

DA INADEQUAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DE DIRIGENTE DE INSTITUIÇÃO PARTICULAR DE ENSINO

Rita de Cássia Coutinho Toledo¹

1. INTRODUÇÃO

Ao analisar o cabimento do mandado de segurança contra dirigente de instituição particular de ensino, não temos qualquer pretensão de interferir na já assentada jurisprudência do País, que aclama a sua adequação.

A questão provocou pronunciamento de, praticamente, todos os órgãos jurisdicionais brasileiros, inclusive com a edição de súmula no extinto Tribunal Federal de Recursos.

Desde há muito, é voz uniforme nos Tribunais Brasileiros que o ensino é serviço público delegado aos particulares e que os dirigentes de instituições particulares, agindo em delegação do Poder Público, poderiam ter contra si interpostos mandados de segurança.

Hoje já não mais se discute ser cabível ou não o mandado de segurança, mas tão somente acerca da competência da justiça federal ou estadual para apreciá-lo, ou mesmo contra que tipos de atos seriam passíveis de impugnação por tal via.

É na condição de operadora do Direito Administrativo que surge a preocupação em relação ao tratamento dispensado ao conceito de serviço público (diga-se, o conceito mais aceito e prático de serviço público), a forma de sua delegação, bem como a indiferença ao poder de polícia do Estado. É na condição de estudante, que se propõe uma análise das premissas em que se assenta a jurisprudência acerca do assunto.

Procuraremos demonstrar que o ensino, nos moldes conferidos pela Constituição Federal, ora se apresenta como serviço público, ora como atividade privada que, por sua relevância social, está sujeita ao poder de vigilância do Estado. Assim, constitui nosso objetivo demonstrar que os dirigentes de instituições particulares de ensino não exercem qualquer delegação do Poder Público, mas atividade livre à iniciativa privada sob fiscalização do Poder Público.

¹ Procuradora de Estado, em exercício na Procuradoria Judicial, Especialista em Direito Público.

2. A JURISPRUDÊNCIA.

Neste tópico será exposto o entendimento em que se consubstancia a jurisprudência pátria, especialmente através da transcrição de arestos do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Federal de Recursos e do Superior Tribunal de Justiça, desde a década de 50.

Em 1962, o Pleno do Supremo Tribunal Federal se manifestou acerca do cabimento do Mandado de Segurança contra ato de dirigente de instituição particular de ensino. Trata-se do muito conhecido RMS nº 10.173, de 30.07.62, originário do antigo Estado da Guanabara.

Em sucinto voto, o Exmo. Ministro Relator Ary Franco assim se pronunciou:

“Sr. Presidente, entendo que cabe mandado de segurança contra qualquer estabelecimento particular de ensino. São entidades de direito público que substituem o Estado. Se o Estado pudesse prover totalmente o ensino, penso que não daria licença às entidades particulares para fazê-lo. Mas, se as faculdades particulares exercem esse munus, a elas cabe tudo quanto cabe ao Estado.

Dou provimento para que os autos voltem ao Tribunal Federal de Recursos, a fim de que se julgue o mérito.”

No Recurso Extraordinário nº 68.374, de 03 de maio de 73, originário do Estado de São Paulo, o Exmo. Ministro Relator Antônio Neder, do Supremo Tribunal Federal, reafirmou o entendimento exposto no RMS nº 10.173, cujo voto do Relator fora acima transcrito, acrescentando o que segue:

“(...)Penso que os instrumentos processuais devem ser encarados, quanto à possibilidade de sua utilização para a efetiva realização do direito, antes com largueza do que com restrição. Num caso como este, no qual se discute o direito do estudante à matrícula em certo ano de um curso superior, nenhuma outra ação judicial, a não ser o mandado de segurança, seria apta e eficaz para a reparação da lesão de direito acaso praticada contra o prejudicado. (...)”

