *stricto sensu* no país

Encontra fundamento no art. 96-A, Lei nº 8.112/90. Trata-se de modalidade de capacitação funcional que também objetiva aumentar o número de agentes dotados de formações específicas, para que laborem a serviço da máquina pública – tanto que pressupõe que o agente permaneça no cargo por período igual ao do afastamento concedido, na forma do §4º, a menos que indenize os gastos com seu aperfeiçoamento.

Note-se que, se a frequência à formação escolar é um direito do servidor, mediante a previsão de atos vinculados, na forma da norma,¹⁹ e fomentado com um rol de institutos previsto na própria Lei nº 8.112/90 – como o deferimento de horário especial (art. 98) ou com a matrícula em instituição de ensino congênere, quando da mudança de sede no interesse da administração (art. 99) –, a hipótese lastreada no art. 96-A compõe-se de um juízo discricionário – também utilizando-se da expressão *no interesse da administração* –, como forma de equilíbrio entre o desejo individual e o interesse público.

Em verdade, a inserção do art. 96-A, na Lei nº 8.112/90, no ano de 2009, pela Lei nº 11.907, visou positivar a situação em que a frequência ao curso de pós-graduação *stricto sensu* não ocorreria no estrangeiro, porém, pelo grau de comprometimento exigido do ingresso, não tornava possível a simultaneidade ao exercício do cargo ou mediante a compensação de horários.

O instituto relaciona-se com o afastamento para estudo no exterior (tendo ambos, em comum, serem institutos voltados ao aprimoramento funcional, possibilitando a frequência a cursos de mestrado e de doutorado,

¹⁹ ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR ESTUDANTE. HORÁRIO ESPECIAL. REQUISITOS. DISCRICIONARIEDADE. AUSÊNCIA. De acordo com o disposto no art. 98 da Lei nº 8.112/90, o horário especial a que tem direito o servidor estudante condiciona-se aos seguintes requisitos: comprovação de incompatibilidade entre o horário escolar e o da repartição; ausência de prejuízo ao exercício do cargo; e compensação de horário no órgão em que o servidor tiver exercício, respeitada a duração semanal do trabalho. Atendidos esses requisitos, deve ser concedido o horário especial ao servidor estudante, porquanto o dispositivo legal não deixa margem à discricionariedade da administração, constituindo a concessão do benefício, nesse caso, ato vinculado. Recurso não conhecido. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Resp 420312 / RS. Relator: Felix Fischer. Data: 24 de março de 2003 – caso ausência de discricionariedade para horário especial de servidor estudante.

sempre no interesse da Administração), tanto que o §7º, do art. 96-A, determina a aplicação do disposto nos §§ 1º a 6º à participação em programa de pós-graduação no Exterior, autorizado nos termos do art. 95.

3.3 Afastamento para estudo no exterior

Encontra previsão no art. 95, da Lei nº 8.112/90. É forma de aprimoramento funcional que envolve autorização expressa do Chefe do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, visto que se dará (pelo menos quando da elaboração da norma, eis que hoje a tecnologia já admite o trabalho remoto) com encerramento completo das atividades que o agente público presta à Administração. Além de ser limitada a quatro anos, veda-se, antes de decorrido tempo igual ao concedido, a exoneração ou o afastamento por interesse particular (exceto mediante indenização das despesas tidas na formação do servidor), como forma de garantir o interesse público, para que o ganho técnico percebido pelo agente reverta-se para a Administração.

O instituto também se aplica a afastamentos de menor duração, como a participação em congressos internacionais ou o aperfeiçoamento relacionado à atividade fim do órgão. Em tal caso, aplicar-se-ão as regras dos Decretos nº 1.387, de 7 de fevereiro de 1995 e nº 91.800, de 18 de outubro de 1985.

Com as atuais possibilidades referentes ao teletrabalho e à educação à distância, compreende-se, corroborando os institutos previstos neste tópico e no anterior, que ao estudo realizado em instituição estrangeira, porém sem deslocamento físico do agente (uma possibilidade não existente quando da elaboração da norma, em 1990, ou do seu regulamento, em 2006), deverão ser deferidas as regras do art. 96-A, referentes à participação em programa de pós-graduação *stricto sensu* no País. Por sua vez, há de se suscitar a possibilidade de o afastamento para estudo no exterior envolver o teletrabalho, de modo que se fará superada a ausência de total contribuição ao desenvolvimento do serviço, que era típica do art. 95, da Lei nº 8.112/90, quando a norma teve vigência.

3.4 Ações de capacitação regularmente promovidas pelo órgão

Prevista no Art. 102, IV, Lei nº 8.112/90, deve ser lido juntamente do art. 39, §2º da Constituição. O estatuto jurídico funcional não discrimina os

critérios referentes a tal formato de aprimoramento, apenas a considera como hipótese em que os dias ausentes são considerados como de efetivo exercício, para todos os efeitos da contagem de tempo de serviço público federal. Do que pode ser extraído do texto expresso, tal espécie tem sua iniciativa advinda do próprio órgão, enquanto em outros instrumentos (como a licença capacitação), a solicitação advém do servidor. Na hipótese do art. 102, IV, aliás, podem ser incluídas variadas formas de ações de capacitação, dentre elas, as desenvolvidas em escolas de governo – as mesmas previstas no art. 39, §2º da Constituição Federal.

3.5 Licença capacitação

Dentre as formas de capacitar funcionalmente postas em nosso sistema jurídico para a esfera federal, uma das que admitem melhor atenção para o assunto em pauta é a denominada licença capacitação, presente no art. 81, V e no art. 87, da Lei nº 8.112/90 – e que compreende o focal deste trabalho. Ainda que os anteriores tópicos tenham realizado uma vinculação entre o atuar estatal e o atuar qualitativo do agente, o antecedente histórico de tal forma de licença não teve seu nascedouro relacionado ao princípio da eficiência – que, mesmo antes da positividade, já podia ser compreendido como implícito ao Estado – ou a uma lógica qualitativa da ação funcional do servidor.

Nos termos da redação original da Lei nº 8.112, vigente a partir de 1990, a seção destinada ao instituto era ocupada pela *licença-prêmio*, espécie que não exigia qualquer compromisso do servidor com seu aprimoramento funcional ou com outra forma de contribuir com o serviço público. Em verdade, garantia-se a todo aquele que alcançasse um quinquênio ininterrupto de exercício. Tal como o próprio nome aquiescia, havia em seu teor, portanto, tão só uma benesse pelo decurso do tempo a serviço do Estado, e nada mais – tanto benéfica que outorgada com a remuneração do cargo efetivo.

No que a diferencia da atual licença, compunha um ato vinculado quanto ao direito de fruição, admitindo um grau de subjetividade no tocante ao exato momento em que se daria seu exercício. Por exemplo, o revogado artigo 89 previa que não se admitia o gozo simultâneo de licença-prêmio por um quantitativo superior a um terço do número de servidores da unidade administrativa do órgão: ainda que não expresso no texto legal, tem-se forma

de garantia da eficiência, bem como de abertura de um juízo apreciativo, quanto à ordenação dos agentes que gozariam tal licença, em atenção ao interesse público: por mais que pareça oportuno determinar terço atendendo à ordem de protocolo do pedido, fazia-se necessário equacionar a força de trabalho dentre os diversos tipos de cargos existentes no órgão. Logo, se todos os pedidos correspondessem a uma mesma especialidade, é intuitivo afirmar que o interesse público recomendaria o gozo da licença separadamente, ainda que, perante o total de servidores, esses agentes especializados correspondessem a menos da terça parte.

A licença capacitação, na roupagem como hoje prevista na lei, foi inserida no estatuto dos servidores públicos da União em 1996, com a Medida Provisória n.º 1.522, de 15 de novembro daquele ano, que, após reeditada, foi convertida na Lei n.º 9.527, de 10 de dezembro de 1997. Em seu texto, passou a prever a marcada discricionariedade exigente para o instituto (uma vez que ocorrerá *no interesse da Administração*), assim como tornou normativa a necessidade de estar relacionada a curso de capacitação profissional.

Contudo, compreendendo insuficientes as disposições contidas na anterior regulamentação de tal lei (o Decreto n.º 5.707/2006, norma regulamentadora da licença capacitação e que instituía política e as diretrizes para o desenvolvimento de pessoal da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional), o Governo Federal publicou em agosto de 2019 o Decreto n.º 9.991, que reestruturou toda uma Política Nacional de Desenvolvimento de Pessoas – PNDP. Tal norma, que objetiva “*promover o desenvolvimento dos servidores públicos nas competências necessárias à consecução da excelência na atuação dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional*”,²⁰ trouxe maior controle no cumprimento dos requisitos da licença, de modo a garantir que o interesse público seja efetivamente atendido.²¹

²⁰ Art. 1º do Decreto. BRASIL, Decreto no 9.991, de 28 de agosto de 2019. Dispõe sobre a Política Nacional de Desenvolvimento de Pessoas da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e regulamenta dispositivos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, quanto a licenças e afastamentos para ações de desenvolvimento. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 ago. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9991.htm>. Acesso em: 29 abr. 2020.

²¹ Por exemplo, passou a exigir a publicação anual de um Plano de Desenvolvimento de Pessoas – PDP, o qual será monitorado e que deverá levar em conta as ações de

Essa estrutura, iniciada na norma constitucional e regulamentada pelo anterior decreto, nos permite um estudo específico das subjetividades em licença capacitação.

Quanto à natureza do instituto, viável comparar que, na conformação posta na Lei nº 8.112/90, o instrumento do art. 87 muito mais adota uma lógica de afastamento, do que a de uma licença, propriamente. É aceitável verificar, nesse sentido, que os demais recursos destinados ao aprimoramento profissional (estudo no exterior, do art. 95; participação em programa de pós-graduação *stricto sensu* no País, do art. 96-A) foram previstos como afastamentos do servidor. Ambos inserem-se no Título III, *Dos Direitos e Vantagens*, e embora distinto o local de previsão (as licenças, previstas no Capítulo IV; os afastamentos, no Capítulo V), compreendem formas pelas quais o agente público afasta-se parcialmente do exercício do cargo, em razão de um motivo eleito pela norma como relevante.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “a suspensão do exercício se denomina afastamento, merecendo, em geral, tratamento estatutário específico, uma vez que só pode ocorrer vinculadamente”.²² A vinculação, nos termos propostos pelo autor, diz respeito à necessidade de previsão em lei – de modo que se faz mais adequado o uso do termo tipicidade.

Contudo, em uma análise sistemática da Lei nº 8.112/90, nota-se que nas licenças em geral há um interesse precípua do servidor, muito maior que o interesse propriamente público. A norma prevê tais instrumentos (em estruturas que, em algumas delas, são feitas sobre atos vinculados, como a licença por para tratamento à saúde, do art. 202) em razão de valores humanitários ou caros à estrutura social e à Constituição Brasileira, como a família (licença para acompanhar cônjuge servidor público, quando este é

desenvolvimento e a estratégia do órgão ou da entidade, bem como os objetivos e metas institucionais.

²² Porém, o próprio autor usa o termo afastamento como uma gênero que comporta diversos institutos, dentre eles a licença: “*Tampouco há que se confundir desprovemento com afastamento, pois enquanto o primeiro diz respeito à perda ou cessação da função pública, perdendo, o segundo diz respeito à suspensão do exercício da função pública, em casos especiais, como no contemplado no art. 38, I, da Constituição (mandato eletivo), o exercício de cargos em comissão de outras esferas administrativas, o serviço militar, a licença e em casos outros estritamente instituídos*” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 439.

movimentado *ex officio*²³). Os afastamentos, de uma forma genérica, são situações que, embora iniciadas grande parte das vezes por ato de vontade do agente público, têm por suporte um interesse publicista: afastamento para servir a outro órgão ou entidade, afastamento para exercício de mandato eletivo, afastamento para estudo ou missão no exterior, afastamento para participação em programa de pós-graduação *strictu sensu* no país. Por tal lógica, a denominada licença capacitação possui natureza jurídica mais próxima de um afastamento – o que, contudo, não traz maiores repercussões práticas ao instituto, para estudo de sua subjetividade, tal qual a presente proposta.

4. A estrutura das subjetividades em licença capacitação

Em uma análise das subjetividades das licenças existentes no estatuto dos funcionários públicos da União, pode-se classificá-las em *licenças vinculadas* e em *licenças subjetivas* ou discricionárias. As primeiras, previstas dentre as denominadas licenças previdenciárias²⁴, compreendem a licença para tratamento de saúde (art. 202), a licença à gestante, à adotante e à paternidade (art. 207) e a licença por acidente em serviço (art. 211). Inserem-se, ainda, em outras dispostas no art. 81, como a licença para o serviço militar (art. 85), para atividade política (art. 86) e para o desempenho de mandato classista (art. 92). Por outro lado, dentre as *licenças subjetivas* estão aquelas

²³ “ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - SERVIDORA PÚBLICA - CONCESSÃO DE LICENÇA PARA ACOMPANHAMENTO DE CÔNJUGE - ART. 84, § 2º, DA LEI 8.112/90 - PREVISÃO LEGAL - ATO VINCULADO - AUSÊNCIA DO PODER DISCRICIONÁRIO - PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS - MANUTENÇÃO DO DEFERIMENTO. 1 - Tendo a servidora, ora recorrida, preenchido os requisitos necessários à concessão da licença, não há porquê se falar infringência à lei federal, já que a norma contida no art. 84, da Lei nº 8.112/90 não se enquadra no poder discricionário da Administração, mas sim nos direitos elencados do servidor. 2 - As considerações feitas pelo v. acórdão a quo, são suficientes, por si só, à embasar a decisão. 3 - Recurso conhecido, porém, desprovido. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp: 287867 PE. Relator: Jorge Scartezzini. Data: 07 agosto 2003.

²⁴ Matheus Carvalho e João Paulo Oliveira recordam que o estudo das licenças ainda determina as chamadas licenças previdenciárias, referentes à previdência própria do servidor, e previstas no art. 183 e seguintes do estatuto do funcionalismo federal. CARVALHO, Matheus; OLIVEIRA, João Paulo. Agentes Públicos: comentários à Lei 8.112/90. 2 ed. rev. ampl. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 163.

previstas nos demais incisos do art. 81 (exceto a modalidade qualificada do §2º, do art. 84, como é do posicionamento da jurisprudência). A licença para capacitação assume essa segunda característica.

André Saddy, em seu livro *Apreciatividade e Discrecionalidade Administrativa*, ampliando o entendimento doutrinário clássico (com a expressão apreciativa, pouco explorada nos estudos brasileiros de direito administrativo), apresenta as formas de subjetividades ou autonomias públicas, desdobradas em cinco espécies: vinculada, conformadora ou configuradora, discricionária, apreciativa ou por via de conceito jurídico indeterminado.²⁵ Até então, nas linhas anteriores deste trabalho, fez-se suficiente antever que os institutos destinados à capacitação do agente encontram as notas clássicas diferenciadas pela doutrina, entre vinculação e discricionariedade – poderes vinculado e discricionário. Os primeiros, cujos termos da execução ficam inteiramente definidos na lei, não restando margem maior para o atuar do administrador (como ínsito ao instituto, exceto no que se refere à postura apreciativa, destinada a situações cotidianas e não positivadas). Por outro lado, quanto aos atos discricionários, ao agente (que deverá estar capacitado) é possível operar segundo “a conveniência e a oportunidade dos atos que vai praticar na qualidade de administrador dos interesses coletivos”.²⁶

Mesmo na linha do direito latino-americano, para Jorge Fernández Ruiz, “se consideran actos reglados aquellos que se producen con apego a lineamientos muy precisos establecidos en los ordenamientos legales o reglamentarios” ao passo que os discricionários são “generados en ejercicio de un amplio margen de subjetividad y de libertad de actuación previsto en la ley”.^{27,28}

²⁵ SADDY, André. *Apreciatividade e discrecionalidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 10.

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 51.

²⁷ RUIZ, Jorge Fernández. *Derecho Administrativo*. Distrito Federal: McGraw-Hill, 1997, pp. 136-137.

²⁸ A exposição é uniforme: Gordillho, para o Direito argentino, salienta que “Al respecto cabe recordar aquí que la actividad administrativa es discrecional cuando la oportunidad de la medida a tomarse está librada a la apreciación del administrador; es reglada cuando hay una norma jurídica que se sustituye al criterio del órgano administrativo y predetermina ella misma qué es lo conveniente al interés público. En tales casos el administrador no tiene elección posible; su conducta le está dictada con antelación por la regla de derecho”.

Portanto, por esse primeiro olhar, entre a evolução da licença-prêmio por assiduidade – de estrutura fechada quanto ao ato de deferimento, bastando o cumprimento dos requisitos legalmente postos, pelo servidor, e independente de qualquer atuar visando a melhoria funcional – e a licença capacitação – desdobrada em um juízo de conveniência e de oportunidade administrativa –, são encontradas outras estruturas de subjetividades, que vão além da expressão dual (ou clássica, dos poderes administrativos) que tem no atuar vinculado como oposto à discricionariedade. A partir de agora, desdobram-se esses argumentos adicionais, no estudo da mais hodierna dessas duas licenças, a então vigente.

4.1. A via do conceito jurídico indeterminado no princípio da eficiência

Uma estrutura argumentativa que aglutina compromissos estatais destinados à efetivação de direitos fundamentais e a expectativa por agentes públicos desejadamente hábeis para tanto, encaminha à construção das subjetividades frente ao princípio da eficiência. Este, inserido no texto da Constituição tardiamente, já encontrava guarida como princípio implícito.²⁹ Em tais termos, o princípio da eficiência foi tornado patente na estrutura constitucional brasileira pela Emenda Constitucional nº 19/1998, com uma alteração do art. 37, que passou a exigir sua adesão pela Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes de todos os entes federativos, indistintamente.

Para Maria Sylvia Zanela Di Pietro, pode ser considerado quanto ao modo de estruturar a máquina pública, ou quanto à forma de atuar do agente, *“do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar,*

GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. 8ª ed. Buenos Aires: F.D.A., 2004, pp. VI-16, VI-17, t. 3.

²⁹ Porém, mesmo antes dessa inclusão entre o rol de princípios explícitos, o atuar eficiente já era exigível do Estado, pelos mais diversos fundamentos: em razão de ser inconcebível os indivíduos confiarem sua liberdade nas mãos de um Estado, celebrando o contrato social, para que este obrasse de forma descuidada, desconhecadora, inábil; pela inadmissibilidade que tributos sejam pagos como preço da liberdade, e que se percam em razão de um atuar inadequado; por ser afrontoso à legalidade o dispêndio de recursos sem adequação aos objetivos eleitos, entre outros. Nota-se tal exigência ao compreender que a realidade do Estado é, por si, incompatível com um atuar ineficiente, que se entregue ao gasto desnecessário de recursos e não alcance – por ação deficitária – as metas aventadas.

*estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados”. Relaciona-se estreitamente com o atuar funcional, pois “cuando el gobierno dispone de un personal idóneo para sus actividades, el ciudadano ve consagrarse con amplitud sus derechos. La propia Administración se muestra celosa del cumplimiento de los deberes de sus agentes [...]”.*³⁰

A alteração trazida pela emenda teve por foco a revisão do desempenho do Estado no contexto da crise econômica que o país atravessava naquela década, buscando, dentre diversas outras modificações, um atuar mais eficiente.³¹ Nos termos da exposição de motivos³² à Emenda, esta estava alinhada com um projeto destinado à “*restruturação do Estado e à redefinição do seu papel e da sua forma de atuação*”³³, bem assim “*assimilando novos conceitos que reorientem a ação estatal em direção a eficiência e à qualidade dos serviços prestados ao cidadão*”.

³⁰ ROJAS, Andrés Serra. *Derecho Administrativo*: doctrina, legislación y jurisprudencia. 8ª ed. Distrito Federal: Porrúa, 1977, p. 480.

³¹ Note-se que a eficiência que desde então espera-se da Administração, já é normativamente aguardada dos atores do mercado, tanto que, para os fins da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, não configura infração da ordem econômica a dominação de mercado relevante, quando tal processo decorre de “*proceso natural fundado na maior eficiencia de agente econômico com relação a seus competidores*” (art. 36, §1º). De igual forma, ainda que os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência possam ser vistos como deletério para o mercado, uma das autorizações legais em que serão autorizados ocorre quando pretendam propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico, nos limites estritamente necessários para tanto (art. 88 §6º, I, “c”).

³² Coube ainda, nos exatos termos da exposição de motivos, uma mudança na capacidade de promover políticas pelo Estado, incorporando a dimensão da eficiência na administração pública. Para o texto, “*o aparelho de Estado deverá se revelar apto a gerar mais benefícios, na forma de prestação de serviços à sociedade, com os recursos disponíveis, em respeito ao cidadão contribuinte*”. Em uma linha também pontuada na exposição, quanto a nível de políticas nos aparatos estatais: “*O revigoramento da capacidade de gestão, de formulação e de implementação de políticas nos aparatos estatais será determinante para a retomada do desenvolvimento econômico e o atendimento às demandas da cidadania por um serviço público de melhor qualidade. Além disso, o aumento da eficiência do aparelho do Estado é essencial para a superação definitiva da crise fiscal*”.

³³ BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional no 19, de 1998: Exposição de Motivos Interministerial no 49, de 18 de agosto de 1995. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, DF. Seção 1, 18 ago 1995, p. 18852. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html>> Acesso em: 29 abr. 2020.

Extraí-se a eficiência tanto relacionada com o dever de bem atuar (ínsito ao agente e à máquina pública) e com a desejosa perspectiva de aperfeiçoamento funcional, quanto exemplificada sob uma forma de subjetividade. No que se relaciona ao agente, o dado princípio pugna pelo primor no atuar técnico, atento ao contingenciamento de custos e buscando a ampliação quantitativa e qualitativa dos serviços, o que se dará, dentro do possível, com o respeito aos limites financeiros. Também da eficiência extraí-se a consequência basilar de que os serviços públicos devem funcionar adequadamente para os fins estabelecidos,³⁴ algo que se atrela à *qualidade técnica* dos agentes que operacionalizam tais serviços. Não sem razão que a CRFB/88, nos §§ 2º e 7º, do art. 39, preceitua³⁵ a necessidade de criação (onde não existir) e de manutenção (quando já existentes) de escolas de governo, com vistas ao aprimoramento de servidores públicos – tendo o texto constitucional feito menção à espécie, e não ao gênero –, como também de destinação de recursos orçamentários a programas que compreendam o treinamento e o desenvolvimento funcional.

Ocorre que, além de um princípio de envergadura constitucional recente (mas de existência basal para todo e qualquer Estado, ainda que implícito), a eficiência não é por si só e imediatamente capaz de densificar seus termos em todos os ramos de atuação da máquina pública (ou seja, o que se entende por eficiente). Mesmo tendo por objeto a referida licença capacitação, não é autoexplicativo compreender quando o aprimoramento do servidor respeitará a eficiência do atuar administrativo ou, pelo revés, será a ela contrária. Por exemplo, é cognoscível (de maneira mais intuitiva do que normativa) haver eficiência no envio de um agente público altamente

³⁴ Em uma constatação que passa expressamente quer pelos serviços públicos em geral³⁴ (art. 6º, §1º c/c art. 38, §1º, I, da Lei nº 8.987/95, e que exige a atualização do serviço) e quer pelos que são específicos, tal como a prestação da jurisdição pelo Estado-juiz (art. 8º e 867, da Lei nº 13.105/2015).

³⁵ “Art. 37, § 2º A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados. § 7º Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade”.

especializado para realizar um curso que, embora caro, reverterá incontáveis ganhos para a atividade técnica que executa a serviço do Estado. Porém, no adoecimento de tal servidor às vésperas de sua viagem, é contrário ao princípio o envio de um substituto (e não o cancelamento do contrato), agente que pouco detém as competências técnicas necessárias para extrair conhecimento, tampouco trabalha com o objeto do pretenso aprendizado. Contudo, a licença capacitação (e outros institutos qualificativos vistos sob os olhos desse princípio) traz algumas situações menos triviais, as quais se exteriorizam em uma das formas de subjetividade, como a mera dúvida se determinado pedido será ou não proveitoso para o Estado em um determinado momento.

Os anteriores pontos adentram no que a doutrina denomina de conceito jurídico indeterminado, ou seja, um nicho em que o critério gramatical de interpretação não oferece uma certeza ao intérprete, que segue se esforçando para compreender corretamente o alcance da palavra ou da expressão empregada pelo legislador. Nesse nicho, caberá ao intérprete a adoção de decisões, visto que o conteúdo pretendido não se fez totalmente delimitado pelo texto do qual provém a norma.

A respeito do tema, bem evidencia Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

Existem, por certo, significados mínimos que antecedem o processo de interpretação. As palavras, utilizadas pelo texto, limitam e condicionam, de alguma forma, as possibilidades de significados que podem ser atribuídos pelo intérprete. Ainda que impreciso o conceito previsto na lei (conceito jurídico indeterminado), é possível extrair da expressão uma “certeza negativa” (situações que certamente não se inserem no conceito) e uma “certeza positiva” (hipóteses que certamente se encaixam no conceito). Entre essas duas “zonas de certezas”, existe a chamada “zona de penumbra” ou “de incerteza” em que a definição do conceito demanda uma criatividade maior do intérprete.³⁶

³⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 16.

Em um exemplo oriundo do Direito estrangeiro, Juan Carlos Cassagne³⁷ discute a competência do Poder Executivo para editar *reglamentos en razones de necesidad y urgencia*, por constituir esta expressão um conceito jurídico indeterminado. Não há densidade bastante na norma para aventar o que sejam as “*circunstancias excepcionales*”. Porém, com base na ideia do instituto, não serão excepcionais as medidas previsíveis, usuais, do cotidiano da produção normativa (zona de certeza negativa), mas sim aquelas cuja ausência de atuar possa levar a um colapso do Estado (certeza positiva). Entre tais zonas, por haver um conceito jurídico indeterminado, o autor apresenta uma série de pressupostos que devem existir para que seja editado um *reglamento de necesidad y urgencia*.

Acerca do tema, uma ilustração precisa que pode ser encontrada no direito brasileiro diz respeito à compreensão do que sejam *funções típicas da Administración Pública*, presente no Decreto-Lei 200/67, no artigo referente às autarquias (art. 5º, I). Ainda que não se saiba com precisão o alcance de tal expressão, tem-se exato ser típico ao Estado a sanção baseada no poder de polícia, eis que não delegável a particulares – nem nas doutrinas mais permissivas (a zona de certeza positiva). E, pelo outro lado, não ser tipicamente estatal o exercício da atividade econômica fora das situações permitidas pelo texto constitucional. Tudo o que gravita nesse meio corresponde à zona cinzenta, em que a subjetividade do agente atua.

Ao relacionar o princípio da eficiência com a mencionada forma de subjetividade, Agustín Gordillo, em *Tratado de Derecho Administrativo*, assim enuncia:

La eficiencia ha quedado transformada, de un simple requerimiento algo ingenuo de la ciencia de la administración, en principio jurídico de nivel supranacional, cuya aplicación y cumplimiento es jurisprudencialmente inexcusable para todos los funcionarios y agentes del Estado argentino. Es un principio jurídico indeterminado, que se transforma

³⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 154, t. 1.

en facultad reglada cuando se configuran los hechos determinantes.³⁸

No âmbito do Decreto nº 9.991, de 28 de agosto de 2019, que dispõe sobre a Política Nacional de Desenvolvimento de Pessoas da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, também são encontradas algumas outras formas de conceitos jurídicos indeterminados que não diretamente o próprio princípio da eficiência. Nos termos do §1º, do art. 3º, o Plano de Desenvolvimento de Pessoas – PDP (um dos instrumentos de capacitação com eficiência) deverá “*atender às necessidades administrativas operacionais, táticas e estratégicas, vigentes e futuras*” (inciso III) e “*monitorar e avaliar as ações de desenvolvimento para o uso adequado dos recursos públicos*” (inciso X). A título ilustrativo, respectivamente, a palavra *estratégica* e a expressão *uso adequado* compreendem tais conceitos dotados de indeterminação

4.2 A etapa da conformação do legislador e do administrador

No caso do princípio da eficiência – retomando o exemplo do curso de qualificação frustrado, exposto no tópico anterior –, em alguns momentos, não se faz possível precisar o quão eficiente para o atuar público será determinada ação de aprimoramento funcional, entregando às mãos do gestor (que precise mensurar determinado agir com base na eficiência) uma zona de autonomia que gravita entre a certeza positiva e a negativa, pois estacionada em um conceito indeterminado juridicamente. Como ilustração, seis meses atrás, uma pesquisa que pretendesse autorização para estudar crises respiratórias graves provenientes de vírus até então só existentes na Ásia, e com vistas a aprimorar as ações do Sistema Único de Saúde, talvez soasse mais próxima da certeza negativa do que da positiva: a variação do atuar público, na zona cinzenta, possivelmente dependeria do próprio conhecimento técnico do gestor (se um profissional de saúde, ou não). Hoje, pela crise sanitária pela Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV), a densidade do princípio estaria bem mais clara para aplicação normativa, quer o gestor possuísse formação em saúde, quer fosse oriundo de qualquer outra

³⁸ GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. 8ª ed. Buenos Aires: F.D.A., 2004, p. XII-46 t. 2 (la defensa del usuario y del administrado).

área do conhecimento humano. Só com a concretização dos fatos determinantes, a que se refere Gordillo, torna-se mais palpável trabalhar nessa área cinzenta.

Instaura-se, pois, uma zona de trabalho interpretativo, produzida pelo conceito jurídico indeterminado, propiciadora de certo grau de incerteza. De forma a modular essa abertura semântica possivelmente danosa ao atuar administrativo – e.g., licenças que envolviam cursos que em nada acresçam à formação funcional, dadas as atividades do servidor ou do órgão – o Decreto nº 9.991/2019, ocupou-se – juntamente da Instrução Normativa nº 201/2019 – em robustecer as regras pelas quais percorrem-se caminhos para o aprimoramento na Administração Pública Federal.

Ainda que não tenha *precificado* o valor da eficiência (lembrando que o Decreto se aplica a outras formas de capacitação já vistas, algumas custeadas com recursos públicos) ou estabelecido um limite semântico para o vocábulo, o ato do Executivo estabeleceu condicionantes técnicas e procedimentais uniformes. Portanto, ainda existe uma forma de subjetividade na análise e no (in)deferimento da licença capacitação, porém sob delimitadas balizas objetivas descritas no decreto que, sem precisar o que seja exatamente eficiente (pois não tornado preciso o conceito), ao menos estabelecem um caminho pautado em critérios objetivos para toda a Administração.

O mencionado regramento trazido em ato do Poder Executivo representa uma segunda forma de subjetividade, decorrente das sucessivas conformações legislativa e administrativa. Sob o signo de liberdade de conformação, ela abrange bem mais do que o encontrado na conformação primeira, existente na lei. Esta etapa faz-se vislumbrada, em termos gerais, já por ocasião da leitura da norma constitucional, que irradia uma primeira ordem de conformação ao legislador. No texto constitucional, as fontes que iniciam esse trabalho de subjetividade (para a licença capacitação) são o princípio da eficiência (art. 37, *caput*), a previsão de regime jurídico para os servidores da Administração Pública (Art. 61, §1º, II, “c”) e a existência de escolas de governo com o fito de qualificar agentes (art. 39).

Nota-se que a redação do artigo 39 não densifica qual a forma pela qual haverá a frequência de servidores públicos nas escolas de governo, mas tão somente evidencia textualmente a sua existência para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos. É de tal forma que se inicia a etapa de conformação – com a necessidade de uma norma de inferior hierarquia,

apta a contemplar o instituto –, sendo ela disposta em variados níveis. No caso da licença capacitação, essa outra forma de subjetividade observa: (i) a presença do instrumento na Lei nº 8.112/90 (art. 87); (ii) o maior detalhamento em ato do Executivo, sendo atualmente vigente o Decreto nº 9.991/2019; (iii) a conformação de regras específicas para determinado nicho de agentes (a Instrução Normativa nº 201/2019 ocupou-se de critérios e procedimentos específicos para a implementação do Plano contido no Decreto no âmbito do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal - SIPEC); (iv) a aprovação de regras locais, tais como as que podem ser baixadas por Reitores de Universidades, para tratar de minúcias inerentes à rotina e às peculiaridades orgânicas.

O inicial passo dessa atividade – exceto as hipóteses de decreto autônomo – faz-se presente na função típica do legislador. Tal conformação em primeiro nível aproveita-se da irradiação das normas constitucionais, em sua característica de estatuto do poder político (a Constituição demarca as balizas para o atuar do Poder Legislativo, mas esse Poder, dentro de tais delimitações constitucionalmente previstas, produz normas com caráter político, agregando subjetividade não só à interpretação constitucional, como também à própria produção normativa). Assim, as subjetividades (sob a forma de conformação) derivam da natural constatação de que o poder de ditar normas que regem situações concretas da vida encontra meios para expressá-lo mediante a edição sucessiva de atos.

Tratando da atuação inicial, nos termos acima dispostos, André Saddy, na obra referida:

É o legislador, como sujeito da atividade permanente e de caráter político de definição e elaboração de normas jurídicas com eficácia externa, quem conta com a mais ampla margem de valoração subjetiva para a definição e o estabelecimento de opções políticas e legislativas a partir da legitimidade com que conta por via da representatividade. Por isso, essa subjetividade inerente ao legislador é qualificada como política ou fortíssima. A Constituição configura um âmbito

submetido à liberdade de configuração normativa do legislador.³⁹

Contudo, tal como já mencionado, essa conformação mais forte do Poder Legislativo – eis que proveniente de características das próprias normas constitucionais – não exclui o atuar existente para a Chefia do Executivo, seus Ministros de Estado e o gestor público. Em havendo determinação legal expressa, tal como ocorre no art. 92 da Lei 8.112/90 (licença para o desempenho de mandato classista), é certo que caberá o administrador atuar, porém, respeitadas as balizas eventualmente postas pela norma legal – por exemplo, o próprio art. 92 que, expressamente, apresenta limites à liberdade de conformação legislativa – e aquelas decorrentes do sistema jurídico (como a não sobreposição a outros Poderes ou as ofensas a princípios caros ao ordenamento, como a impessoalidade).

Por outro lado, há situações em que a norma nada propõe, tampouco veda acerca da subjetividade entregue, pela via da conformação, ao administrador. Em casos como esse – que acontece na licença capacitação –, em não tendo o texto da lei exaurido os campos de incidência normativa, também é proveitoso recordar ser ínsito ao Poder Executivo regulamentar a legislação (art. 84, IV, da CRFB/88), principalmente quando dizrespeito ao regime jurídico de seus servidores (Art. 61, §1º, II, “c”).

Nesse sentido, no âmbito da licença capacitação, o Decreto nº 9.991/2019 promoveu um rearranjo da formas de tramitação do pedido e de eleição dos cursos deferidos, que devem se ater às necessidades do órgão, ao dispor sobre a Política Nacional de Desenvolvimento de Pessoas da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. Além de o regulamento já consistir em uma conformação decorrente da Lei, que, por sua vez, resulta da Constituição, o ato do Executivo também determina uma liberdade de conformação em terceiro nível, tal qual os termos do seu artigo 12: “*O titular do órgão central do SIPEC editará normas complementares necessárias à execução do disposto neste Decreto*”.⁴⁰ Tal ato é a Instrução

³⁹ SADDY, Op. cit., p. 29.

⁴⁰ “Art. 12. *O titular do órgão central do SIPEC editará normas complementares necessárias à execução do disposto neste Decreto, que incluirão: I - os prazos para encaminhamento do PDP e do relatório anual de execução do PDP; II - os prazos para o encaminhamento da manifestação técnica sobre o PDP aos órgãos e às entidades; III - os prazos para conclusão*

Normativa nº 201/2019, a qual também determina a edição de atos por outros órgãos (uma conformação em quarto grau).

4.3 Discrecionariade e apreciatividade na licença capacitação

A doutrina nacional já direciona esforços para o estabelecimento de uma dessemelhança entre os dois institutos, que em grande parte do tempo foram tomados como indiferentes, sob o esboço único da discrecionariade. Além dos apontamentos constantes da doutrina específica e das anotações tomadas do artigo denominado *Conteúdo, Titularidade e Alcance da Liberdade de Ensinar (“Liberdade De Cátedra”) no Ensino Público Superior*, que inaugura esta obra sobre discrecionariade na área educacional,⁴¹ compreende-se, além de necessária a apresentação sobre o conteúdo dos dois institutos, a utilidade de tratá-los juntos, em um só tópico, que melhor abarca seus elementos comuns e distintivos – como também atende a uma fração ainda numerosa da doutrina, que não estabelece diferença entre eles.

A discrecionariade é a nota mais marcante da licença capacitação, pois assim referida pela doutrina que analisa essa forma de *direito* do servidor (sendo que a maior parte delas não se preocupa em trabalhar as outras expressões da autonomia pública, como a conformação ou os conceitos indeterminados). A subjetividade mais patente deriva do próprio comando legal, por constar do art. 85 da Lei nº 8.112/90 a informação segundo a qual será deferida “*no interesse da administração*”, ou seja, segundo um critério de conveniência e de oportunidade. Diferentemente de sua antecessora, a licença-prêmio por assiduidade, que era plenamente vinculada, e de outras formas de licença, moduláveis a depender da *fattispecie* (e.g. a licença para acompanhar cônjuge a qual, como dito, em regra, discrecionária, mas que encontra modalidade vinculada no §2º, do art. 84, por força de interpretação judicial), é inerente a tal forma de aprimoramento funcional haver um interesse da máquina pública, pois será esta que perderá parcela de sua forma de trabalho por um determinado período de tempo.

do Plano Consolidado de Ações de Desenvolvimento e do relatório consolidado de execução dos PDP.”

⁴¹ Veja artigo, nesta obra, intitulado “*Conteúdo, titularidade e alcance da liberdade de ensinar (“liberdade de cátedra”) no ensino público superior*”, de André Saddy.

Para a doutrina apreciativa, o nicho de ações concretas que seria inerente ao ato decisório discricionário (no seio da teoria tradicional), comporta uma margem de apreciação, enquanto instituto jurídico diverso. A apreciatividade existirá não só nos elementos decisórios mínimos que acompanham também os atos vinculados (quanto às circunstâncias de fato ou a compreensão da norma), mas a própria estrutura decisória aberta que, pela doutrina clássica, seria componente da discricionariedade como espécie.

Em um exemplo que bem serve à licença capacitação segundo a doutrina da apreciatividade, insere-se nessa forma de autonomia o proceder do gestor público que, para verificar a existência do *interesse público*, passa a cotejar o conteúdo das matérias e dos horários do curso escolhido pelo servidor. A discricionariedade, em tal caso, resume-se às duas posições possíveis (o sim e o não, descritas no seio legal) e a apreciatividade, à série de outras decisões colaterais que, não previstas em norma, concorrem (de maneira legítima) para a formação da vontade da máquina pública.

Mesmo nos atos vinculados que estabeleciam condicionantes – por exemplo, a antiga licença-prêmio, que limitava o número de servidores simultaneamente ausentes – era da nota da apreciatividade a escolha de qual agente perderia a vez, ainda que este estivesse guarnecido por uma licença vinculada. Por exemplo, em um órgão responsável pela defesa jurídica da União, seria apreciativo ao gestor decidir que, face à informação de que todos os advogados do setor haviam alcançado os requisitos da licença e solicitado simultaneamente seu gozo, decidir que a ausência não seria deferida para todos os tributaristas em uma só vez, ainda que estes, sozinhos, correspondessem a menos de um terço do todo de agentes do órgão. Trata-se de uma área de análise que não necessita de previsão expressa em ato normativo para que, dentro de um juízo apreciativo, sua realização seja deferida ao gestor.

O que principalmente distingue a discricionariedade da apreciatividade, em tal contexto doutrinário, é que a primeira apenas pode ser tida dentro de uma série de opções previamente postas, as quais previstas em abstrato e que exigirão o atuar do administrador no caso concreto. No atuar cotidiano das ações subjetivas, sobra muito maior espaço para a atuação apreciativa.

Contudo, quanto maior o grau de conformação que o atuar legislativo ou administrativo entregue, também maior será a possibilidade de o gestor

ficar diante de duas opções normativamente previstas, pelo que então haverá (quanto a elas) uma atividade discricionária – que por sua vez, não exclui o juízo apreciativo ainda existente.

Por exemplo, o Decreto nº 9.991/2009, inseriu dentre as possibilidades da licença capacitação o curso conjugado com “*realização de atividade voluntária em entidade que preste serviços dessa natureza, no País ou no exterior*” (art. 25, IV, “b”), forma não prevista originalmente na Lei nº 8.112/90. Sem tal atividade conformadora do Chefe do Executivo, ainda que a licença capacitação seja doutrinariamente tida por discricionária, eis que outorgada no *interesse da Administração*, em sendo este um conceito jurídico indeterminado, seria possível admitir que um gestor deveras prudente qualificasse na zona de certeza negativa (do conceito dotado de inteterminação) o interesse de prestar atividade de voluntariado com dispensa do trabalho e com o recebimento da remuneração.

Contudo, com a inserção de tal hipótese no texto do decreto, tem-se expressamente nela um dos caminhos que o gestor poderá tomar, como base em sua atuação discricionária (ou seja, eleição de uma das hipóteses previamente estipuladas em abstrato). A atividade apreciativa, contudo, continuará a ocorrer, de modo a verificar se determinado curso tem atividades voluntárias mais ou menos interessantes ou adequadas para a Administração: é uma análise que, por via da apreciatividade, caberá ao gestor, ainda que a norma expressamente não o diga.

Por fim, trabalhando sobre discricionariedade e sobre apreciatividade, deve ser retomado que, além de o ato de vontade humano ser ínsito à estrutura do Estado (teoria organicista), a própria verificação da subjetividade também é inerente à máquina pública. Nas construções mais antigas que deprecam pela justificação do Estado, já se encontram aporte teórico para a teoria das autonomias públicas e, mais ainda, para o que é apreciativo. Deve-se recordar que a doutrina do contrato social que havia em Locke, na teorização liberalismo clássico, já enunciava que o Poder Legislativo “*deve governar através de leis promulgadas e estabelecidas, que dão poderão variar nos casos particulares, mas segundo uma mesma regra para ricos e pobres, para o favorito da corte e o camponês no arado*”⁴², de modo que tais leis tenham por finalidade única o bem do povo. Daí, extrai-se uma forma mais óbvia de

⁴² LOCKE, John. Dois tratados sobre o Governo. Tradução: Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 513.

subjetividade, encontrada no atuar do legislador, sob a espécie de conformação. Contudo, assim como há o nicho do atuar legislativo, ele próprio reconhecia hipóteses nas quais a atividade Executiva necessita adotar decisões concretas face a problemas imediatos, nem sempre críveis frente à abstração da norma – fragmentos em que remete, pela lógica atual, não só ao que há de discricionário, como também de apreciativo:

Não sendo os legisladores capazes de prever e providenciar, por meio de leis, tudo quanto possa ser proveitoso para a comunidade, o executor das leis, tendo nas mãos o poder, possui, pela lei comum da natureza, o direito de dele fazer uso para o bem da sociedade, nos muitos casos em que a lei municipal não fornece diretrizes, até que o legislativo possa ser devidamente reunido para deliberar sobre a questão. Muitas questões há que a lei não pode em absoluto prover e que devem ser deixadas à discrição daquele que tenha que tenha nas mãos o poder executivo, para serem por ele reguladas, conforme o exijam o bem e a vantagem do público [...] Esse poder de agir conforme a discrição em prol do bem público, sem a prescrição de lei e por vezes até contra ela, é o que se chama de prerrogativa.⁴³

Parte dessa *prerrogativa* narrada no texto do autor é a apreciatividade, a qual, contudo, dentro de uma lógica atual dos procedimentos de capacitação do agente público, não deve seguir para uma ofensa livre ao texto legal – porém, caminhar dentro de uma conformação a princípios.

Conclusões

Tendo por pressuposto a teoria organicista, o agente público manifesta as ações do Estado, criação inexistente fora da sociedade juridicamente organizada, pois incapaz de subsistir em uma atuação autônoma

⁴³ Ibidem, p. 529-530.

e concreta, *per si*, sem a conduta humana. Há nessa razão a mesma encontrada entre os membros e o corpo, que desenvolvem as mais diversas responsabilidades previstas para o todo orgânico. No caso do Estado, as partes são os agentes, sem os quais aquele em nada opera.

Na relação entre ambos, de igual forma, a debilidade do agente público é reveladora da fraqueza do próprio Estado, que executará de maneira deficiente seu compromisso perante o todo social – o qual também envolve decisões face a problemas públicos, desde as resoluções mais complexas, nas altas esferas de governo, às mais simples, do atuar cotidiano. Assim, considerando que a própria presença do Estado na sociedade pressupõe uma série de escolhas (como agir, não agir, aguardar, dentre outras) em razão de questões que se apresentam, a qualidade com que serão tomadas dependerá da aptidão funcional do aparato humano existente (em nível gerencial, ou não). Por essa razão, uma das decorrências do atuar do Estado é a própria capacitação de seus agentes, como desdobramento do princípio da eficiência.

Dentre as formas de licença que são normativamente postas no sistema jurídico brasileiro, a que admite a atenção deste trabalho é a denominada licença capacitação, que compõe a estrutura normativa como uma dentre outras formas de aprimoramento funcional. Nela, a iniciativa de capacitar-se envolve um ato de vontade do servidor, a qual pode ser congruente (ou não) com o intento estatal, este caracterizado segundo uma estrutura de normas que parte do comando constitucional (encorajado em um princípio de conteúdo extremamente aberto, indeterminado), encaminha por conformações legislativas e administrativas e finda em um juízo discricionário e apreciativo do próprio gestor.

Dentro da proposta deste tema, a licença capacitação é capaz de abranger satisfatoriamente diversos exemplos de autonomias públicas, do conteúdo trazido pela Lei nº 8.112/90 (forma de conformação constitucional) e regulamentado em diversos graus, enquanto etapas da conformação, ao ato final de deferimento ou denegação do pedido, atento a características do caso concreto – porém, atento às opções constantes em norma. Tal forma de licença, pois, confirmando a hipótese condutora do texto, exprime um ciclo completo de subjetividades, aliado ao elevado grau de detalhamento em todas as suas fases.

Assim, ao asseverarmos que o Estado é o responsável pela paz e pela organização social, disso decorrem algumas consequências: (i) que as ações

do Estado passam por subjetividades, eis que pautadas em escolhas públicas; (ii) que os agentes que realizam ou executam essas atividades devem estar aptos técnicas e funcionalmente a exercê-las, por fundamento lógico e de eficiência; (iii) que há um dever de capacitação direcionado ao agente; (iv) que o Estado também exercerá escolhas quanto a esse processo de aptidão do servidor (eis o foco nos estatutários civis da União), considerando finalidades públicas, orçamento e destinação de seus agentes, de sorte a melhor dispor sobre *quando*, *como* e até mesmo sobre *quem* deverá aprimorar-se. Dentre tais formas, está a licença capacitação. Há, nesse ciclo, notadamente, subjetividades.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional no 19, de 1998: Exposição de Motivos Interministerial no 49, de 18 de agosto de 1995. Diário do Congresso Nacional, Brasília, DF. Seção 1, 18 ago 1995, p. 18852.

Disponível em

<<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html>> Acesso em: 29 abr. 2020.

_____. Decreto no 591, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 07 jul. 1992, p. 8713. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>.

Acesso em: 29 abr. 2020.

_____. Decreto no 9.991, de 28 de agosto de 2019. Dispõe sobre a Política Nacional de Desenvolvimento de Pessoas da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e regulamenta dispositivos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, quanto a licenças e afastamentos para ações de desenvolvimento. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 ago. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9991.htm>. Acesso em: 29 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp 420312 / RS. Relator: Felix Fischer. Data: 24 de março de 2003 – caso ausência de discricionariedade para horário especial de servidor estudante.

_____. _____. REsp: 287867 PE. Relator: Jorge Scartezzini. Data: 07 agosto 2003.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 1999.04.01.023329-1, Relator: Sérgio Renato Tejada Garcia, Data: 30 março 2000 – caso extinção da licença sabática face à Lei 8.112/90

CANELA JUNIOR, Osvaldo. Controle Judicial de Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Matheus; OLIVEIRA, João Paulo. Agentes Públicos: comentários à Lei 8.112/90. 2 ed. rev. ampl. Salvador: Juspodivm, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Atlas, 2013.

CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, t. 1.

DINIZ, Paulo de Matoz Ferreira. Lei 8.112/90: regime jurídico dos servidores públicos civis da união e legislação complementar. 11 ed. Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : MÉTODO, 2014

FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. Distrito Federal: Porrúa, 2000.

FRIEDMAN, Milton. Capitalismo e Liberdade. Tradução: Afonso Celso da Cunha Serra. 4ª reimp. Rio de Janeiro: LTC, 2019.

GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. 8ª ed. Buenos Aires: F.D.A, 2004, t. 3 (El ato administrativo).

_____. _____. Tratado de Derecho Administrativo. 8ª ed. Buenos Aires: F.D.A, 2004, t. 2 (la defensa del usuario y del administrado).

HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. Política Pública: seus ciclos e sistemas: uma abordagem integral. Tradução técnica: Francisco G. Heidermann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013

KELSEN, Hans. Teoría General del Estado. Traducción: Luis Recaséns Siches y Justino de Azcárate. 2. ed. Bosch: Barcelona, 1934.

LOCKE, John. Dois tratados sobre o Governo. Tradução: Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998

LOWI, Theodore J. Four Systems of Policy, Politics, and Choice. Public Administration Review, v. 32, n. 4, pp. 298-310, jul. – ago., 1972

MERQUIOR, José Guilherme. O liberalismo: antigo e moderno. Tradução: Henrique de Araújo Mesquita. 3. ed. São Paulo: É Realizações, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

- MULLER, Pierre; SUREL, Yves. A Análise das Políticas Públicas. Tradução: Agemir Bavaresco e Alceu R. Ferraro. Pelotas: Educat, 2002.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.
- PARANÁ (Estado). Lei no 11.713, de 07 de maio de 1997. Dispõe sobre as Carreiras do Pessoal Docente das Instituições de Ensino Superior do Estado do Paraná. Diário Oficial do Estado do Paraná, n. 4997, de 7 mai 1997. Disponível em <<http://portal.assembleia.pr.leg.br/index.php/pesquisa-legislativa/legislacao-estadual>>. Acesso em: 29 abr. 2020.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Direitos Fundamentais. Tradução: Antônio Francisco de Sousa. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. Liberdades Públicas. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- ROJAS, Andrés Serra. Derecho Administrativo: doctrina, legislación y jurisprudencia. 8ª ed. Distrito Federal: Porruá, 1977.
- RUIZ, Jorge Fernández. Derecho Administrativo. Distrito Federal: McGraw-Hill, 1997, pp. 136-137.
- SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- SECCHI, Leonardo. Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed. 3ª reimp. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

A SUBJETIVIDADE PÚBLICA DO PROFESSOR NA SELEÇÃO DOS INSTRUMENTOS MATERIAIS, NA ESCOLHA DA METODOLOGIA DE ENSINO E NA ABORDAGEM DOS CONTEÚDOS PROGRAMÁTICOS EM SALA DE AULA

Rodrigo Garrido Dias

Mestrando em Direito Constitucional (UFF/RJ). Graduado em Direito pela Unisinos/RS. Pesquisador no Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). Diretor de Compliance da Confederação Nacional de Municípios (CNM). Advogado. rodrigogarrido@id.uff.br

Sumário: Introdução; 1. A subjetividade pública do professor na seleção dos instrumentos materiais; 2. A subjetividade pública do professor na escolha da metodologia de ensino; 3. A subjetividade pública do professor na abordagem dos conteúdos programáticos em sala de aula; Considerações finais; Referências.

Introdução

Tanto o cidadão comum quanto o agente no exercício da função pública dispõe de um espaço de liberdade para atuar que lhes é conferido pelo Direito.

Claro que a autonomia do privado é mais ampla que a do agente público, afinal, esse último atua, em regra, no exercício do poder. Nasce conformada essa autonomia pública pelo Direito e sempre dependerá de uma norma habilitadora. Bernardo Diniz de Ayala, destaca: *“Autonomia pública será, em suma, o espaço de livre criação de efeitos jurídicos que resulta de uma norma habilitadora e conformadora da titularidade e exercício do respectivo poder”*¹.

Considerando que todos os poderes do Estado se valem de alguma subjetividade pública, insta indagar se o espaço de livre atuação na esfera administrativa possui alguma diferença específica que o qualifique. Para Bernardo Diniz de Ayala: *“A autonomia pública administrativa constitui uma reserva de apreciação e decisão do poder administrativo, ou noutra*

¹ AYALA, Bernardo Diniz de. *O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão*. Lisboa: Lex, 1995. p. 27.

terminologia, consubstancia uma reserva de administração”².

A Administração Pública atuará, por conseguinte, dentro desse espaço reservado a ela a partir de prerrogativas indispensáveis ao cumprimento de suas funções e sempre com uma certa margem de subjetividade.

Nesse sentido, o professor da rede pública também dispõe dessa margem de liberdade e o presente artigo sintetiza os resultados de pesquisa que buscou identificar a espécie de subjetividade pública preponderante do professor quando ele seleciona os instrumentos materiais, escolhe a metodologia de ensino e a forma de abordagem dos conteúdos programáticos em sala de aula.

Os instrumentos materiais muitas vezes dependerão da situação concreta da escola, seus recursos e a realidade social e ambiental na qual ela está inserida.

A metodologia de ensino, por sua vez, decorre de uma deliberação coletiva da comunidade escolar – com a participação dos docentes – atuando como artífices da construção do projeto político pedagógico da escola.

A liberdade de ensinar os conteúdos programáticos em sala de aula é inafastável da liberdade de cátedra e deve ser compreendida e relacionada levando em conta a liberdade de aprender e o direito à educação.

Para tanto, num primeiro momento, foi realizada revisão da literatura específica da área educacional com o objetivo de identificar o tratamento do tema.

Posteriormente, buscou-se identificar situações concretas onde o professor tenha atuado com margem de liberdade ou autonomia pública.

Na etapa conclusiva do trabalho foram trazidos casos onde a tarefa esteve voltada a identificar a subjetividade pública mais prevalente.

Destaca-se que a ideia não foi esgotar o tema e sim trazer uma reflexão a respeito da importância que as diferentes subjetividades públicas assumem no dia a dia da função administrativa, *in casu*, daquela exercida pelo professor da rede pública de ensino.

1. A subjetividade pública do professor na seleção dos instrumentos materiais

Os instrumentos materiais utilizados na educação são recursos

² Ibidem. p. 29.

didáticos que em última análise objetivam atrair a atenção do docente para o conteúdo ministrado.

Sobre o tema, Olga Freitas:

Também conhecidos como “recursos” ou “tecnologias educacionais”, os materiais e equipamentos didáticos são todo e qualquer recurso utilizado em um procedimento de ensino, visando à estimulação do aluno e à sua aproximação do conteúdo³.

Há poucos anos o uso, em sala de aula, de representações do globo terrestre, no ensino da geografia, não era uma mera ilustração dos pontos geográficos, mas uma genuína estratégia de ensino, com a finalidade de favorecer o processo de significação daquilo que está sendo apresentado, aproximando o aluno do conteúdo da aula e dos livros.

Claro que atualmente existem recursos tecnológicos que proporcionam uma experiência mais estimulante aos alunos. De qualquer maneira – na rede pública do ensino fundamental brasileiro – o professor ainda utiliza palitos de picolé nas aulas de matemática, ou, quando aborda o tema da germinação em ciências, orienta os alunos no plantio de sementes de feijão.

Os recursos didáticos, enquanto instrumentos didático-pedagógicos, são os mais variados. Estão classificados em visuais, auditivos ou audiovisuais, segundo a Classificação Brasileira dos Recursos Audiovisuais, a saber⁴:

Visuais	Auditivos	Audiovisuais
Álbum seriado	Aparelho de som	Filmes
Cartazes	Discos	Dispositivos e diafilmes com som
Exposição	Fitas cassete	Cinema sonoro
Fotografias	CD's	Televisão

³ FREITAS, Olga. Equipamentos e materiais didáticos. Brasília: Universidade de Brasília, 2007. p. 21.

⁴ Ibidem, p. 22.

Flanelógrafo	Rádio	Televisão
Gráficos	CD-ROM	Videocassete
Gravuras		Programa para computador com som
Mapas		Aparelho de DVD
Modelos		Computador
Mural		
Museus		
Objetos		
Quadro de giz		
Quadros		
Transparências		

A utilização desses recursos deve ser feita a partir de critérios que possibilitem uma escolha mais eficiente. Olga Freitas, destaca os seguintes critérios:

- a) adequação aos objetivos, conteúdo e grau de desenvolvimento, interesse e necessidades dos alunos; b) adequação às habilidades que se quer desenvolver (cognitivas, afetivas ou psicomotoras); c) simplicidade, baixo custo e manipulação acessível; e d) qualidade e atração (devem despertar a curiosidade)⁵.

Por isso, quanto mais o professor conhecer a proposta pedagógica do estabelecimento de ensino e estiver próximo do planejamento dos demais colegas, mais ele poderá realizar escolhas adequadas e disponibilizar materiais úteis ao processo de ensino-aprendizagem.

De qualquer maneira, deve o professor ter a consciência de que nenhum material didático pode, por mais bem elaborado que seja, garantir, por si só, a qualidade e a efetividade do processo de ensino-aprendizagem. Os materiais cumprem a função de mediação. Assim, se um filme for apresentado em uma aula de história, pode ter sua projeção, por vezes, interrompida para

⁵ Ibidem, p. 23.

fixar cenas, discutir com os discentes, e daí resultar a produção de um texto. Ou seja, o instrumento material deve se integrar num ciclo mais completo de ensino-aprendizagem.

Interessante exemplo da utilização não usual de recurso didático é o da Escola Municipal Maria do Socorro Rocha de Castro, Município de Ouricuri, Estado de Pernambuco. Essa Escola, localizada na comunidade Agrovila Nova Esperança, incentivou a utilização dos quintais das casas dos alunos, antes usados para jogar entulho, tornando-os limpos e arrumados, com plantas e hortaliças. Nesse caso, o ambiente natural onde está situado o aluno é usado todo ele como instrumento didático para a fixação dos conteúdos abordados em sala de aula.

Aulas práticas, portanto, fazem parte do dia a dia da escola. Destaca-se a criação de um banco de sementes, de um viveiro de mudas de espécies nativas, de cisternas e a manutenção de uma horta. Tudo isso integrado e como apoio ao aprendizado da disciplina de ciências no ensino fundamental⁶.

Para os fins do presente trabalho, qual seja, identificar a subjetividade pública presente nessa escolha dos instrumentos materiais, vislumbra-se a presença da apreciatividade administrativa. A atividade apreciativa da Administração Pública decorre de contribuição científica de André Saddy, que a caracteriza como:

[...] margem de liberdade que se projeta sobre fatos e critérios interpretativos, variando a intensidade de acordo com o âmbito que se exerce – existente em toda tomada de decisão na qual o agente público utiliza uma operação de discernimento ou ajuizamento para aplicar a norma –, usando-se de critérios e subcritérios, ponderando interesses e fatores em conflito e atribuindo pesos relativos às opções que tenha decorrentes das indeterminações do Direito, como o conteúdo do Direito, os defeitos do sistema jurídico e, principalmente, do exercício funcional, referindo-se, comumente, a ações não deônticas, sem prévio procedimento administrativo

⁶ Para saber mais, acesse: <<http://innoveedu.org.br/pt/escola-municipal-maria-do-socorro-rocha-de-castro>> Acesso em: 20 de Nov. 2019.

e não tendo, necessariamente, um ato administrativo formal ao final de seu exercício, mas atendendo, mormente, aos interesses públicos, mesmo que tenha de se afastar ou desviar da realização dos efeitos jurídicos fixados na norma – ou seja, da letra estrita da lei – para atingir a finalidade e o propósito da norma jurídica por razões comprovadas de especial relevância.⁷.

Trata-se de um fenômeno de cunho prático que ganha contornos jurídicos a partir do esforço doutrinário em conformá-lo. É um espaço de liberdade que não se quer ilimitado – pelo contrário – e que por isso necessita de uma roupagem jurídica.

Essa nova subjetividade pública é muito comum na atuação dos servidores da linha de frente⁸, ou seja, daqueles que estão em contato direto com a população e que em muitos casos terão de resolver problemas concretos para os quais inexiste uma norma clara estabelecendo como agir. Costuma-se elencar nessa situação os médicos plantonistas, os policiais militares com atuação ostensiva, os bombeiros e os professores.

No caso em tela, qual seja, escolha pelo docente dos instrumentos materiais a serem utilizados em sala de aula, entende-se que a eleição de qual ou quais os instrumentos materiais mais adequados para servir de apoio ao processo de ensino-aprendizagem dependerá de condições concretas da escola ou do meio aonde estão inseridos professores e alunos. Acrescido a isso, constata-se não haver norma clara estabelecendo como deve o docente atuar nessas situações.

A manifestação de vontade do professor nessa escolha dos instrumentos, do qual resultarão, portanto, atividades técnicas ou materiais, como, por exemplo: escrever o conteúdo no quadro negro ou usar o projetor (televisão) para apresentar slides; utilizar o globo terrestre (físico) ou o *google earth* nas aulas de geografia, dentre outras, são expressões da apreciatividade administrativa do docente.

⁷ SADDY, André. Discrecionalidade e Jurisdição Constitucional/Supranacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 133.

⁸ Sobre o tema: LIPSKY, Michael. Street-Level bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Service. New York: Russel Sage Foundation, 2010.

A criatividade do educador, aliada aos recursos disponíveis no estabelecimento de ensino onde ele trabalha é que balizarão o exercício dessa apreciatividade.

2. A subjetividade pública do professor na escolha da metodologia de ensino

A palavra metodologia vem do grego meta (finalidade) e hodos (intermediação), ou seja, indica uma trajetória a ser percorrida para atingir um objetivo⁹.

Diferentes caminhos existem e isso decorre das variadas visões a respeito do processo de ensino-aprendizagem. Podem ser didaticamente divididas, segundo Sílvia Maria Manfredi, nas seguintes concepções: tradicional; escolanovista; tecnicista e crítica¹⁰.

Na concepção tradicional, *“a metodologia de ensino é entendida, em síntese, como um conjunto padronizado de procedimentos destinados a transmitir todo e qualquer conhecimento universal e sistematizado”*¹¹.

Parte de uma premissa de que é possível ensinar tudo a todos a partir de uma lógica universal, sem considerar particularidades do corpo discente, bem como, do ambiente onde se desenvolve o processo de ensino-aprendizagem.

Podemos sintetizar essa concepção como aquela que coloca o professor no centro do processo, sendo ele a figura principal. Ele é quem de fato transmite o conhecimento e o aluno, nesse quadro, é o recipiendário das lições do mestre.

Já a concepção escolanovista faz uma inversão total e coloca o aluno como centro do processo. Segundo Sílvia Maria Manfredi, essa concepção originou inúmeros métodos ativos:

A concepção escolanovista de educação, ao deslocar o foco para o aluno (suas necessidades, estágio de

⁹ MANFREDI, Sílvia Maria. Metodologia do ensino: diferentes concepções. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1974332/mod_resource/content/1/METODOLOGIA-DO-ENSINO-diferentes-concep%C3%A7%C3%B5es.pdf Acesso em: 20 de Nov. 2019.

¹⁰ Ibidem. p. 1.

¹¹ Ibidem, p. 1.

desenvolvimento, interesses e motivações), no processo de ensino-aprendizagem, vai provocar uma verdadeira revolução na metodologia do ensino, que será tomada como um campo de experimentação, um laboratório que servirá para testar os mais variados métodos de ensino, também chamados de métodos ativos. Tais métodos são assim classificados: métodos de trabalho individual (Método Montessori; Método Mackinder; Plano Dalton); métodos de trabalho individual/coletivo, que procuram harmonizar os dois tipos de atividades (Sistema Winteka; Plano Howard)); métodos de trabalho coletivo, que, sem renunciar ao trabalho individual, acentuam os aspectos da colaboração (Metodo de Projetos; Método de Ensino Analítico ou Global); métodos de caráter social, que são aqueles que priorizam os aspectos ético-sociais (Cooperativas; Sistemas de Auto-gestão; Comunidade Escolar)¹².

Em síntese, a concepção escolanovista consiste numa estratégia de aprimoramento individual e social do processo de ensino-aprendizagem com foco no discente.

Outra matriz de pensamento metodológico é a corrente tecnicista. Para Manfredi:

Tal concepção transportará para a metodologia do ensino as diretrizes do planejamento racional e eficiente adotado nas modernas empresas capitalistas e baseado nos princípios da maximização da eficiência e da eficácia na relação objetivos-meios-resultados. É a fase em que a metodologia do ensino passa por um processo de taylorização e de modernização tecnológica, em que se desenvolvem técnicas de operacionalização dos

¹² Ibidem, p. 2.

objetivos educacionais, tendo em vista uma melhor programação das atividades e práticas de ensino, práticas estas que são cuidadosamente programadas etapa a etapa, a partir da definição de pré-requisitos, sequências e cadeias conceituais, avaliações com instrumentos pré-validados, etc¹³.

Basicamente, consiste ela numa estratégia voltada para a maior eficiência e eficácia do processo de ensino-aprendizagem.

Por fim, destaca-se a concepção crítica de educação. Para esta metodologia:

os métodos de ensino não são esquemas universais aplicáveis mecânica ou indiferentemente a qualquer prática educativa, em qualquer situação, pois eles mesmos também se plasmam a partir de situações particulares, num movimento específico. Disso decorre que a concepção de metodologia do ensino que ora propomos não se reduz à elaboração e aplicação mecânica e repetitiva de categorias teórico-epistemológicas abstratas e formalizantes (ainda que extraídas da literatura marxista); mas, por reconhecer-se histórica, ganhará mais consistência e organicidade à medida em que esteja alicerçada numa perspectiva de avanço em reflexões teóricas, que se referendem e construam a partir de experiências pedagógicas vivas e particulares e das práticas sociais e científicas em geral¹⁴.

Esta concepção vislumbra o processo de ensino-aprendizagem a partir da práxis social e das experiências pedagógicas efetivamente vivenciadas.

Independentemente de qual concepção será adotada pelo estabelecimento de ensino, importa entender em que momento ocorre essa definição.

¹³ Ibidem, p. 6.

¹⁴ Ibidem, p. 6.

Nesse sentido, verifica-se pela doutrina e com base da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional que a definição da metodologia a ser adotada por um estabelecimento de ensino é algo que ocorre quando do momento da deliberação do projeto pedagógico da escola. Para Ebenezer Takuno de Menezes e Thais Helena dos Santos, o projeto pedagógico consiste num:

instrumento de caráter geral, que apresenta as finalidades, concepções e diretrizes do funcionamento da escola, a partir das quais se originam todas as outras ações escolares. Não há um padrão de proposta pedagógica que atenda a todas as escolas, pois cada unidade escolar está inserida num contexto próprio, determinado por suas condições materiais e pelo conjunto das relações que se estabelecem em seu interior e entorno social. Assim, cada escola deve desenvolver o seu modelo, aquele que melhor expressa sua identidade e seu compromisso com o aluno, com a comunidade, com a educação. A idéia de projeto pedagógico entende que ele deve ter uma construção coletiva, com a participação ativa de todos os envolvidos (alunos, pais, professores, funcionários, representantes da comunidade, etc). Alguns aspectos considerados relevantes na elaboração do documento final do projeto pedagógico são: Histórico e identificação da instituição de ensino e da entidade mantenedora; Fins e princípios norteadores; Diagnóstico e análise da situação da escola; Definição dos objetivos educacionais e metas a serem alcançadas; Seleção das ações; Organização curricular; **Forma de gestão administrativa e pedagógica da escola**; Avaliação; Organização da vida escolar e do regime escolar; Capacitação continuada de pessoal; **Profissionais**

envolvidos na Proposta Pedagógica; e Anexos¹⁵.
(nosso grifo)

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), Lei n. 9.394/1996, determina que cada estabelecimento de ensino elabore e execute a sua própria proposta pedagógica:

Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional

Art. 12. Os estabelecimentos de ensino, respeitadas as normas comuns e as do seu sistema de ensino, terão a incumbência de:

I - elaborar e executar sua proposta pedagógica¹⁶;
(nosso grifo)

E a mesma Lei assegura, ainda, a participação dos docentes na elaboração dessa proposta:

Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional

Art. 13. Os docentes incumbir-se-ão de:

I - participar da elaboração da proposta pedagógica do estabelecimento de ensino;

II - elaborar e cumprir plano de trabalho, segundo a proposta pedagógica do estabelecimento de ensino¹⁷; (nosso grifo)

Verdade que uma vez elaborada, obriga os mesmos a cumprirem em seus planos de trabalho o que foi definido.

¹⁵ MENEZES, Ebenezzer Takuno de; SANTOS, Thais Helena dos. Verbete projeto pedagógico. Dicionário Interativo da Educação Brasileira - Educabrazil. São Paulo: Midiamix, 2001. Disponível em: <<https://www.educabrazil.com.br/projeto-pedagogico/>> Acesso em: 20 de Nov. 2019.

¹⁶ BRASIL. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm> Acesso em: 20 de Nov. 2019.

¹⁷ Ibidem.

Exemplo interessante quanto à proposta pedagógica é o do Paraná. Naquele Estado os alunos da educação especial com deficiência intelectual estão sendo beneficiados com um novo modelo de atendimento elaborado por algumas escolas da rede pública.

A proposta é inédita no Brasil e amplia de cinco para 10 anos o período para que o aluno especial termine os ciclos das séries iniciais do ensino fundamental, respeitando o seu tempo de aprendizagem. A nova proposta permite que o aluno entre, por exemplo, com seis anos no primeiro ano das séries iniciais do ensino fundamental. Ele terá quatro anos para cumprir um currículo com conteúdos formais e funcionais. Após este primeiro ciclo, o aluno passa por uma avaliação que poderá indicar, ou não, a sua inclusão em uma escola comum. Se for necessário, o aluno continua o segundo ciclo na escola especial por mais cinco anos para conseguir assimilar os conteúdos. Quando completar 15 anos, ele poderá continuar seus estudos na modalidade de Educação de Jovens e Adultos (EJA) integrada à educação profissional, em uma escola comum ou na própria escola especial, de acordo com a sua deficiência.

Interessante é que além de modificar o sistema de avaliação e o tempo de permanência na escola a proposta pedagógica flexibiliza os conteúdos desses alunos especiais, adequando-os as suas realidades práticas¹⁸.

No que concerne a identificação do espaço de liberdade presente na escolha da proposta pedagógica pela escola, à luz da legislação aplicável, verifica-se uma margem de livre configuração ou conformação.

Para exemplificar essa espécie de subjetividade pública, costuma-se referir a atividade desenvolvida pelo legislador constituinte originário. Ele é responsável pela construção dos alicerces de uma nova ordem jurídica, sem estar vinculado a ordem vigente. Essa é uma boa imagem para exemplificar o alcance dessa subjetividade pública, muitas vezes denominada liberdade legislativa ou discricionariedade legislativa.

Na esfera administrativa temos também o exercício dessa subjetividade, claro que com menor grau de amplitude ou liberdade política do que o legislador. Trata-se do caso da criação de políticas públicas, afinal,

¹⁸ Para mais informações, basta acessar: <http://www.aen.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=81119&tit=Novo-modelo-pedagogico-beneficia-alunos-com-deficiencia-intelectual>>. Acesso em: 20 de Nov. 2019.

quando o governo coloca em prática o seu plano vencedor nas eleições ele em verdade estará exercitando essa liberdade de conformação ou configuração.

Igualmente ela aparece quando necessita o Poder Executivo elaborar normas. André Saddy, conceituando essa espécie de autonomia, leciona:

[...] a margem de liberdade de quem cria direitos e obrigações ou que os elucida, por meios de atos legislativos, normativo-regulamentares, editais, contratuais, jurisdicionais e até mesmo por tomadas de decisões administrativas que tenham o condão de se transformar em normas jurídicas, além da **criação, formulação e do desenho de políticas públicas decorrentes de legitimidade democrática** para escolher os meios que reputar adequados e avaliar se, em seguida, diferentes situações justificam a criação de um direito e uma obrigação ou de uma política pública¹⁹. (nosso grifo)

Não fica restrito o exercício dessa subjetividade, portanto, aos decretos regulamentares e instruções normativas.

A liberdade de configuração ou conformação na esfera administrativa, como visto, incide na criação de políticas públicas, para os fins do presente trabalho, educacionais. A definição da abrangência, finalidade e critérios de uma política pública educacional decorre dessa margem de autonomia ou subjetividade pública.

A definição, pelos docentes, da metodologia de ensino ocorrerá por ocasião da elaboração da proposta pedagógica da escola junto com os demais atores envolvidos nesse processo (alunos, pais, funcionários, representantes da comunidade, etc). É nesse momento, portanto, que o professor poderá expressar sua liberdade na escolha de qual a melhor metodologia a ser adotada pelo estabelecimento de ensino.

Ressalte-se, contudo, que depois de elaborada de forma democrática a proposta pedagógica da escola, deve o professor segui-la em seu plano de trabalho. Passado, portanto, aquele momento de livre configuração ou

¹⁹ SADDY, André. Discrecionalidade e Jurisdição Constitucional/Supranacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 132.

conformação quando o docente atua como verdadeiro “criador de política pública” na elaboração da proposta pedagógica do estabelecimento de ensino, resta um espaço mais restrito de atuação para o docente, assemelhando-se a uma atividade vinculada.

3. A subjetividade pública do professor na abordagem dos conteúdos programáticos em sala de aula

A Base Nacional Comum Curricular (BNCC) consiste num documento que regulamenta quais são as aprendizagens essenciais a serem trabalhadas nas escolas brasileiras públicas e particulares de Educação Infantil, Ensino Fundamental e Ensino Médio para garantir o direito à aprendizagem e o desenvolvimento pleno dos estudantes. Por isso, é um documento importante para o balizamento do sistema educacional, colaborando para a formação integral do docente.

Ao ter como objetivo nortear os currículos dos estados e municípios de todo o Brasil a partir dessas perspectivas, a BNCC coloca em curso o que está previsto no artigo nove da LDB, a saber:

Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional

Art. 9º A União incumbir-se-á de:

[...]

IV - estabelecer, em colaboração com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, competências e diretrizes para a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio, que nortearão os currículos e seus conteúdos mínimos, de modo a assegurar formação básica comum²⁰;

Estabelecidos esses parâmetros mínimos, poderá o professor ao elaborar seu plano de trabalho escolher as fontes teóricas referenciais para o desenvolvimento dos conteúdos. Essa margem de liberdade é assegurada ao professor, considerando a sua liberdade de ensinar abrangida pela liberdade de cátedra.

Diz o texto Constitucional:

²⁰ Ibidem.

Constituição Federal

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

[...]

II - **liberdade de aprender, ensinar**, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - **pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas**, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino²¹; (nosso grifo)

O que a Constituição Federal de 1988 garante ao docente, ao abrigo da liberdade de cátedra, não é o direito de expor sua opinião não fundamentada ou sua crença desarrazoada. O que lhe é garantido é o direito de expor suas posições de forma fundamentada, de forma a poderem ser questionadas e mesmo refutadas. Se assim não for, o espaço do processo de ensino-aprendizagem pouco se diferenciará de espaços festivos, de palanques partidários e de templos religiosos, onde proliferam a mera opinião e a crença com base apenas na fé ideológica ou sobrenatural.

Para Karl Popper há dois grandes grupos de obstáculos ao progresso da ciência, ambos de natureza social: os obstáculos econômicos e os obstáculos ideológicos. Entre todos os obstáculos aponta como o maior a *“intolerância ideológica ou religiosa, usualmente combinada com dogmatismo e falta de imaginação”*²².

Alerta ainda para o perigo que configura o ensino que considera apenas o que é moda intelectual:

Mas existe um perigo até maior: uma teoria, mesmo uma teoria científica, pode tornar-se uma moda intelectual, um substituto para a religião, uma ideologia entrincheirada. Acho que é problema sério em uma época em que os intelectuais, incluindo os

²¹ Ibidem.

²² POPPER, Karl. A lógica das ciências sociais. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro; Brasília: UnB, 1978. p. 71.

cientistas, estão propensos a apaixonar-se por ideologias e modas intelectuais²³.

Para Bachelard, “a ciência, tanto por sua necessidade de coroamento como por princípio, opõe-se absolutamente à opinião²⁴.”

Considerando a crítica como pressuposto inarredável de uma busca séria da verdade, a liberdade de cátedra em seu sentido tradicional – como mera liberdade individual de manifestação da opinião do professor – precisa ser superada. É necessário pensar hoje a liberdade levando em conta a tolerância e o debate crítico apreciativo. É preciso superar a visão individualista e colocar em seu lugar uma nova perspectiva, de liberdade compartilhada (professores, pesquisadores e alunos) e contextualizada (sistemas e planejamentos educacionais, realidade social), consentânea com a contemporânea ideia de solidariedade.