Já mais recentemente, no Recurso Extraordinário nº 108.636-0, de 24.11.87, originário do Estado do Paraná, o Exmo. Ministro Relator Oscar Corrêa, do Supremo Tribunal Federal, posicionou-se pelo cabimento do Mandado de Segurança, utilizando trechos do Parecer da Procuradoria Geral da República:

“(...) Acentua, então, o parecer (fls. 272/273):

‘6. Já não mais subsiste dúvida, ante à jurisprudência predominante dos Tribunais brasileiros, inclusive desse Colendo Supremo Tribunal Federal, de que os estabelecimentos particulares de ensino superior desempenham funções delegadas do poder público, de que são exemplo as decisões proferidas no **RMS 10.173** (RTJ 23/138) e no **RE 68.374 –SP** (RTJ 66/422), decorrendo, desse entendimento, o cabimento da garantia constitucional do mandado de segurança contra atos de dirigentes de tais estabelecimentos particulares.’ (...)”

grifo nosso

Vê-se, pois, que ao longo dos anos, os dois primeiros arestos do Supremo Tribunal Federal acima transcritos serviram de alicerce para a construção da jurisprudência.

Em 1988, através do Conflito de Jurisdição nº 6.692-9, de 11.05, originário do Estado do Rio Grande do Sul, o Exmo. Ministro Relator Sidney Sanches trata indiretamente do tema, já em novas discussões acerca da competência da Justiça Federal e da Justiça Estadual:

“(...) Mesmo em se admitindo que a ré esteja a exercer, como entidade privada de ensino, função delegada pelo Poder Público, não é como autoridade coatora que figura no processo, pois não se trata de mandado de segurança. (...)”

No Recurso Extraordinário nº 01939419/210, de 23.02.96, originário do Distrito Federal, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal se posicionou pela competência da Justiça Federal para julgar crime de falsificação de documentos, objetivando o ingresso de aluno em instituição particular de ensino superior. Apesar de, em matéria penal, a competência da Justiça Federal se definir pelo interesse da União, objetivamente definido, o julgado traz uma série de considerações acerca do ensino particular que interessam para este estudo:

“(...) A Procuradoria-Geral da República, em seu parecer de fls. 49/53, ao opinar pelo conhecimento e provimento do recurso, em pronunciamento da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, em exercício, Dr. Edson Oliveira de Almeida, bem examinou a espécie, nestes termos:

‘3. O ensino, em todos os graus, é dever do Estado e, por isso, qualifica-se como serviço público que, no caso do ensino superior prestado por entidades privadas, é autorizado e fiscalizado pelo Governo Federal.

4. E esse poder de vigilância estatal estende-se a todas às instituições de ensino superior, públicas ou privadas, quer sejam estabelecimentos isolados ou universidades, visto que a ela não se pode antepor nem mesmo

o princípio da autonomia universitária de que trata o art. 207 da Constituição.

(...)

7. Por isso, 'data venia', para fins de definição da competência, a questão não pode ser pensada em termos de mera ofensa a interesse de entidade privada: há lesão a um serviço público, autorizado e fiscalizado pelo Governo Federal.' (...)"

No voto acima transcrito fica patente a tese predominante no Supremo Tribunal Federal: o ensino é um serviço público e, quando prestado por particulares, é por delegação do Poder Público.

Todas as discussões que se seguiram aos primeiros posicionamentos do STF e dos demais órgãos jurisdicionais de cúpula giraram em torno da competência da Justiça Federal e da Justiça Estadual ou contra que tipo de ato do dirigente da instituição particular de ensino caberia o mandado de segurança.

Observe-se que a súmula nº 15 do Tribunal Federal de Recursos, de 07.12.79, teve como núcleo a competência para o julgamento e não o cabimento em si do Mandado de Segurança:

"Compete à Justiça Federal julgar mandado de segurança contra ato que diga respeito ao ensino superior, praticado por dirigente de estabelecimento particular."

Trazem-se à colação dois julgados do Superior Tribunal de Justiça que sintetizam o entendimento daquela Corte sobre o assunto:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. MATRÍCULA. INSTITUIÇÃO DE ENSINO PARTICULAR. FALTA DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO SEGUNDO GRAU. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

I – No caso do writ of mandamus, a competência é fixada em razão da autoridade coatora. Diretor de universidade particular, na hipótese de ato de matrícula estudantil, age por delegação do poder público federal, deslocando-se, com isso, a competência para a Justiça Federal.

II – Cuidando-se de ação diversa à do mandado de segurança, quer se trate de ação cautelar ou processo de conhecimento, a competência para o seu processamento e julgamento, quando se discute a matrícula de aluno em entidade de ensino particular, é da Justiça Estadual, eis que inexistentes quaisquer dos entes elencados no art. 109 da CF/88." (STJ. RESP 603917/MT, Rel. Ministro Francisco Falcão, DJ de 06.12.2004)

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA MOVIDA POR ALUNO EM FACE DE UNIVERSIDADE PARTICULAR. INDEFERIMENTO DE MATRÍCULA. REPROVAÇÃO POR FALTAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. (...)”