No âmbito do conteúdo da disciplina que está sob sua responsabilidade, mesmo no contexto de um projeto pedagógico específico, mantém o professor o espaço de manifestação das suas posições e convicções, devendo entretanto, em respeito ao direito à educação, à liberdade de aprender do aluno e ao pluralismo de ideias, também propiciar aos discentes o acesso às demais posições e teorias aceitas pela respectiva área do conhecimento; ou seja, o docente possui liberdade de ensinar, mas possui também o compromisso de cumprir o conteúdo programático definido para a disciplina ou módulo e de propiciar aos alunos acesso à pluralidade de posições existentes sobre o tema sob sua responsabilidade pedagógica.

Infeliz exemplo de abuso na abordagem dos conteúdos programáticos ocorreu recentemente na rede pública do distrito federal. Um professor de língua portuguesa propôs um exercício de linguagem para alunos da 6ª série do ensino fundamental. Nesse exercício ele utilizou palavras alusivas a sexo explícito durante um debate com alunos de apenas 11 e 12 anos de idade²⁵.

²³ Ibidem. p. 74.

²⁴ BACHELARD, Gaston. A formação do espírito científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008. p. 14.

²⁵ Para saber mais, acesse: <<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2019/11/18/professor-de-escola-publica-do-df-e-afastado-apos-pedir-redacao-sobre-sexo-oral-e-anal-a-alunos-do-6o-ano.ghml>>. Acesso em: 20 de Nov. 2020.

Uma das preocupações no mundo educacional quanto a abordagem dos conteúdos programáticos atual é o proselitismo. O hábito que alguns professores desenvolveram de tentar angariar seguidores para a sua causa. Aulas de religião ou que abordem temas políticos deixam isso ainda mais evidente. Afinal, como trabalhar religiões ou política sem que isso acarrete em enaltecimento de uma religião ou partido político específico²⁶?

O projeto da Cidade Mirim, desenvolvido há 41 anos por uma escola de Curitiba/PR²⁷ revela uma experiência interessante. Existe uma maquete na escola que é uma réplica em escala menor de uma cidade comum, com casas, comércio e órgãos públicos. Tem como objetivo dar as primeiras noções de política para seus alunos, em um exemplo raro de como a questão poderia ser conduzida em escala nacional.

A ideia é acompanhar o processo de aprendizagem, ao mesmo tempo em que se tenta despertar o interesse pela comunidade. Os alunos conseguem viver essa metáfora, percebendo e pensando nos problemas das cidades e podendo trabalhar em cima deles.

Além de elegerem seus representantes, os estudantes sugerem projetos para serem debatidos. Como resultado, a professora aponta mudanças positivas na postura dos alunos, entre elas a melhoria no relacionamento com colegas, assim como uma primeira atenção a temas mais amplos relacionados à sociedade. Eles discutem e apresentam propostas de temas ligados à saúde pública, ao trânsito, à violência, e depois pensam em possíveis soluções para fora da escola.

Quanto ao objetivo do presente trabalho, qual seja, de identificação da subjetividade pública prevalente, compreende-se que se trata de uma margem de livre apreciação de um conceito indeterminado, qual seja, “liberdade de ensinar”, trazido pelo artigo 206, inciso II, da Constituição Federal.

O direito carrega em si um alto nível de indeterminação da linguagem e muitas das vezes traz em seus enunciados conceitos jurídicos com essa característica de indeterminação. Basta lembrarmos de expressões como “caso fortuito”, “justo motivo”, “interesse público” que sem dúvida causam

²⁶ Sobre o tema, decidiu o Supremo Tribunal Federal ser constitucional o ensino confessional na rede pública de ensino. Ver ADI

²⁷ Mais informações: < <https://paranashop.com.br/2015/11/alunos-do-colegio-opet-escolhem-nesta-quarta-novo-prefeito-e-vereadores-da-cidade-mirim/>>. Acesso em: 20 de Nov. 2020.

dificuldades aos intérpretes e, em especial, aos agentes no exercício da função administrativa.

Não obstante a característica indeterminação, isso não significa que se abra mão de buscar na aplicação a solução justa ou pretendida pelo Direito. Sobre o tema, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández:

[...] es decir, el esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una unidad de solución justa en cada caso, la cual se llega mediante una actividad de cognición, objetiva por lo tanto, y no de volición.²⁸

A realização do interesse público deve nortear a atuação do agente público na interpretação do conceito jurídico indeterminado. Estar voltado a interpretar de maneira a possibilitar a melhor solução arquitetada pelo direito para o caso. E mais que isso, tal margem de liberdade deverá ser exercitada levando em conta o direito de aprender do docente.

A solução preconizada pela Constituição ao tratar da liberdade de cátedra é sopesar a liberdade de ensinar do professor com o direito de aprender do aluno. Trazendo isso para a realidade prática incumbe ao professor pelo menos indicar as fontes do pensamento contrário ao seu. Tal medida certamente contribui para o cumprimento ao mandamento constitucional e mais que isso para o debate plural de ideias.

Considerações finais

Ao final do presente trabalho, constata-se a presença de pelo menos três espécies de subjetividades públicas na atuação dos professores da rede pública do ensino. Quando escolhem os instrumentos materiais estamos diante da apreciatividade. Quando colaboram na elaboração da metodologia de ensino nos deparamos com a liberdade de configuração ou conformação e por

²⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo I. Madrid: Civitas, 2000. p. 457.

fim quando escolhem a abordagem dos conteúdos em sala de aula estamos dentro da margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados.

Faz-se fundamental compreender que as liberdades de ensinar e de aprender existem no contexto da liberdade de cátedra e do direito à educação. Ambas as liberdades existem e são reconhecidas constitucionalmente. Mas são liberdades que ocorrem dentro dos limites de um contexto pré-definido, liberdades compartilhadas e contextualizadas.

O direito à educação está constitucionalizado no artigo 206 da nossa Constituição. O artigo 211 fala em sistemas educacionais organizados. O artigo 214 dispõe sobre o plano nacional de educação, que entre outros objetivos, visa melhorar a qualidade do ensino, formar para o trabalho e promover o país nos níveis humanístico, científico e tecnológico.

A existência de sistemas educacionais e de um planejamento nacional implica a fixação de diretrizes comuns; e dentro dessas diretrizes, conteúdos, competências e habilidades mínimos a serem buscados na formação do egressos.

A liberdade de cátedra existe como instrumento do direito à educação – é uma liberdade meio –, o que implica que deve ser garantida para permitir que se alcance os objetivos fixados. Se ela surgir como um entrave é porque está sendo desvirtuada. A liberdade de ensinar, antes de se configurar em um direito individual do docente, configura-se como uma liberdade compartilhada por todos os docentes e partilha espaço com o direito de aprender compartilhado por todos os discentes.

Referências

AYALA, Bernardo Diniz de. O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão. Lisboa: Lex, 1995.

BACHELARD, Gaston. A formação do espírito científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

BRASIL. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm>.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo I. Madrid: Civitas, 2000.

FREITAS, Olga. Equipamentos e materiais didáticos. Brasília: Universidade de Brasília, 2007.

MANFREDI, Silvia Maria. Metodologia do ensino: diferentes concepções.

Disponível em:

<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1974332/mod_resource/content/1/METODOLOGIADO-ENSINO-diferentes-concep%C3%A7%C3%B5es.pdf>.

MENEZES, Ebenezer Takuno de; SANTOS, Thais Helena dos. Verbete projeto pedagógico. Dicionário Interativo da Educação Brasileira - Educabrazil. São Paulo: Midiamix, 2001. Disponível em: <<https://www.educabrazil.com.br/projeto-pedagogico/>>.

POPPER, Karl. A lógica das ciências sociais. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro; Brasília: UnB, 1978.

SADDY, André. Discricionariedade e Jurisdição Constitucional/Supranacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

A DISCRICIONARIEDADE DO PROFESSOR NA AVALIAÇÃO DOS ALUNOS E NA DISTRIBUIÇÃO DE NOTAS EM PROVAS E EXAMES

Andrea Drumond de Meireles Seyller

Mestranda em direito na Universidade Candido Mendes - Centro. MBA em direito da economia e da empresa – Fundação Getúlio Vargas. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ). Membro do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). Membro do Grupo de Estudos Estratégicos em Propriedade Intelectual e Inovação para Defesa (GEPID/INPI). andreaseyller@hotmail.com

Jorgina Peixoto Bonifácio

Mestranda em direito na Universidade Candido Mendes - Centro. Membro do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). Membro do Instituto em Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ). jorginabonifacio@gmail.com

Leonardo Ferreira Barbosa da Silva

Mestre em direito pela Universidade Candido Mendes - Centro. Especialista em psicopedagogia. Professor de direito administrativo e coordenador pedagógico da escola de saúde do exército (ESSEX). Membro do instituto em direito administrativo do rio de janeiro (IDARJ). Membro do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). leonardo.lfbs@gmail.com

Sumário: Introdução; 1. Da discricionariedade do professor e da liberdade de cátedra 2. Do sistema de avaliação do professor aos alunos e distribuição de notas em provas e exames; 4. Estudo da discricionariedade do professor no ensino superior do município do rio de janeiro; conclusões; referências.

Introdução

No cotidiano do professor aplicam-se diferentes formas de subjetividades e autonomias públicas, as quais se concretizam pelas liberdades de atuação de poderes administrativos que são pautados por ações humanas, e devem agir em contornos legais, legítimos e morais, a fim de evitar excessos nessas condutas e assim arbitrariedades¹.

¹ Sobre o tema André Saddy esclarece que: Não se pode admitir que as distintas formas de subjetividades ou autonomias públicas fiquem à mercê de quem detenha o poder e represente os interesses da Administração, posto que, se utilizadas de forma exacerbada, incorrer-se-á em

Essa liberdade de atuação é pautada por critérios objetivos² e subjetivos³ que influenciam no julgamento dos professores. Estes têm suas condutas balizadas a luz do texto constitucional nos artigos 205, 206 que dispõe sobre a autonomia acadêmica aos professores.

No Brasil a Educação é um direito social e um dever do Estado, que assegura o acesso ao ensino público a todo o brasileiro e permite que o ente privado forneça o ensino particular na forma da lei. O Ensino Superior no Brasil é fornecido pelas Universidades, Institutos e outras Instituições de Ensino Superior de natureza pública, nas esferas federais, estaduais e municipais, bem como por Instituições de Ensino Superior privadas, no entanto a gestão deste sistema de ensino cabe à União que o faz por meio do Ministério da Educação⁴, pelo Conselho Nacional de Educação - CNE⁵, pelo

arbitrariedade. SADDY, André. Limites à tomada de decisão e controle judicial da administração Pública. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016, p. 9.

² O critério objetivo é fundamentado no regimento escolar ou documento correspondente onde existe o direito positivo, definindo administrativamente quais são as ações consideradas transgressões disciplinares por parte do discente.

³ Para Fernando González-Rey a subjetividade: "é um sistema complexo e plurideterminado que sofre transformações decorrentes do próprio curso da sociedade e das pessoas que a constituem dentro do contínuo movimento das complexas redes de relações que caracterizam o desenvolvimento social". GONZÁLEZ-REY, Fernando. Sujeito e subjetividade. São Paulo: Thomson, 2003.

⁴ De acordo com o Art. 4º do Decreto n 9.235, de 15 de Dezembro de 2017: Art. 4 Ao Ministro de Estado da Educação compete: I - homologar pareceres do CNE em pedidos de credenciamento, recredenciamento e descredenciamento de IES; II - homologar pareceres e propostas de atos normativos aprovados pelo CNE; III - aprovar os instrumentos de avaliação elaborados pelo Inep; IV - homologar as deliberações da Conaes; e V - expedir normas e instruções para a execução de leis, decretos e regulamentos.

⁵ De acordo com o Art. 6º do Decreto n 9.235 de 15 de Dezembro de 2017: Compete ao CNE: I - exercer atribuições normativas, deliberativas e de assessoramento ao Ministro de Estado da Educação nos temas afetos à regulação e à supervisão da educação superior, inclusive nos casos omissos e nas dúvidas surgidas na aplicação das disposições deste Decreto; II - deliberar, por meio da Câmara de Educação Superior, sobre pedidos de credenciamento, recredenciamento e descredenciamento de IES e autorização de oferta de cursos vinculadas a credenciamentos; III - propor diretrizes e deliberar sobre a elaboração dos instrumentos de avaliação para credenciamento e recredenciamento de instituições a serem elaborados pelo Inep; IV - recomendar, por meio da Câmara de Educação Superior, providências da Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior do Ministério da Educação, quando não satisfeito o padrão de qualidade para credenciamento e recredenciamento de universidades, centros universitários e faculdades; V - deliberar, por meio da Câmara de Educação Superior, sobre a inclusão e a exclusão de denominação de curso do catálogo de cursos superiores de

Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP⁶ e pela Comissão Nacional de Avaliação da Educação Superior – CONAES⁷.

Nesse cenário, as Instituições de Ensino Superior submetem-se à fiscalização coordenada pelo Ministério da Educação e órgãos de apoio, que estipulam diretrizes e metas para a existência legal daquelas Instituições, um exemplo disto é o cadastro das Instituições de Ensino Superior no Portal do e-MEC, que é um sistema eletrônico de gestão do Ensino Superior no Brasil e presta fiel informação sob a instituição de ensino com situação regular⁸.

Intrínseco ao Regimento Interno se encontra a organização didático-pedagógica da instituição na qual consta os programas dos cursos e critérios de avaliação, estes inclusive com previsão legal⁹, atendendo o princípio da publicidade dos atos públicos e trazendo no bojo da própria LDB a vinculação da obrigação à Instituição e, concomitantemente, ao professor.

Assim, o professor está ligado ao currículo escolar, do qual irá extrair os conteúdos que servirão de objeto da sua sessão de aula, e, posteriormente, da sua avaliação somativa, sendo esta construída conforme o andamento das sessões de aula e corrigida observando o desempenho desejável do aluno naquele momento.

tecnologia, nos termos do art. 101; VI - julgar, por meio da Câmara de Educação Superior, recursos a ele dirigidos nas hipóteses previstas neste Decreto; e VII - analisar e propor ao Ministério da Educação questões relativas à aplicação da legislação da educação superior. Parágrafo único. As decisões da Câmara de Educação Superior de que trata o inciso II do caput serão passíveis de recurso ao Conselho Pleno do CNE, na forma do art. 9º, § 2º, alínea “e”, da Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961 e do regimento interno do CNE.

⁶ Vide o Art. 7º do Decreto n 9.235, de 15 de dezembro de 2017.

⁷ Art. 8º Compete à Conaes: I - propor e avaliar as dinâmicas, os procedimentos e os mecanismos de avaliação institucional, de cursos e de desempenho dos estudantes; II - estabelecer diretrizes para organização das comissões de avaliação, analisar relatórios, elaborar pareceres e encaminhar recomendações às instâncias competentes; III - formular propostas para o desenvolvimento das IES, com base nas análises e recomendações produzidas nos processos de avaliação; IV - articular-se com os sistemas estaduais de ensino, com vistas ao estabelecimento de ações e critérios comuns de avaliação e supervisão da educação superior; e V - submeter anualmente à aprovação do Ministro de Estado da Educação a relação dos cursos cujos estudantes realizarão o Enade.

⁸ O e-MEC é regulado pela Portaria nº 21, de 21 de dezembro de 2017, do Ministério da Educação

⁹ Veja artigo, nesta obra, intitulado “As subjetividades no exames de avaliação de escola (IDEB)”, de Tatiana S. Ribeiro Strauch.

No plano objetivo o professor deve seguir o Regimento Escolar ou Regimento Interno, essa atividade administrativa de prestação para atenção direta realizada para o executor/professor se vê rodeado de "subjetividades"¹⁰. Nesse ponto, o exercício da liberdade de conformação, da discricionariedade, da apreciatividade e da margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados dever ser executado com comedimento, equilíbrio e razoabilidade¹¹.

No plano subjetivo o professor é influenciado quando da emissão do parecer a experiência do julgador/professor, as suas relações pessoais e profissionais com a equipe de profissionais escolares, as relações escolares com os discentes, o histórico escolar do discente, as relações do discente com outros discentes, as relações do discente com a equipe de profissionais escolares dentre outros¹².

Para ilustrar, a liberdade de atuação do Professor ocorre quando o mesmo utiliza um tipo de avaliação, previsto nas normas curriculares da Instituição de Ensino do qual o mesmo faz parte, atendendo inclusive a determinados critérios, por exemplo, a participação em evento e a participação em sala de aula.

Neste caso, não poderia nem mesmo o Judiciário intervir nas atividades do docente em sala de aula¹³, vez que foram seguidos os critérios objetivos (Regimento Interno ou normas curriculares da Instituição) e subjetivos (fixação do tipo de avaliação e notas) ficando assim caracterizada a discricionariedade do professor na avaliação do aluno e na distribuição da nota.

Desta forma o presente artigo tem como objetivo realizar um estudo da forma com que se aplica autonomias públicas ou subjetividades do professor na avaliação dos alunos e na distribuição de notas em provas e

¹⁰ SADDY, André. Atividade apreciativa da administração pública: uma nova visão sobre a discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, p. 139-168, set./dez. 2018, p. 160

¹¹ SADDY, André. Op. Cit., p. 9.

¹² Neste caso está contida a capacidade do julgador/professor para apreciar as ações discentes e de forma discricionária, julgar, empregando aspectos particulares e intrínsecos de sua pessoa relacionado ao feito do aluno.

¹³ BRASIL. *Tribunal Regional Federal da 5ª Região - TRF5*. AMS Nº 89263/PE. Relator: Des. Fed. Francisco Hildo. Julgamento em 03 de maio 2005. Diário Oficial da União. Pernambuco, 03 de maio 2005.

exames ao buscar compreender a exercício da liberdade de cátedra do professor nas instituições de Ensino Superior no Município do Rio de Janeiro.

Não se faz nesse trabalho abordar questões psicopedagógicas ou educacionais. É certo que o plano pedagógico de ensino poderá influenciar na liberdade de cátedra do professor, no entanto o presente trabalho limita-se ao estudo das questões administrativas que envolvem essas subjetividades ou autonomias públicas no exercício da liberdade de cátedra.

Para tanto, mister contextualizar a atividade administrativa exercida pelo professor quando a aplicabilidade da liberdade de cátedra para expor conceitos doutrinários existentes. Posteriormente, pelo estudo da apreciatividade no sistema de avaliação dos professores aos alunos, busca-se estudar a forma de atuação do professor dentro das Instituições de Ensino. Pretende-se assim abordar as questões envolvendo esse atuar do professor quando da avaliação dos alunos e na distribuição de notas em provas e exames.

Por fim ao ser apresentado um confronto dos Regimentos Internos, Regulamentos dos Estabelecimento de Ensino Superior Público (Federais e Estaduais) e Privados (sem fins lucrativos) no Município do Rio de Janeiro, com base em estudo empírico do Cadastro Nacional de Cursos e Instituições de Educação Superior Cadastro e-MEC, se almeja compreender ou estabelecer padrões ou regras jurídicas aplicáveis quando da liberdade de cátedra dos professores na avaliação dos alunos e na distribuição de notas em provas e exames.

1. Da discricionariedade do professor e da liberdade de cátedra

O tema da discricionariedade¹⁴ do professor na avaliação dos alunos e na distribuição de notas em provas e exames tem relação direta com a aplicação da liberdade de cátedra¹⁵, pois esta última se concretiza por meio da

¹⁴ Sobre o tema André Saddy esclarece que: "Esse ato discricionário em prática se pauta em um juízo de conveniência e oportunidade do poder público, além de critérios racionais, lógicos e impessoais estabelecidos de modo legítimo em norma legal, a implementar determinados objetivos estatais." (AI 138344 AgR; AI 142348 AgR ambos de 02/08/1994). SADDY, André. Discricionariedade e jurisdição constitucional/supranacional. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2017, p. 9.

¹⁵ Sobre o tema Cláudia Mansani Quêda Toledo, esclarece que: "*A dúplice dimensão do tema formada pela liberdade de ensinar e pela liberdade de aprender, envolve a abordagem de*

autonomia que o espaço de discricionariedade deixado constitucionalmente à atuação normativa infralegal de cada universidade para o excelente desempenho de suas funções constitucionais¹⁶, conforme descrito nos incisos II, III do art. 206 e 207 da CRFB^{17 18}.

Para a Administração Pública há um novo espaço jurídico decisório substantivo, dentro do qual seus agentes poderão, conforme a amplitude definida pelo legislador, escolher, total ou parcialmente, o motivo e o objeto

outros objetos em torno da liberdade de cátedra, expressos nas seguintes perguntas: quem e de que forma ensina, para que se ensina e como se vem aprendendo, perguntas que identificam per si as expressões constitucionais desta dupla face, a de ensinar e aprender e atraem para a sua melhor compreensão o enfrentamento desses temas a fim de alcançar o objetivo de uma aproximação conceitual suficiente". TOLEDO, Cláudia Mansani Queda de et al. Direito à liberdade de cátedra.: Enciclopédia jurídica da PUC-SP. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. (Tomo: Direito Administrativo e Constitucional).

¹⁶ Sobre o tema a Ministra Relatora Carmem Lúcia esclarece que: *"As normas constitucionais acima transcritas harmonizam-se, como de outra forma não seria, com os direitos às liberdades de expressão do pensamento, de informar-se, de informar e de ser informado, constitucionalmente assegurados, para o que o ensino e a aprendizagem conjugam-se assegurando espaços de libertação da pessoa, a partir de ideias e compreensões do mundo convindas ou desavindas e que se expõem para convencer ou simplesmente como exposição do entendimento de cada qual. A autonomia é o espaço de discricionariedade deixado constitucionalmente à atuação normativa infralegal de cada universidade para o excelente desempenho de suas funções constitucionais. Reitere-se: universidades são espaços de liberdade e de libertação pessoal e política. Seu título indica a pluralidade e o respeito às diferenças, às divergências para se formarem consensos, legítimos apenas quando decorrentes de manifestações livres. Discordâncias são próprias das liberdades individuais. As pessoas divergem, não se tornam por isso inimigas. As pessoas criticam. Não se tornam por isso não gratas. Democracia não é unanimidade. Consenso não é imposição. Daí ali ser expressamente assegurado pela Constituição da República a liberdade de aprender e de ensinar e de divulgar livremente o pensamento, porque sem a manifestação garantida o pensamento é ideia engaiolada. Também o pluralismo de ideias está na base da autonomia universitária como extensão do princípio fundante da democracia brasileira, que é exposta no inc. V do art. 1º da Constituição do Brasil". BRASIL. Ação Direta de Preceito Fundamental - ADPF 548 MC / DF - Distrito Federal - Medida Cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamenta. Relator(a): Min. Carmem Lúcia. Julgamento: 27/10/2018.*

¹⁷ Veja artigo, nesta obra, intitulado "A discricionariedade do chefe do executivo na escolha do dirigente de uma unidade educacional", de Renato Nogueira de Souza Rodrigues.

¹⁸ A autonomia da universitária assegurando a discricionariedade de dispor ou propor (legislativamente) sobre sua estrutura e funcionamento administrativo, bem como sobre suas atividades pedagógicas.

de seus atos, ou ambos, sempre para realizar a boa administração nas atividades de magistério¹⁹. Essa liberdade conferida ao administrador sobre limitações a aplicabilidade da discricionariedade que somente será legítima se exercida em conformidade com as regras, e sobre elas, com os exigentes princípios a Constituição²⁰.

O exercício e margem de livre apreciação²¹ dos conceitos jurídicos indeterminados têm sempre de estar orientados pelo objetivo de realização do fim previsto pela norma, que confere a autonomia específica²². Nesse sentido o Professor ou docente deve servir-se dos instrumentos colocados a seu alcance com a finalidade única de fazer a melhor administração possível sob enfoque dos interesses públicos, vez que toda atuação administrativa está submetida à lei e ao Direito²³.

Nesse sentido importante destacar pode-se dizer que a discricionariedade deve ser outorgada explicitamente e a apreciatividade é informal, pois não está explicitamente escrita em uma norma ou está presente quando esta utiliza uma linguagem vaga e as opções são implícitas. A adequada valoração das circunstâncias, dados e, se possível, antecedentes antes da tomada de sua decisão, podendo inclusive atuar, em casos de

¹⁹ “Art. 2º Para os efeitos deste Estatuto, entendem-se como atividades de magistério superior aquelas que pertinentes ao sistema indissociável do ensino e pesquisa, se exerçam nas universidades e estabelecimentos isolados em nível superior, para fins de transmissão e ampliação do saber”. (BRASIL, 1965)

²⁰ SADDY, André. Atividade apreciativa da administração pública: uma nova visão sobre a discricionariedade administrativa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 277, p. 139-168, set./dez. 2018, p. 23.

²¹ Segundo André Saddy, ao esclarecer o conceito de discricionariedade administrativa é explicado que: *“podem-se extrair três elementos essenciais – próprios do instituto: (i) volitivo, já que é a margem de liberdade, autonomia ou volição para eleger entre atuar ou não e, elegendo por atuar, qual consequência da norma adotar entre disposições oferecidas alternativa e/ou disjuntiva mente; (ii) subjetivo, pois somente à Administração Pública (ente, órgão ou agente) se confere tal margem; e (iii) formal, derivado de uma atribuição voluntária, intencional e expressa do legislador, resultado consciente de uma concessão, remissão ou delegação que o legislador faz em favor de uma autoridade determinada por meio unicamente da norma jurídica, principalmente a lei em sentido estrito”*. SADDY, André. Elementos essenciais da definição de discricionariedade administrativa. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, Rio de Janeiro, maio-agosto 2015.

²² SADDY, André. Limites à tomada de Decisão e Controle Judicial da Administração Pública. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 15.

²³ SADDY, André. Op. Cit, p. 52.

imediatez ou urgência, pelo simples motivo de que é capacitado pelo Estado para tanto. Essa margem de manobra do professor ou apreciatividade, faz com que sua atuação seja como um verdadeiro, agente de campo ou da rua (*street level bureaucrats*)²⁴.

A autonomia universitária²⁵ permite a definição dos currículos de seus cursos de graduação que estão limitadas às diretrizes curriculares fixadas pelo Conselho Nacional de Educação, e estes por sua vez são limitadas pelos fundamentos para fins de que seja assegurado o processo nacional de avaliação do rendimento escolar no ensino, em colaboração com os sistemas de ensino, objetivando a definição de prioridades e a melhoria da qualidade do ensino²⁶, os quais se concretizam por Regulamento ou Regimento Internos²⁷.

Neste sentido, o professor/docente é incumbidos de participar da elaboração da proposta pedagógica do estabelecimento de ensino, elaborar um plano de trabalho, zelar pela aprendizagem dos alunos, estabelecer estratégias de recuperação para alunos de menor rendimento, além de ministrar os dias letivos e horas estabelecidos, além de participar integralmente dos períodos dedicados ao planejamento, à avaliação e ao desenvolvimento profissional, ao colaborar as atividades de articulação da escola com as família e a comunidade²⁸.

O questionamento sobre as autonomias e subjetividades entres as diversas formas de avaliação dos professores, pode ser ilustrado quando das avaliações somativas que são usadas para avaliar o resultado da instrução, e

²⁴ SADDY, André. Idem, p.41.

²⁵ Veja artigo, nesta obra, intitulado “Sobre autonomia universitária”, de Mariana Cristina Monteiro Milani Rodrigues.

²⁶ Veja artigo, nesta obra, intitulado “Conteúdo, titularidade e alcance da liberdade de ensinar (“liberdade de cátedra”) no ensino público, de “André Saddy”.

²⁷ Sobre a elaboração do Regimento Escolar André Saddy esclarece que: “é tarefa complexa e apesar da existência de imperfeições, vez que muitas ações administrativas estão à margem de qualquer regulamentação, nem sempre as fontes habilitadoras descrevem todas as condutas. Mesmo assim, tal atuação se trata de uma atividade administrativa de prestação para atenção direta de interesses públicos para a qual seu executor direto se vê rodeado de “subjetividades”. SADDY, André. Atividade apreciativa da administração pública: uma nova visão sobre a discricionariedade administrativa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 277, p. 139-168, set./dez. 2018, p. 160.

²⁸ Veja artigo, nesta obra, intitulado: “Sobre as subjetividades do professor na seleção dos instrumentos, materiais, na escolha da metodologia de ensino e na abordagem dos conteúdos programáticos em sala de aula”, de Rodrigo Garrido Dias.

assumem o formato de trabalhos, projetos, redações e provas finais²⁹, nesse sentido o professor ao mesmo tempo que atua com limites tem a situação de autoridade e de poder frente ao aluno para fins de proporcionar uma administração eficiente, e de resultado³⁰ e faz parte dessa dinâmica entre aluno, professor e estabelecimentos de ensino³¹.

Não se pode esquecer que os Estabelecimentos de Ensino e os Professores em seu atuar administrativos estão submetidos plenamente à lei e ao Direito. Por que motivo, para bem executar as atividades que lhe são incumbidas, a Administração precisa de meios para organizar, controlar e corrigir suas ações. Surge, portanto, a necessidade de meios hábeis a garantir a regularidade e o bom funcionamento do serviço público, a disciplina de seus subordinados e a adesão às leis e regras dele decorrentes³², nesse sentido a importância da realização do devido processo administrativo³³.

2. Do sistema de avaliação dos professores aos alunos e distribuição de notas em provas em exames

O professor é a voz da Administração que por meio de sua particular convicção em face concreta é relevante para o Direito. Para isto, o início das atividades de avaliação do professor, por meio de suas diferentes formas de atuação administrativa, manifestadas em uma liberdade de conformação ou configuração, da clássica discricionariedade, as margens de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, materializa o que se denomina apreciatividade³⁴.

²⁹ Russell, Michael K.; Airasian, Peter W. Avaliação em sala de aula: conceitos e aplicações. 7. ed. Nova York: MC Graw Hill Education, 2014, p. 120.

³⁰ SADDY, André. Limites à tomada de Decisão e Controle Judicial da Administração Pública. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016, p. 27.

³¹ Sobre o tema André Saddy esclarece que: "A apreciatividade não é contida apenas pela dinâmica interna da entidade do decisor, mas, também, pelas instituições superiores e acima dessas no contexto organizacional" SADDY, André. Limites à tomada de Decisão e Controle Judicial da Administração Pública. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016, p. 45.

³² CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Manual de processo administrativo disciplinar. Brasília: Corregedoria-Geral da União, 2019, p. 11.

³³ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 830.

³⁴ Sobre o tema André Saddy, esclarece que: "*Além da atribuição vinculada que caracteriza certas atuações administrativas, também, existe uma liberdade de conformação ou*

Ao fazer parte do sistema de educação brasileiro³⁵ e por isto de um sistema educacional em que são acolhidos pela legislação nacional de educação, de forma a funcionarem de forma independente e ao mesmo tempo integradas. Por serem integradas, todos respondem às normas emitidas pelo Ministério da Educação, para fazerem jus ao reconhecimento amplo de seus respectivos títulos acadêmicos³⁶ que possuem como foco aprendizagem^{37 38}.

configuração, a clássica discricionariedade, as margens de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados e o que se pretende denominar apreciatividade. A diferença encontrar-se-á na forma de atuação para o exercício das diferentes funções administrativas. Mas, por que o termo apreciatividade? Ideia é evitar uma contradição com os outros institutos, como se perceberá ao diferenciar-se a discricionariedade do que se denomina aqui de apreciatividade. O termo é uma palavra nova e que deriva do termo apreciação, que significação ou efeito de apreciar, ou seja, de reconhecer e estimar o mérito de algo realizando uma análise mediante a estimação do valor do objeto, obra ou fato". SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 1.

³⁵ O Sistema educacional brasileiro é regulado pela a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, e além dele existem, ainda, mais três sistemas específicos regidos igualmente por Norma legal: a Lei de Ensino no Exército, a Lei de Ensino na Marinha e a Lei de Ensino na Aeronáutica, todas elas autônomas e reconhecidas entre si.

³⁶ A Lei de Diretrizes Básica, ainda, reconhece os sistemas educacionais militares e acolhe a titulação por eles emitida, desde que observem o cumprimento dos requisitos exigidos para o funcionamento das instituições de ensino das esferas federal, estadual e municipal.

³⁷ Segundo Cristia Rosilneire ao fazer referente a Piaget: *"a estrutura sua explicação do desenvolvimento cognitivo e afetivo fundado na ação impulsionada por um motivo, que se traduz sempre sob a forma de uma necessidade que manifesta uma situação de um desequilíbrio. Aqui, cabe introduzir as noções de Esquema, Assimilação e Acomodação. Os Esquemas são estruturas mentais referentes a um todo organizado, estando relacionados com uma estrutura cognitiva específica. A Assimilação concerne à capacidade de o sujeito incorporar objetos da cognição à sua estrutura cognitiva. A Acomodação concerne ao reajustamento ocorrido na estrutura de modo a poder incorporar o novo objeto. O equilíbrio entre a assimilação e a acomodação recebe o nome de equilíbrio."* CORREA, Cristia Rosineiri Gonçalves Lopes. A relação entre desenvolvimento humano e aprendizagem: perspectivas teóricas. Psicologia Escolar Educacional, Maringá, v. 21, n. 3, p. 380, 2017.

³⁸ Segundo Joângela Silva ao fazer referência a Vygotsy *"... a ideia de aprendizado está na relação do sujeito com o seu meio, destacando nesta perspectiva como as questões culturais, sociais e históricas agem diretamente na aprendizagem do sujeito e de que forma ele internaliza os valores, as ideias, as atitudes e as práticas do meio em que está inserido. Nesse sentido, a mediação é uma ação importante para a aprendizagem do indivíduo, pois considera que este só se desenvolve em relação ao ambiente cultural em que vive com o suporte de outros. Portanto, conforme supracitado, o aprendizado se dá por intermédio da interação social."* SILVA, Joângela. Dificuldades de Aprendizagem em leitura escrita:

A aprendizagem é um mediador que facilita o processo de ensino-aprendizagem no aluno, disponibilizando ferramentas para aquisição de conhecimento e desenvolvimento das faculdades e desenvolvimento das faculdades intelectuais³⁹, nesse sentido é importante conhecer o sistema de avaliação de ensino realizado pelo professor se concretiza pelas avaliações de planejamento, avaliações formativas de distintas formas e avaliações somativas⁴⁰

Quando o professor elege ou decide entre atuar ou não e, quando decide, escolher atuar entre uma infinidade de possibilidades, alternativas ou opções a seguir significa que o agente, em caso de colisão com outros bens ou tarefas, pode dar prioridade a mais importante ou urgente e delegar para um segundo plano o que é secundário e pode esperar⁴¹ restará configurada a apreciatividade administrativa.

Nesse sentido a relação professor e aluno que é estreitada ao longo dos duzentos dias de trabalho acadêmico denominado de ano letivo⁴², pelos programas dos cursos e demais componentes curriculares, configuram um

reflexão a partir da teoria da aprendizagem de Vygotsky. Inter Espaço: Revista de Geografia e Interdisciplinaridade. v 3, n 11. 2018. p 172.

³⁹ Segundo José Carlos Libaneo: *“Ante as necessidades educativas presentes, a escola continua sendo lugar de mediação cultural, e a pedagogia, ao viabilizar a educação, constitui-se como prática cultural intencional de produção e internalização de significados para, de certa forma, promover o desenvolvimento cognitivo, afetivo e moral dos indivíduos. O modus faciendi dessa mediação cultural, pelo trabalho dos professores, é o provimento aos alunos dos meios de aquisição de conceitos científicos e de desenvolvimento das capacidades cognitivas e operativas, dois elementos da aprendizagem escolar interligados e indissociáveis.”* (LIBANEO, José Carlos. A didática e a aprendizagem do pensar e do aprender: a teoria histórico-cultural da atividade e a contribuição de Vasili Davydov. Revista Brasileira Educacional, Rio de Janeiro, n. 27, p. 5. 2004)

⁴⁰ RUSSELL, Michael K.; AIRASIAN, Peter W. Avaliação em sala de aula: conceitos e aplicações. 7. ed. Nova York: MC Graw Hill Education, 2014, p. 107.

⁴¹ SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014, p. 281.

⁴² Lei n 9.394, 96, Art. 47: *“Na educação superior, o ano letivo regular, independente do ano civil, tem, no mínimo, duzentos dias de trabalho acadêmico efetivo, excluído o tempo reservado aos exames finais, quando houver. § 1o As instituições informarão aos interessados, antes de cada período letivo, os programas dos cursos e demais componentes curriculares, sua duração, requisitos, qualificação dos professores, recursos disponíveis e critérios de avaliação, obrigando-se a cumprir as respectivas condições, e a publicação deve ser feita, sendo as 3 (três) primeiras formas concomitantemente”*.

processo criativo⁴³ discricionário em que o professor e para atingimento de seu fim busca concretizar a o cumprimento de planos e ensino, os quais são avaliados segundo o desempenho produtivo do professor e de seu crescimento profissional.

Assim, esse processo de coletar, sintetizar e interpretar informações que ajudam na tomada de decisões na sala de aula pelo professores, que coletam informações continuamente para a tomada de decisões sobre a administração e a instrução de sala de aula, a aprendizagem estudantil e o planejamento⁴⁴, abordam exatamente essa apreciatividade ou diferentes alternativas/opções com o objetivo de superar a dita pluralidade⁴⁵ típica do sistema educacional brasileiro.

O professor em suas distintas fases de avaliação em sala de aula, avaliação inicial, avaliação instrucional e avaliação somativa influencia as informações que um precisa para tomada decisão, aplicação de provas, mensurações e análise que irão contribuir para o processo de avaliação⁴⁶⁴⁷ Essa atuação do professor para realizar a avaliação é uma atuação de uma atividade administrativa de prestação para atenção direta de

⁴³ Sobre o tema André Saddy ao esclarecer que: "Uma vez que se sustenta que a margem estabelecida pela norma jurídica em abstrato outorga uma discricionariedade apenas potencial, nada mais sensato que inferir que a margem de liberdade, autonomia ou volição não é absoluta. A ideia de margem está ligada à ideia de espaço que por sua natureza é limitado". SADDY, André. Elementos essenciais da definição de discricionariedade administrativa. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, Rio de Janeiro, maio-agosto 2015, p. 152.

⁴⁴ RUSSELL, Michael K.; AIRASIAN, Peter W. Avaliação em sala de aula: conceitos e aplicações. 7. ed. Nova York: MC Graw Hill Education, 2014, p. 12.