3. A Seção decidiu que à mingua da presença das pessoas jurídicas mencionadas no art. 109 da CF, não se firma a competência da Justiça Federal:

‘CONFLITO DE COMPETÊNCIA: AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM MOVIDA POR ALUNO CONTRA INSTITUIÇÃO PARTICULAR DE ENSINO SUPERIOR – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. A competência cível da Justiça Federal, estabelecida na Constituição, define-se, como regra, pela natureza das pessoas envolvidas no processo: será da sua competência a causa em que figurar a União, suas autarquias ou empresa pública federal na condição de autora, ré, assistente ou oponente (art. 109, I, a).

2. Compete à Justiça Estadual, por isso, processar e julgar a causa em que figuram como partes, de um lado, o aluno e, de outro, uma entidade particular de ensino superior. No caso, ademais, a matéria versada na demanda tem relação com ato particular de gestão.

3. No que se refere a mandado de segurança, a competência é estabelecida pela natureza da autoridade impetrada. Conforme o art. 109, VIII, da Constituição, compete à Justiça Federal processar e julgar mandados de segurança contra ato de autoridade federal, considerando-se como tal também o agente de entidade particular quanto a atos praticados no exercício de função federal delegada. Para esse efeito é que faz sentido, em se tratando de impetração contra entidade particular de ensino superior, investigar a natureza do ato praticado.

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Estadual, o suscitado.’

4. Recurso Especial a que se nega seguimento.” (STJ. RESP 537401. Rel. Ministro Luiz Fux, DJ de 30.09.2004)

Apesar de ser pacífica a jurisprudência acerca do cabimento do mandado de segurança contra ato de dirigentes de instituições de ensino, toda ancorada no RMS nº 10.173, de 1962, do Supremo Tribunal Federal, esta Egrégia Corte, 2ª Turma, já havia se posicionado diferentemente, no Recurso Extraordinário nº 21.444, de 19.05.1954, originário do Estado da Bahia. O Exmo. Ministro Orisonbo Nonato, Relator, assim se pronunciou:

“O punctumdolensdo caso é saber se o Instituto da Bahia é, ou não, instituto público.

Como realça Castro Nunes, a noção de ato de autoridade pode ser ampliada para abranger entidades que não sejam puramente estatais, mas exercem função pública por delegação do Governo.

A meu ver, porém, o Instituto da Bahia é estabelecimento particular. Os dispositivos citados a fls. demonstram sobejamente. Os professores são

escolhidos por ato do Conselho Diretor, e o provimento das cadeiras obedece a processo próprio.

Nem há que falar em delegação. O ensino pode ser exercido por particulares. E os professores particulares não cumprem delegação do Governo. O Instituto da Bahia, assim, é estabelecimento particular, não é público, como se pretende.

Trata-se de estabelecimento particular, de pessoa jurídica de direito privado.”

O Exmo. Ministro Hahnemann Guimarães, acompanhando o Relator, assim se manifestou:

“(…) o ensino não é um serviço público, um serviço que o Poder Público delegue, nos termos do art. 319, § 2º, do Código de Processo Civil; nem é uma função – do Poder Público, nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951. Isso se deduz do próprio art. 5º da Constituição, onde a União não se reserva esse serviço, no inciso XV, letra “d”. Para demonstração mais inequívoca de que o ensino não é um serviço público, e de que pode ser exercido por particulares e pelo Poder Público, basta ler a disposição do art. 167 da Constituição, onde se afirma:

‘ O ensino dos diferentes ramos será ministrado pelos poderes públicos e é livre à iniciativa particular respeitadas as leis que o regulem.’

Quando, pois, um instituto particular exercer esse serviço em qualquer dos seus graus, não está exercendo um serviço delegado do Poder Público, não está exercendo função delegada pelo Poder Público.

Assim, o mandado de segurança não pode ser concedido, porque esse estabelecimento de ensino é instituto de caráter particular, sujeito à fiscalização. O ato praticado pelo Instituto não é ato de autoridade por delegação, de quem exerça serviço por delegação do Poder Público. (...)”