⁴⁵ André Saddy ao fazer referência a John Adair esclarece que: "*Há quem denomina esta fase de processo de decisão (analisar, sintetizar e valorizar), de ordenação, por estar vinculada com a ordenação da pluralidade de alternativas ou opções. Logo, escolher ou decidir é estabelecer uma relação entre as diferentes alternativas/opções com o objetivo de superar dita pluralidade. Resultado da fase de ordenação é, ao menos, uma ação que pode ser caracterizada como aquela que o sujeito seleciona entre o conjunto de alternativas/opções*". SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014, p. 281

⁴⁶ RUSSELL, Michael K.; AIRASIAN, Peter W. Avaliação em sala de aula: conceitos e aplicações. 7. ed. Nova York: MC Graw Hill Education, 2014, p. 13.

⁴⁷ Conceitualmente existem três tipos de avaliação: diagnóstica, formativa e somativa.

interesses públicos para o qual o seu executor direto se vê rodeado de “subjetividades”⁴⁸.

Para ilustrar⁴⁹, as avaliações somativas em regra são efetivadas por meio de provas⁵⁰ que além de fornecer aos professores informações, também podem ser utilizadas para tomar decisões sobre o quanto um aluno sabe ou apreendeu como resultado da instrução ou mesmo para uma avaliação formal⁵¹ que fazem parte de um processo de questionamento do o que deve ser avaliado, que tipo de questões devo fazer; qual deve ser o tempo de duração da prova; a prova pode ser criada pelo professor ou devo usar a prova de um livro didático. fazem parte do sistema de avaliação dos professores⁵² aos alunos e irão impactar na distribuição de notas em provas em exames.

No mesmo sentido, ao cumprir ao Regimento Interno das Instituições de Ensino ou atividades burocráticas, o professor concretiza essas subjetividades ou autonomia discricionária ao recomendar ou não a aprovação de um aluno de ser promovido ou colocado em uma seção de honra, indicar alunos para de serviços de educação especial se eles tiverem necessidades especiais⁵³.

Intrínseco ao Regimento Interno encontra-se a organização didático-pedagógica da instituição na qual consta os programas dos cursos e critérios de avaliação, estes inclusive com previsão legal⁵⁴, atendendo o princípio da publicidade dos atos públicos e trazendo no bojo da própria LDB a vinculação da obrigação à Instituição e, concomitantemente, ao professor.

⁴⁸ SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014, p. 280.

⁴⁹ RUSSELL, Michael K.; AIRASIAN, Peter W. Op. Cit, p. 108.

⁵⁰ Idem, p. 108.

⁵¹ Idem, p. 120.

⁵² Sobre o tema Michael K. Russell e Peter W. Airasian ao fazer referência a Joint Divisor Comitê orienta: “aos professores que tanto as provas dos livros didáticos quanto as provas dos professores devem: 1. relacionar claramente ou objetivos da instrução; 2. incluir perguntas suficientes para avaliar todo ou maioria dos objetivos, e usar os métodos de avaliação adequados às origens e experiência anteriores dos alunos”. RUSSELL, Michael K.; AIRASIAN, Peter W. Avaliação em sala de aula: conceitos e aplicações. 7. ed. Nova York: MC Graw Hill Education, 2014, p. 120.

⁵³ RUSSELL, Michael K.; AIRASIAN, Peter W. Op. Cit, p. 121.

⁵⁴ Veja artigo, nesta obra, intitulado “A liberdade de conformação na fixação do conteúdo curricular mínimo da educação básica”, de Carlos André Coutinho Teles e Flávio Luiz de Aguiar Lôbo.

Importante salientar que para fins de cumprimento dos objetivos inerente ao ensino ao Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior - Sinaes⁵⁵ analisa as instituições, os cursos e o desempenho dos estudantes ao levar consideração aspectos como ensino, pesquisa, extensão, responsabilidade social, gestão da instituição e corpo docente, ao reunir as informações dos Exames Nacionais de Desempenho de Estudantes (Enade) e das avaliações institucionais e dos cursos⁵⁶.

Forço concluir que o verdadeiro desafio do professor, das Instituições de Ensino como também da sociedade moderna é encontrar o equilíbrio justo entre a discricionariedade e o império do Direito⁵⁷, vez que a subjetividade ou autonomia pública em suas diferentes formas reside em todos os níveis de organização administrativa, desde o mais alto escalão até o mais baixo agente de campo, este último caso se aplica ao professor⁵⁸.

⁵⁵ BRASIL, Lei n. 10.861, de 14 de abril de 2004, Art. 1 § 1º O SINAES tem por finalidades a melhoria da qualidade da educação superior, a orientação da expansão da sua oferta, o aumento permanente da sua eficácia institucional e efetividade acadêmica e social e, especialmente, a promoção do aprofundamento dos compromissos e responsabilidades sociais das instituições de educação superior, por meio da valorização de sua missão pública, da promoção dos valores democráticos, do respeito à diferença e à diversidade, da afirmação da autonomia e da identidade institucional.

⁵⁶ BRASIL, Ministério da Educação - MEC. Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (Sinaes). Brasília, 2020. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/component/content/270-programas-e-aco-es-1921564125/sinaes-2075672111/12303-sistema-nacional-de-avaliacao-da-educacao-superior-sinaes>. Acesso em: 17 abr. 2020.

⁵⁷ Sobre o tema André Saddy esclarece que: *"O desafio da sociedade moderna é encontrar o equilíbrio justo entre a necessária discricionariedade e o império do Direito, um excesso de discricionariedade leva a uma reação legalista e à inversa; um excesso de normas-regra provoca, ao final, um incremento da discricionariedade"*. SADDY, André. Elementos essenciais da definição de discricionariedade administrativa. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, Rio de Janeiro, maio-agosto 2015, p. 152.

⁵⁸ Sobre o tema André Saddy ao fazer referência a Michael K. Brown esclarece que: "há três tipos distintos de tomadores de decisões: a elite da Administração (administrative elites), que possui ampla liberdade de decisão e está extremamente influenciada pelas restrições políticas, ambientais e organizacionais e em condições de estruturar e manipular as restrições da organização, ainda que a capacidade para fazê-lo possa ser limitada, segundo o caso, pelo poder dos subordinados; os diretores e supervisores (managers and supervisors), que possuem uma liberdade de decisão limitada e estão quase totalmente influenciados pelas restrições organizacionais, no entanto, a aplicação e eficácia dos controles administrativos dependerão de suas decisões; e os agentes de campo ou das ruas (street-level bureaucrats), que possuem ampla liberdade de decisão em muitos casos, sendo sua atitude dependente do alcance de suas

3. Estudo da discricionariedade do professor no ensino superior do Estado do Rio de Janeiro

Para fins de entendimento das margens de discricionariedade do professor para fins de atribuição aos alunos de distribuição de provas em exames foi realizado um estudo limitando-se aos Regimentos Internos e Regulamentos dos Estabelecimento de Ensino Superior Público (Federais e Estaduais) e privados (sem fins lucrativos) no Município do Rio de Janeiro. Para tanto foi utilizada como base empírica o Cadastro Nacional de Cursos e Instituições de Educação Superior Cadastro e-MEC.

Algumas Instituições de Ensino Superior não foram avaliadas tendo em vista a inexistência de Regulamento ou Regimento Internos na página institucional, são elas: Centro de Ensino e Pesquisa Pró-cárdiaco - PROCEP, Faculdade de Engenharia Souza Marques - FESM, Faculdade de Educação Tecnológica do Estado do Rio de Janeiro - FAETERJ, Faculdade de Ciências Contábeis e de Administração de Empresas - FCCAE, Faculdade CAL de Artes Cênicas, Faculdade Geremário Dantas - SFNSC, Faculdade IDOR de Ciências Médicas - Faculdade Idor, Faculdade Mercúrio - FAMERC, Faculdade Pinheiro Guimarães, Faculdade Integradas Campo-Grandenses - FIC, Faculdade Integradas de Jacarepaguá - FIJ, Faculdade Integradas Silva e Souza - FAU, Faculdades Reunidas da ASCE - FRASCE, Instituto Superior de Educação da Zona Oeste - ISE Zona Oeste, Instituto Superior de Informática - ISI, Instituto Superior do Ministério Público - ISMP.

Utilizando o mesmo critério também não foram avaliadas as Instituições de Ensino Superior que apesar de apresentarem Normas Acadêmicas, a exemplo, manual do docentes/professores, manuais dos alunos e/ou normas acadêmicas que apresentam as orientações a alunos e discentes, não apresentaram na página institucional o Regimento Interno ou Regulamento, sobre as autonomias públicas e subjetividades, são as Instituições de Ensino Superior: Faculdade Mercúrio - FAMERC, Faculdade Pinheiro Guimarães - FAPG, Faculdades Integradas Hélio Alonso - FACHA,

responsabilidades, tarefas e do impacto das restrições da organização, além de estar influenciados pelas restrições organizativas e ambientais". SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 312.

Universidade Cândido Mendes – UCAM e Pontifícia Universidade Católica – PUC.

Desta forma, após linha de corte o estudo se limitou as seguintes Instituições de Ensino Superior:

Tabela 1 - Instituições de Ensino Superior - Município do Rio de Janeiro

Nome da Instituição	Sigla
Centro de Estudos de Pessoal e Forte Duque de Caxias (CEP)	CEP
Centro Federal de Educação Tecnológica Celso Suckow da Fonseca	CEFET/RJ
Centro Universitário Augusto Motta	UNISUAM
Centro Universitário Celso Lisboa	UCL
Centro Universitário do Estado do Rio de Janeiro	UNIRJ
Centro Universitário Estadual da Zona Oeste	UEZO
Centro Universitário Gama e Souza	-
Centro Universitário São José	UNISJ
Centro Universitário Uni Carioca	UNICARIOCA
Colégio Pedro II	-
Conservatório Brasileiro de Música - Centro Universitário Brasileiro de Educação	CBM-UniCBE
EPGE Escola Brasileira de Economia e Finanças	FGV EPGE
Escola Brasileira de Administração Pública de Empresas	EBAPE
Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais	EsAO
Escola de Artilharia de Costa e Antiaérea	EsCosAAe
Escola de Ciências Sociais	-
Escola de Comando e Estado-Maior do Exército	ECEME
Escola de Direito do Rio de Janeiro	DIREITO RIO
Escola de Educação Física do Exército	EsEFEx
Escola de Enfermagem da Fundação Técnico Educacional Souza Marques	EEFTESM
Escola de Equitação do Exército	EsEqEx
Escola de Instrução Especializada	EsIE
Escola de Matemática Aplicada	EMAp-FGV

Escola de Medicina Souza Marques Fundação Técnico-Educacional Souza Marques	EMSM
Escola de Saúde do Exército	EsSEx
Escola Nacional de Ciência Estatísticas	ENCE
Escola Superior de Propaganda e Marketing do Rio de Janeiro	ESPM
Escola Superior Nacional de Seguros	ESNS
Faculdade Batista do Rio de Janeiro	FABAT
Faculdade Cesgranrio	FACESGRANRIO
Faculdade CNEC da Ilha do Governador	-
Faculdade de ciências agroambientais	FAGRAM
Faculdade de Tecnologia SENAC RIO	FATEC
Faculdade São Bento do Rio de Janeiro A	FSB/RJ
Faculdade São Camilo	FASC
Faculdade Machado de Assis	FAMA
Faculdade São Judas Tadeu	FSJT
Faculdade SENAI-CETIQT	SENAI-CETIQT
Faculdade SENAI RIO	-
Faculdade Integradas Simonsen	FIS
Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz)	Fiocruz
Instituto de Desenvolvimento Tecnológico da FGV (FGV/IDT)	FGV/IDT
Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro	IFRJ
Instituto Militar de Engenharia)	IME
Instituto Nacional de Educação de Surdos	INES
Instituto Superior de Ciências da Saúde Carlos Chagas	IPGMCC
Instituto Superior de Educação do Rio de Janeiro	ISERJ
Instituto Superior de Educação Pró-Saber	ISEPS
Instituto Superior de Informática	ISI
Instituto Superior do Ministério Público	ISMP
Universidade Castelo Branco	UCB
Universidade do Estado do Rio de Janeiro	UERJ
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro	UNIRIO

Universidade Federal do Rio de Janeiro	UFRJ
Universidade Santa Úrsula	USU
Total	56 (cinquenta e seis)

Fonte: MEC/Inep/DEED – Sinopse Estatística da Educação Superior

Da análise das subjetividades ou autonomias públicas dos professores foram apurados no padrão confronto das dos Regimentos Interno e/ou Regulamento das 56 (cinquenta e seis) Instituições de Ensino contidas na tabela 1 concluiu-se que em regra a avaliação do aproveitamento escolar, é elaborada pelo docente da unidade curricular que deverá estabelecer no início seu início a composição das avaliações.

Foram apresentadas distintas nomenclaturas para estas avaliações: provas, exames, avaliações, sendo esta última a nomenclatura mais utilizada. Em regra, a aferição da graduados de 0 a 10 (zero a dez), admitindo-se notas fracionadas, até a primeira casa decimal. Esse aproveitamento escolar é avaliado através de acompanhamento contínuo do aluno e dos resultados por ele obtidos em prova, exercícios, projetos, relatórios e demais atividades programadas em cada disciplina.

Foi possível constar que maioria dos regimentos internos das Instituições de Ensino Superior não são criteriosos quando ao conteúdo e formato das avaliações deixando esses critérios a cargo do professor da disciplina, vinculando apenas a nota de aprovação, o formato da nota e a quantidade de avaliações somativas para as disciplinas, assim o professor tem liberdade de formulação de questões e austeridade de julgamento⁵⁹.

Entre os tipos de avaliação: diagnóstica⁶⁰, formativa⁶¹ e somativa⁶². Em regra há no mínimo três avaliações do professor ao aluno no ano letivo,

⁵⁹ RIO DE JANEIRO, Regimento Interno da Faculdade Machado de Assis - FAMA, Art. 137. São asseguradas ao professor, na verificação do rendimento escolar e de acordo com a programação específica, liberdade de formulação de questões e austeridade de julgamento, cabendo recurso de suas decisões para a coordenação respectiva.

⁶⁰ Sobre o tema Ana Parreira, Artur & Silva: “é aquela realizada para que o professor identifique o nível de conhecimento imediato do aluno acerca de determinado assunto ou conteúdo educacional. Com isso o professor terá condições de preparar o seu plano de aula para prosseguir no ensino ao discente”. Parreira, Artur & Silva, Ana. A Lógica Complexa da Avaliação. Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas em Educação. 23. p.369. 2015

alguns Instituições indicam três somativas e uma avaliação de recuperação, destinada àquele aluno que não obteve a nota mínima, mas que obteve a frequência regular⁶³, deixando uma razoável margem de conduta para a ação do professor ao avaliar formalmente e formativamente o aluno. Essas avaliações são trabalhos escolares, que englobam as provas escritas, provas orais, seminários, atividades de campo e outros propostos pelos respectivos professores⁶⁴, cabendo em alguns ao aluno a escolha dessas modalidades ao aluno⁶⁵.

As Instituições de Ensino Superior do Sistema de ensino militar⁶⁶ possuem uma maior formalidade quanto a elaboração e correção das avaliações, conforme as normas específicas⁶⁷ emitidas pelo órgão interno de gestão da educação reduzindo a margem de autonomia do professor, porém o mesmo ainda é o detentor do processo avaliativo.

Todos os Instituições de Ensino Superior resguardam o direito de revisão da nota obtida pelo aluno, que após tomar conhecimento das correções feitas pelo professor, em que pese a estipulação desses prazos serem distintas nas Instituições de Ensino Superior.⁶⁸ No caso especial da

⁶¹ Sobre a avaliação formativa D. S. G Forner e C.T. M Trevisol esclarecem que: “No decorrer do processo ensino-aprendizagem o professor pode fazer uso de instrumentos avaliativos para dosar a aprendizagem continuada do aluno. FORNER, D. S. G.; TREVISOL, M. T. C. Significados e Funções da Avaliação da Aprendizagem Escolar. Roteiro, v. 37, n. 2, p. 246, 6 set. 2012.

⁶² Sobre o tema Ana Parreira, Artur & Silva: “A avaliação somativa que é aquela realizada ao término do programa e serve de indicador do processo ensino-aprendizagem. Parreira, Artur & Silva, Ana. (2015). A Lógica Complexa da Avaliação. Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas em Educação. 23. p.370. 2015.

⁶³ Tais como os Regimentos Internos da FGV, Faculdade São José, Uni Carioca, Escola Superior de Propaganda e Marketing - ESPM.

⁶⁴ Vide Regimento Interno da Faculdade São Bento do Rio de Janeiro – FSB/RJ.

⁶⁵ Vide Regimento Interno da Faculdade de Tecnologia SENAC RIO – FAETEC.

⁶⁶ Foram verificadas as Instituições de Ensino Superior do sistema de ensino militar constantes na lista do e-MEC, conforme Tabela 1.

⁶⁷ A Norma para a Avaliação da Aprendizagem, instituída pela portaria n. 147-do Departamento de Ensino, Cultura e Desportos do Exército, de 27 de Junho de 2019, norma comum a todos os Estabelecimentos de Ensino do sistema milita, salvo o Instituto Militar de Engenharia, que possui um Regimento Interno similar às Instituições de Ensino Superior regidas pela LDB.

⁶⁸ Na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, a respeito da avaliação é quanto ao direito de revisão da nota obtida pelo aluno, que após tomar conhecimento das correções feitas pelo professor poderá no prazo de 72 horas após a divulgação das notas solicitar a revisão do grau, devendo justificar o pedido. Tal revisão, à critério do Departamento poderá ser feita por uma

Universidade do Estado do Rio de Janeiro, por regulamentação inclusive indica procedimento específico para denúncias contra alunos matriculados no sistema de cotas para negros e pardos, com instauração de processo administrativo visando a garantir a ampla defesa e contraditório⁶⁹

A frequência mínima do aproveitamento escolar é de 75%, sob pena de reprovação, por não cumprimento dos requisitos objetivos. Este controle, em regra é de responsabilidade do docente/professor, inclusive subjetividades referente a tolerância, por exemplo para chegar atraso ou não em sala de aula. Ressalvam-se alguns casos em que o próprio Regulamento Interno indica regras para aferição da assiduidade do aluno a ser observada inclusive para o professor, tais como tolerância de até 15 minutos de atraso na aula, bem como ausentar-se de sala em igual período para computar a frequência⁷⁰ ou até casos em que é vedado ao professor ou instrutor dispensar o aluno de qualquer trabalho escolar⁷¹.

Outro ponto foi a possibilidade de realização de prova de segunda chamada, em regra as instituições permitem a segunda chamada a qualquer tempo, desde que a falta ou impedimento pelo não comparecimento seja justificado, no entanto há casos em que existem limitações, a exemplo apenas a realização após aproveitamento do primeiro bimestre, ou apenas uma prova substitutiva^{72 73}.

comissão, tendo o professor responsável pela nota aplicada compor a referida comissão, conforme art. 19 da referida Deliberação.

⁶⁹ Vide Ato Executivo sob n. 035/2014, de 11/07/2014, do Reitor da Universidade.

⁷⁰ Veja artigo, nesta obra, intitulado “A subjetividade do professor na seleção dos instrumentos materiais, na escolha da metodologia de ensino e na abordagem dos conteúdos programáticos em sala de aula”, Rodrigo Garrido Dias.

⁷¹ BRASIL, Portaria nº 290 de 5 de maio de 2015 – Regulamento do Instituto Militar de Engenharia (R-182).

⁷² Art. 84 do Regimento Interno da Faculdade SENAI-CETIQ: “Art. 84º Respeitado o limite mínimo de frequência, a verificação da eficiência abrangerá, em cada disciplina: I. assimilação progressiva de conhecimento; II. duas Notas - P1 e P2; ou SA- UC 1 e SA-UC 2 III. prova Substitutiva - P3 ou SA-REC”.

⁷³ Art. 136 do Regimento Interno da Faculdade Machado de Assis – FAMA: “Art. 136. O aluno que deixar de comparecer às avaliações de aproveitamento do primeiro bimestre, nas datas fixadas poderá requerer uma prova substitutiva da avaliação bimestral, de acordo com o calendário escolar, mediante pagamento de taxa respectiva para este fim. Parágrafo único. Não há prova substitutiva do segundo bimestre e do exame final, salvo circunstâncias excepcionais”.

A única Instituição de Ensino Superior em que não existe mais segunda chamada de prova para nenhuma dos graus de qualificação (CQ's) foi a Faculdade de Filosofia Ciência e Letras Souza Marques - FFCLSM, entretanto foi aprovado pelo Colegiado Superior da Instituição, o Exame Especial, também denominado Grau de Qualificação Especial (CGE)⁷⁴, nas demais Instituições de Ensino é permitida a realização da segunda chamada

Conclusão

A partir dos argumentos aqui exposto é possível constar que a discricionariedade do professor se concretiza nesse processo quase que volitivo quando da realização de suas atividades de ensino. O professor, então detentor desta autonomia concedida pelos Regimentos Internos, emprega a apreciatividade⁷⁵, ou seja, critérios subjetivos⁷⁶ para a confecção e correção das avaliações das disciplinas sob sua responsabilidade, empregando o seu conhecimento como especialista, sua experiencia no ensino, emitindo um juízo de valor de acordo com as informações das quais possui⁷⁷. E, ainda os

⁷⁴ Fundação Técnica Educacional Souza Marques - FTESM. Manual do docente. Faculdade Souza Marques. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://souzamarques.br/wp/wp-content/uploads/2017/07/manual-docente-2017.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020.

⁷⁵ Conforme explica Saddy: *“na apreciatividade, o agente público se sujeita a um pressuposto fático, a seu juízo individual, a fim de valorar se encaixa ou não em algumas previsões legais, tendo assim uma liberdade de movimento, dada, principalmente, a natureza imprevisível dos fenômenos da vida real que podem requerer sua intervenção. Tal margem de manobra não costuma vir explicitada nas normas jurídicas que habilitem a competência ou conduta, pois é inerente e natural de algumas funções, estando, portanto, implicitamente atribuída, inferida normalmente de uma interpretação sistemática.”* SADDY, André. Atividade apreciativa da administração pública: uma nova visão sobre a discricionariedade administrativa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 152, nov. 2018

⁷⁶ Segundo Heraldo Marelim Vianna: *“Se a avaliação é interna, com finalidade formativa ou somativa, ninguém melhor do que o próprio professor para avaliar seus alunos, tendo em vista que foi ele quem estabeleceu objetivos, usou estratégias para conseguir o máximo de aprendizagem e orientou o aluno ao longo do processo instrucional.”* VIANNA, Heraldo Marelim. Estadual Avaliação Educacional, São Paulo, v. 25, n. 60, p. 192, n. especial, dez. 2014.

⁷⁷ Segundo Vianna Heraldo Marelim Vianna: *“A avaliação, para alguns, é um processo assistemático baseado na opinião de um especialista, é um julgamento emitido por um profissional. São comuns, na área educacional, “avaliações” informais para a tomada de*

critérios objetivos ao verificar o arcabouço legal e infralegal, composto pelas legislações educacionais, normas do Ministério da Educação, normas internas da Instituição de Ensino a qual pertence, tais como Plano de Desenvolvimento Institucional, Regimento Interno.

No Brasil a avaliação encontra escopo na Lei de Diretrizes e Bases da Educação⁷⁸, que estabelece diversas características para a avaliação do aprendizado, tais como caráter progressista, e possibilitar avanço no nível escolar, além de eleger tal instrumento como medida de desempenho da aprendizagem do aluno no Ensino Superior⁷⁹.

Nesse sentido a avaliação da aprendizagem trabalha como uma verdadeira ferramenta de ensino, ao possibilitar o professor mensurar o grau de desenvolvimento do aluno naquele processo de ensino. Afinal, o foco da aprendizagem é mais do que a apreensão de conhecimento, mas sim um processo complexo de desenvolvimento cognitivo frente a algo novo, seja uma situação ou mesmo conteúdo educacional.

Do estudo dos regulamentos foi possível apurar que as Instituições de Ensino Superior, por meio dos seus Regimentos Internos, delegam autonomia ao professor no processo de avaliação do aluno. Existem algumas divergências quanto as nomenclaturas utilizadas para esta avaliação, ou mesmo quando das questões que envolvem a possibilidade ou não da realização de segunda chamada de provas, no entanto, o que restou comprovado é que o professor detém de legitimidade para ser o condutor do processo ensino-aprendizagem.

certas decisões. Um livro é adotado em vez de outro, uma metodologia de ensino é empregada em substituição à outra, apenas com base em avaliações assistemáticas e impressionistas. A chamada “avaliação”, nesses casos, limita-se a uma escolha, com base em percepções, da que seria a melhor alternativa. É, pois, uma simples opção, sem fundamento científico. A avaliação, ao contrário, decorre de um esforço sistemático para definição de critérios, em função dos quais se coletam informações precisas para julgar o valor de cada alternativa apresentada. Avaliar é, assim, emitir um julgamento de valor sobre a característica focalizada, podendo esse valor basear-se parcial, mas não exclusivamente, em dados quantitativos.” VIANNA, Heraldo Marelím. Estudo Avaliação Educacional, São Paulo, v. 25, n. 60, p. 180, n. especial, dez. 2014

⁷⁸ Veja artigo, nesta obra, intitulado “As subjetividades nos exames de avaliação de escola (IDEB)”, de Tatiana S. Ribeiro Strauch.

⁷⁹ Art. 86, do Decreto n 9.235/17: “Os exames e as avaliações de estudantes de cursos de graduação aferem os desempenhos em relação às habilidades e às competências desenvolvidas ao longo de sua formação na graduação.”

Convém lembrar que o professor conhece os seus alunos, possui preparação adequada, aplica as legislações e regulamentos de ensino, realiza o planejamento e a aplicação das sessões de aula conforme as diretrizes escolares e superiores e elabora as avaliações com vistas a serem aplicadas aos alunos.

Nesse sentido a aplicação de eventuais subjetividades seja na correção dessas avaliações fazem adequação do processo de ensino-aprendizagem que emprega os objetivos pedagógicos contidos nos planos escolares, gabarito da avaliação, conhecimento do professor e conhecimento por parte do professor da capacidade do aluno.

Por fim, importante destacar que a aplicabilidade da discricionariedade e do direito no âmbito educacional é um desafio quando diante das subjetividades ou autonomias públicas inerentes aos agentes que fazem parte do sistema de ensino brasileiro, nesse sentido se extrapola a esfera de ensino, vez que esse desafio se insere também no direito administrativo contemporâneo, no entanto faz parte da sociedade moderna.

Referências

ALVES, Felipe Dalegonare. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e a possibilidade de controle jurisdicional. 1. ed. São Paulo: Perse, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998.

_____. Câmara de educação superior do conselho nacional de educação. Diretrizes Curriculares Nacionais para o curso de graduação em Teologia. www.faecad.com.br. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <http://faecad.com.br/assets/resolucao-cne-ces--setembro-de-2016--mec.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2020.

_____. Controladoria-Geral da União - CGU. Manual de processo administrativo disciplinar. Brasília: Corregedoria-Geral da União, 2019.

_____. Ministério da educação - MEC. Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (Sinaes). <http://portal.mec.gov.br/>. Brasília, 2020. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/component/content/270-programas-e-acoes-1921564125/sinaes-2075672111/12303-sistema-nacional-de-avaliacao-da-educacao-superior-sinaes>. Acesso em: 17 abr. 2020.

_____.Ministro de Estado da Educação. Decreto n. 6.320, de 08 de abril de 2009. Diário Oficial da União. Brasília, 08 de abril de 2009. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=216650>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____.Ministério de Estado de Saúde. Portaria n. 2.376/GM, de 15 de dezembro de 2003. Diário Oficial da União. Brasília, 15 de dezembro de 2003. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/Regimento%20Interno%20Fiocruz%20-%202003%20-%20MS.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____.Presidência da República. Lei n. 10.861, de 14 de abril de 2004. Diário Oficial da União. Brasília, 14 de abril de 2004.

_____.Presidência da República. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 20 de dezembro de 1996.

_____.Portaria n 290 de 5 de maio de 2015 – Regulamento do Instituto Militar de Engenharia (R-182).

_____.Tribunal Regional Federal da. Tribunal Regional Federal da 5ª Região – TRF-5. AMS Nº 89263/PE. Relator: Des. Fed. Francisco Hildo. Julgamento em 03 de maio 2005. Diário Oficial da União. Pernambuco, 03 de maio 2005. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discrecionariiedade e controle jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CORREA, Crístia Rosineiri Gonçalves Lopes. A relação entre desenvolvimento humano e aprendizagem: perspectivas teóricas. Psicologia Escolar Educacional, Maringa, v. 21, n. 3, p. 379-386, Dec. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-85572017000300379&lng=en&nrm=iso. acesso em 11 mar. 2020. <https://doi.org/10.1590/2175-3539201702131117>.

FORNER, D. S. G.; TREVISOL, M. T. C. Significados e Funções da Avaliação de Aprendizagem Escolar. Roteiro, v. 37, n. 2, p. 243-264, 6 set. 2012.

KUBO, Olga Mitsue; BOTOMÉ, Sílvia Paulo. Ensino-aprendizagem: uma interação entre dois processos comportamentais. Interação em Psicologia, Curitiba, v. 5, dec. 2001. ISSN 1981-8076. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/psicologia/article/view/3321/2665>. Acesso em: 11 mar. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/psi.v5i1.3321>.

LIBANEO, José Carlos. A didática e a aprendizagem do pensar e do aprender: a teoria histórico-cultural da atividade e a contribuição de Vasili Davydov. Revista Brasileira Educacional, Rio de Janeiro, n. 27, p. 5-24, Dec. 2004. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782004000300002&lng=en&nrm=iso>. acesso em 10 mar. 2020. <https://doi.org/10.1590/S1413-24782004000300002>.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016

PARREIRA, Artur & SILVA, Ana. A lógica complexa da avaliação. Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas em Educação. n. 23. p.367-388. 2015.

RUSSELL, Michael K.; AIRASIAN, Peter W. Avaliação em sala de aula: conceitos e aplicações. 7. ed. Nova York: Mc Graw Hill Education, 2014.

SADDY, André. Apreciatividade e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____. Discricionariedade e jurisdição constitucional/supranacional. 1. ed. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2017.

_____. Elementos essenciais da definição de discricionariedade administrativa. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, Rio de Janeiro, maio-agosto 2015. Unisinos - doi: 10.4013/rechtd.2015.72.05.

_____. Limites à tomada de decisão e controle judicial da Administração Pública. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SILVA, Joângela. Dificuldades de Aprendizagem em Leitura e Escrita. reflexão a partir da teoria da aprendizagem de Vygotsky. Inter Espaço: Revista de Geografia e Interdisciplinaridade. V.3 p168-186. 2018 ISSN 10.18764/2446-6549.

TOLEDO, Cláudia Mansani Queda de et al. Direito à liberdade de cátedra. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. (Tomo: Direito Administrativo e Constitucional).

VIANNA, Heraldo Marelim. Estadual Avaliação Educacional, São Paulo, v. 25, n. 60, p. 178-195, n. especial, dez. 2014.



PUNIÇÕES DISCIPLINARES AOS ALUNOS PELOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO E PODER DISCIPLINAR DO PROFESSOR EM SALA DE AULA

Andrea Drumond de Meireles Seyller

Mestranda em direito na Universidade Candido Mendes - Centro. MBA em direito da economia e da empresa – Fundação Getúlio Vargas. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ). Membro do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). Membro do Grupo de Estudos Estratégicos em Propriedade Intelectual e Inovação para Defesa (GEPID/INPI). andreaseyller@hotmail.com

Jorgina Peixoto Bonifácio

Mestranda em direito na Universidade Candido Mendes - Centro. Membro do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). Membro do Instituto em Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ). jorginabonifacio@gmail.com

Leonardo Ferreira Barbosa da Silva

Mestre em direito pela Universidade Candido Mendes - Centro. Especialista em psicopedagogia. Professor de direito administrativo e coordenador pedagógico da escola de saúde do exército (ESSEX). Membro do instituto em direito administrativo do rio de janeiro (IDARJ). Membro do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). leonardo.lfbs@gmail.com

Sumário: Introdução; 1. Da interação a liberdade de cátedra e as subjetividades e autonomias públicas; 2. Punições disciplinares aos alunos pelos estabelecimentos de ensino; 3. Poder disciplinar do professor em sala de aula; 4. Resultado das Pesquisas; 4.1 Panorama da educação básica brasileira em 2019; 4.2. Da aplicabilidade das punições disciplinares aos alunos pelos Estabelecimentos de Ensino Superior no Estado do Rio de Janeiro; 4.3. Da aplicabilidade do poder disciplinar do professor em sala de aula; Conclusões; Referências.

Introdução

Educar nos estabelecimentos de ensino é um desafio quando diante da missão de conferir um tratamento igualitário a homens e mulheres, em prol do aperfeiçoamento de suas competências, na busca pelo exercício da cidadania e ao preparo para o trabalho¹.

¹ Veja artigo, nesta obra, intitulado “Conteúdo, titularidade e alcance da liberdade de ensinar (“liberdade de cátedra”) no ensino público”, de André Saddy.

Essa atividade é pautada à luz da Constituição da República Federativa do Brasil² ao estabelecer a liberdade ensinar, de aprender, de pesquisar e de divulgar o pensamento, no entanto existem limites a liberdade de cátedra em prol dos parâmetros mínimos para uma educação de qualidade.

Nesse sentido, se de um lado é conferido autonomia acadêmica para decisões aos estabelecimentos de ensino e professores, de outro há limitações por autoridades e normas administrativas. E, nesse ponto e configura a interação entre atividade administrativa e liberdade de cátedra.

A aplicação dessas subjetividades ou autonomias públicas no exercício da liberdade de cátedra é ampla, quando diante de um caráter disciplinar, vez que diferentes as oportunidades, a conveniência e a valoração dos motivos que derem causa a esta ou àquela punição.

Em alguns casos o ato administrativo realizado pode inclusive extrapolar os limites legais ou mesmo se caracteriza por meio de abuso desse direito constitucional. Por exemplo, no caso em Estabelecimento de Ensino que impediu a colação de grau ao aluno por ter praticado trote. No mesmo sentido, o professor que aplica perda de pontos em sala de aula ao aluno decorrente da manifestação de posicionamento político diferente do mestre em sala de aula.

Desta forma o presente artigo tem como objetivo realizar um estudo da forma com que se aplicam essas subjetividades administrativas ou autonomias públicas tanto dos estabelecimentos de ensino aos alunos quanto dos professores aos alunos para tentar responder: como ocorrem as questões administrativas em torno das subjetividades discricionárias ou autonomias públicas na liberdade de cátedra nas Instituições de Ensino Superior no Estado do Rio de Janeiro, nos últimos dez anos, compreendido o período entre janeiro de 2010 a dezembro de 2020.

Não se faz nesse trabalho abordar questões psicopedagógicas ou educacionais. É certo que a origem das punições disciplinares apresenta suas origens no estudo da psicopedagogia, no entanto o presente trabalho limita-se ao estudo das questões administrativas que envolvem essas subjetividades ou autonomias públicas no exercício da liberdade de cátedra.

Nesse contexto o estudo das decisões emanadas pelo Poder Judiciário por ser órgão de controle da atuação administrativa poderá apresentar um

² Veja artigo, nesta obra, intitulado “Sobre autonomia universitária”, de Mariana Cristina Monteiro Milani Rodrigues.

cenário de como são aplicadas essas subjetividades ou autonomias administrativas no âmbito dos Estabelecimentos de Ensino no Estado do Rio de Janeiro³.

Para tanto, mister contextualizar a interação entre a atividade administrativa e a liberdade de cátedra e a ações não deônticas para expor conceitos doutrinários existentes. Pretende-se assim abordar as questões envolvendo as punições disciplinares aos alunos pelos estabelecimentos de ensino superior e o poder disciplinar do professor em sala de aula. Por fim ao serem apresentados dados quantitativos dos Tribunais Brasileiros, se almeja compreender como se procede a liberdade de cátedra nos Estabelecimento de Ensino Superior no Estado do Rio de Janeiro, nos últimos dez anos.

1. Da interação entre liberdade de cátedra e a subjetividade ou autonomia pública

A subjetividade ou autonomia pública⁴ por ações não deônticas é pouco explorado na ciência do direito administrativo⁵. Nesse sentido ao ser assimilado essa interação entre a atividade administrativa e a liberdade de

³ Veja artigo, nesta obra, intitulado “*A liberdade de conformação na fixação do conteúdo curricular mínimo da educação básica*”, de Carlos André Coutinho Teles e Flávio Luiz de Aguiar Lôbo.

⁴ Sobre as chamadas subjetividades ou autonomias pública e suas modalidades André Saddy afirma que: “*As chamadas subjetividades ou autonomia pública do administrador possui diferentes modalidades de margem de liberdade dos órgãos e entes administrativos, os quais, por conseguinte, possuem elementos que a integram sendo os mais estudados a liberdade conformado do legislativo e do governo, a discricionariedade administrativa em sentido técnico-jurídico e a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados*”. SADDY, André. Atividade apreciativa da administração pública: uma nova visão sobre a discricionariedade administrativa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 277, p. 139-168, set./dez. 2018, p. 142.

⁵ Sobre o tema André Saddy esclarece que: “*Tratar de um fenômeno jurídico existente na prática, mas pouco explorado na ciência do direito administrativo – qual seja a subjetividade ou autonomia pública administrativa habilitada por fontes não voluntárias do direito, derivadas do conteúdo do direito, dos defeitos dos sistemas jurídicos e do exercício da própria função do agente, referindo-se normalmente a ações não deônticas, realizadas pelos agentes públicos que atuam em contato direto com o cidadão e com algum caráter imediato ou urgente, bem como de maneira rotineira, regular e cotidiana*” SADDY, André. Atividade apreciativa da administração pública: uma nova visão sobre a discricionariedade administrativa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 277, p. 139-168, set./dez. 2018, p. 142.

cátedra⁶ será fornecida os subsídios para compreender essa liberdade de atuação quando da aplicação das punições disciplinares aos alunos pelos estabelecimentos de ensino e do poder disciplinar do professor em sala de aula.

O julgador escolar ou agente de campo no exercido da liberdade de cátedra tem uma liberdade de manobra⁷ para exercer sua atividade administrativa que na sua apreciação se opera com se tratasse de uma eleição/decisão de um verdadeiro processo volitivo⁸. Se por um lado o texto constitucional no artigo 205 e 206⁹ confere autonomia acadêmica para as

⁶ Sobre o tema Cláudia Mansani Queda Toledo, esclarece que: “*A dúplici dimensão do tema formada pela liberdade de ensinar e pela liberdade de aprender; envolve a abordagem de outros objetos em torno da liberdade de cátedra, expressos nas seguintes perguntas: quem e de que forma ensina para quê se ensina e como se vem aprendendo, perguntas que identificam per si as expressões constitucionais desta dupla face, a de ensinar e aprender e atraem para a sua melhor compreensão o enfrentamento desses temas a fim de alcançar o objetivo de uma aproximação conceitual suficiente*”. TOLEDO, Cláudia Mansani Queda de et al. Direito à liberdade de cátedra. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. (Tomo: Direito Administrativo e Constitucional).