É exatamente porque a Constituição Federal de 1988 contém preceito sobre o ensino semelhante ao da Constituição Federal de 1946, citada no voto acima, que se sustenta ser este primeiro precedente do Supremo Tribunal Federal – 1954 - (citado por último) o que melhor se apresenta em face dos institutos do direito administrativo.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1266, voltou a se posicionar sobre o tema, através do voto do Exmo. Ministro Eros Roberto Grau. Apesar de se tratar de matéria indiretamente ligada ao tema aqui tratado (da possibilidade de o Estado-Membro legislar sobre o ensino particular), o Ministro Eros Grau, relator da ADI, afirmou que o serviço de educação, seja prestado pelo Estado ou por particulares, configura serviço público não privativo, isto é, pode ser prestado independente mente de concessão, permissão ou autorização. “É, porém, sem

sombra de dúvida, serviço público. O Estado-membro detém competência para legislar sobre a matéria”.

Mais adiante, com a devida permissão, procura-se demonstrar que a classificação dos serviços públicos em privativos e não-privativos tem como ponto referencial o Estado, principalmente porque a atividade só se caracterizará como serviço público com a presença do elemento subjetivo Estado. Serviço público não privativo é aquela atividade, que sendo da competência do Estado, não o é com exclusividade, mas apenas se caracteriza como serviço público se prestada por aquele.

3. AS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS SOBRE EDUCAÇÃO.

Na distribuição das competências entre os entes da federação, a Constituição Federal de 1988, estabelece, em seu art. 23, V, que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, e à ciência e, em seu art. 24, IX, que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre educação, cultura, ensino e desporto.

No Título “Da Ordem Social”, a Constituição Federal abre um Capítulo sobre a Educação. Não só sobre a educação pública, mas sobre educação. Não é à toa que o art. 206 trata dos princípios norteadores do ensino em geral.

No art. 208, a Constituição Federal assim preceitua:

“Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

- I – ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;
- II – progressiva universalização do ensino médio gratuito;
- III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
- IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;
- 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 – atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.”

Já no art. 209, a Constituição trata do ensino particular:

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

I – cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II – autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.”

Não restam dúvidas de que a Constituição Federal de 1988 trata o ensino como serviço público, mas, por outro lado, não como atividade exclusiva do Estado, da mesma forma como age em relação a outras atividades também nela previstas (saúde, cultura, preservação do meio ambiente). Ou seja, quando o Estado exercer a atividade, estar-se-á diante de uma atividade caracterizada como serviço público, ao passo que quando exercida pela iniciativa privada, será apenas sujeita ao poder de polícia do Estado.

A consideração acima não é novidade, seja na jurisprudência, como vimos acima, seja na doutrina, como se verá a diante.

4. A DOCTRINA

Não é o objetivo deste estudo trazer à baila todas as teses doutrinárias acerca dos conceitos de serviço público, restritos, amplos, materiais, formais, ou classificações. Utilizaremos os critérios amplamente aceitos para a precisa e objetiva identificação de um serviço público.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, serviço público é “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”².

No que concerne ao elemento material do conceito de serviço público, leciona a Administrativista:

“parece haver unanimidade entre os autores, quer entre os que adotam conceito amplo, para abranger todas as atividades do Estado, quer os que preferem conceito mais restrito, que só inclui a atividade administrativa. **Todos consideram que o serviço público corresponde a uma atividade de interesse público.**

É verdade que muitos particulares também podem exercer atividades de interesse geral; mas há dois aspectos a considerar: um é o fato de raramente ser esse o seu objetivo primordial, pois o que move o particular é em regra o seu próprio interesse; outro aspecto **é o fato de não ser**

² Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Direito Administrativo, p. 99.

suficiente o objetivo de interesse público para caracterizar o serviço público, pois é necessário que a lei atribua esse objetivo ao Estado.

(...)

Rivero (1981:494) afirma que no serviço público o interesse geral é a finalidade exclusiva extrai daí algumas conseqüências:

1. ' o serviço público, contrariamente à empresa privada, pode muito bem funcionar com prejuízo. Esta é mesmo uma das suas razões de ser: incumbe-lhe satisfazer necessidades cuja não-rentabilidade afasta a empresa privada. Só a pessoa pública, por meio do imposto, pode transferir dos utentes para o conjunto das coletividades o financiamento do serviço.'