⁷ Sobre o tema André Saddy, ao fazer referência ao Harlow, C e Rawlings, R, afirma que: “*Ainda, entre as diferentes terminologias para denominar o que aqui se pretender chamar de apreciatividade, existe quem a chame de liberdade de manobra “freedom of manœuvre”, para designar qualquer tipo de atuação de eleição livre por parte da administração; “street discretion”, para descrever uma ampla liberdade de decisão dos agentes da rua (street-level bureaucrats); “apprezzamento”, para referir-se aos inevitáveis momento de liberdade pelos quais o administrador passa, para interpretar a norma que a administração tem de aplicar, seja na fixação de fatos que serão pressuposto de sua atuação e para não estenderá mais; “definitions macht” (poder de definição), para, por exemplo, referir-se às decisões feitas na rua para delinear o cumprimento da norma do direito penal*”. SADDY, André. Atividade apreciativa da administração pública: uma nova visão sobre a discricionariedade administrativa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 277, p. 139-168, set./dez. 2018, p. 149.

⁸ Sobre o conceito de apreciatividade, André Saddy esclarece que: “*O fato é que existe uma liberdade de conduta, ou melhor, apreciação que opera como se tratasse de uma eleição/decisão de um verdadeiro processo volitivo. A isso melhor seria denomina-lo apreciatividade*”. SADDY, André. Atividade apreciativa da administração pública: uma nova visão sobre a discricionariedade administrativa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 277, p. 139-168, set./dez. 2018, p. 148.

⁹ Veja artigo, nesta obra, intitulado “Conteúdo, titularidade e alcance da liberdade de ensinar (“liberdade de cátedra”) no ensino público, de André Saddy.

decisões aos estabelecimentos de ensino e professores, bem como autonomia didático-científica as universidades, disposta no artigo 207 da CRFB¹⁰.

De outro existem limitações que são impostas por autoridades administrativas ao exercício dessa liberdade em prol da educação de qualidade, vez que tem o dever de fiscalizar e impor sanções disciplinares aos alunos. Nesse sentido, devem ser observado o princípio do contraditório, da ampla defesa, da legalidade e do devido processo legal, considerando o Estado de Direito e as garantias constitucionais¹¹, com a previsão da apuração e julgamento das transgressões disciplinares escolares, bem como a graduação das sanções, dentro da razoabilidade e da proporcionalidade. Inicialmente supõe-se que para isso seja aplicado dois critérios: o objetivo e o subjetivo.

O critério objetivo é fundamentado no Regimento Escolar ou documento correspondente onde existe o direito positivo, definindo administrativamente quais são as ações consideradas transgressões disciplinares por parte do discente. E, estão inseridos no campo do direito administrativo, por tratar-se de causa e efeito envolvendo a disciplina no ambiente escolar, afastando-se do campo criminal, sujeito a outra apreciação, competência e jurisdição¹².

A elaboração do Regimento Escolar e ou Regimento Interno é tarefa complexa e apesar da existência de imperfeições, vez que muitas ações administrativas estão à margem de qualquer regulamentação, nem sempre as fontes habilitadoras descrevem todas as condutas. Mesmo assim, tal atuação se trata de uma atividade administrativa de prestação para atenção direta de interesses públicos para a qual seu executor direto se vê rodeado de “subjetividades”¹³.

¹⁰ Veja artigo, nesta obra, intitulado “Autonomia Universitária”, de Mariana Cristina Monteiro Milani Rodrigues.

¹¹ Veja artigo, nesta obra, intitulado “Subjetividade do professor na seleção dos instrumentos materiais, na escolha da metodologia de ensino e na abordagem dos conteúdos programáticos sem sala de aula, de Rodrigo Garrido Dias.

¹² Nesse caso, quando há extrapolação da transgressão disciplinar escolar e aproximação do crime ou ato infracional a competência é da polícia e do Estado-Juiz. (N.A.)

¹³ SADDY, André. Atividade apreciativa da administração pública: uma nova visão sobre a discricionariedade administrativa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 277, p. 139-168, set./dez. 2018, p. 160.

O critério subjetivo é definido pela interpretação do julgador e está relacionado intimamente com este, fruto da sua subjetividade¹⁴¹⁵ que podem definir a capacidade do julgador apreciar as ações discentes e de forma discricionária, julgar, empregando aspectos particulares e intrínsecos de sua pessoa relacionados ao feito do aluno.

Um dos casos mais emblemáticos na atualidade sobre a liberdade de cátedra, diz respeito à ADPF nº 548, que teve como objetivo de “evitar e reparar lesão a” preceitos fundamentais resultantes de atos do Poder Público tendente a executar ou autorizar buscas e apreensões, assim como proibir o ingresso e interrupção de aulas, palestras, debates ou atos congêneres e promover a inquirição de docentes, discentes e de outros cidadãos que estejam em local definido como universidade pública ou privado.

Na decisão sobre o caso a Ministra Relatora Carmem Lúcia ao fazer referência aos incs. II, III do art. 206 e 207 da Constituição do Brasil, se manifestou sobre a liberdade de cátedra ao afirmar que:

[...] 13. As normas constitucionais acima transcritas harmonizam-se, como de outra forma não seria, com os direitos às liberdades de expressão do pensamento, de informar-se, de informar e de ser informado, constitucionalmente assegurados, para o que o ensino e a aprendizagem conjugam-se

¹⁴ Para Gonzales-Rey subjetividade é “um sistema complexo e plurideterminado que sofre transformações decorrentes do próprio curso da sociedade e das pessoas que a constituem dentro do contínuo movimento das complexas redes de relações que caracterizam o desenvolvimento social”. GONZÁLEZ-REY, Fernando. Sujeito e subjetividade. São Paulo: Thomson, 2003.

¹⁵ Sobre o tema Leila Domingues Machado esclarece que: “A noção de subjetividade que colocamos em discussão não está referida às concepções de identidade ou de personalidade, ou seja, não se trata de uma palavra mais atual para dizer a mesma coisa. Trabalharemos a partir de uma ideia de subjetividade que vem questionar a presença de uma interioridade em separado de uma exterioridade, tais como as polarizações clássicas: sujeito e objeto, consciência e mundo, corpo e alma ou individual e social. Pois mesmo que a separação entre o polo interior e o polo exterior conceba uma relação entre ambos, ainda há a manutenção de um dualismo que pressupõe a determinação de um polo sobre o outro. Concepção que utiliza a referência de causa e efeito e atualiza a perspectiva metafísica ao localizar em um dos pólos o lugar da verdade”. MACHADO, Leila Domingues. Subjetividades Contemporâneas. In BARROS, Maria Elizabeth B. de. Psicologia. Questões contemporâneas. EDUFES. 1999, p.199-229.

assegurando espaços de libertação da pessoa, a partir de ideias e compreensões do mundo convindas ou desavindas e que se expõem para convencer ou simplesmente como exposição do entendimento de cada qual.

A autonomia é o espaço de discricionariedade deixado constitucionalmente à atuação normativa infra legal de cada universidade para o excelente desempenho de suas funções constitucionais. Reitere-se: universidades são espaços de liberdade e de libertação pessoal e política. Seu título indica a pluralidade e o respeito às diferenças, às divergências para se formarem consensos, legítimos apenas quando decorrentes de manifestações livres. Discordâncias são próprias das liberdades individuais. As pessoas divergem não se tornam por isso inimigas. As pessoas criticam. Não se tornam por isso não gratas. Democracia não é unanimidade. Consenso não é imposição.

Daí ali ser expressamente assegurado pela Constituição da República à liberdade de aprender e de ensinar e de divulgar livremente o pensamento, porque sem a manifestação garantida o pensamento é ideia engaiolada.

Também o pluralismo de ideias está na base da autonomia universitária como extensão do princípio fundante da democracia brasileira, que é exposta no inc. V do art. 1º. da Constituição do Brasil. (...) ¹⁶.

Desta forma, no exercício da discricionariedade sempre existem elementos que vêm determinados pela norma; elementos que estão vinculados, a respeito dos quais a Administração não teria poder de decisão. Assim ocorre, normalmente, com os seguintes elementos: competência, forma

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF 548 MC / DF - Distrito Federal. Relator (a): Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 27/10/2018.

e fim de ato administrativo E, ainda além dos requisitos do ato administrativo prometido, requisitos particulares que derivam de suas especificidades próprias¹⁷.

2. Punições disciplinares aos alunos pelos estabelecimentos de ensino

Em suas origens históricas, a hierarquia e a disciplina fazem alusão aos tempos do império, em Portugal, na Carta a El-Rei¹⁸ ao descrever que a nobreza do homem estaria ombreando a esquerda à coragem a direita a disciplina. Esses controles inicialmente inseridos no âmbito militar foram aos poucos aperfeiçoados na história e assim o conceito de disciplina¹⁹. O mesmo ocorreu no Brasil²⁰, onde as transgressões escolares foram observadas e sofreram diversas formas de abordagens e práticas para solucioná-las²¹.

¹⁷ Sobre o tema André Saddy esclarece que: “*Além dos princípios gerais do direito administrativos, limitam a discricionariedade e a apreciatividade outros princípios relacionados com: (...) procedimento administrativo (contraditória e ampla defesa, motivação, informalidade, verdade real ou realidade, razoabilidade, proporcionalidade, oficialidade, segurança jurídica, gratuidade)*”. SADDY, André. Limites à tomada de decisão e controle judicial da administração pública. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p, 178.

¹⁸ PORTUGAL. Exército Português. Estado Maior do Exército. Revista do Exército. Ano XLIX, nº 578, novembro de 2008. Lisboa. 2008.

¹⁹ Segundo Foucault o conceito de disciplina “*importa estabelecer as presenças e as ausências, saber onde e como encontrar os indivíduos, instaurar as comunicações úteis, interromper as outras, poder a cada instante vigiar o comportamento de cada uma, apreciá-lo, sancioná-lo, mediar às qualidades ou méritos. Procedimento, por tanto, para conhecer, dominar e utilizar. A disciplina organiza um espaço analítico*”. FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987, p. 30.

²⁰ No contexto moderno sua apreciação é conduzida com um olhar pedagógico e humanizado.

²¹ Segundo Maria Elizete Guimarães: “*O ambiente escolar, historicamente, foi espaço de aplicação de castigos corporais, uma prática educativa comum a que recorriam os missionários/educadores desde os tempos coloniais. As ordens religiosas oriundas da Europa que se estabeleciam no Brasil, em especial, jesuítas e franciscanos, aplicavam os castigos físicos, da mesma forma que aplicavam nas escolas que mantinham na Metrópole. O entendimento dos jesuítas era o de que não se poderia conceber disciplina sem obediência. Nesse sentido, e com fundamento no cenário de dominação que se instituía, o controle e disciplinamento da população escolar eram legítimos porque se inspiravam em regulamentações e políticas educacionais, exemplificadas na época pelo plano de estudos jesuítico e pela própria prática cotidiana de controle da população colonizada*”. CARVALHO, Maria Elizete Guimarães et al. Dos castigos escolares à construção de sujeitos de direito: Contribuições de políticas de direitos humanos para uma cultura da paz nas

Esses reflexos históricos se encontram muita das vezes arraigados no direito administrativo, em especial no direito disciplinar, vez que essa liberdade de escolha cabe à autoridade disciplinar, dentro da legislação vigente ao executar a prática do ato disciplinar. O texto constitucional concede ao Poder Público competência para a aplicação par atingir sua finalidade precípua, a fim de tutelar os interesses públicos e particulares²².

Esses atos administrativos no âmbito do ensino são punitivos ao conter uma sanção imposta pela Administração àqueles que infringem disposições regulamentares com o fito de punir ou reprimir as infrações administrativas²³ ou a conduta irregular dos servidores ou no presente caso dos alunos perante o Estabelecimento de Ensino. Se por um lado a punição administrativa é vinculada a forma legal que estabelece os atos administrados, de outro lado é de caráter disciplinar e discricionário quanto à oportunidade, conveniência e valoração dos motivos que a ensejam.

Os Estabelecimentos de Ensino do Ensino Superior por seus regulamento ou regimentos no exercício da liberdade de conformação, da discricionariedade, da apreciatividade ou da margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados de forma comedida, equilibrada e razoável. Não podendo a Administração permitir a proliferação de atos arbitrários, imorais, injustos, contrários aos interesses públicos e violadores das regras de boa administração, resultado e eficiência²⁴. Assim, em regra, utiliza-se o processo administrativo²⁵ disciplinar ou equivalente para apurar

Instituições Educativas. Ensaio: Avaliação Políticas Públicas Educacionais, Rio de Janeiro, v.27, n.102, p. 24-46, jan./mar. 2019.”

²² ALMEIDA, Fabrício Bolzan. Manual de direito administrativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 74.

²³ Sobre o tema Hely Lopes Meireles, esclarece que: “*A punição administrativa ou disciplinar não depende de processo civil ou criminal a que se sujeite também o servidor pela mesma falta, nem obriga a Administração a aguardar o desfecho dos demais processos, nem mesmo em face da presunção constitucional de não culpabilidade. 200 Apurada a falta funcional, pelos meios adequados (processo administrativo, sindicância ou meio sumário), o servidor fica sujeito, desde logo, à penalidade administrativa correspondente*”. MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

²⁴ SADDY, André. Limites à tomada de decisão e controle judicial da administração pública. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018, p. 4.

²⁵ Conforme esclarece Romeu Felipe, Barcelar Filho existe divergência na doutrina se a terminologia a ser utilizada seria processo ou procedimento administrativo disciplinar ao afirmar que: “Cândido Rangel Dinamarco, na esteira de Elio Fazzalari, anota que o

eventuais transgressões disciplinares ao alunos pelos Estabelecimentos de Ensino.

O aluno e a instituição de ensino possuem uma relação jurídico-administrativa, essa relação, se bem duradoura, não é perene e esta sujeita à extinção e o é sob diversas formas, tais como a ideal, mediante a conclusão do curso pelo estudante; a transferência de escola; a desistência formalmente manifestada pelo interessado. Nesse sentido, a Administração não é vedado adotar as medidas que entender necessárias à observância das normas de funcionamento de suas instituições de ensino superior²⁶.

A exceção ao tratamento dado ao alunos se aplica no âmbito militar que se se aplica o poder de polícia ou disciplinar quando da punição disciplinar, no entanto, no âmbito dos Estabelecimentos de Ensino Superior. No âmbito militar, destaca-se em 2019, ao unificar dos processos administrativos disciplinares para alunos no Instituto Militar de Engenharia - IME, que passou a utilizar para alunos civis e militares, o mesmo formulário para fins de apuração de transgressões disciplinares - FATD.

Insta realçar que o exercício desse direito, é imperativo que haja um prévio procedimento administrativo, com observância do devido processo legal, assegurando-se ao aluno a possibilidade de contraditar o alegado pela parte contrária, oportunizando a ampla defesa, em conformidade com princípio constitucional e violando o art. 5º, LIV da Constituição Federal, bem como as decisões deverão ser motivadas^{27 28}.

procedimento é “um sistema de atos interligados numa relação de dependência sucessiva e unificados pela finalidade comum de preparar o ato final de consumação do exercício do poder”. Por sua vez, o procedimento manifesta-se como processo quando adicionada a cooperação de sujeitos, sob a ótica do contraditório. Compartilham do mesmo entendimento Odete Medauar, Luiz Guilherme Marinoni, Paulo Celso Bergstrom Bonilha e Álvaro Ricardo de Souza Cruz”. BARCELAR FILHO, Romeu Felipe. Processo administrativo disciplinar. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 41.

²⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região - TRF-4 - AMS: 90042 RS 1999.04.01.090042-8, Relator: Amaury Chaves de Athayde, Data de Julgamento: 19/09/2001, Quarta Turma, Data de Publicação: DJ 01/09/2004, Pág: 693.

²⁷ Sobre o princípio em comento, segue posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ): Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Participação ou gerência em empresa privada. Demissão de servidor público. Alegação de cerceamento de defesa não configurado. Observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Segurança denegada. 1. O procedimento transcorreu em estrita obediência à ampla defesa e ao contraditório, com a comissão processante franqueando ao impetrante todos os meios e recursos inerentes à sua defesa. 2. É cediço que o acusado deve saber quais fatos lhe estão

Não se pode esquecer que existem deveres a serem cumpridos em prol de uma administração eficiente, que observe aos interesses públicos, que também são inerente a atividade da educação e desta forma aos Estabelecimento de Ensino e aos Professores, não podendo o mesmo ser realizado de maneira abusiva ou arbitrária. Sobre o tema, cumpre consignar importante entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF):

O Estado, em tema de punições disciplinares ou de restrição a direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético jurídica de qualquer medida estatal - que importe em punição disciplinar ou em limitação de direitos - exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5º, LV), a fiel observância do princípio do devido processo legal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma incompressível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agi nº

sendo imputados, ser notificado, ter acesso aos autos, ter possibilidade de apresentar razões e testemunhas, solicitar provas, etc., o que ocorreu *in casu*. É de rigor assentar, todavia, que isso não significa que todas as providências requeridas pelo acusado devem ser atendidas; ao revés, a produção de provas pode ser recusada, se protelatórias, inúteis ou desnecessárias. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 9.076/DF. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa, publicado em 26/10/2004.

²⁸ Veja artigo, nesta obra, intitulado “Conteúdo, titularidade e alcance da liberdade de ensinar (“liberdade de cátedra”) no ensino público” de André Saddy.

241.201. Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 27/8/2002, publicado em 20/9/2002)²⁹.

Nesse sentido a importância da realização do devido processo administrativo³⁰, o que se reconhece à autoridade julgadora é liberdade na produção de prova e na escolha e graduação das sanções aplicáveis quando a norma legal consigna as penalidades sem indicar os ilícitos a que se destinam, ou lhe faculta instaurar ou não o processo punitivo³¹. Não se pode esquecer que os Estabelecimentos de Ensino e os Professores em seu atuar administrativos estão submetidos plenamente à lei e ao Direito. Isso significa que todo poder, faculdade ou prerrogativa da Administração Pública, seja discricionária ou apreciativa, possui uma vinculação positiva e negativa com a juridicidade³².

3. Poder disciplinar do professor em sala de aula

O Professor em sala de aula exerce, frente aos alunos, o poder hierárquico e disciplinar inerente às exigências do seu ofício de ensinar³³, ou seja, ascendência e autoridade perante aos alunos. Exerce o poder disciplinar

²⁹ BRASIL. Controladoria-Geral da União - CGU. Manual de processo administrativo disciplinar. Brasília: Corregedoria-Geral da União, 2019, p. 13.

³⁰ Sobre o tema Hely Lopes Meirelles, esclarece que: “*processo administrativo punitivo é todo aquele promovido pela Administração para a imposição de penalidade por infração de lei, regulamento ou contrato. Esses processos devem ser necessariamente contraditórios, com oportunidade de defesa, que deve ser prévia, e estrita observância do devido processo legal (due process of law), sob pena de nulidade da sanção imposta. A sua instauração há que basear-se em auto de infração, representação ou peça equivalente, iniciando-se coma exposição minuciosa dos atos ou fatos ilegais ou administrativamente ilícitos atribuídos ao indiciado e indicação da norma ou convenção infringida*”. MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016p. 830.

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. Op. Cit. p. 825.

³² Sobre o tema André Saddy, esclarece que: “*O conceito de legalidade de distingue daquele de legalidade elaborado no seio da teoria normativa de Hans Kelsen (...). Assim, todo o bloco normativo determina a atividade administrativa e constitui o que se chama juridicidade*”. SADDY, André. Limites à tomada de decisão e controle judicial da administração pública. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018, p. 50.

³³ Veja artigo, nesta obra, intitulado “As subjetividades nos exames de avaliação de escola (IDEB)” de Tatiana S. Ribeiro Strauch.

como o poder-dever inerente as condições para professar em sala de aula³⁴ exigindo comportamento adequado dos discentes para que a sessão de aula tenha continuidade.

O professor como agente de campo ou da rua (*street level bureaucrats*) deve possuir critérios ao realizar uma adequada valoração das circunstâncias, dados e, se possível, antecedentes antes da tomada de sua decisão. Assim deverá atuar, inclusive, em casos de imediatez ou urgência, pelo simples motivo de que é capacitado pelo Estado para tanto³⁵.

O ensino é um dever do Estado³⁶, porém é concedido à iniciativa privada mediante fiscalização estatal³⁷. Assim, as regras básicas de gestão da educação deverão seguir as diretrizes da educação pública. Apesar da utilização de critérios para suas decisões, não se pode esquecer que esse atuar administrativo está submetido à lei e ao direito e por tal motivo, isso significa que todo poder, faculdade ou prerrogativa da Administração Pública, seja discricional ou apreciativo, possui uma vinculação positiva e negativa com a juridicidade³⁸.

O poder-dever do professor em sala de aula, em princípio, não possibilitaria a este a aplicação de uma pena disciplinar a um aluno, pois isso exigiria um processo administrativo próprio, mas seria permitido àquele manter o ambiente em sala de aula disciplinado, tais como controle de frequências, avaliação periódicas, dentre eles, comportamento e participação dos alunos em sala de aula, fruto de uma obrigação ligada à subjetividade³⁹ do educador para exercer o seu ofício, ou seja, possui liberdade de decisão,

³⁴ Barreiros explica que: “A faculdade de aplicar o Direito Disciplinar é um dos elementos integrantes da autoridade hierárquica”. BARREIROS, José; FGV BMHS, In: Revista de Direito Administrativo. Editora FGV e Editora Fórum. 1946.

³⁵ SADDY, André. Limites à tomada de decisão e controle judicial da administração pública. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 41.

³⁶ Veja artigo, nesta obra, intitulado “Conteúdo, titularidade e alcance de liberdade de ensinar (“liberdade de cátedra”) no ensino público”, de André Saddy.

³⁷ Veja artigo, nesta obra, intitulado “Autonomia universitária”, de Mariana Cristina Monteiro Milani Rodrigues.

³⁸ SADDY, André. Op. Cit., p. 40.

³⁹ Veja artigo, nesta obra, intitulado “A subjetividade do professor na seleção dos instrumentos, materiais, na escolha da metodologia de ensino e na abordagem dos conteúdos programáticos em sala de aula”, de Rodrigo Garrido Dias.

porém com as limitações impostas pela legislação e normas administrativas da própria universidade, cujo excesso é passível de controle judicial⁴⁰.

O estudo dos Regimentos Interno do Estabelecimento de Ensino Superior demonstra que nas universidades do Rio de Janeiro pesquisadas, a aplicação de sanção disciplinar cabe ao reitor, diretor ou ao decano da unidade^{41 42 43} sendo observado em todos os casos o estrito cumprimento do contraditório e da ampla defesa, bem como do devido processo legal. Diferente do que ocorre em outros Estados, a exemplo no regimento interno da USP, outorgando ao professor a capacidade de aplicar a pena de advertência, após um julgamento sumaríssimo de fatos de pequena repercussão em sala de aula, permitindo a defesa oral por parte do aluno⁴⁴.

Verifica-se, assim, que cabe ao professor em sala de aula zelar por um ambiente no qual ele consiga ministrar as aulas sob sua responsabilidade, não

⁴⁰ Veja artigo, nesta obra, intitulado “Liberdade de conformação na fixação do conteúdo curricular mínimo da educação básica”, de Carlos André Coutinho Teles e Flávio Luiz de Aguiar Lôbo.

⁴¹ “Art. 288 - A aplicação das sanções de advertência verbal, repreensão e suspensão até 15 (quinze) dias é da competência de autoridade singular, sendo as sanções de suspensão por mais de 15 (quinze) dias e de desligamento privativa de órgãos colegiados. § 1º - No âmbito das Unidades, as autoridades competentes para aplicar sanções disciplinares são, respectivamente, o Diretor e a Congregação; no âmbito dos Centros, o Decano e o Conselho de Coordenação.” Rio de Janeiro. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Regimento Geral. 1970.

⁴² “(...) § 7º - Compete aos Diretores das Unidades Universitárias e, nos casos especiais de Cursos ligados diretamente aos Centros, aos Diretores destes, a aplicação das penas de advertência verbal, repreensão e suspensão até 30 (trinta) dias, nas faltas cometidas nas suas áreas. § 8º - A iniciativa da apuração da falta compete às autoridades mencionadas no parágrafo anterior ou aos Chefes de Departamento ou Coordenadores de Cursos. § 9º - Compete originariamente ao Reitor a aplicação das penas de advertência verbal, repreensão ou suspensão até 30 (trinta) dias, desde que cometidas em sua área de atuação imediata, e originária e privativamente as de suspensão por mais de 30 (trinta) dias e de desligamento. Rio de Janeiro. Universidade Federal Fluminense. Estatuto da UFF. 2016.

⁴³ “Art. 54. Ao Comandante, Diretor de Ensino e Reitor incumbe: XIV - julgar, aplicar, anular, relevar e atenuar sanções disciplinares e decidir sobre pedido de reconsideração de ato e recurso disciplinar para os alunos” (...). (BRASIL, Ministério da Defesa. Regimento Interno do Instituto Militar de Engenharia. 2019).

⁴⁴ “Advertência oral: aplicável por qualquer docente por procedimento célere e oral no qual devem ser ouvidos os envolvidos e permitida sua defesa oralmente (...)” São Paulo. Universidade de São Paulo. Regime Disciplinar. Manual de Esclarecimento às Comissões de Graduação das Unidades da Universidade de São Paulo. 2014.

cabendo a si a aplicação da ação disciplinar escolar, mas sim de atos administrativos de controle sobre os administrados, que são os seus alunos, no intuito de possibilitar a execução de suas obrigações profissionais como educador e agente executor do ensino, sendo, assim, lícito ao educador, além do ensino regular da disciplina, o ajuste de conduta e de convivência social entre os alunos no ambiente de sala de aula⁴⁵.

Tais atos de controle não podem ser confundidos com aplicações de punições disciplinares, pois não é atribuição de tal ato ao professor, mas sim a execução de seu labor como gestor do ambiente da sala de aula e de seus integrantes, sendo defeso, no entanto, que educador cometa excessos, cabendo, inclusive, no caso de cometimento de condutas vedadas nos regimentos competentes ou o descumprimento de deveres funcionais dão margem à responsabilidade administrativa e civil⁴⁶; danos patrimoniais causados à Administração Pública ou a terceiros ensejam a responsabilidade civil; e a prática de crimes e contravenções, a responsabilização penal.

Por tal motivo, para bem executar as atividades que lhe são incumbidas, a Administração precisa de meios para organizar, controlar e corrigir suas ações. Surge, portanto, a necessidade de meios hábeis a garantir a regularidade e o bom funcionamento do serviço público, a disciplina de seus

⁴⁵ Neste sentido o Tribunal de Justiça de Rondônia: “*TJRO. Indenizatória. Dano moral. Sala de aula. Desvio de conduta. Adequação ao convívio coletivo. Ofensa de professor ao aluno. Não configuração. I - O professor em sala de aula é detentor de prerrogativa de ascendência e autoridade necessárias ao exercício da elevação educacional e cultural do aluno e ajustamento desta conduta ao ambiente coletivo em que está inserido. II - A observação negativa sobre comportamento da aluna que desconsidera a convivência coletiva e adota conduta prejudicial ao ambiente necessário ao ensino na sala de aula insere-se no exercício regular da atividade do professor. III - Não configurando censura sobre vício ou desvio de caráter, mas sobre o comportamento inadequado no ambiente coletivo de ensino, não fala em ofensa à honra ou danos morais, pois o exercício do magistério não é simplesmente repassar conteúdo programático formal, mas também o ajustamento e o valor à vida coletiva, ao modelo de boa convivência e inter-relacionamento social*”. 200.007. Embargos Infringentes. TJ-RO - EI: 20000720050104442 RO 200.007.2005.010444-2, Relator: Desembargador Miguel Mônico Neto, Data de julgamento: 01/02/2008, 00720050104442. Tribunal de Justiça.

⁴⁶ Conforme prevê o artigo 37 da Constituição Federal de 1988: “§ 6º *As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*”.

subordinados e a adesão às leis e regras dele decorrentes, o que, no conjunto, denomina-se Direito Administrativo Disciplinar⁴⁷.

As regras para processo administrativo disciplinar são aplicáveis com base no artigo 41 do texto constitucional, que apresentam uma dupla funcionalidade, Atuando, subjetivamente, na tutela de direitos dos administrados, comportam-se como “garantia dos administrados”; e, objetivamente, ao prevenir e remediar violações do direito objetivo vigente, como “garantias da legalidade”⁴⁸.

Esse processo administrativo disciplinar costuma ser utilizado na doutrina para indicar o processo administrativo punitivo ou sancionador (para aplicação de sanções administrativas) interno (dirigido aos servidores públicos), na Administração Pública Federal, o processo administrativo disciplinar tem como base legal a Constituição Federal, e como principal regulamento a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, em seus Títulos IV (do Regime Disciplinar, arts. 116 a 142) e V (do processo administrativo disciplinar, arts. 143 a 182)⁴⁹.

A clareza quanto ao alcance do processo disciplinar é de fundamental importância. A autoridade instauradora, quando do juízo de admissibilidade, verificará a pertinência subjetiva⁵⁰ e objetiva para determinar a instauração do processo. A comissão processante conduzirá as apurações dentro dos limites fixados. Do mesmo modo, a autoridade julgadora proferirá sua decisão atenta à demarcação legal em comento⁵¹.

⁴⁷ BRASIL. Controladoria-Geral da União - CGU. Manual de processo administrativo disciplinar. Brasília: Corregedoria-Geral da União, 2019, p. 11.

⁴⁸ BARCELAR FILHO, Romeu Felipe. Processo administrativo disciplinar. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 63.

⁴⁹ BRASIL, Op. Cit p. 12.

⁵⁰ Sobre o tema a Controladoria Geral da União esclarece que: “(...) a abrangência subjetiva no processo administrativo disciplinar não se confunde com o conceito de “funcionário público” oferecido pelo Código Penal, o qual abarca “quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”, além de incluir quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividades típicas da Administração Pública”.

⁵¹ BRASIL. Controladoria-Geral da União. Manual de processo administrativo disciplinar. Brasília: Corregedoria-Geral da União, 2019, p. 14.

Importante destacar que a lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92) é ainda mais abrangente⁵², e é aplicável, no que couber àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta. Ressalvando, a aplicação do processo administrativo disciplinar àqueles que são vinculados ao regime de CLT.

4. Resultado da pesquisa

Para fins de apurar a extensão do uso do limite relativo ao sujeito/ elemento do ato administrativo e validade dos atos administrativos, entre eles competência, investidura e capacidade foi realizado estudo realizado no âmbito dos Tribunais Brasileiros no período compreendido entre 01 de Janeiro de 1999 a 31 de Dezembro de 2019 (últimos) dez anos. Para tanto foi traçado um panorama da educação brasileira em 2019 e posteriormente um estudo das jurisprudências dos Tribunais, na tentativa de compreender a interação entre liberdade de cátedra e a subjetividade de autonomia pública nos Estabelecimentos de Ensino Superior no Estado do Rio de Janeiro.

4.1 Panorama da educação brasileira em 2019 - ensino superior

Segundo o Anuário da Educação Básica de 2019 ⁵³ a Educação Superior brasileira hoje, conta com 199 Universidades, 189 Centros Universitários, 2020 faculdades e 40 Institutos Federais (IFs) e Centros

⁵² Lei nº 8429, Art. 1º: “Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei. Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos”.

⁵³ CRUZ, Priscila (Org.); MONTEIRO, Luciano. Anuário da Educação Básica. Editora Moderna Ltda., São Paulo, 2019. Disponível em: https://www.todospelaeducacao.org.br/_uploads/_posts/302.pdf. Acesso em: 2 Jan. 2020.

Federais de Educação Tecnológica (Cefets). Nesse aspecto, a Educação Superior Brasileira, se apresenta da seguinte maneira:

Tabela 1 - Educação Superior Número de instituições por região – 2017*

Região	Total Geral	Universidades	Centros Universitários	Faculdades	IF e CEFE T
Brasil	2448	199	189	2020	40
Norte	165	17	11	130	440
Nordeste	517	39	27	440	11
Sudeste	1121	80	101	929	11
Sul	405	49	34	316	6
Centro-Oeste	240	14	16	205	5

Fonte: Fonte: MEC/Inep/DEED – Sinopse Estatística da Educação Superior. Cruz e Monteiro (2019)

O quantitativo de matrículas efetivas no Ensino Superior, ou seja, novos alunos na Região Sudeste - Brasil se apresenta da seguinte forma:

Tabela 2 - Educação Superior Matrículas por dependência administrativa – Brasil e região sudeste – 2017*

Região	Privado	Público
Brasil	6.241.307	2.045.356
Sudeste	2.964.733	740.661

Fonte: MEC/Inep/DEED – Sinopse Estatística da Educação Superior Cruz e Monteiro (2019)

O número de mestres e doutores titulados – 2017 na Região Sudeste em comparativo com o número de matrículas apresenta em porcentagem de mestres e doutores no corpo docente da Educação Superior – 2017 na Região Sudeste se apresenta da seguinte maneira:

Tabela 3 - Porcentagem de mestres e doutores no corpo docente da Educação Superior – 2017 versus Número de mestres e doutores titulados – 2017 - Região Sudeste

Região	Porcentagem de mestres no corpo docente da Educação Superior	Porcentagem de doutores no corpo docente de Educação Superior	Números de mestres titulados	Número de doutores titulados
Região Sudeste	81,8	44,0	28.874	12.273
Minas Gerais	80,4	40,7	6.979	2,082
Espírito Santo	79,6	36,5	1.142	176
Rio de Janeiro	85,7	50,8	7.176	2.696
São Paulo	81,2	43,7	13.759	7.319

Fonte: MEC/Inep/DEED – Sinopse Estatística da Educação Superior e Geocapes Cruz e Monteiro (2019)

Com base nos dados acima apresentados pode-se concluir que a Região Sudeste apresenta a maior porcentagem de Estabelecimento de Ensino Superior. O Rio de Janeiro possuía a maior porcentagem de mestres e doutores no corpo docente da Educação Superior. O Estado do Rio de Janeiro é a segunda maior região do Brasil em número de mestres e doutores titulados/professores, representando assim a relevância da atual pesquisa no Estado.

4.2 Da aplicabilidade das punições disciplinares aos alunos pelos estabelecimentos de ensino superior no Estado do Rio de Janeiro

Das 51.825 jurisprudências no Estado do Rio de Janeiro, apenas 336 envolvem o tema aluno e estabelecimentos de ensino superior no Brasil. Do total de jurisprudências, mais de 80% envolvem assuntos relacionados à concessão e exclusão de bolsa de estudos, aspectos financeiros e aplicabilidade de direito do consumidor, questões referente à matrícula de alunos, inclusive menores de 18 anos, emissão de diplomas, impossibilidade de colação de grau, reprovação por frequência inferior ao mínimo

determinado pelo Ministério da Educação, casos de trancamento e reaproveitamento de matérias de outras Instituições de Ensino.

A aplicabilidade de punições aos alunos por Estabelecimento de Ensino apresentam bem menores, apenas 7 jurisprudências tratam do tema, ou seja, 0,013 % dos casos. Estes apresentam tema sobre tratarem de cancelamento de matrícula por abandono, duas jurisprudências por cancelamento por falta de pontuação, duas jurisprudências por cotas raciais, e apenas uma jurisprudência por não colação de grau por punição de suspensão, uma jurisprudência por não colação de grau com turma por agressão verbal ao professor no âmbito do Estabelecimento de Ensino Superior no Estado do Rio de Janeiro, entre o período de 01 de Janeiro de 1999 a 31 de Dezembro de 2019.

O Quadro abaixo apresenta a quantidade de jurisprudência nos Tribunais Brasileiro que apresentam o tema alunos e Estabelecimento de Ensino:

Tabela 4 - Quantidade de jurisprudências nos Tribunais Brasileiros - Alunos e Ensino Superior - visão global

Tribunal	Sigla	Nº de Jurisprudências envolvendo alunos e estabelecimentos de ensino superior no Brasil	Nº de Jurisprudências sobre alunos e estabelecimento de ensino superior no Estado do Rio de Janeiro	Nº de jurisprudências com tema e aplicabilidade sobre subjetividade ou autonomia pública e ensino superior
Supremo Tribunal Federal	STF		626	-
Superior Tribunal de Justiça	STJ		3478	-
Tribunal de Justiça	TJs		24730	84
				3

Tribunal Regional Federal		TRFs	18772	246	4
Tribunal Superior do Trabalho		TSTs	740	-	0
Tribunal Regional do Trabalho		TRTs	3128	6	-
Tribunal Superior Eleitoral		TSEs	10	0	0
Tribunal Regional Eleitoral		TREs	18	0	0
Tribunal de Contas Estaduais		TCEs	121	0	0
Tribunal de Contas da União		TCU	193	0	0
Conselho Nacional de Justiça		CNJ	9	0	0
Total			51825	336	7

Fonte: Diário Oficial da União e Diário da Justiça (1999 - 2019)

É possível concluir ainda das decisões em que houve controle do Poder Judiciário os fatos tem origem em violação ao contraditório e a ampla defesa ou mesmo pela não motivação das decisões quando da realização da atividade administrativa. Para ilustrar, a punição decorrente da inexistência de motivação e não publicidade do ato administrativo⁵⁴.

⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Sexta Câmara Cível. Apelação Cível nº 0282323-80.2017.8.19.0001. Relator: Desembargador Nagib Slaibi. Julgamento em: 28/02/2019.

Foi possível constar que 0,486 % dos casos são da Justiça Federal, o que indica que casos que envolvem universidade pública têm sido levados a controle do judiciário com maior frequência que as universidades particulares. O indicativo quantitativo acima também pode ser interpretado como indícios de que a relação entre alunos, professores e estabelecimentos de ensino é tratada no âmbito interno onde os mesmos são sanados ao serem aplicados Regulamento ou Regimentos Internos ou mesmo normas acadêmicas, que devem ser apuradas por procedimentos administrativos disciplinares.

4.3 Da aplicabilidade do poder disciplinar do professor em sala de aula

Os Tribunais Brasileiros apresentam 78.246 jurisprudências envolvendo o tema professor e estabelecimentos de ensino superior no Brasil, sendo que no Estado do Rio de Janeiro com 3503 jurisprudências, o que equivale a 4,47% dos casos.

Das 3.503 jurisprudências apenas 4 tratam o tema sobre poder disciplinar do professor em sala de aula, ao serem abordados os temas: a) humilhações por parte de professora orientadora durante a elaboração de trabalho para conclusão do doutorado⁵⁵; b) Professor que exerce seu poder disciplinar junto a aluno, de forma comedida, razoável e proporcional^{56 57}; c) aluno que teve atribuída nota “zero” em avaliação no curso de graduação em medicina por suspeita de “cola”^{58 59}

⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação APL nº 02787026020188190001 – Rio de Janeiro, 35ª Vara Cível. Julgamento em: Data de publicação: 31/03/2016.

⁵⁶ O procedimento encontra amparo em reiteradas decisões no âmbito desta Corte Superior, de cujo teor merece destaque a rejeição dos embargos declaratórios uma vez ausentes os vícios do art. 1.022 do CPC/2015 (v.g. Corte Especial, EDcl no AgRg nos EREsp 1431157/PB, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 29.06.2016; 1ª Turma, EDcl no AgRg no AgRg no REsp 11041181/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes, DJe de 29.06.2016; e 2ª Turma, EDcl nos EDcl no REsp 1334203/PR, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe de 24.06.2016

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ - REsp: 1657571 RJ 2016/0324099-0, Relator: Ministra Regina Helena Costa, Data de Publicação: DJ 27/03/2017.

⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. TJ-RJ - APL: 01936536620178190001, Relator: Des(a). Leila Maria Rodrigues Pinto e Carvalho, Data de Julgamento: 13/02/2019, 20ª Quinta Câmara Cível.

⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. TJ-RJ - APL: 00154045320098190008 Rio de Janeiro. Belford Roxo. 1ª Vara Cível, Relator: Luiz

A Justiça Trabalhista apresenta os demais jurisprudências com questionamentos de sindicatos dos professores e do uso do poder disciplinar do empregador, os quais não se aplicam ao presente estudo. Para ilustrar, casos de edital de concurso de professores, admissão de professores estrangeiros, emissão de diplomas e outros casos.

O Quadro abaixo apresenta a quantidade de jurisprudência nos Tribunais Brasileira que envolve alunos e Estabelecimento de Ensino:

Tabela 5 - Quantidade de jurisprudências nos Tribunais Brasileiros - Alunos e Ensino Superior - visão global

Tribunal	Sigla	Nº de Jurisprudências envolvendo professor e poder disciplinar no ensino superior no Brasil	Nº de Jurisprudências sobre professor e poder disciplinar no ensino superior no Estado do Rio de Janeiro	Nº de jurisprudências com tema e aplicabilidade sobre subjetividade ou autonomia pública do professor e ensino superior
Supremo Tribunal Federal	STF	524		-1
Superior Tribunal de Justiça	STJ	5122		-
Tribunal de Justiça	TJs	47828	269	5
Tribunal Regional Federal	TRFs	15697	387	

Fernando Pinto, Data de Julgamento: 25/08/2015, 25ª Câmara Cível., Data de Publicação: 26/08/2015.

DISCRICIONARIEDADE NA ÁREA EDUCACIONAL

Tribunal Superior do Trabalho	TST	1903	-	7
Tribunal Regional do Trabalho	TRTs	5226	76	3
Tribunal Superior Eleitoral	TSEs	177	0	0
Tribunal Regional Eleitoral	TREs	162	0	0
Tribunal de Contas Estaduais	TCEs	1454	0	0
Tribunal de Contas da União	TCU	6	0	0
Conselho Nacional de Justiça	CNJ	42	0	0
Total		78246	3503	16

Fonte: Diário Oficial da União e Diário da Justiça (1999 - 2019)

É possível concluir que no Superior Tribunal de Justiça detém o maior número de jurisprudências sobre liberdade de cátedra e o poder disciplinar do professor em sala de aula. Neste casos, constatou se que o professor pode ser responsabilizados quando sua atuação não for de forma comedida e razoável no uso de sua atribuições. No mesmo sentido, as Instituições de Ensino poderão ser responsabilizadas objetivamente, quando o dano experimentado

decorrer da conduta de seus agentes no exercício da atividade, ao ser adotada a teoria do risco administrativo.

Conclusão

A discricionariedade no âmbito da educação em especial das punições disciplinares aos alunos pelos estabelecimentos de ensino e do poder disciplinar do professor em sala de aula ainda é pouco debatido nas jurisprudências dos Tribunais Brasileiros, em especial, nos últimos dez anos nos Estabelecimento de Ensino Superior do Estado do Rio de Janeiro.

A Região Sudeste do Brasil apresenta o maiores número de jurisprudências envolvendo o poder disciplinar do professor, em especial, São Paulo e do Rio de Janeiro que apresentam um dos maiores números de matrículas no Brasil, além de porcentagem maiores de mestres e doutores no corpo docente da Educação Superior. O Rio de Janeiro ainda apresenta número discretos quanto comparado com à Região de São Paulo, no entanto é a a segunda maior região do Brasil em número de mestres e doutores titulados/professores.

As punições disciplinares aos alunos pelos Estabelecimentos de Ensino não apresentam grandes quantitativos no Judiciário, o que pode indicar que maior parte dos casos são tratados por processos administrativos punitivos por Regulamentos ou Regimentos Internos. Dos casos apurados constatou se que apenas desvio no procedimento, ou seja, caso de ausência de fundamentação e/ou motivação das decisões, violação do contraditório e da ampla defesa e outros princípios constitucionais atrelados a atividade administrativa/processo administrativo punitivo ou violação na gradação para aplicação das penas.

A liberdade de cátedra e as ações não deôntica dos agentes de campo do Rio de Janeiro apresentam um quantitativo que hoje não é significativo pelo número de processos ativo, no entanto o estudo das jurisprudências em sua totalidade (ativos e arquivados) nos Tribunais brasileiro apresentou um realidade que coaduna com o trabalho aqui desenvolvido ao restar comprovado que até mesmo as subjetividades ou autonomias administrativas devem agir dentro de limites quando de sua aplicabilidade, em especial quanto a punição disciplinar dos professores aos alunos.

Conclui-se assim que essa liberdade de cátedra realizada no âmbito do acadêmico ainda enfrenta desafios, quando a questão em tela exige imediatismo na decisão daquele que lida com a situação na prática. Entre os anos de ensino brasileiro é possível constar que houve uma evolução na educação as quais refletem também no direito administrativo, no entanto cabe ao Professor "agente de campo" atuar em meio de tantos desafios entre àqueles que querem ensinar e os que querem aprender, ao serem aplicados os direitos constitucionais no âmbito educacional, sendo assim o direito administrativo uma ferramenta em prol do alcance desses objetivos pautados a luz do texto constitucional.

Referências

- ALMEIDA, Fabrício Bolzan. Manual de direito administrativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- BARCELAR FILHO, Romeu Felipe. Processo administrativo disciplinar. 4. ed. São Paulo: Saraiva 2013.
- BARREIROS, José. Natureza e exercício do poder disciplinar. São Paulo: FGV.
- BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988.
- _____. Manual de processo administrativo disciplinar. Brasília: Corregedoria-Geral da União, 2019.
- _____. Ministério da Defesa. Regimento Interno do Instituto Militar de Engenharia. 2019).
- _____. Conselho Nacional de Educação - CNE. Parecer CNE/CEB Nº: 7/2010, de 07 de abril de 2010. Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais para a Educação Básica. Diário Oficial da União: Processo nº: 23001.000196/2005-41. 7 Abr. 2010. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=5062-parecercne-seb7-2010&Itemid=30192. Acesso em: 10 Out. 2019.
- _____. Supremo Tribunal Federal – STF. ADPF 548 MC / DF - Distrito Federal - Medida Cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamenta. Relator (a): Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 27/10/2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal - STF. Agi nº 241.201. Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 27/8/2002, publicado em 20/9/2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. MS nº 9.076/DF. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa, publicado em 26/10/2004.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação APL nº 02787026020188190001 – Rio de Janeiro, 35ª Vara Cível. Julgamento em: Data de publicação: 31/03/2016.

_____. Corte Especial, EDcl no AgRg nos EREsp 1431157/PB, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 29.06.2016; 1ª Turma, EDcl no AgRg no AgRg no REsp 11041181/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes, DJe de 29.06.2016; e 2ª Turma, EDcl nos EDcl no REsp 1334203/PR, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe de 24.06.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ - REsp: 1657571 RJ 2016/0324099-0, Relator: Ministra Regina Helena Costa, Data de Publicação: DJ 27/03/2017

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. TJ-RJ - APL: 01936536620178190001, Relator: Des(a). Leila Maria Rodrigues Pinto e Carvalho, Data de Julgamento: 13/02/2019, 20ª Quinta Câmara Cível.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. TJ-RJ - APL: 00154045320098190008 Rio de Janeiro. Belford Roxo. 1ª Vara Cível, Relator: Luiz Fernando Pinto, Data de Julgamento: 25/08/2015, 25ª Câmara Cível., Data de Publicação: 26/08/2015.

_____.Tribunal de Justiça de Rondônia - TJ-RO - EI: 20000720050104442 RO 200.007.2005.010444-2, Relator: Desembargador Miguel Mônico Neto, Data de Julgamento: 01/02/2008, 00720050104442 Tribunal de Justiça).

_____.Tribunal Regional Federal da 4ª Região - TRF-4 - AMS: 90042 RS 1999.04.01.090042-8, Relator: Amaury Chaves de Athayde, Data de Julgamento: 19/09/2001, Quarta turma, Data de Publicação: DJ 01/09/2004 página: 693.

CARVALHO, Maria Elizete Guimarães. Dos castigos escolares à construção de sujeitos de direito: contribuições de políticas de direitos humanos para uma cultura da paz nas instituições educativas. Ensaio: Aval. Pol. Públ. Educ., v. 27, 2019, p. 24-46. (n.102).

CRUZ, Priscila (Org.); MONTEIRO, Luciano. Anuário da Educação Básica. Revista de Direito Administrativo. Editora Moderna Ltda., São Paulo, 2019. Disponível

em: https://www.todospelaeducacao.org.br/_uploads/_posts/302.pdf. Acesso em: 2 Jan. 2020. Editora Fórum, 1946.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987

GONZÁLEZ-REY, Fernando. Sujeito e subjetividade. São Paulo: Thomson, 2003.

MACHADO, Leila Domingues. Subjetividades Contemporâneas. In: BARROS, Maria Elizabeth B. de. Psicologia. Questões contemporâneas. EDUFES. 1999, p.199-229.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

PORTUGAL. Exército Português. Estado Maior do Exército. Revista do Exército. Ano XLIX nº 578, novembro de 2008. Lisboa. 2008.

RIO DE JANEIRO. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Regimento Geral. 1970.

SADDY, André. Atividade apreciativa da administração pública: uma nova visão sobre a discricionariedade administrativa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 277, p. 139-168, set./dez. 2018. Disponível em:

<https://drive.google.com/file/d/11E6LIJCqUO8Dir3c83LqVbX6OnIdw1uy/view>. Acesso em: 30 Out. 2019.

SADDY, André. Limites à tomada de decisão e controle judicial da administração pública. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SÃO PAULO, UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO Regime Disciplinar. Manual de Esclarecimento às Comissões de Graduação das Unidades da Universidade de São Paulo. 2014.

TOLEDO, Cláudia Mansani Queda de et al. Direito à liberdade de cátedra: Enciclopédia jurídica da PUC-SP. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. (Tomo: Direito Administrativo e Constitucional).

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E INATIVIDADE NOS CASOS DE BULLYING: UMA ANÁLISE À LUZ DA LEI Nº 13.185/2015

Marcelo Bertozzi de Pinho

Pós-graduado em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Pós-graduado em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo (ESMP/SP). Advogado.
marcelobpinho@gmail.com

Sumário: Introdução; 1. A educação como serviço público; 2. O bullying e a Lei nº 13.185/2015; 3. A definição legal de bullying. 4. Os personagens do bullying. 5. A discricionariedade administrativa e a Lei n 13.185/2015. Conclusão. Referências.

Introdução

É muito comum ler em jornais, assistir a um programa de televisão, ler em sites na internet ou até mesmo conversar com outras pessoas e se ter notícia de algum acontecimento envolvendo bullying, bem como as suas consequências. Isso principalmente em escolas ou faculdades, sejam elas públicas ou privadas.

O presente artigo tratará exatamente desta temática, focando as áreas do direito administrativo e do direito à educação, com uma linha peculiar de análise.

De fato, diferentemente do que é comum abordar nos diversos estudos de grande relevância envolvendo o bullying, não se investigará este fenômeno sob a ótica da responsabilidade civil das pessoas, objeto de estudo sobretudo do direito civil, ou então da responsabilidade civil do Estado, examinada na seara do direito administrativo.

O foco principal deste trabalho é averiguar o bullying nos estabelecimentos de ensino e a existência (ou não) de discricionariedade da Administração Pública, à luz das disposições legais trazidas pela Lei n.º 13.185/2015.

O estudo em tela é particularmente importante, pois, além do exíguo tratamento doutrinário e jurisprudencial direcionado para esta questão,

objetiva-se traçar os limites (ou a falta deles) para que a Administração Pública, visando atender aos ditames legais, possa se valer da sua discricionariedade administrativa ao se deparar com situações de bullying em ambientes escolares, seja de forma preventiva, seja de maneira repressiva.

Este tipo de análise é imensamente importante na exata medida em que, conforme será melhor investigado, os casos envolvendo bullying continuam crescendo imensamente ao longo dos anos, afetando principalmente crianças e adolescentes em ambientes essencialmente direcionados ao aprendizado.

Objetivando uma melhor compreensão do tema, ao longo do artigo serão explorados estudos científicos, dados estatísticos, citações doutrinárias e, por fim, a legislação nacional em torno do bullying, principalmente a federal.

A importância dada à legislação federal decorre do fato de que, muito embora à luz da Constituição Federal todos os entes federativos tenham competência para legislar sobre educação, é a União Federal quem estabelece normas gerais sobre o tema (art. 24, IX e §1º) e, além disso, é competência exclusiva da União legislar sobre as diretrizes e as bases da educação nacional (art. 22, XXIV).

Não obstante isso, é importante consignar a existência de valiosa contribuição dos demais entes quando se trata do bullying, sobretudo porque, novamente em razão de expressa determinação constitucional, todos os entes federados devem proporcionar os meios de acesso à educação (art. 23, V).

Para cumprir a tarefa exposta acima, primeiramente a educação será estudada com foco na sua natureza jurídica de serviço público, estabelecendo-se assim a sua relação com os indivíduos, as suas características e a sua abrangência.

Na sequência, este trabalho focará na figura do bullying nos seus mais diversos aspectos, citando-se aqui, dentre outros: o seu histórico ao longo do tempo, dados estatísticos sobre a incidência do bullying, os elementos que o caracterizam e, ainda, o tratamento legislativo conferido pela Lei n.º 13.185/2015.

Por fim, o objeto de estudo será em torno das subjetividades administrativas, com maior destaque para a discricionariedade administrativa.

Nesta última parte, o artigo em tela analisará o tema central sob a ótica da já mencionada Lei n.º 13.185/2015, com a finalidade de trazer uma

resposta adequada ao seguinte questionamento: o diploma federal retromencionado outorgou discricionariade à Administração Pública para que os entes federativos possam lidar com o bullying, seja preventiva, seja repressivamente?

1. A educação como serviço público

A educação, mencionada por diversas vezes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, consiste em um direito fundamental por excelência, o que pode ser confirmado, dentre outras, pela sua inserção no art. 6º, *caput* da Carta Magna¹.

Conceitualmente, o significado da educação é muito abrangente, tal como aponta Lauro Luiz Gomes Ribeiro²:

Educação etimologicamente, origina-se do vocábulo latino *educere*, que significa extrair, desenvolver, ministrar o necessário ao crescimento da personalidade do indivíduo, compreendendo um processo natural permanente de desenvolvimento das capacidades física, intelectual e moral do ser humano, para sua efetiva integração individual e social e que irá acompanhá-lo do nascimento à morte.

Além de retratar um direito fundamental, cuja observância é obrigatória para todos os entes federativos, cabe aqui o seguinte questionamento: é possível afirmar que a educação também em um serviço público?

A tarefa de classificar determinada atividade como serviço público ou não, nem sempre constitui uma tarefa simples. Isso porque alguns serviços públicos são privativos do Estado, ou seja, “*só por ele prestados, em regime*

¹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

² RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. Direito à educação na diversidade: a prática do bullying no ambiente da escola pública e a responsabilidade do Estado. Revista de direito administrativo contemporâneo. São Paulo, v. 3, n. 21, nov./dez. 2015, p. 146.

de monopólio, de direito ou de fato: correio aéreo nacional, segurança pública, navegação aérea”³.

No entanto, ao lado dos serviços públicos privativos, encontram-se os serviços não privativos, isto é, “*que podem ser prestados pelo Estado, direta ou indiretamente, ou pelo particular, em regime de delegação (concessões, permissões) ou de autorização/regulamentação (educação, p. ex.)*”⁴.

Acrescenta-se que, conforme ressalta a Nina Beatriz Stocco Ranieri⁵ ao comentar sobre o ensino formal, “*sua natureza é pública, mas não é privativa do Estado; tampouco se caracteriza como serviço público stricto sensu, com a natureza e as características que a estes o direito administrativo atribui*”. E completa:

A atividade educacional escolar é função pública em razão de suas finalidades (CF, art. 205), podendo ser prestada diretamente pelo Estado ou pelo particular, sem prejuízo da colaboração entre ambos mediante técnicas de fomento ou parcerias (CF, art. 209). Evidentemente, quando prestada pelo Estado, submete-se ao regime de Direito Público; quando prestada pela iniciativa privada, ao Direito Privado, com derrogação parcial deste regime, independentemente da natureza da instituição que o oferece (LDB, art. 20)⁶.

Portanto, é plenamente possível afirmar que a educação é um serviço público, inclusive de grande importância na vida de todos os humanos, sobretudo porque é através dela que os indivíduos se desenvolverão dentro da sociedade. Mais do que isso, o processo de educação é infindável, estendendo-se ao longo de toda a vida dos seres humanos, o que fez com que merecesse grande atenção legislativa.

³ ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de direito administrativo. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 132.

⁴ Ibid.

⁵ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Direito educacional no sistema jurídico brasileiro. In: Todos pela educação, ABMP (Org.). Justiça pela qualidade na educação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 82.

⁶ Ibid.

Este amplo tratamento legislativo, no Brasil, trouxe consigo não apenas a obrigatoriedade do Estado quanto à prestação do serviço público de educação, o que é confirmado, por exemplo, pelo art. 4º da Lei n.º 9.394/96⁷, a qual traçou as diretrizes e bases da educação nacional, mas acima de tudo um serviço público de qualidade, em razão do que determina a Lei n.º 13.460/17⁸.

2. O bullying e a Lei n.º 13.185/2015

Dentro do contexto da educação, ainda que não relacionado exclusivamente com ela, um tema que sempre é trazido à tona é o bullying. Isso porque diariamente é possível se deparar com notícias de crianças e adolescentes vítimas deste fenômeno.

⁷ “O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, organizada da seguinte forma: a) pré-escola; b) ensino fundamental; c) ensino médio; II - educação infantil gratuita às crianças de até 5 (cinco) anos de idade; III - atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, transversal a todos os níveis, etapas e modalidades, preferencialmente na rede regular de ensino; IV - acesso público e gratuito aos ensinos fundamental e médio para todos os que não os concluíram na idade própria; V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; VII - oferta de educação escolar regular para jovens e adultos, com características e modalidades adequadas às suas necessidades e disponibilidades, garantindo-se aos que forem trabalhadores as condições de acesso e permanência na escola; VIII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde; IX - padrões mínimos de qualidade de ensino, definidos como a variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem; X – vaga na escola pública de educação infantil ou de ensino fundamental mais próxima de sua residência a toda criança a partir do dia em que completar 4 (quatro) anos de idade”.

⁸ Neste sentido, menciona-se o art. 5º, o qual disciplina os direitos básicos dos usuários dos serviços públicos: “o usuário de serviço público tem direito à adequada prestação dos serviços, devendo os agentes públicos e prestadores de serviços públicos observar as seguintes diretrizes: (...) VIII - adoção de medidas visando a proteção à saúde e a segurança dos usuários; (...) X - manutenção de instalações salubres, seguras, sinalizadas, acessíveis e adequadas ao serviço e ao atendimento”;

Utilizando-se do conceito trazido por Cristiane Faria⁹, pode-se afirmar que o bullying é um fenômeno marcado por comportamentos ofensivos:

O bullying é um comportamento ofensivo, aviltante, humilhante, que desmoraliza de maneira repetida, com ataques violentos, cruéis e maliciosos, sejam físicos, sejam psicológicos. É um problema mundial, atinge toda a população, independente da raça, cor, país de origem... é uma epidemia invisível.

Muito embora desde longuíssima data presente no mundo fático, apenas mais recentemente o bullying passou a receber uma atenção mais especial tanto das famílias, como da sociedade e, por óbvio, do poder público. Isso porque *“está enraizado na cultura social, promovendo o desrespeito pelo outro e desestruturando a própria sociedade, pois que se manifesta por abuso de poder e de autoridade, domínio e ausência de limites”*¹⁰.

Obviamente que dentro dos estabelecimentos de ensino, tanto particulares, como no âmbito público¹¹, de um modo amplo e geral, também com o decorrer do tempo, o bullying foi adquirindo cada vez mais atenção, o que é uma forte prova de que influencia na qualidade do serviço de educação prestado. Como aduz a doutrina, quanto ao bullying, *“Pode-se afirmar que*

⁹ FARIA, Cristiane. Direito à educação: bullying nas salas de aula. *Revista dos Tribunais*, v. 1007, ano 108, set. 2019, p. 170.

¹⁰ GRISARD FILHO, Waldyr. Bullying e responsabilidade civil. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord.). *Responsabilidade civil no direito de família*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 435.

¹¹ Pontua-se aqui interessante constatação presente do documento denominado “Cartilha bullying professores e profissionais da escola”, produzido pelo CNJ (disponível em < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/bullyingcolegios.pdf> >. Acesso em 13.2.2020). Isso porque este documento afirma que *“o bullying existe em todas as escolas, o grande diferencial entre elas é a postura que cada uma tomará frente aos casos de bullying. Por incrível que pareça os estudos apontam para uma postura mais efetiva contra o bullying entre as escolas públicas, que já contam com uma orientação mais padronizada perante os casos (acionamento dos Conselhos Tutelares, Delegacias da Criança e do Adolescente etc.)”*.

está presente, de forma democrática, em 100% das escolas em todo o mundo, públicas ou particulares”¹².

Historicamente, *"o bullying entre crianças em idade escolar é, sem dúvida, um fenômeno bastante antigo, embora não tenha sido objeto de estudos sistemáticos até o início da década de 1970”¹³.*

Adiantando-se um pouco mais no tempo, constata-se a existência de diversas pesquisas científicas que remetem à década de 1990, momento a partir do qual notou-se uma pequena e gradativa conscientização de todos com relação ao bullying, muito embora, vale salientar, tal fenômeno ainda permanecesse tão ativamente presente na vida cotidiana de crianças e adolescentes:

Inúmeras pesquisas com alunos constataram que o bullying praticado de forma direta e pessoal por colegas na escola é uma experiência frequente para muitos jovens e crianças (Genta et al., 1996; Kumpulainen et al., 1998; Whitney e Smith, 1993). Uma em cada seis crianças informa ter sido vítima de bullying pelo menos uma vez por semana (Rigby, 1997; Zubrick et al., 1997) embora esse quadro chegue a 50% se considerarmos a duração do bullying como sendo apenas uma semana (Smith e Shu, 2000). Em outro estudo, 40% dos adolescentes informaram ter sofrido bullying em algum momento ao longo da sua educação escolar (Mynard et al., 2000). Contudo, o percentual de alunos que informa casos de bullying que ocorrem por um período mais longo – seis meses ou mais – diminui, ficando entre 15 e 17% (Slee, 1995; Slee e Rigby, 1993).¹⁴

¹² SILVA, Ana Beatriz Barbosa. Bullying: mentes perigosas nas escolas. 2 ed. São Paulo. Globo, 2015, disponível em: <https://ler.amazon.com.br/?asin=B018MFN3SK>. Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

¹³ SHARIFF, Shaheen. Ciberbullying: questões e soluções para a escola, a sala de aula e a família. Tradução: Joice Elias Costa. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 32.

¹⁴ Ibid., p. 34

No Brasil, "as pesquisas e a atenção voltada ao tema se iniciaram no final dos anos 1990 e no início dos anos 2000, por meio de profissionais de educação comprometidos seriamente com a causa"¹⁵.

Chama-se a atenção aqui para a pesquisa desenvolvida pelas Nações Unidas em 2016¹⁶, com mais de 100 mil crianças e jovens de 18 (dezoito países). Isso porque tal pesquisa demonstrou que, em média, metade dos entrevistados já sofreu alguma espécie de bullying, pelas mais variadas razões (por exemplo: aparência física, gênero, orientação sexual etc). No Brasil, o percentual foi de preocupantes 43% (quarenta e três por cento).

Estes dados estatísticos demonstram que o bullying é um fenômeno muito intrínseco na sociedade mundial e justamente por isso merece um envolvimento de todos. Aliás, como alerta Waldyr Grisard Filho¹⁷, este tipo de conduta é repreendida pelo ordenamento civil brasileiro:

O ato de bullying constitui, inequivocamente, ato ilícito (CC, arts. 186, 187), pois viola direitos da vítima e causa danos, direitos constitucionalmente protegidos: a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (CF, art. 5º, X).

No Brasil, a Lei n.º 13.185/2015 instituiu o denominado "*Programa de Combate à Intimidação Sistemática*", o que retrata uma tentativa do Estado, via poder legislativo, quanto ao reconhecimento do tema e a adoção de medidas práticas para o seu enfrentamento.

Frisa-se que o diploma normativo em tela se originou do Projeto de Lei n.º 5.369/2009, de autoria do Deputado Federal Vieira da Cunha, cuja justificativa aduz que:

¹⁵ SILVA, Ana Beatriz Barbosa. Bullying: mentes perigosas nas escolas. 2 ed. São Paulo. Globo, 2015, disponível em: <https://ler.amazon.com.br/?asin=B018MFN3SK>. Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

¹⁶ ONU. Pesquisa da ONU mostra que metade das crianças e jovens do mundo já sofreu bullying. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/pesquisa-da-onu-mostra-que-metade-das-criancas-e-jovens-do-mundo-ja-sofreu-bullying/>>. Acesso em 27 dez. 2019.

¹⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. Bullying e responsabilidade civil. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord.). Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas, 2015, p. 435.

[...] a presente propositura objetiva instituir o Programa de Combate ao “Bullying”, no âmbito do Ministério da Educação, visando a identificar as crianças vítimas de “bullying” nas escolas e na sociedade, bem como criar mecanismos que permitam evitá-lo.

A Lei n.º 13.185/2015 contém apenas 8 (oito) artigos, os quais versam sobre diversos temas, entre os quais: **(I)** o conceito legal de *bullying* e as suas diversas classificações; **(II)** os objetivos deste programa; **(III)** as instituições que possuem os deveres de conscientização, prevenção, diagnose e combate ao bullying; **(IV)** a obrigação dos Estados e Municípios quanto à produção e publicação de relatórios bimestrais das ocorrências de bullying, almejando como isso o planejamento de ações; e **(V)** a possibilidade dos entes federados celebrarem convênios e parcerias para o atendimento do Programa instituído.

Pontua-se que a Lei n.º 13.185/2015 não se preocupou com aspectos ligados à punição de condutas que envolvem a prática de bullying. Quanto a este ponto, destaca-se o que consta na justificativa do Projeto de Lei n.º 5.369/2009:

Ao vincular o Programa ao Ministério da Educação ressalta a proposta o seu caráter preventivo e educacional, antes de qualquer objetivo punitivo, constituindo-se, este, o último recurso à serviço da sociedade. Ademais, as possibilidades de punição já encontram amparo na legislação pátria, sobretudo no Estatuto da Criança e do Adolescente, que, entre as previsões, contempla as medidas socioeducativas. Ainda encontra-se à disposição das vítimas a possibilidade de registro de ocorrência, e, se pertinente, a instauração de ação, além de outros instrumentos judiciais para responsabilizar os agressores e, também, os estabelecimentos - educacionais ou não - por omissão ou negligência no trato das ações que caracterizam o “bullying”.

Curiosamente, não consta no Projeto de Lei n.º 5.369/2009 os motivos pelos quais o seu art. 5º restringiu apenas aos estabelecimentos de ensino, aos clubes e às agremiações recreativas os deveres de conscientização, prevenção, diagnose e combate à violência e à intimidação sistemática. Isso porque as condutas de bullying não ocorrem tão somente nestes ambientes.

Não obstante isso, uma análise da lei em comento revela que se trata de um importante progresso, tal como pontua, sobretudo no que diz respeito aos estabelecimentos de ensino, Ana Giulia Ferreira de Andrade¹⁸:

Considera-se um avanço a criação dessa lei, pois auxilia não só as instituições de ensino na identificação e classificação da violência decorrente do bullying, como também permite que esse problema seja debatido dentro dos meios escolares e, conseqüentemente, na sociedade como um todo. As instituições de ensino, tanto particulares como públicas, devem debater, ensinar, instruir todo aluno, professor e pai ou mãe sobre a identificação, danos causados, tratamentos para casos em que haja agressão proveniente de bullying; é dever da escola ser porta-voz desse fenômeno, uma vez que é no seu ambiente que acontecem as principais formas de violências relacionadas.

Por outro lado, como muito bem destacado por Ana Beatriz Barbosa Silva¹⁹, apesar da importância de leis que tratem do bullying, elas são insuficientes para mudar a realidade fática:

[...] é importante salientar que, mais do que leis que tratem do problema com o intuito de mudar a

¹⁸ ANDRADE, Ana Giulia Ferreira de. *Bullying: Fenômeno Social e Seu Envolvimento nas Instituições de Ensino Particulares – Uma Análise da Responsabilidade Civil e Seus Aspectos*. *Revista SÍNTESE Direito de Família*. São Paulo, v. 19, Ano XIX n. 111, dez./jan. 2019, p. 99-100.

¹⁹ SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Bullying: mentes perigosas nas escolas*. 2 ed. São Paulo. Globo, 2015, disponível em: <https://ler.amazon.com.br/?asin=B018MFN3SK>. Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

realidade escolar do país, é preciso transformar a mentalidade de todos os implicados nos processos educacionais (pais, educadores, cuidadores) e de nossos jovens diante da violência que consome os melhores anos de sua vida.

Portanto, mais do que a mera existência de um sistema normativo vigente, é imprescindível que este seja efetivamente cumprido para que a questão do bullying possa ser enfrentada adequadamente. Tão somente criar uma lei não altera a realidade fática, como se pode constatar por diversos outros dispositivos legais no ordenamento brasileiro.

3. A definição legal do bullying

A Lei n.º 13.185/2015, principal diploma legislativo sobre o tema em comento, tratou por conceituar expressamente no seu art. 1º, §1º, o que é o bullying, figura também chamada de intimidação sistemática:

No contexto e para os fins desta Lei, considera-se intimidação sistemática (bullying) todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas.

Vale observar que outros diplomas legislativos também conceituaram o bullying, muito tempo antes da supracitada lei federal.

Um exemplo disso é a Lei Municipal de São Paulo n.º 14.957/2009, a qual aduz que bullying é a:

[...] prática de atos de violência física ou psicológica, de modo intencional e repetitivo, exercida por indivíduo ou grupos de indivíduos,

contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidar, agredir, causar dor, angústia ou humilhação à vítima” (art. 2º, caput). Inclusive, diferentemente do diploma federal, o diploma municipal é voltado unicamente para os estabelecimentos de ensino público²⁰.

Outro exemplo pode ser encontrado na Lei do Estado do Rio de Janeiro n.º 6.401/2013, a qual implantou, na primeira semana do mês de abril, a "semana de combate ao bullying e ao cyberbullying" nas escolas públicas da rede estadual do Rio de Janeiro. Assim dispõe o seu art. 1º, §1º:

Entende-se por bullying a prática reiterada e habitual de atos de violência física, verbal ou psicológica, de modo intencional, exercida por indivíduo ou grupos de indivíduos contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidar, agredir, causar dor ou sofrimento, angústia ou humilhação à vítima, inclusive por meio de exclusão social.

Nota-se que o conceito legal da intimidação sistemática é muito amplo, muito embora da lei possam ser extraídas algumas características: (I) a violência, (II) a intencionalidade, (III) a repetitividade, (IV) a ausência de motivação, (V) a dor causada à vítima e, por fim, (VI) a ausência de equilíbrio entre as partes.

Uma observação importante se impõe quanto à conceituação legal trazida pela Lei n.º 13.185/2015.

Isso porque, muito embora louvável a tentativa de se conceituar o que vem a ser a intimidação sistemática, a boa técnica legislativa ensina que não se trata de uma prática recomendável, sobretudo porque a lei em comento não tem um caráter sancionador, onde a tipicidade das condutas é um postulado orientador do poder punitivo estatal.

²⁰ Art. 1º As escolas públicas da educação básica do Município de São Paulo deverão incluir em seu projeto pedagógico medidas de conscientização, prevenção e combate ao "bullying" escolar. Parágrafo único. A Educação Básica é composta pela Educação Infantil, Ensino Fundamental e Ensino Médio.

Nesta toada, o legislador teria agido de melhor forma se deixasse para a doutrina e a jurisprudência a conceituação do bullying, sobretudo porque esta conduta pode sofrer mutações ao longo do tempo. A prova desta afirmação é a criação do termo *cyberbullying*, mencionado no parágrafo Único do art. 2º da Lei n.º 13.185/2015²¹, o qual já representa uma espécie de bullying, ainda que com características própria.

4. Os personagens do bullying

Um último detalhe no que tange à configuração da intimidação sistemática diz respeito aos seus protagonistas, os quais a Lei n.º 13.185/2015 acabou não conferindo a devida ênfase.

Conforme ensinam Ricardo Bispo Razaboni Junior, Alencar Frederico Margraf e Teófilo Marcelo de Arêa Leão Junior²², *“pode-se dizer que há três categorias de personagens envolvidos nos casos de bullying, sendo elas compostas pelas vítimas, agressores e espectadores”*. Esta última figura, inclusive, não foi citada expressamente no conceito legal analisado acima, ainda que a sua participação tenha enorme importância para o agressor.

Quanto às vítimas, estão são aqueles pessoas que sofrem o bullying e, de acordo com a conduta que adotam são classificadas em: **(I) típicas**, pois são *“afetadas de modo a afligir-se com a agressão sofrida, sendo levada a angústia e a padecer pelo sofrimento”*²³. Estas vítimas não reagem aos agressores; **(II) provocadoras**, caracterizadas por serem aquelas que *“provocam as agressões que, em um momento posterior, irão afligi-las”*²⁴, no entanto, não são capazes de suportar as consequências; **(II) agressoras**, as quais *“reproduzem e replicam em pessoas que se encontram aparentemente em estado de inferioridade as agressões sofridas por seus agressores”*²⁵.

21 “ Há intimidação sistemática na rede mundial de computadores (cyberbullying), quando se usarem os instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial”.

22 RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo; MARGRAF, Alencar Frederico; LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. Responsabilidade civil de escolas privadas nos casos de bullying. *Revista dos Tribunais*, v. 994, Ano 107. Ago. 2018, p. 78.

23 *Ibid.*, p. 79.

24 *Ibid.*

25 *Ibid.*

A prática do bullying, sem dúvida alguma, impõe consequências muito danosas em relação às vítimas, tal como aponta Waldyr Grisard Filho²⁶:

Para as vítimas, dependendo de sua estrutura psíquica, da forma e da intensidade dos ataques as consequências mais comuns são o baixo rendimento escolar e o desinteresse pelos estudos, a evasão escolar, problemas psicossomáticos e comportamentais, transtorno do pânico e alterações extremas de humor, anorexia e bulimia, fobias, stress, cefaleia, insônia e tremores. Sentem-se rejeitadas e infelizes.

Os agressores são aquelas pessoas que se aproveitam de uma fragilidade das vítimas e praticam a sua conduta com o objetivo de causar uma dor à vítima, ainda que sem qualquer tipo de motivação. Obviamente que apesar de serem os causadores de dor para as vítimas, também sofrerão consequências, como também constata Waldyr Grisard Filho²⁷:

Os bullies não estão imunes a consequências de seus atos, desenvolvendo ao longo dos anos, várias tendências que podem caracterizar comportamento de risco, quando não são submetidos a tratamento especializado.

Finalmente, os espectadores são todos os demais que presenciam o bullying e, de acordo com a conduta adotada, também são classificados:

Os ativos são aqueles que apoiam a violência promovida pelo agressor, porém sem praticá-la. Em outro plano, os passivos são aqueles que sofrem com a angústia de se tornar uma vítima, assim, não

²⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. Bullying e responsabilidade civil. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord.). Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas, 2015, p. 440.

²⁷ Ibid.

interferem na agressão, permanecendo em seu estado de silêncio. Enfim, há os espectadores neutros, os quais não reagem negativamente, nem ficam angustiados por medo de se tornar a vítima, ou seja, permanecem sem a compreensão emocional ou sem identificação com o caso²⁸

Conclui-se, portanto, a importância da compreensão do bullying, pois, ao contrário do que se poderia supor, tanto as vítimas como os agressores são afetados por esta conduta.

5. A discricionariedade administrativa e a Lei n.º 13.185/2015

Traçadas as premissas acima, o que se passa a analisar agora é: como a Administração Pública, utilizando-se da sua discricionariedade, confere um tratamento adequado ao bullying nos estabelecimentos de ensino público, à luz das disposições da Lei n.º 13.185/2015.

Inicialmente, cumpre reiterar que os estabelecimentos de ensino são expressamente protegidos da intimidação sistemática pela Lei n.º 13.185/2015, conforme determina o seu art. 5º, o que inclusive foi demonstrado acima.

Voltando-se aqui apenas para a área pública, pois objeto central deste estudo, tem-se que as condutas adotadas pela Administração Pública sempre serão regidas pelo princípio da legalidade e se materializarão no mundo fático por atos administrativos.

Com efeito, conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁹, os atos administrativos consistem na “*declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário*”.

²⁸ RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo; MARGRAF, Alencar Frederico; LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. Responsabilidade civil de escolas privadas nos casos de bullying. *Revista dos Tribunais*, v. 994, Ano 107, p. 80.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 233.

Esta vontade da Administração Pública, conforme ensina André Saddy³⁰:

[...] seja por meio de atos, coação ou atividade técnica ou material, estará utilizando uma margem que se caracteriza por uma subjetividade ou autonomia pública atribuída de quatro formas: discricionariedade administrativa em seu sentido técnico-jurídico; liberdade de conformação ou de configuração; margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados; e apreciatividade administrativa.