A gratuidade é, pois, a regra que prevalece em inúmeros serviços (ensino, assistência social, saúde); e, mesmo nos casos em que é exigida contribuição do usuário, ela pode ser inferior ao custo. Só no caso de serviço comercial e industrial é que a própria natureza da atividade exclui a gratuidade (transportes, água, energia elétrica) e a gestão tende, no mínimo, para um equilíbrio e mesmo para um lucro que permita o auto-financiamento da empresa;

2. a apreciação do que seja interesse geral é discricionária. O Poder Público pode considerar que o interesse geral exige que ele se encarregue da necessidade a satisfazer, achando-se o particular eliminado desse campo de ação, quer porque julgue que ele é ineficaz (é o caso dos serviços públicos não rentáveis), quer porque o considere perigoso (manutenção da ordem pública). Nesse caso, o serviço é monopolizado. **Inversamente, o poder público pode deixar que o particular exerça livremente a atividade, lado a lado com a Administração Pública (caso do ensino, da ação sanitária e social), repartindo ente uns e outros a satisfação da mesma necessidade. Daí a classificação dos serviços públicos em exclusivos e não exclusivos do Estado.**"³

Está esclarecido que o ensino é aquele tipo de atividade que se configura como serviço público quando prestada pelo Estado, porque a lei lhe incumbiu este dever. Por outro lado, é livre à iniciativa privada, que a exerce sob a fiscalização do Poder Público. O ensino é, pois, atividade que tem como titular tanto o Estado, como a iniciativa privada.

É exatamente a dubiedade de titulares que proporciona a classificação doutrinária de serviços públicos exclusivos e serviços públicos não exclusivos do Estado. Estamos diante de um serviço público não privativo do Estado, quando a atividade não é monopolizada por este, mas pode ser exercida paralelamente por particulares, livremente, como titulares. Ora, quem é titular não necessita de delegação.

³ Idem, p. 101.

O ensino se encaixa na categoria de serviço público não exclusivo do Estado, pois, nos termos da Constituição, é livre à iniciativa privada, que o presta na condição de titular e não como delegatária de um serviço público. Quando exercido por particulares, o ensino é atividade privada sujeita apenas ao poder de polícia do Estado, não havendo que se falar em gestão indireta do Estado. A atividade não tem o Estado como titular exclusivo; a iniciativa privada pode exercê-lo **livremente**.

Celso Antônio Bandeira de Mello, cujo conceito de serviço público não destoa do anteriormente transcrito⁴, assim se posiciona:

“Também não se deve imaginar que todos os serviços postos à compita do Poder Público, e, por isto, qualificáveis como públicos, estejam, todos eles (salvo autorização, concessão ou permissão), excluídos do campo de ação dos particulares.

Com efeito, cumpre distinguir entre serviços públicos privativos, que os prestará diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão – que são os relacionados no art. 21, XII, bem como quaisquer outros cujo exercício suponha necessariamente a prática de atos de império -, e os serviços públicos não privativos do Estado.

Nesta última categoria ingressam os serviços que o Estado pode desempenhar, imprimindo-lhes regime de Direito Público, sem, entretanto, proscrever a livre iniciativa do ramo de atividades em que se inserem.

Seria o caso de serviços de educação e saúde, por exemplo. Aos particulares é lícito desempenhá-los, independentemente de concessão. Submetem-se, apenas, a uma fiscalização do Poder Público, que a efetua no exercício normal de sua polícia administrativa.”⁵

E anota o insigne Administrativista:

“A Carta Constitucional expressamente indica ser dever do Estado a prestação de serviços de ensino, saúde e previdência, o que não significa, entretanto, haja proscriu destas esferas a iniciativa privada. **Por outro lado, a circunstância de deixar tal campo aberto aos particulares não autoriza a ilação de que, por tal motivo, estarão descaracterizados da categoria de serviço público quando prestados pelo Estado sob regime peculiar, uma vez que seu desempenho se constitui em um dever para o Poder Público.**”⁶

⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo, 17ª edição, p. 620.

⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo, 11ª edição, p. 486.

⁶ Idem, nota 13, p. 486.

Para que não sobejem duvidas sobre o posicionamento do Mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, transcreveremos trecho da mais recente edição de sua obra “Curso de Direito Administrativo”:

“De acordo com a Constituição, são quatro estas espécies de serviços sobre os quais **o Estado não detém titularidade exclusiva**, ao contrário do que ocorre com os demais serviços públicos nela previstos. A saber: serviços de saúde, de educação, de previdência social e de assistência social.

Com efeito, embora a Lei Magna os declare um ‘dever do Estado’ (art. 196 e 197 para saúde; 205, 208, 211 e 213 para educação; 201 e 202 para previdência social; e 203 e 204 para assistência social) afirma, também:

a) ou que ‘são livres à atividade privada’ (art. 199 para saúde, 209 para a educação);

b) ou expressamente contempla a presença de particulares no setor, independentemente de concessão ou permissão (art. 204, I, e II, para a assistência social);

c) ou pressupõe um atuação ‘complementar’ da iniciativa privada (art. 202, para a previdência social).

Sem embargo, ficam todos eles submetidos a um tratamento normativo mais estrito do que o aplicável ao conjunto das atividades privadas. Assim, o Poder Público, dada a grande relevância social que possuem, os disciplina com um rigor especial.”⁷

Diferentemente dos dois Administrativistas acima citados, Hely Lopes Meirelles reconhece a existência de atos praticados por delegação do Poder Público nas instituições particulares de ensino, admitindo o cabimento do mandado de segurança em tais casos⁸.

Observem-se dois trechos da obra do Autor sobre o tema:

“Não se consideram atos de autoridade, passíveis de mandado de segurança, os praticados por pessoas ou instituições particulares **cuja atividade seja apenas autorizada pelo Poder Público, como são as organizações hospitalares, os estabelecimentos bancários e as instituições de ensino**, salvo quando desempenham atividades delegadas.”⁹

“Assim, quando o diretor de uma escola particular nega ilegalmente uma matrícula, ou a instituição bancária rejeita ilegalmente uma operação de crédito, ou a empresa comete uma ilegalidade no desempenho da atribuição delegada, cabe segurança. Mas, quando tais entidades, por seus dirigentes, realizam atividade civil ou comercial estranha à delegação,

⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo, 17ª edição, p. 636.

⁸ Hely Lopes Meirelles. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, hábeas data, 17ª edição, p. 25 e 39.

⁹ Idem, p. 25.

respondem perante à Justiça como particulares **desvestidos de autoridade pública**, e por isso só se sujeitam às ações comuns, excluído o *mandamus*. Tal é o caso de uma escola, de um banco, de uma sociedade de economia mista ou de uma empresa pública que pratica um ato ou celebra um contrato de Direito Privado, no mesmo plano dos particulares e **sem qualquer privilégio administrativo.**"¹⁰

Com muito respeito ao posicionamento do Ilustre Administrativista, inclusive acompanhado da jurisprudência pátria, discordamos do entendimento constante no segundo trecho de sua obra, acima transcrito. Segundo o entendimento que aqui defendemos, o estabelecimento particular de ensino não exerce qualquer delegação do Poder Público, porque não exerce serviço público, mas atividade livre à iniciativa privada e sujeita ao poder de polícia do Estado.

Observe-se que, no primeiro trecho acima transcrito, o Autor reconhece que os estabelecimentos particulares de ensino exercem atividade "apenas autorizada pelo Poder Público". Ora, sob o poder de polícia o estabelecimento particular não recebe delegação, mas fica sujeito à autorização, à fiscalização e às normas condicionadoras do exercício da atividade. Tudo isto, por ter o ensino relevância social.

Note-se que, em nenhuma hipótese, o dirigente de estabelecimento particular de ensino veste-se de autoridade pública ou mesmo atua com supremacia ou privilégios administrativos, situações que dariam ensanchas ao cabimento do mandado de segurança. Ora, bem se demonstra que não se trata do exercício de serviço público delegado.

4.1. A OUTORGA E A DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Segundo Hely Lopes Meirelles, serviço descentralizado "é todo aquele em que o Poder Público transfere sua titularidade ou, simplesmente, sua execução, por outorga ou delegação, a autarquias, fundações, empresas estatais, empresas privadas ou particulares individualmente. Para o Administrativista "há outorga quando o Estado cria uma entidade e a ela transfere, por lei, determinado serviço público ou de utilidade pública"; "há delegação quando o Estado transfere, por contrato (concessão) ou ato unilateral (permissão ou autorização), unicamente a execução do serviço, para que o delegado o preste ao público em seu nome e por sua conta e risco, nas condições regulamentares e sob controle estatal."¹¹

¹⁰ Idem, p. 39.

¹¹ Hely Lopes Meirelles. Direito Administrativo Brasileiro, 29ª edição, p. 331.