Segundo o supracitado autor, denomina-se liberdade de conformação ou de configuração a:

[...] margem de liberdade de quem cria direitos e obrigações ou que os elucida, por meio de atos legislativos, normativo-regulamentares, editais, contratuais, jurisdicionais e até mesmo por tomadas de decisões administrativas que tenham o condão de se transformar em normas jurídicas, além da criação, formulação e do desenho de políticas públicas decorrentes de legitimidade democrática para escolher os meios que reputar adequados e avaliar se, e em que medida, diferentes situações justificam a criação de um direito e uma obrigação ou de uma política pública³¹

Já a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados implicará na:

³⁰ SADDY, André. Discricionariedade e jurisdição constitucional/supranacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 131.

³¹ *Ibid.*, p. 131.

[...] zona de incerteza semântica de um conceito jurídico, ou seja, daqueles conceitos que não se podem traçar precisamente porque não deixam ao seu intérprete a compreensão exata de quais significados emitem, seu objeto ou a realidade abrangida³².

Por sua vez, a apreciatividade administrativa é a "*margem de liberdade que se projeta sobre fatos e critérios interpretativos, variando a intensidade de acordo com o âmbito que se exerce*"³³.

Em seu sentido técnico-jurídico, André Saddy³⁴ define a o instituto da discricionariedade como:

[...] a margem relativa de liberdade/autonomia/volição conferida pela norma jurídica à Administração Pública para a adoção ou não, entre as estipulações oferecidas alternativas e/ou disjuntivamente, do que melhor atende aos interesses públicos.

Inclusive, o mesmo autor pontua que:

[...] a forma de concessão da discricionariedade é por meio de normas jurídicas. Estas, porém, quando concedem discricionariedade à Administração, fazem-na de forma potencial, isto é, de maneira abstrata, toda vez que a discricionariedade efetiva somente confirma-se no caso concreto. Desse modo, o conceito exposto refere-se ao que se denomina discricionariedade potencial. Somente, estar-se-á no terreno da discricionariedade efetiva uma vez fixadas as opções válidas, ou seja, opções

³² Ibid., p. 131-132.

³³ Ibid., p. 133.

³⁴ SADDY, André. Discricionariedade e jurisdição constitucional/supranacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 131.

igualmente justas e idôneas (ou legalmente indiferentes)”³⁵.

Ainda segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁶, a discricionariedade normalmente se apresentará:

- a) quando a lei expressamente a confere à Administração, como ocorre no caso da norma que permite a remoção ex officio do funcionário, a critério da Administração, para atender à conveniência do serviço;
- b) quando a lei é omissa, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com princípios extraídos do ordenamento jurídico;
- c) quando a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada; exemplos dessa hipótese encontram-se em matéria de poder de polícia, em que é impossível à lei traçar todas as condutas possíveis diante de lesão ou ameaça de lesão à vida, à segurança pública, à saúde.

O fundamento primordial da discricionariedade administrativa é a impossibilidade fática da lei, ou melhor, do ordenamento jurídico, regulamentar todas as condutas do dia a dia do gestor público, conforme ressalta Alexandre Santos de Aragão³⁷:

A discricionariedade, que já foi chamada de “cavalo de Troia no Princípio da Legalidade”, advém da impossibilidade de o Legislador prever de antemão

³⁵ SADDY, André. Discricionariedade e jurisdição constitucional/supranacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 131-132.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 252.

³⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo. 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 161.

todas as soluções que melhor atenderão o interesse público, razão pela qual, nesses casos, decide deixar certa margem de apreciação à Administração Pública na lida diária com as necessidades públicas.

Vale ressaltar, no entanto, que qualquer que seja a conduta adotada pelo administrador, esta sempre estará orientada para atender ao interesse público.

Traçadas todas estas premissas, passa-se ao tema central: em que medida a Lei n.º 13.185/2015 confere um poder discricionário para que a Administração Pública lide com a questão da intimidação sistemática no que tange ao ambiente escolar.

Como sobredito, a Lei n.º 13.185/2015 é um diploma legal pouco extenso, isto é, possui apenas oito artigos. Não obstante isso, é possível extrair da sua redação diversas menções à Administração Pública.

De fato, logo no art. 1º, após instituir o “programa de combate ao bullying” em território nacional e conceituar a intimidação sistemática (§1º), determinou-se que este programa *"poderá fundamentar as ações do Ministério da Educação e das Secretarias Estaduais e Municipais de Educação, bem como de outros órgãos, aos quais a matéria diz respeito"* (§2º).

Nota-se que, muito embora inexista discricionariedade administrativa, este dispositivo traz uma clara situação de **liberdade de configuração** no citado §2º, na exata medida em que confere à Administração Pública a possibilidade de adotar ações em torno no combate ao bullying.

Desta forma, os entes federados possuem base legal para a adoção de ações ligadas ao bullying, citando-se aqui, exemplificativamente palestras, formação específica de profissionais da área da educação e a vinculação de notícias ligadas à prevenção bullying em redes sociais de fácil difusão.

Adiante, ao passo que o art. 2º disciplina atos que caracterizam a prática de bullying (inclusive pela utilização de diversos conceitos jurídicos indeterminados), o art. 3º classifica as condutas de intimidação sistemática.

Não se encontra aqui discricionariedade administrativa, mas sim situações de **margem de livre apreciação destes conceitos jurídicos indeterminados**, diante da adoção de palavras com semântica muito abrangente para o intérprete da norma jurídica.

O art. 4º, por sua vez, estabelece uma série de objetivos do “programa de combate ao “bullying”, a seguir expostos:

- I - prevenir e combater a prática da intimidação sistemática (bullying) em toda a sociedade;
- II - capacitar docentes e equipes pedagógicas para a implementação das ações de discussão, prevenção, orientação e solução do problema;
- III - implementar e disseminar campanhas de educação, conscientização e informação;
- IV - instituir práticas de conduta e orientação de pais, familiares e responsáveis diante da identificação de vítimas e agressores;
- V - dar assistência psicológica, social e jurídica às vítimas e aos agressores;
- VI - integrar os meios de comunicação de massa com as escolas e a sociedade, como forma de identificação e conscientização do problema e forma de preveni-lo e combatê-lo;
- VII - promover a cidadania, a capacidade empática e o respeito a terceiros, nos marcos de uma cultura de paz e tolerância mútua;
- VIII - evitar, tanto quanto possível, a punição dos agressores, privilegiando mecanismos e instrumentos alternativos que promovam a efetiva responsabilização e a mudança de comportamento hostil;
- IX - promover medidas de conscientização, prevenção e combate a todos os tipos de violência, com ênfase nas práticas recorrentes de intimidação sistemática (bullying), ou constrangimento físico e psicológico, cometidas por alunos, professores e outros profissionais integrantes de escola e de comunidade escolar.

Um exemplo de atendimento ao inciso IX pode ser conferido na iniciativa do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no ano de 2018, pelo programa "Por Dentro do Ministério Público", cujo objetivo era promover um debate sobre o bullying para alunos do 4º e 5º anos do ensino fundamental na escola estadual Engenheiro Sílvio Fonseca,³⁸.

Nota-se que, por outra vez, não se extrai do dispositivo em comento discricionariedade administrativa. No entanto, isso não quer dizer que inexistam qualquer espécie de subjetividade, na exata medida em que uma leitura mais atenta revela a existência de **apreciatividade administrativa**, mas não uma liberdade de escolhas entre uma ou mais opções, todas elas previstas em lei.

O art. 5º, igualmente ao que se disse acima, tampouco revela uma hipótese de discricionariedade administrativa. Estabeleceu-se nele apenas que *“é dever do estabelecimento de ensino, dos clubes e das agremiações recreativas assegurar medidas de conscientização, prevenção, diagnose e combate à violência e à intimidação sistemática (bullying)”*.

Pontua-se que esta dicção legal foi praticamente reproduzida no art. 12, inciso IX, da Lei n.º 9.394/96 (diploma legislativo que versa sobre as diretrizes e bases da educação nacional), ainda que com um objetivo estritamente voltado para as escolas, diante da alteração legislativa promovida pela Lei n.º 13.663/2018³⁹, a qual prescreve que

Os estabelecimentos de ensino, respeitadas as normas comuns e as do seu sistema de ensino, terão

³⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *‘Por Dentro do MP’ promove debate sobre bullying na Escola Estadual Engenheiro Sílvio Fonseca, em BH*, Belo Horizonte, 08 jun. 2018. Disponível em <<https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/-por-dentro-do-mp-promove-debate-sobre-bullying-na-escola-estadual-engenheiro-silvio-fonseca-em-bh.htm>>. Acesso: 20 de fev. 2020.

³⁹ Segundo a justificativa apresentada pela autora do Projeto de Lei nº 5.826/2016, posteriormente transformado na Lei nº 13.663/2018, Deputada Keiko Ota, a inserção legal decorre do fato de que a temática do bullying *“é, sem dúvida, relevante, devendo-se registrar a recente edição da Lei nº 13.185, de 6 de novembro de 2015, que “institui Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying)”*. Essa lei não se restringe a estabelecimentos escolares, referindo-se a qualquer contexto social. No entanto, sabe-se que a prática da intimidação sistemática é particularmente evidente em estabelecimentos escolares, sejam eles públicos ou privados”. Nota-se aqui um certo descompasso, uma vez que o art. 5º da Lei nº 13.185/15 não diz se refere a “qualquer contexto social”, mas apenas a estabelecimento de ensino, clubes e agremiações recreativas

a incumbência de: (...) IX - promover medidas de conscientização, de prevenção e de combate a todos os tipos de violência, especialmente a intimidação sistemática (bullying), no âmbito das escolas.

Cita-se, ainda, que a mesma Lei n.º 13.663/2018 também acrescentou ao artigo 12 da Lei n.º 9.394/96 o inciso X, o qual impõe aos estabelecimentos de ensino o dever de “*estabelecer ações destinadas a promover a cultura de paz nas escolas*”

Inicialmente, uma primeira observação importante quanto a este dispositivo já foi trazida acima: não se extrai do Projeto de Lei n.º 5.369/2009 por quais motivos o art. 5º se restringiu tão somente aos estabelecimentos de ensino, aos clubes e às agremiações recreativas.

Quanto à norma em si, nota-se uma natureza manifestamente impositiva. Isso porque estabeleceu-se os deveres de conscientização (medida preventiva), prevenção, diagnose (medida preventiva) e, por fim, de combate (medida repressiva) quanto à intimidação sistemática nos locais já mencionados acima, os quais podem ser tanto privados como públicos.

Mesmo no que tange às medidas a serem adotadas inexistente discricionariedade, pois o dispositivo é claro ao afirmar que todas elas devem ser observadas concomitantemente. Isso é corroborado pela adoção da conjunção aditiva “e” e não da conjunção alternativa “ou” (apenas neste último caso, se assim o fosse a redação legal, seria possível afirmar pela existência de discricionariedade administrativa).

Por derradeiro, enquanto o art. 6º determina a obrigação do poder público produzir e publicar “*relatórios bimestrais das ocorrências de intimidação sistemática (bullying) nos Estados e Municípios para planejamento das ações*”, o art. 7º permite que os entes federados firmem convênios e estabeleçam “*parcerias para a implementação e a correta execução dos objetivos e diretrizes do Programa instituído por esta Lei*”.

No que tange ao art. 6º, citado acima, pouco foi feito até aqui, fato este que levou a Promotoria de Justiça de Defesa da Educação (Proeduc) do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios a recomendar ao

Secretário de Educação a adoção de providências "*para o combate ao bullying nas escolas do Distrito Federal*"⁴⁰.

O mesmo racional se aplica ao mencionado art. 7º: até então pouco tem sido feito.

Não obstante estas ponderações, por mais uma vez fica evidente a inexistência de discricionariedade administrativa, mas apenas de uma verdadeira obrigação direcionada à Administração Pública (no caso do art. 6º) e a facultatividade dos entes federados firmarem convênios ou estabelecerem parcerias (art. 7º).

Portanto, resta evidente que a Lei n.º 13.185/2015 se traduz em um diploma legal que, muito embora possa ser considerado como um primeiro avanço na questão relacionada ao bullying nos estabelecimentos de ensino, incluindo os públicos, não outorgou discricionariedade à Administração Pública.

Conclusão

A intimidação sistemática é um fenômeno social ainda muito comum nos dias atuais. Este tipo de prática ocorre com grande frequência com crianças e adolescentes em ambientes escolares, desde o início da vida acadêmica até os níveis mais altos de ensino.

O bullying, ressalte-se, deve ser entendido como qualquer ato dotado, pelo menos, das seguintes características: (I) a violência, (II) a intencionalidade, (III) a repetitividade, (IV) ausência de motivação, (V) a dor causada à vítima e, por fim, (VI) a ausência de equilíbrio entre as partes.

Este tipo de conduta pode ser materializada, por exemplo, nas situações de apelidos pejorativos, agressões físicas, isolamento ou exclusão proposital de uma pessoa, humilhações, intimidações entre outras.

Muito embora em um primeiro momento este tipo de prática não tenha despertado maiores atenções, ao longo do tempo foi sendo condenada, não apenas moralmente, mas também por leis, tal como ocorre no Brasil pela

⁴⁰ Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. MPDFT recomenda que Secretaria de Educação tome medidas contra o bullying. Brasília, 17 set.2019. Disponível em: <<https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/sala-de-imprensa/noticias/noticias-2019/11249-mpdft-recomenda-que-secretaria-de-educacao-tome-medidas-contra-o-bullying>>. Acesso em 21 de fev. 2020.

Lei n.º 13.185/2015, diploma normativo este que instituiu o “*Programa de Combate à Intimidação Sistemática*”.

A Lei n.º 13.185/2015 é uma lei pouco complexa, carregando consigo disposições legais que outorgam à Administração Pública diversos deveres, sobretudo no âmbito dos estabelecimentos de ensino.

Ocorre que, se de um lado diversos deveres foram positivados, conferindo-se para tanto diversas subjetividade à Administração Pública, olvidou-se de prever na Lei n.º 13.185/2015 a discricionariedade administrativa para que se possa adotar medidas preventivas e repressivas de combate e prevenção ao bullying.

Referências

ANDRADE, Ana Giulia Ferreira de. Bullying: Fenômeno Social e Seu Envolvimento nas Instituições de Ensino Particulares – Uma Análise da Responsabilidade Civil e Seus Aspectos. Revista SÍNTESE Direito de Família. São Paulo, v. 19, Ano XIX n. 111, dez./jan. 2019, p. 96-118.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo. 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de direito administrativo. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FARIA, Cristiane. Direito à educação: bullying nas salas de aula. Revista dos Tribunais, v. 1007, ano 108, set. 2019, p. 165-178.

GRISARD FILHO, Waldyr. Bullying e responsabilidade civil. In: MADALENO, Rolf; BARBOSA, Eduardo (coord.). Responsabilidade civil no direito de família. São Paulo: Atlas, 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. ‘Por Dentro do MP’ promove debate sobre bullying na Escola Estadual Engenheiro Sílvio Fonseca, em BH, Belo Horizonte, 08 jun. 2018. Disponível em <<https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/-por-dentro-do-mp-promove-debate-sobre-bullying-na-escola-estadual-engenheiro-silvio-fonseca-em-bh.htm>>. Acesso: 20 de fev. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITORIOS. MPDFT recomenda que Secretaria de Educação tome medidas contra o

bullying, Brasília, 17 set.2019. Disponível em: <<https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/sala-de-imprensa/noticias/noticias-2019/11249-mpdft-recomenda-que-secretaria-de-educacao-tome-medidas-contr-o-bullying>>. Acesso em 21 de fev. 2020.

ONU. Pesquisa da ONU mostra que metade das crianças e jovens do mundo já sofreu bullying. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/pesquisa-da-onu-mostra-que-metade-das-criancas-e-jovens-do-mundo-ja-sofreu-bullying/>>. Acesso em 27 dez. 2019.

SADDY, André. Discrecionalidade e jurisdição constitucional/supranacional. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2017.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. O direito educacional no sistema jurídico brasileiro. In: Todos pela educação, ABMP (Org.). Justiça pela qualidade na educação. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo; MARGRAF, Alencar Frederico; LEÃO JUNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. Responsabilidade civil de escolas privadas nos casos de bullying. Revista dos Tribunais, v. 994, Ano 107. Ago. 2018, p. 73-96.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. Direito à educação na diversidade: a prática do bullying no ambiente da escola pública e a responsabilidade do Estado. Revista de direito administrativo contemporâneo. São Paulo, v. 3, n. 21, nov./dez. 2015, p. 145-166.

SHARIFF, Shaheen. Ciberbullying: questões e soluções para a escola, a sala de aula e a família. Tradução: Joice Elias Costa. Porto Alegre: Artmed, 2011.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. Bullying: mentes perigosas nas escolas. 2 ed. São Paulo. Globo, 2015, disponível em: <https://ler.amazon.com.br/?asin=B018MFN3SK>. Acesso em 20 de fevereiro de 2020.



JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA EM MATÉRIA DE EDUCAÇÃO: A QUESTÃO DA EDUCAÇÃO DOMICILIAR À LUZ DO RE Nº 888.815/STF E OS POSSÍVEIS IMPACTOS DECORRENTES DA COVID-19

José Sérgio da Silva Cristóvam

Professor Adjunto de Direito Administrativo no Curso de Graduação em Direito e no Programa de Mestrado e Doutorado do PPGD/UFSC. Doutor em Direito Administrativo pela UFSC (2014), com estágio de Doutorado Sanduíche junto à Universidade de Lisboa – Portugal (2012). Mestre em Direito Constitucional pela UFSC (2005). Membro fundador e Presidente do Instituto Catarinense de Direito Público (ICDP). Membro fundador e Diretor Acadêmico do Instituto de Direito Administrativo de Santa Catarina (IDASC). Conselheiro Federal da OAB/SC. Presidente da Comissão Especial de Direito Administrativo da OAB Nacional. Presidente da Comissão de Acesso à Justiça da OAB/SC. Coordenador do Grupo de Estudos em Direito Público do CCJ/UFSC (GEDIP/CCJ/UFSC) e membro da Rede de Pesquisa em Direito Administrativo Social (REDAS). <http://orcid.org/0000-0001-8232-9122>. jscristovam@gmail.com

Gabriela Mafra

Mestranda em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Supervisão, Orientação e Inspeção Escolar. Bacharela em Direito. Licenciada em Pedagogia. Membro do Grupo de Estudos em Direito Público (GEDIP/CCJ/UFSC). Assistente de Promotoria de Justiça junto ao Ministério Público de Santa Catarina. mafra.gabriela@hotmail.com

Sumário: Introdução; 1. Breves considerações sobre a separação de poderes e a ideia de deferência judicial; 2. A questão da judicialização de políticas públicas educacionais; 2.1. Do ativismo à autorrestrição judicial; 2.2. Sobre a judicialização da educação e de políticas públicas educacionais; 3. O RE nº 888.815/RS e os possíveis impactos da Covid-19 sobre a educação domiciliar; Conclusões; Referências.

Introdução

A questão da judicialização da política, embora assuma diferentes facetas/roupagens a depender da tradição constitucional e da situação política de cada país, parece vir mesmo no contexto de uma tendência em âmbito mundial. Um fenômeno que ganha forças após a Segunda Guerra Mundial, na esteira do fracasso de governos nacionalistas e do descaso com os direitos humanos.

Como resposta à tese, mais ou menos correta, de que o apego apenas à estrita legalidade teria contribuído para as terríveis violações civilizatórias que marcaram o século XX, de maneira geral, as Constituições ao redor do mundo passaram a positivar direitos fundamentais de toda espécie, bem como a instrumentalizar mecanismos que possibilitassem o cumprimento e controle dessa gama de direitos e garantias constitucionais.

No Brasil, sobretudo após o advento da Constituição de 1988, e mais fortemente desde o final da década de 1990 e o início dos anos 2000, o Supremo Tribunal Federal (STF) vem atuado em larga medida no campo das questões políticas. Apenas para exemplificarmos, algumas situações recentes são os conhecidos julgamentos sobre a criminalização da homofobia, o regramento do foro por prerrogativa de função, a idade limite para ingresso na educação básica e casos de restrições judiciais a nomeações presidenciais para cargos de natureza política nos seus respectivos Governos. Situações que trazem, dentre outras consequências, o fortalecimento da relevância sociopolítica da função jurisdicional e, também, considerável dose de desequilíbrio na sempre instável relação entre os poderes constituídos, sobretudo numa república democrática ainda pouco madura como a nossa.

No caso brasileiro, e especialmente nesta última década, a relação de tensão e até certa disputa entre os poderes tem ganhado contornos muito mais nítidos, para não dizermos até confessados, num cenário de proeminência em que geralmente os Poderes Executivo e Legislativo acabam em desvantagem. Seguidamente, em especial nas vezes de corte constitucional, o STF atua como se tivesse uma espécie de aval social/popular; pior, age como se buscasse nas ruas seu fundamento de legitimidade, despontando com decisões sobre questões de políticas públicas e até mesmo em matérias de nítido jaez político, bem como em temas que traduzem mesmo verdadeiras escolhas morais para a Sociedade.

Por outro lado, com isso não queremos dizer disso uma situação invariável no âmbito do STF, havendo sim outros casos em que se percebe certa contenção do STF e deferência às escolhas públicas dos demais atores estatais, como justamente parece ser o caso do Recurso Extraordinário (RE) nº 888.815/RS, que abordou a questão da educação domiciliar (*homeschooling*) no Brasil.

O presente estudo tem por objetivo principal analisar o Caso *Homeschooling* julgado pelo STF (RE nº 888.815/RS), bem como discutir

seus contornos em termos de ativismo ou autorrestrrição judicial. Para tanto, são previamente delimitados os contornos da separação de poderes e da ideia de deferência, e depois discutidos os fenômenos da judicialização da política, do ativismo judicial e da autorrestrrição.

Ademais, não podemos ignorar a avassaladora e extraordinária variável pela qual fomos todos abruptamente atravessados, que tem impactado os mais variados seguimentos políticos, econômicos, culturais, esportivos, jurídicos etc. A Pandemia de Coronavírus (Covid-19), que iniciou na China em dezembro de 2019 e em menos de 3 meses já estava em todos os Continentes, tem exigido respostas imediatas de Governos e Estados nacionais ainda atônitos e sem poder de reação, frente aos enormes danos já causados e que certamente se ampliarão a partir deste terrível quadro de pandemia global.

Por certo, a máxima preservação das vidas humanas precisa ser o foco de todas as primeiras preocupações dos Governos e instituições públicas e privadas mundo afora, e as análises científicas, quase que à unanimidade, apontam atualmente o isolamento social como o “remédio” mais eficaz,¹ sobretudo porque pouco se sabe sobre o vírus e há profundos limites nos sistemas de saúde para dar respostas à colossal demanda por internações (nas manifestações mais graves da virose).

E essa questão do isolamento social acaba por impactar diretamente no debate acerca de eventuais políticas educacionais relacionadas à educação doméstica (*homeschooling*). Portanto, a partir do método dedutivo, pautado pelas técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, a pesquisa tem como problema central o debate em torno postura de autorrestrrição judicial na decisão do STF acerca do Caso *Homeschooling* (RE nº 888.815/RS), de forma a atender à ideia de deferência, com a discussão acerca dos possíveis impactos à questão da educação domiciliar por conta da situação da Covid-19.²

O estudo inicia a partir do debate em torno dos princípios da separação de poderes e da questão da deferência judicial, para depois avançar

¹ FOLHA. Incentivar o isolamento social significa valorizar a vida, a saúde e o respeito: é preciso ampliar a mobilização para o autoconfinamento para proteger populações mais vulneráveis. São Paulo, 26 mar. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/03/incentivar-o-isolamento-social-significa-valorizar-a-vida-a-saude-e-o-respeito.shtml>. Acesso em: 5 mai. 2020.

² BBC News Brasil. Regulamentação do homeschooling ganha novo fôlego em Brasília com isolamento por coronavírus. São Paulo, 21 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52333702>. Acesso em: 5 mai. 2020.

na discussão sobre o fenômeno da judicialização da política, do ativismo e de autorrestrição judicial, como instâncias teóricas preparatórias à análise das políticas educacionais e da proposta de *homeschooling* no Brasil, a partir da decisão do STF no RE nº 888.815/RS e dos possíveis impactos da Covid-19.

1. Breves considerações sobre a separação de poderes e a ideia de deferência judicial

O Estado democrático nasce sob a ótica de juridicização do poder, a teoria do poder constituinte remonta à origem do ordenamento jurídico, a partir do ato de soberania que institucionaliza o poder, passando este a ser exercido pelos órgãos indicados na Constituição e na forma por ela prescrita.³

Recuperando da clássica obra “O espírito das leis”, Montesquieu afirmava que cada Estado possuía três poderes, ou três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo do estado, e o poder de julgar. Nesse sentido, a “liberdade política” poderia ser definida como a tranquilidade de espírito do cidadão sobre a sua segurança, um governo no qual um cidadão não tema outro. Para o autor, não haveria liberdade em um governo cujo poder de julgar não estivesse separado dos poderes de legislar e administrar. O poder de julgar unido ao legislativo seria arbitrário, congregando funções sobre a vida e liberdade dos cidadãos, consistindo na formação de um juiz-legislador, bem como caso os juízes se unissem ao executivo poderiam ter a força de um opressor.⁴

Com efeito, as Revoluções Francesa e Americana guardam relação estreita com a conhecida teoria da separação dos poderes apresentada por Montesquieu. Inclusive, para uma breve incursão histórica, a doutrina recupera que o Poder Judiciário contemporâneo à Revolução Francesa era basicamente constituído por membros da aristocracia e, portanto, resistia em aplicar uma nova dimensão jurídica, que refletia a nascente reconfiguração político-econômica, pela contrariedade aos interesses do grupo e mesmo na tentativa de manter o *status quo*. Isso acabou por evoluir para uma maior obediência dos juízes franceses pós-revolução à estrita legalidade, diferentemente do que ocorreu com o Poder Judiciário americano, que não

³ RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 113.

⁴ MONTESQUIEU. O espírito das leis. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 167-168.

sofreu essa dimensão mais restritiva e acabou por construir uma postura mais ativista.⁵

Sobre a dimensão jurídica da separação de poderes, a mesma parte da identificação inicial das funções essenciais desempenhadas pelo Estado moderno para a consecução de seus fins.⁶ Nesta esteira, Jorge Miranda ensina que os fins de um Estado então relacionados com a respectiva conjugação histórica e sua situação político-constitucional. Portanto, o Estado se constituiria em meio para o atingimento desses fins qualificados.⁷

Do ponto de vista normativo, a Constituição de 1988 dispõe, já nos arts. 1º ao 4º, acerca dos princípios fundamentais estruturantes de toda a dimensão republicana, democrática e federativa do Estado brasileiro.⁸ Princípios que definem a forma, estrutura e fundamento do Estado (art. 1º), a separação dos poderes (art. 2º), os objetivos fundamentais (art. 3º) e os princípios de regência no âmbito das relações internacionais (art. 4º).

Mais especialmente sobre a separação de poderes, José Afonso da Silva destaca a importância da diferenciação entre a distinção das funções do poder da divisão ou separação dos poderes, embora afirme que entre ambas exista conexão necessária. A primeira decorre da natureza diversa das tarefas governamentais, ao passo que a segunda residiria na confiança de cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a diferentes órgãos (Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário).⁹

Inegavelmente, trata-se de um debate de tamanho relevo e envergadura que, já no art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, vinha prescrito que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 883-888.

⁶ RAMOS, Elival da Silva. Op. Cit. p. 115.

⁷ MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 9-10.

⁸ Sobre o tema dos princípios constitucionais, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

⁹ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 108.

Essa discussão em torno da separação de poderes tem, mais recentemente, trazido à tona outras questões relacionadas à chamada deferência ou autocontenção judicial. No âmbito do controle judicial, especialmente na revisão de atos legislativos ou da Administração Pública em geral, ganha relevo a discussão acerca dos limites à jurisdição, sobretudo frente a situações que envolvem instituições que, em razão da atuação, estariam mais preparadas ao enfrentamento técnico de questões específicas, bem como pelo maior aparelhamento institucional e, ainda, visando não prejudicar a coerência e a dinâmica da atuação voltada ao planejamento e execução de políticas públicas pela autoridade administrativa.¹⁰

Inclusive, apenas a título exemplificativo, tem-se que a ideia de controle judicial deferente no caso das decisões das agências reguladoras, por um lado, reside na inadequação subjetiva e objetiva dos tribunais; e por outro, no prejuízo que a intervenção poderia causar à política regulatória das agências. Haveria, de certa maneira, a compreensão de que matérias tecnicamente complexas deveriam ser definidas, prioritariamente, pelas autoridades administrativas especializadas, cabendo aos tribunais apenas uma revisão mais contida e relativamente superficial.¹¹

No sentido de indicar quantitativamente essa situação, embora não seja uma amostragem recente, cumpre recuperar estudo que analisou dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), quando se apurou que das 1.371 ações judiciais, cujo objetivo era questionar as decisões de agências reguladoras entre os anos de 1994 e 2010, mais de 80% dos casos tiveram o mérito julgado pelos tribunais de maneira favorável à agência.¹²

Sobre o referido estudo, um dos pesquisadores observa que isso pode decorrer de alguns fatores, a saber: “(i) a supervalorização de questões processuais, (ii) a falta de conhecimento técnico, (iii) influência do direito

¹⁰ JORDÃO, Eduardo; CABRAL JUNIOR, Renato Toledo. A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo sobre o controle do TJRJ à AGENERSA. Revista de Estudos Institucionais, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 537-571, jul./dez. 2018. p. 541. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/307/266>. Acesso em: 5 mai. 2020.

¹¹ JORDÃO, Eduardo; CABRAL JUNIOR, Renato Toledo. Op. Cit. p. 541.

¹² AZEVEDO, Paulo Furquim de; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública. São Paulo: USP, 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf. Acesso em: 5 mai. 2020.

privado, e (iv) resistência em analisar o aspecto material da política regulatória, recorrendo-se ao formalismo”.¹³

Por outro viés, o debate também desponta capital no que toca à implementação de políticas públicas e seu deslocamento dos Poderes Executivo e Legislativo na direção do protagonismo judicial. Para os contornos do presente estudo, políticas públicas aqui entendidas como aquelas “diretrizes, procedimentos e regras que determinam as relações entre o Estado e os atores sociais a que se destinam as aplicações de recursos públicos e os benefícios sociais, concretizados em programas, financiamentos e leis que traduzem a natureza e as prioridades de determinado regime político”.¹⁴

Com efeito, o debate acerca da invocação do Judiciário (e também de outros atores, como o Ministério Público, os Tribunais de Contas etc.) para arbitrar conflitos entre as forças ou instituições políticas depende não apenas da força dos tribunais, mas também, de forma mais abrangente, dos padrões da própria disputa política.¹⁵

Sobre essas temáticas, comum e mesmo recorrente, quando em debate a questão da deferência judicial, é recuperarmos o conhecido Caso Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.,¹⁶ julgado pela Suprema Corte estadunidense em 1984 e discutido até os dias atuais, quando afirmou, basicamente, que nas hipóteses nas quais o legislador não tenha disposto especificamente sobre determinado tema, ou ao menos em cláusulas

¹³ MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. A revisão judicial de decisões de agências regulatórias: jurisdição exclusiva? In: PRADO, Mariana Mota (Org.). O judiciário e o Estado regulador brasileiro. São Paulo: FGV Direito SP, p. 25-46, 2016. p. 36. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17700/O-judiciario-e-o-estado-regulador.pdf>. Acesso em: 5 mai. 2020.

¹⁴ TORRENS, Antônio Carlos. Poder legislativo e políticas públicas: uma abordagem preliminar. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 197, p. 189-204, jan./mar. 2013. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496980/000991334.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 5 mai. 2020.

¹⁵ TAYLOR, Matthew M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. Dados - Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000200001&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 5 mai. 2020.

¹⁶ Sobre o tema, ver: SILVEIRA, André Bueno da. Doutrina chevron no brasil: uma alternativa à insegurança jurídica. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 276, p.109-146, 2017.

legais para verificação de ambiguidades, a postura judicial a ser adotada deve seguir a perspectiva de deferência para com a escolha pública.¹⁷

Em verdade, o chamado princípio da deferência (doutrina da deferência) pode ser compreendido como corolário da própria separação dos poderes, no sentido de certa dimensão de respeito e consideração (deferência) do Judiciário às decisões e manifestações dos demais poderes, exaradas dentro do exercício das suas próprias funções precípuas e atribuições constitucionais. Para uma síntese, a dimensão da deferência refere-se à atitude de destacada valorização pelo Poder Judiciário às manifestações políticas do Legislativo e decisões sobre políticas públicas *lato sensu* pelo Executivo, sobretudo quando inexistente solução normativa (constitucional ou infraconstitucional) imediatamente aplicável ao caso.

2. A questão da judicialização de políticas públicas educacionais

Feitas estas breves considerações acerca da questão da separação de poderes e da doutrina da deferência judicial, somente no imprescindível aos contornos do presente estudo, cumpre avançarmos na análise acerca da judicialização da política, fenômeno que tem atingido considerável intensidade nos últimos anos e povoado a cena jurídico-política nacional.

Para uma aproximação inicial, podemos buscar a posição de Luís Roberto Barroso, para quem judicialização “significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo”, o que inclui o “Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral”.¹⁸

Numa perspectiva complementar, a judicialização da política é delineada por Torbjorn Vallinder a partir de dois significados principais: (i) a expansão da atuação dos tribunais/juízes às custas de políticos ou

¹⁷ VALLE, Vanice Lirio do. Planejamento orçamentário e políticas públicas: explorando uma alternativa de reconciliação pela indução. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 113-134, mai./ago. 2018. p. 125. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/55250/35889>. Acesso em: 5 mai. 2020.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. 2009. p. 2. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 5 mai. 2020.

administradores; e, (ii) a difusão de métodos decisórios fora da seara judicial propriamente dita. Para o autor, judicializar em essência é transformar algo em processo judicial. Significa, também, a transferência dos direitos decisórios do legislativo, do Executivo ou do serviço público para os tribunais.¹⁹

Embora “judicialização” e “judicialização da política” possam ser empregadas como expressões sinônimas, aqui, para fins de distinção didática, judicialização será usada no sentido mais amplo relacionado ao exercício do direito de ação, com a submissão de demandas perante o Poder Judiciário, reservada a expressão “judicialização da política” para indicar a submissão de questões essencialmente políticas à apreciação judicial, carente de legitimidade democrática originária, tipicamente outorgada sim aos Poderes Legislativo e Executivo.

Umas das características centrais da judicialização da política está justamente na sofisticada, dinâmica e complexa migração de parcelas do poder político das instituições representativas para os tribunais: (i) sofisticada, porque em geral vem justificada a partir de um consistente discurso de defesa da Constituição e legitimação constitucional direta; (ii) dinâmica e complexa, porque pode haver atuação política dos tribunais não somente quando afastam decisões/manifestações dos demais poderes (Legislativo e Executivo), mas também quando deixam de revisar/corrigir atos e omissões daqueles mesmos poderes. Muitas vezes, dizer que não tem competência para decidir, é tomar uma decisão política. Uma clara reconfiguração daquela clássica balança de poderes que ocorre, v.g., quando se recorre aos tribunais para:

[...] o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas [...], tribunais superiores ao redor do mundo têm sido frequentemente chamados a resolver uma série de problemas – da extensão das liberdades de culto religioso e de expressão, dos direitos à igualdade e à privacidade e da liberdade de reprodução, a políticas públicas relacionadas à justiça criminal, à propriedade, ao comércio, à educação, à imigração,

¹⁹ VALLINDER, Torbjorn. Judicialização da política: um fenômeno mundial. In: MOREIRA, Luiz (Org.). Judicialização da política. São Paulo: 22 Editorial, 2012. p. 15.

ao trabalho e à proteção ambiental.²⁰

Nessa mesma esteira, a doutrina aponta alguns fatores como fundamentais para o aumento da judicialização da política, a saber: (i) a democracia; (ii) a separação de poderes; (iii) o reconhecimento formal de direitos; (iv) a “consciência dos meios judiciais pelos grupos de interesses e pelos partidos de oposição na realização de seus objetivos”; (v) a “inefetividade das instituições majoritárias”; (v) a “incapacidade das instituições em dar provimento às demandas sociais, delegando às cortes a tomada de decisão em determinadas áreas da política”.²¹

Noutro ponto de relevo, relacionado à expansão do Poder Judiciário como instância de concretização dos direitos sociais, destacado aqui para os fins educacionais, temos uma espécie de “transferência de legitimidade do Poder Executivo e Legislativo para o Judiciário”, sendo que este “movimento leva a que se criem expectativas positivas elevadas a respeito do sistema judiciário, esperando-se que resolva os problemas que o sistema político não consegue resolver”.²²

Ainda sobre o tema do protagonismo judicial, alçado à instância de implementação de direitos sociais e coletivos, cabe ressaltarmos a influência de outros fenômenos, como:

[...] a crise dos meios tradicionais de representação política e a revalorização da sociedade civil, até mesmo como espaço de produção de bens coletivos não mais realizados pelo Estado; a globalização e seus efeitos sobre a produção e implementação do Direito em suas diversas áreas; o agravamento de problemas que colocam em risco as instituições e a esfera pública de um modo geral, tais como a

²⁰ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mai. 2009. p. 140. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>. Acesso em: 5 mai. 2020.

²¹ SILVEIRA, Adriana A. Dragone. Judicialização da educação para a efetivação do direito à educação básica. *Jornal de Políticas Educacionais*, Curitiba, n. 9, p. 30-40, jan./jun. 2011.

²² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 21.

corrupção e o crime organizado. Além disso, o Judiciário se vê desafiado também por novos movimentos sociais, muitas vezes articulados em defesa de direitos de minorias ou de causas novas como as ambientais e dos consumidores.²³

Interessante apontar a posição de John Ferejohn, que associa política às atividades desempenhadas pelo Legislativo, e ao direito as operações do judiciário. No âmbito legislativo, a política seria inevitável, assim como legítima, sendo a contestação política condição essencial à consecução plena dos valores democráticos. Por outro lado, cada vez mais os tribunais estariam a se convolverem em instâncias de elaboração de políticas públicas substantivas, além de limitar e regular o poder de instituições legislativas. Inclusive, falando a partir do contexto estadunidense, o autor vê vantagens na elaboração judicial de políticas públicas: ao lidar com as normas à luz de casos específicos, os juízes poderiam vislumbrar injustiças ou inconvenientes justamente pelas circunstâncias que permeiam o litígio específico. E arremata que a “judicialização da política também leva à regulação judicial da política. A recente regulação judicial de práticas democráticas tem se concentrado no desenvolvimento de doutrinas constitucionais que permitam que tribunais reorganizem as práticas políticas”.²⁴

Uma posição de difícil assimilação, sobretudo para o contexto brasileiro, que ainda prescinde e muito de uma maior maturidade democrática e institucional, e que se tem notado, especialmente nos últimos anos, uma sensível escalada de um tipo específico de judicialização da política, na forma de um modelo que sequer parece ainda comportável naquela dimensão do ativismo, migrando em determinadas situações para um verdadeiro “populismo judicial”.²⁵ E, mais ainda, até para um novo modelo jurídico-

²³ ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a justiça e a política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. *Sistema político brasileiro: uma introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Editora Unesp, 2007. p. 100.

²⁴ FEREJOHN, John. *Judicializando a política, politizando o direito*. Tradução de Thiago Nasser, revisão de José Eisenberg. 2005. p. 6. Disponível em: http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/banco_artigos/Filosofia_e_Teoria_do_Direito/ferejohn.pdf. Acesso em: 5 mai. 2020.

²⁵ SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo

político que estaria a povoar nosso sistema de justiça – dos chamados “juízes partisans”.²⁶ Uma nova forma de fazer política e agir politicamente, mas sem se submeter aos limites e aos dissabores da política e seus âmbitos de responsabilização.

É certo que a política ligada ao Poder Legislativo ocorre a partir de uma liturgia peculiar, que pode conduzir a convergências de interesses até por vezes obscuros, o que leva alguns a contrastá-las com as decisões judiciais e seus procedimentos, e nestes ver mais abertura e transparência, a reforçar certa imagem de integridade e incorruptibilidade do sistema de justiça.²⁷ Ideias que também precisam receber um necessário temperamento crítico, até porque não nos perece nem adequado e muito menos desejável uma tal sorte de separação maniqueísta que acabe por conduzir à demonização da política (como a origem e medida de todo o mal!) e o endeusamento das estruturas do sistema de justiça (como espaço de pureza e habitação dos justos e bons!) ou vice-versa. Inclusive, sobre o tema, importante considerar que:

A busca por soluções mais velozes para as questões sociais relevantes através do poder judiciário, ignorando procedimentos de caráter formal, de cunho participativo e deliberativo, possui grave insurgência não somente dos aspectos democrático e representativo, pois vislumbra também um cenário de insegurança jurídica a partir de duas perspectivas. A primeira se refere à ausência de limites da atuação judicial, o poder judiciário tudo pode e tudo faz; e a segunda perspectiva de insegurança jurídica se dá a partir do conteúdo das decisões, não se pode prever o tipo de solução que será encontrada, pois as regras do jogo não são claras, e o conteúdo da norma pode

Horizonte, n. 117, p. 193-217, jul./dez. 2018. Disponível em: <file:///C:/Windows/system32/config/systemprofile/Downloads/594-1855-1-PB.pdf>. Acesso em: 5 mai. 2020.

²⁶ CASTRO, Matheus Felipe de. O martelo Moro: a "Operação Lava Jato" e o surgimento dos juízes partisans no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim*, São Paulo, v. 25, n. 136, p. 293-319, out. 2017.

²⁷ Neste sentido, a posição de autores como Stuart Scheingold, conforme suscitado por Ran Hirschl. Sobre o tema, ver: HIRSCHL, Ran. Op. Cit. p. 144.

a qualquer tempo ser modificado pelo próprio juiz dentro do processo.²⁸

Nada obstante, é bem verdade que a Sociedade, angustiada por soluções políticas mais céleres para as mais importantes questões de ordem social, foge do processo político de debate nos Poderes Legislativo e Executivo, constitucionalmente incumbidos de tais discussões, e busca a intermediação judicial direta, na esperança de ver solvidas suas contendas e anseios de toda ordem. Como consequência, há a transferência de parcelas de poder ao Judiciário, que não possui o aparelhamento adequado para discussões de ordem política e nem foi direta e imediatamente desenhado para tais misteres, o que tende a aumentar a insegurança jurídica com relação a questões relacionadas a políticas públicas em geral, mas também acerca dos próprios rumos políticos do país.

2.1. Do ativismo à autorrestrrição judicial

O termo ‘ativismo judicial’ é atribuído ao artigo “*The Supreme Court*”, de autoria do historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr., datado de 1947, quando discorreu sobre a importância do conhecimento das questões que dividiam a corte e os juízes, submetendo ao julgamento crítico as motivações, relações internas e externas ou capazes de influenciar a tomada de decisões. O autor definiu o termo ativismo judicial em oposição à autorrestrrição judicial, sendo esta última como a deferência dos juízes à vontade do legislador, pautada no entendimento de que a Suprema Corte não deve interferir na política.²⁹

Nessa esteira, Carlos Alexandre de Azevedo Campos define o ativismo judicial a partir de duas dimensões: a primeira, no sentido de que as decisões ativistas são multifacetadas, seja por meio da interpretação criativa e expansiva da Constituição, aplicação direta de direitos fundamentais

²⁸ MAFRA, Gabriela. Ação Penal 937: o foro por prerrogativa de função e a judicialização da política. 2018. 71 f. TCC (Graduação) – Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018. p. 59-60. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/188185/TCC_Gabriela%20Mafrareposito%20UFSC.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 5 mai. 2020.

²⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 43-44.

implícitos, seja pela ausência de submissão à capacidade legal dos demais poderes; a segunda, no sentido de que o ativismo judicial decorreria de uma pluralidade de fatores, não somente como resultado da atitude deliberada de juízes e cortes, mas também podendo ser “politicamente construído e direcionado”.³⁰

A partir de uma leitura positiva e mesmo de defesa do ativismo judicial, Luís Roberto Barroso sustenta que tal fenômeno normalmente ocorre em situações de retração do Poder Legislativo, promovendo verdadeiro abismo entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. Daí a maior interferência judicial no espaço de atuação dos demais poderes.³¹

Por outro lado, Elival da Silva Ramos corretamente alerta para o fato de que o ativismo judicial representa a ultrapassagem do que se delineia como função jurisdicional, em detrimento das funções legislativa ou administrativa, ou ainda a função de governo. Para o autor, tal prática constitui-se como a descaracterização da função típica do Poder Judiciário para atingir o núcleo essencial das funções constitucionalmente atribuídas aos demais poderes. E, nesse contexto, propõe como contraponto o passivismo judiciário, uma postura que possuiria gravidade equiparável, concluindo que o positivismo clássico remete ao passivismo, ao passo que o pragmatismo e o moralismo jurídicos levam ao ativismo judicial.³²

Nessa esteira, a ideia de autorrestrrição ou autocontenção judicial também despontam como antídotos ao ativismo. Autorrestrrição no sentido de redução da interferência judicial na correção/revisão das ações dos demais poderes, com o respeito e a deferência às respectivas decisões, se não imediatamente ilegais ou inconstitucionais, inclusive de forma a preservar as instituições e o primado da legalidade. Uma análise que comporta subdivisões

³⁰ Ibidem, p. 42.

³¹ Sobre o tema, ver: BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da minoria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-50, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>. Acesso em: 5 mai. 2020; BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito & Praxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2117-2228, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>. Acesso em: 5 mai. 2020.

³² RAMOS, Elival da Silva. Op. Cit. p. 119-137.

como a autorrestrrição material, a autorrestrrição formal ou ainda a autorrestrrição tácita,³³ mas que aqui não serão enfrentadas, porque fogem aos contornos do debate mais pontual, mais focado nas questões relacionadas às políticas educacionais, o Caso *Homeschooling* (RE nº 888.815/RS) e os possíveis impactos da Covid-19 na educação domiciliar.

2.2. Sobre a judicialização da educação e de políticas públicas educacionais

No Brasil, a judicialização da educação é matéria corrente, sobretudo no que toca à reivindicação do direito de acesso à educação pela via judicial, bem como suas abas de regulamentação no âmbito da legislação infraconstitucional. Por outro lado,

Apesar do papel do Judiciário na educação ter se ampliado de forma expressiva, é patente a necessidade de discutir a utilização deste meio para a resolução de litígios envolvendo questões pedagógicas e educativas, pois esta instituição nem sempre será o mecanismo mais eficaz, devido ao despreparo dos seus membros para as dinâmicas envolvendo o cotidiano educacional.³⁴

Sobre o tema, a consolidação do processo de judicialização da educação está relacionado a três fatores centrais: primeiro, as mudanças no panorama legislativo; segundo, o reordenamento das instituições judicial e escolar; e, terceiro, pelo próprio posicionamento ativo da comunidade na busca pela consolidação dos direitos sociais.³⁵

³³ Sobre o tema, ver: LIMA, Flavia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 221-247, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/55990/35010>. Acesso em: 5 mai. 2020.

³⁴ SILVEIRA, Adriana A. Dragone. Op. Cit. p. 38.

³⁵ CURY, Carlos Roberto Jamil; FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. A judicialização da educação. *Revista CEJ*, Brasília, n. 45, p. 32-45, abr./jun. 2009. p. 35.

Com efeito, parece pertinente ressaltar que há diversos âmbitos de judicialização da educação, que em nada se confundem com ativismo judicial, ligados à necessária intervenção do Poder Judiciário na prossecução e densificação dos fins educacionais previstos na Constituição e de maneira pormenorizada pela legislação infraconstitucional. Aqui, os limites são a Constituição e as leis imediatamente aplicáveis, como, para exemplificar: (i) merenda escolar; (ii) transporte escolar; (iii) carência ou falta de professores nas escolas; (iv) condições para o desenvolvimento de alunos com deficiência; (v) adequação do prédio escolar; (vi) vagas em creches e pré-escolas.³⁶

Por outro lado, há outras situações como aqueles casos cujo o objeto principal da demanda é justamente a implementação de uma política pública educacional inovadora (judicialização da política educacional), como no caso do RE nº 888.815/RS, que discute nova modalidade educativa no sistema educacional brasileiro, ainda sem regulamentação ou previsão legislativa, que é a questão da possibilidade de educação domiciliar (*homeschooling*).

3. O RE nº 888.815/RS e os possíveis impactos da Covid-19 sobre a educação domiciliar

O RE nº 888.815/RS, julgado pelo STF em 12 de setembro de 2018, sob o Tema 822, discutiu a possibilidade da educação domiciliar (*homeschooling*), com o processo de ensino/aprendizagem promovido pela família, de forma a ser considerado meio lícito de cumprimento do dever de educação, previsto no art. 205 da Constituição de 1988.³⁷

A educação domiciliar ou doméstica, do inglês *homeschooling*, é modalidade educativa que subtrai o protagonismo estatal da gestão educacional e coloca em evidência a parentalidade, conferindo aos pais autonomia e liberdade sobre a educação dos filhos. Em geral, partindo da

³⁶ Ibidem, p. 36-38.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 822: possibilidade de o ensino domiciliar (*homeschooling*), ministrado pela família, ser considerado meio lícito de cumprimento do dever de educação, previsto no art. 205 da Constituição Federal. Brasília, set. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4774632&numeroProcesso=888815&classeProcesso=RE&numeroTema=822#>. Acesso em: 5 mai. 2020.

experiência estadunidense, seus “praticantes se opõem ao entendimento de que a educação compulsória se efetiva apenas sob a forma de educação escolar”.³⁸

Sobre o tema, embora seja robusta a tese da inconstitucionalidade da modalidade de educação domiciliar no Brasil, em especial a partir dos arts. 205, 208, § 3º e 227 da Constituição de 1988, há no Congresso Nacional pelo menos quatro proposições legislativas que visam estabelecer o ensino domiciliar como modalidade de ensino oficial, alterando a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) (Lei nº 9.394/1996). Os Projetos de Lei (PL) nº 3.179/2012, de autoria do Deputado Lincoln Portela (PR/MG),³⁹ e nº 10.185/2018, de autoria do Deputado Alan Rick (DEM/AC), apensado àquele, buscam alterar a LDB, de forma a estabelecer como faculdade a modalidade de educação básica domiciliar, sob a responsabilidade dos pais ou tutores dos estudantes. Por sua vez, o PL nº 3.261/2015, de autoria do Deputado Eduardo Bolsonaro (PSC/SP),⁴⁰ também apensado à primeira proposição legislativa, busca a alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (Lei nº 8.069/1990), com a inclusão da respectiva modalidade de ensino domiciliar. E, mais recentemente, o Planalto encaminhou ao Congresso Nacional o PL nº 2.401/2019, apensado ao PL original e atualmente sob a relatoria da Deputada Dorinha Rezende.⁴¹

³⁸ BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro; OLIVEIRA, Romualdo Luiz Portela de. Apresentação do Dossiê: Homeschooling e o direito à educação. *Pro-Posições*, Campinas, v. 28, n. 2, p.15-20, mai./ago. 2017. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/proposic/article/view/8650302/16624>. Acesso em: 5 mai. 2020.

³⁹ BRASIL. *Câmara dos Deputados*. Projeto de Lei nº 3.179, de 8 de fevereiro de 2012. Brasília, fev. 2012. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=EEE905BACC5F2DA926E1877ECEAD77E4.proposicoesWebExterno1?codteor=963755&filename=PL+3179/2012. Acesso em: 5 mai. 2020.

⁴⁰ BRASIL. *Câmara dos Deputados*. Projeto de Lei nº 3.261, de 8 de outubro de 2015. Brasília, out. 2015. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=EEE905BACC5F2DA926E1877ECEAD77E4.proposicoesWebExterno1?codteor=963755&filename=PL+3179/2012. Acesso em: 5 mai. 2020.

⁴¹ BRASIL. *Câmara dos Deputados*. Projeto de Lei nº 2.401, de 17 de abril de 2019. Brasília, out. 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2198615>. Acesso em: 5 mai. 2020.

Trata-se, portanto, de matéria que conta com proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional e veicula temática política largamente controvertida, de forma que, por tudo o que restou até aqui debatido, nada obstante eventuais questões de inconstitucionalidade, deveria restar efetivamente circunscrita ao debate no seu palco por excelência, que é a instância de representação política nacional.

Ocorre que, provocado, o Poder Judiciário teve que conhecer da referida matéria, até porque não lhe é dado negar jurisdição (art. 5º, XXXV da Constituição), sendo que o caso que acabou por chegar ao STF, pela via do recurso extraordinário, buscava a reforma de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), assim ementada:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. DIREITO À EDUCAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO AO SISTEMA EDUCACIONAL DOMICILIAR. INEXISTÊNCIA. Inexistindo previsão legal de ensino na modalidade domiciliar, não há no caso direito líquido e certo a ser amparado na estrita arena do *mandamus*. Manutenção do indeferimento da segurança. APELAÇÃO DESPROVIDA.⁴²

Para uma breve recuperação, o caso decorre de ação mandamental impetrada contra alegado ato coator do Secretário Municipal de Educação de Canela (RS), relacionado ao dever de imediata matrícula, na rede regular de ensino, da filha de um casal que pretendia educá-la em regime domiciliar. Denegada a segurança em primeira instância, julgando a apelação o TJRS manteve o entendimento, desprovendo o recurso, por entender ausente o alegado direito líquido e certo, ante a inexistência de previsão legal para o ensino em regime domiciliar.

Em sede de recurso extraordinário, a parte recorrente alegou ofensa aos arts. 205, 206, 208, 210, 214 e 229, todos da Constituição de 1988, bem como, dentre suas razões, que a restrição de educar

⁴² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70052218047. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, 16. Mai. 2013. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112832131/apelacao-civel-ac-70052218047-rs/inteiro-teor-112832141>. Acesso em: 5 mai. 2020.

[...] à instrução formal numa instituição convencional de ensino é não apenas ignorar as variadas formas de ensino – agora acrescidas de mais recursos com a tecnologia – como afrontar um considerável número de garantias constitucionais, cujo embasamento se dá, entre outros, pelos princípios da liberdade de ensino (art. 206, II, CF) e do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, III, CF), tendo-se presente a autonomia familiar assegurada pela Constituição.⁴³

O recurso foi recebido pelo Ministro Relator Luís Roberto Barroso, que submeteu a questão primeiramente ao Plenário Virtual, para análise da repercussão geral da matéria constitucional. Para a repercussão geral do caso foi analisada a limitação da liberdade dos pais na escolha dos meios pelos quais irão prover a educação dos filhos, segundo suas convicções pedagógicas, morais, filosóficas, políticas e/ou religiosas. Assim, foi reconhecida a natureza constitucional do debate acerca da possibilidade da família de desincumbir do dever de prover educação (art. 205 da Constituição) por meio de ensino domiciliar (*homeschooling*) (Tema 822), sob a seguinte ementa:

DIREITO CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. ENSINO DOMICILIAR. LIBERDADES E DEVERES DO ESTADO E DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL. Constitui questão constitucional saber se o ensino domiciliar (*homeschooling*) pode ser proibido pelo Estado ou viabilizado como meio lícito de cumprimento, pela família, do dever de prover educação, tal como previsto no art. 205 da CRFB/1988.2. Repercussão geral reconhecida.⁴⁴

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Op. Cit.

⁴⁴ Idem.

Quando do julgamento da matéria, o relator Ministro Relator Luís Roberto Barroso restou integralmente vencido e o Ministro Edson Fachin vencido em parte. A divergência inaugurada pelo Ministro Alexandre de Moraes foi seguida pelos demais membros do STF, cabendo aqui a recuperação, ainda que breve, das suas respectivas razões de voto.⁴⁵

O relator originário, Ministro Luís Roberto Barroso, votou pelo provimento do recurso, mesmo sem regulamentação normativa acerca da matéria, por entender “constitucional a prática de ensino domiciliar a crianças e adolescentes, em virtude da sua compatibilidade com as finalidades e os valores da educação infanto-juvenil, expressos na Constituição de 1988”.⁴⁶

Por sua vez, o Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto, abriu a divergência no sentido do desprovimento do recurso. No seu entendimento, a Constituição de 1988, em seus arts. 205 e 227, prevê a solidariedade do Estado e da família no dever de cuidar da educação das crianças. Ainda, o art. 226 garante aos pais a liberdade para estabelecer o planejamento familiar, de forma que o texto constitucional coloca a família e o Estado juntos para consecução dos objetivos educacionais, de forma que a modalidade de educação domiciliar, embora não incompatível com a Constituição, dependeria de prévia regulamentação legislativa.⁴⁷

Em seu voto, o Ministro Edson Fachin argumentou sobre o dever estatal de garantir o pluralismo de concepções pedagógicas. Neste sentido, sendo um método de ensino, a educação domiciliar poderia sim ser uma opção aos pais como forma de garantir a educação dos filhos. O Ministro fez referência a estudos que demonstrariam a ausência de disparidade entre alunos que frequentam à escola e àqueles que recebem ensino domiciliar, pelo que não seria possível rejeitar uma técnica que se mostra eficaz, desde que atendidos os princípios constitucionais. Por outro lado, embora reconheça a necessidade do pluralismo de concepções pedagógicas, salientou que não cabe ao Poder Judiciário fixar tais parâmetros. Votou pelo parcial provimento ao recurso, acolhendo a tese da constitucionalidade do direito de liberdade de educação domiciliar, entretanto, quanto ao exercício do direito reconheceu a

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ Idem.

necessidade de legislação acerca da forma de execução e de fiscalização, fixando o prazo máximo de um ano.⁴⁸

A Ministra Rosa Weber acompanhou as conclusões da divergência inaugurada pelo Ministro Alexandre de Moraes, pelo desprovimento do recurso, aditando, ainda, o histórico do direito à educação no Brasil nas diferentes Constituições, de forma a concluir que a educação oferecida pela instituição escolar foi verdadeira opção da Constituição de 1988, que impôs modelo consagrado no art. 208, §3º, segundo o qual “competete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola”. E, também, pelo disposto no plano infraconstitucional por meio da LDB e do ECA, que versam sobre a obrigatoriedade dos pais em matricular seus filhos na rede regular de ensino.⁴⁹

Em seu voto, o Ministro Luiz Fux acompanhou as conclusões da divergência, também pelo desprovimento do recurso, mas para inaugurar posição pela inconstitucionalidade no ensino domiciliar, em razão de sua incompatibilidade com dispositivos constitucionais, dentre eles os que dispõem sobre o dever dos pais de matricular os filhos e da frequência à escola, e o que trata da obrigatoriedade de matrícula em instituições de ensino.⁵⁰

Na mesma esteira, o Ministro Ricardo Lewandowski votou no sentido de que a educação se constitui como forma de construção da cidadania e da vida pública, na perspectiva da cidadania ativa. Segundo ele, a legislação brasileira é clara, afastando a possibilidade de individualização do ensino no formato domiciliar.⁵¹

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes acompanhou a divergência e destacou que a Constituição fixa um modelo educacional mais amplo, ao invés do ensino domiciliar ou estatal isoladamente. Portanto, não vislumbrou propriamente inconstitucionalidade na questão, e sim os fins educacionais devem ser alcançados multidimensionalmente. Por outro lado, apontou a necessária instituição de uma política de fiscalização e avaliação, caso fosse implementada a modalidade de ensino domiciliar, ressaltando os custos para o

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ Idem.

⁵¹ Idem.

seu financiamento, bem como que a modalidade de ensino poderia ser experimentada somente por meio de lei.⁵²

A análise da realidade normativa educacional brasileira feita pelo Ministro Marco Aurélio, levou-o a concluir pela impossibilidade da implementação do ensino domiciliar. Para tanto, argumentou que o provimento ao recurso extraordinário afastaria a aplicação de dispositivos do ECA e da LDB, o que não faria sentido, já que referida normas não padecem de inconstitucionalidade.⁵³

Ao acompanhar a divergência, pelo desprovimento do recurso, o ministro Dias Toffoli não declarou a inconstitucionalidade do modelo de educação domiciliar. Embora em concordância com as premissas apresentadas pelo Relator, destacou a dificuldade de configurar a existência de direito líquido e certo que justificasse o provimento do recurso.⁵⁴

A então Presidente do STF, Ministra Cármen Lúcia, seguiu a divergência, ressaltando a importância fundamental da educação e os seus respectivos problemas na Sociedade brasileira, colocando o interesse dos educandos como centro da discussão. Na ausência de normativa específica garantidora do bem-estar da criança, votou por negar provimento ao recurso, sem se posicionar acerca da eventual constitucionalidade da modalidade de educação domiciliar.⁵⁵

Conforme evidenciado, na decisão plenária o STF não formou maioria pela inconstitucionalidade da modalidade de educação domiciliar (*homeschooling*), mas sim por rechaçar referida via de ensino, por expressiva maioria, quer por razões de inconstitucionalidade, quer pela ausência de regulamentação legislativa da matéria, o que acaba por conduzir-nos ao debate acerca de eventuais impactos que a Covid-19 pode ter sobre o tema.

Com efeito, a questão da educação domiciliar (*homeschooling*) acaba por ganhar novos contornos, por conta da recente Covid-19, ainda de imprevisíveis desdobramentos, elevada em 11 de março de 2020 à condição de pandemia mundial.⁵⁶

⁵² Idem.

⁵³ Idem.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ PORTAL G1. OMS declara pandemia de coronavírus. 11 mar. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/11/oms-declara-pandemia-de-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 5 mai. 2020.

É inegável que a disseminação do novo coronavírus tem causado impactos únicos na recente história mundial. Medidas como reclusão em quarentena, isolamento horizontal, fechamento de fronteiras, distanciamento social e até isolamento de cidades, são recomendações feitas pela OMS e seguidas por várias cidades, regiões e países, com o objetivo de evitar o contágio ou pelo menos reduzir os danos à saúde das pessoas.

Na mesma linha, na acertada tentativa de preservar a saúde das pessoas e, sobretudo, reduzir os picos nas curvas de contágio, houve a suspensão das atividades presenciais de ensino em todas as redes públicas e privadas nos âmbitos federal, distrital, estaduais e municipais, isso para todos os níveis e modalidades de ensino presencial, situação que, a depender do tempo de suspensão, tende a comprometer os respectivos períodos (anos, semestres, trimestres) letivos.

Numa situação assim delineada, natural que volte à pauta o tema da educação domiciliar (*homeschooling*). Mas, embora seja matéria consideravelmente controversa e sim realmente complexa, porquanto capaz de dividir opiniões, a partir de respeitáveis argumentos, o certo que a Constituição de 1988 deve ser o nosso farol e guia, sobretudo em momentos difíceis como o atual. Situações de crise, por mais avassaladoras que sejam, não autorizam a sublimação da ordem constitucional e nem a suspensão dos direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais, fora dos quadrantes já previstos pelo ordenamento jurídico ou que possam ser a ele integrados, respeitados os respectivos limites formais e materiais. Devemos conformar a situação de enfrentamento da Covid-19 dentro dos limites da ordem constitucional, de forma a cobrar sobretudo dos poderes constituídos e do Estado em sentido amplo o cumprimento otimizado e eficaz das suas atribuições.⁵⁷

Por certo, que situações de excepcionalidade ou transitórios impeditivos de frequência à rede pública ou privada de ensino formal já dispõem do respectivo tratamento diferenciado pelas próprias normas de regência, como são os casos de crianças enfermas de doenças contagiosas ou

⁵⁷ Conforme acertadamente sustenta Lenio Luiz Streck, “as crises devem ser resolvidas dentro do Estado de Direito. [...] é o Direito que deve filtrar a política e até mesmo a emergência sanitária. E não o contrário”. STRECK, Lenio Luiz. Em debate: o choque entre a Constituição e a prevenção à Covid-19. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico - ConJur*, São Paulo, abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-25/debate-choque-entre-constituicao-prevencao-covid-19>. Acesso em: 5 mai. 2020.

autoimunes, jovens que residam em locais desprovidos de escola etc. E, por certo, a excepcionalidade da situação trazida pela Covid-19 até poderia indicar, embora temporariamente, a adoção de medidas voltadas à alguma modelagem de educação domiciliar. Mas não com pretensão de continuidade e sem o devido respeito àquela trinca de finalidades constitucionais inscritas no art. 205 da Constituição de 1988, a saber: (i) o pleno desenvolvimento como pessoa do educando; (ii) o seu preparo para o exercício da cidadania; e (iii) a qualificação do educando para o trabalho.

Um conjunto de finalidades que parece sim afastar, como hipótese única e permanente e não excepcional e/ou complementar, a modalidade de educação domiciliar (*homeschooling*) no Brasil. Até porque, a “primeira finalidade – seu pleno desenvolvimento como pessoa – pressupõe seu amadurecimento como indivíduo em interação social”; a “segunda – o seu preparo para o exercício da cidadania – convoca o educando a reconhecer e valorizar o pluralismo ético, racial, religioso, sexual e ideológico”; e, a “terceira – qualificação do educando para o trabalho –, no mundo contemporâneo, reclama do educando o desenvolvimento de habilidades para o trabalho em equipe, formatado no diálogo de talentos e capacidades”. Inegavelmente, estes são resultados do processo formativo já “difíceis de alcançar na escola e quase inviáveis na segregação do lar, sem contato próximo com os da mesma geração em processo educacional compartilhado”.⁵⁸

Com efeito, o espaço para o debate em torno de eventual inclusão do modelo de educação domiciliar no Brasil seria a via da reforma constitucional, por meio de emenda. Até por conta de todas as razões de inconstitucionalidade de eventual regulamentação legislativa acerca da educação domiciliar (*homeschooling*), porquanto aparentemente inviável afastar, com inequívoca densidade regulamentadora, todos os obstáculos constitucionais à sua instituição, inclusive os que decorrem do art. 208, § 3º e do art. 227, este último impositivo do princípio do melhor interesse da criança, em consonância com a função socializadora da escola, o pluralismo ideológico,

⁵⁸ MODESTO, Paulo. Homeschooling é um prejuízo aos direitos da criança e do adolescente. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico - ConJur*, São Paulo, jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-25/interesse-publico-homeschooling-prejuizo-aos-direitos-crianca-adolescente>. Acesso em: 5 mai. 2020.

religioso e moral, dimensões normativas concretizadas do interesse público⁵⁹ a ser aqui perseguido, de forma que a ideia da desescolarização guarda difícil afinamento ao imperativo constitucional de formação integral e socialização do educando.

Mesmo se vencida a tese da inconstitucionalidade, essa matéria jamais poderia validamente ser objeto de regulamentação por meio de leis de âmbito estadual, distrital ou municipal, por invasão de competência do legislador nacional em matéria de diretrizes e bases da educação (art. 22, XXIV da Constituição). E, ainda, certamente também não deveria ser objeto de medida provisória, uma vez que seu reduzido tempo de debates no Congresso Nacional tende a prejudicar sobremaneira e mesmo castrar a ampla discussão de tema assim de tamanha complexidade e envergadura.

Conclusões

A Constituição de 1988 estabelece princípios e regras concernentes à educação, dentre eles a existência de um núcleo curricular mínimo, além da necessária convivência familiar e comunitária. O Poder Público não é o único a fornecer educação, contudo, dentro das instituições que prestam serviços educacionais há um dever de obediência às normativas constitucional e infraconstitucionais previstas. Nesse sentido, a pauta da educação domiciliar (*homeschooling*) adquire contornos que suplantam eventual direito de liberdade dos pais em optarem pela respectiva modalidade educativa aos seus filhos.

Em síntese, ainda que na decisão do STF sobre o tema, quando do julgamento do RE nº 888.815 em repercussão geral, não se tenha atingido maioria no sentido da inconstitucionalidade do regime de educação domiciliar (*homeschooling*), há sim consideráveis razões que indicariam o debate matéria

⁵⁹ Ultrapassam os limites desse estudo o debate mais aprofundado sobre o conceito de interesse público e sua centralidade para o regime jurídico-administrativo. Apenas em breves considerações, pode-se dizer que o “conceito de interesse público confunde-se com os valores indisponíveis assegurados pela Constituição, sob o signo inafastável dos direitos fundamentais e da centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana (personalização da ordem constitucional)”. Sobre a noção de interesse público, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015. p. 98-117.

em sede de emenda à Constituição. Todas essas questões precisariam ser debatidas e ponderadas pelo Congresso Nacional, antes de eventuais debates em torno da respectiva regulamentação legal da matéria.

No mesmo sentido, estando ou não em tempos de Covid-19, vencidas todas as objeções já referidas, eventual regulamentação do tema precisará assegurar, ainda que de forma não maximizada (porque isso é difícil mesmo no sistema escolar formal!), o cumprimento daquelas finalidades constitucionais do art. 205 da Constituição de 1988 (pleno desenvolvimento como pessoa; preparo para a cidadania; e, qualificação para o trabalho), bem como a densificação do melhor interesse da criança e sua formação para o pluralismo ideológico, religioso e moral. E mais, a regulamentação de questões relacionadas à frequência, supervisão, avaliação pedagógica e certificação da aprendizagem, fiscalização do cumprimento dos currículos mínimos, garantia da socialização dos educandos, vedações, deveres dos pais ou responsáveis, perda do respectivo direito de opção pela educação doméstica etc. Inclusive, tais questões acabariam por acarretar custos adicionais ao Estado, com a previsão de procedimentos e mobilização de agentes, situação que não deveria vir a onerar o já escasso orçamento da educação pública.

Para arrematar, ainda que por diferentes razões, mas o julgamento pelo STF do RE nº 888.815, na parte em que afasta o regime de educação domiciliar (*homeschooling*) no Brasil, sobretudo aqueles votos que desproveram o recurso por ausência de regulamentação normativa, serve de interessante exemplo de autocontenção judicial e, em certa medida, deferência às instâncias apropriadas para o respectivo debate. Sobre a dimensão da inconstitucionalidade, esta sim poderia ser diretamente conhecida pela STF, sem que isso representasse caso de judicialização da política.

Se superadas as objeções de inconstitucionalidade, cabe ao Congresso Nacional a avaliação política acerca de eventual regulamentação da matéria que, se concretizada, ainda poderá retornar à pauta judicial para discussão tanto dos aspectos de inconstitucionalidade (formal e material) por ofensa à Constituição de 1988, quanto alegações de eventual insuficiência de regulamentação dessa exceção ao ensino escolar formal obrigatório, que é a modalidade de educação domiciliar (*homeschooling*).

Referências

- ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a justiça e a política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. Sistema político brasileiro: uma introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Editora Unesp, 2007.
- AZEVEDO, Paulo Furquim de; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial, sob a perspectiva da segurança jurídica do plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública. São Paulo: USP, 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_usp_edital1_2009.pdf. Acesso em: 05 mai. 2020.
- BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro; OLIVEIRA, Romualdo Luiz Portela de. Apresentação do Dossiê: *Homeschooling* e o direito à educação. Pro-Posições, Campinas, v. 28, n. 2, p.15-20, mai./ago. 2017. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/proposic/article/view/8650302/16624>. Acesso em: 5 mai. 2020.
- BBC News Brasil. Regulamentação do homeschooling ganha novo fôlego em Brasília com isolamento por coronavírus. São Paulo, 21 abr. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52333702>. Acesso em: 5 mai. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. 2009. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_paraSelecao.pdf. Acesso em: 05 mai. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da minoria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-50, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>. Acesso em: 5 mai. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Revista Direito & Praxis, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2117-2228, 2018. Disponível em: <https://www.e->

publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752. Acesso em: 5 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 822: possibilidade de o ensino domiciliar (*homeschooling*), ministrado pela família, ser considerado meio lícito de cumprimento do dever de educação, previsto no art. 205 da Constituição Federal. Brasília, set. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4774632&numeroProcesso=888815&classeProcesso=RE&numeroTema=822#>. Acesso em: 5 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF nega recurso que pedia reconhecimento de direito a ensino domiciliar. set. 2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=389496>.

Acesso em: 5 mai. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.401, de 17 de abril de 2019. Brasília, out. 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2198615>. Acesso em: 5 mai. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.261, de 8 de outubro de 2015. Brasília, out. 2015. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=EE905BACC5F2DA926E1877ECEAD77E4.proposicoesWebExterno1?codteor=963755&filename=PL+3179/2012. Acesso em: 5 mai. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3.179, de 8 de fevereiro de 2012. Brasília, fev. 2012. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=EE905BACC5F2DA926E1877ECEAD77E4.proposicoesWebExterno1?codteor=963755&filename=PL+3179/2012. Acesso em: 5 mai. 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CASTRO, Matheus Felipe de. O martelo Moro: a "Operação Lava Jato" e o surgimento dos juízes partisans no Brasil. Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim, São Paulo, v. 25, n. 136, p. 293-319, out. 2017.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

CURY, Carlos Roberto Jamil; FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. A judicialização da educação. Revista CEJ, Brasília, n. 45, p. 32-45, abr./jun. 2009.

FEREJOHN, John. Judicializando a política, politizando o direito. Tradução de Thiago Nasser, revisão de José Eisenberg. 2005. Disponível em: http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/banco_artigos/Filosofia_e_Teoria_do_Direito/ferejohn.pdf. Acesso em: 5 mai. 2020.

FOLHA. Incentivar o isolamento social significa valorizar a vida, a saúde e o respeito: é preciso ampliar a mobilização para o autoconfinamento para proteger populações mais vulneráveis. São Paulo, 26 mar. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/03/incentivar-o-isolamento-social-significa-valorizar-a-vida-a-saude-e-o-respeito.shtml>.

Acesso em: 5 mai. 2020.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mai. 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>.

Acesso em: 5 mai. 2020.

JORDÃO, Eduardo; CABRAL JUNIOR, Renato Toledo. A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo sobre o controle do TJRJ à AGENERSA. Revista de Estudos Institucionais, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 537-571, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/307/266>. Acesso em: 05 mai. 2020.

LIMA, Flavia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 221-247, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/55990/35010>. Acesso em: 5 mai. 2020.

MAFRA, Gabriela. Ação Penal 937: o foro por prerrogativa de função e a judicialização da política. 2018. 71 f. TCC (Graduação) – Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina,

Florianópolis, 2018. p. 59-60. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/188185/TCC_Gabriela%20Mafr%C3%A1rio%20UFSC.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Acesso em: 5 mai. 2020.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. A revisão judicial de decisões de agências regulatórias: jurisdição exclusiva? In: PRADO, Mariana Mota (Org.). O judiciário e o Estado regulador brasileiro. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, p. 25-46. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17700/O-judiciario-e-o-estado-regulador.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2020.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MODESTO, Paulo. *Homeschooling* é um prejuízo aos direitos da criança e do adolescente. Revista Eletrônica Consultor Jurídico - ConJur, São Paulo, jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-25/interesse-publico-homeschooling-prejuizo-aos-direitos-crianca-adolescente>. Acesso em: 5 mai. 2020.

MONTESQUIEU. O espírito das leis. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PORTAL G1. OMS declara pandemia de coronavírus. 11 mar. 2020. Disponível em:

<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/11/oms-declara-pandemia-de-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 5 mai. 2020.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70052218047. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, 16. Mai. 2013. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112832131/apelacao-civel-ac-70052218047-rs/inteiro-teor-112832141>. Acesso em: 5 mai. 2020.

SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 117, p. 193-217, jul./dez. 2018. Disponível em:

<file:///C:/Windows/system32/config/systemprofile/Downloads/594-1855-1-PB.pdf>. Acesso em: 5 mai. 2020.

- SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça. São Paulo: Cortez, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- SILVEIRA, Adriana A. Dragone. Judicialização da educação para a efetivação do direito à educação básica. Jornal de Políticas Educacionais, Curitiba, n. 9, p. 30-40, jan./jun. 2011.
- SILVEIRA, André Bueno da. Doutrina chevron no brasil: uma alternativa à insegurança jurídica. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 276, p.109-146, 2017. Trimestral.
- STRECK, Lenio Luiz. Em debate: o choque entre a Constituição e a prevenção à Covid-19. Revista Eletrônica Consultor Jurídico - ConJur, São Paulo, abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-25/debate-choque-entre-constituicao-prevencao-covid-19>. Acesso em: 5 mai. 2020.
- TAYLOR, Matthew M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. Dados - Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000200001&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 5 mai. 2020.
- TORRENS, Antônio Carlos. Poder legislativo e políticas públicas: uma abordagem preliminar. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 197, p. 189-204, jan./mar. 2013. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496980/000991334.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 5 mai. 2020.
- VALLE, Vanice Lírío do. Planejamento orçamentário e políticas públicas: explorando uma alternativa de reconciliação pela indução. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 113-134, mai./ago. 2018. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/55250/35889>. Acesso em: 05 mai. 2020.
- VALLINDER, Torbjorn. Judicialização da política: um fenômeno mundial. In: MOREIRA, Luiz (Org.). Judicialização da política. São Paulo: 22 Editorial, 2012. p. 15-26.