Nos termos utilizados por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a descentralização na prestação do serviço público pode ocorrer por serviços (equivalente à outorga de Hely Lopes) ou por colaboração (equivalente à delegação de Hely Lopes), havendo na primeira a transferência, por lei, da titularidade do serviço e apenas a transferência da sua execução, na segunda forma.¹²

A Administrativista acima citada assim se posiciona acerca dos instrumentos de descentralização por colaboração ou delegação:

“(...)o art. 175 da Constituição, ‘incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos’. Note-se que o dispositivo não faz referência à autorização de serviço público, o que representa um avanço, já que os serviços chamados autorizados não têm, a nosso ver, a natureza de serviços públicos; são apenas atividades que, pela sua importância para o interesse público, ficam sujeitas a maior controle por parte do Estado; mas são atividades privadas. Lamenta-se apenas que o artigo 21, XII, mantenha a referência à autorização como forma de delegação de serviço público. (...)”¹³ grifo nosso

Celso Antônio Bandeira de Mello, também se preocupa com a dubiedade constitucional da expressão “autorização” concernente ao tratamento dos serviços públicos:

“Nota-se que, no art. 21, para referir a outorga a terceiros do direito de prestar um serviço público [a Constituição] fez uso destas três expressões [concessão, permissão e autorização]. Já no art. 175, sua dicção é específica ao dizer que : “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, a prestação de serviços públicos.’ Ou seja, nestes versículo fica bastante claro que só contempla duas formas normais de outorga a terceiros de titulação para prestar serviços públicos.

Como conciliar os preceptivos em apreço?

Revisando ponto de vista anterior, entendemos hoje, que a resposta se encontra no art. 175, que é aquele que cogita da normalidade da prestação de serviços públicos por sujeitos titulados pelo Estado. Já a expressão ‘autorização’, que aparece no art. 21, XI e XII, tem em mira duas espécies de situações:

a) uma, que corresponde a hipóteses em que efetivamente há serviço de telecomunicação, como o de radioamador ou de interligação de empresas por cabos de fibras óticas, mas não propriamente serviço público, mas serviço de interesse privado delas próprias, tal como anotamos no item 4 e

¹² Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Direito Administrativo, 17ª edição, p. 351.

¹³ Idem, p. 281.

nota de rodapé 4. Aí, então, a palavra ‘autorização’ foi usada no sentido corrente em Direito Administrativo para exprimir o ato de ‘polícia administrativa’, que libera alguma conduta privada propriamente aquiescente para verificação se com ela não haverá gravames ao interesse público;

b) outra, a de abranger casos em que efetivamente está em pauta um serviço público, mas se trata de resolver emergencialmente uma dada situação, até a adoção dos convenientes procedimentos por força dos quais se outorga permissão ou concessão. Por isto mesmo, a palavra ‘autorização’ está utilizada também no art. 223 da Constituição.”¹⁴ (grifo nosso)

Muito embora Hely Lopes enquadre a autorização como instrumento de delegação de serviço público, indica entre os serviços autorizados aqueles que “convém que o Poder Público conheça e credencie seus executores e sobre eles exerça o necessário controle no seu relacionamento com o público e com os órgãos administrativos a que se vinculam para o trabalho”, estes os serviços sujeitos ao poder de polícia do Estado. E acrescenta o Autor: “ Seus executores não são agentes públicos, nem praticam atos administrativos.”¹⁵

Tudo o que neste tópico foi exposto visa a demonstrar que, muito embora a Constituição se refira à necessária autorização para o exercício do ensino por particulares, não é de delegação de serviço público que se trata, mas de aprovação do poder de polícia estatal. Seja considerando que a delegação de serviço público só ocorre mediante concessão ou permissão (sendo a autorização ato próprio do poder de polícia), seja adotando a dubiedade de sentido para a expressão ‘autorização’ (ora delegação de serviço público ora aprovação de atividade privada), fica fácil extrair o conteúdo da regra do art. 209 da Constituição Federal.

Como o preceito constitucional estabelece ser o ensino livre à iniciativa, conferindo-lhe titularidade, o fato de também determinar a necessária autorização não oferece qualquer contradição. O ensino pode ser exercido por particulares, mas, diante de sua relevância social, está sujeito a uma disciplina legal mais rígida e ao poder de polícia do Estado.¹⁶

¹⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo, 17ª edição, p. 638.

¹⁵ Idem, p. 336.

¹⁶ Robertônio Santos Pessoa que a prestação de serviços públicos “pode ser centralizada ou direta – aqui a gestão do serviço público é feita pelos órgãos integrantes da Administração direta, ou seja, pelos órgãos centralizados. Muitos serviços são prestados desta forma, principalmente nas áreas básicas de saúde e educação. Tais serviços são também abertos à iniciativa privada (CF, art. 199 e 209). Como serviços de maior importância, sofrem uma incidência acentuada do poder de polícia estatal (autorização, controle e fiscalização)”, in Curso de Direito Administrativo Moderno, 2ª ed., p. 393.

4.2. A AUTORIZAÇÃO DECORRENTE DO PODER DE POLÍCIA

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “pelo conceito moderno, adotado no direito brasileiro, o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”.¹⁷

E acrescenta:

“O poder de polícia reparte-se entre Legislativo e Executivo. Tomando-se como pressuposto o princípio da legalidade, que impede à Administração impor obrigações ou proibições senão em virtude de lei, é evidente que, quando se diz que o poder de polícia é a faculdade de limitar o exercício de direitos individuais, está-se pressupondo que essa limitação seja prevista em lei.

(...)

A Administração Pública, no exercício da parcela que lhe é outorgada do mesmo poder, regulamenta as leis e controla a sua aplicação, preventivamente (por meio de ordens, notificações, licenças ou **autorizações**) ou repressivamente (mediante imposição de medidas coercitivas).¹⁸

O poder de polícia está presente em diversas áreas de relevância social, como no trânsito, no meio ambiente, na saúde e no ensino. Não é demais repetir o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“(...) Seria o caso de serviços de educação e saúde, por exemplo. Aos particulares é lícito desempenhá-los, independentemente de concessão. Submetem-se, apenas, a uma fiscalização do Poder Público, que a efetua no exercício normal de sua polícia administrativa.”¹⁹

Sendo assim, como já se mencionou alhures, a autorização prevista no art. 209 da Constituição Federal, é uma autorização decorrente do poder de polícia exercido pelo Poder Público.

Observe-se que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96) repartiu o ensino em três sistemas, o federal, o estadual e o municipal, competindo à União, aos Estados e Distrito Federal e aos Municípios ora exercerem o serviço público de educação, ora exercerem o poder de polícia em relação às instituições privadas constantes de seus sistemas, conforme definição legal.

¹⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Direito Administrativo, 17ª edição, p. 111.

¹⁸ Idem, p. 111.

¹⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo, 11ª edição, p. 486.

Art. 9º A União incumbir-se-á de:

II - organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais do sistema federal de ensino e o dos Territórios;

VII - baixar normas gerais sobre cursos de graduação e pós-graduação;

IX - autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino.

Art. 10. Os Estados incumbir-se-ão de:

I - organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino;

IV - autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino;

V - baixar normas complementares para o seu sistema de ensino;

Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de:

I - organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino, integrando-os às políticas e planos educacionais da União e dos Estados;

III - baixar normas complementares para o seu sistema de ensino;

IV - autorizar, credenciar e supervisionar os estabelecimentos do seu sistema de ensino;

Art. 16. O sistema federal de ensino compreende:

I - as instituições de ensino mantidas pela União;

II - as instituições de educação superior criadas e mantidas pela iniciativa privada;

III - os órgãos federais de educação.

Art. 17. Os sistemas de ensino dos Estados e do Distrito Federal compreendem:

I - as instituições de ensino mantidas, respectivamente, pelo Poder Público estadual e pelo Distrito Federal;

II - as instituições de educação superior mantidas pelo Poder Público municipal;

III - as instituições de ensino fundamental e médio criadas e mantidas pela iniciativa privada;

IV - os órgãos de educação estaduais e do Distrito Federal, respectivamente.

Parágrafo único. No Distrito Federal, as instituições de educação infantil, criadas e mantidas pela iniciativa privada, integram seu sistema de ensino.

Art. 18. Os sistemas municipais de ensino compreendem:

I - as instituições do ensino fundamental, médio e de educação infantil mantidas pelo Poder Público municipal;

- II - as instituições de educação infantil criadas e mantidas pela iniciativa privada;
- III - os órgãos municipais de educação.

Art. 19. As instituições de ensino dos diferentes níveis classificam-se nas seguintes categorias administrativas:

I - públicas, assim entendidas as criadas ou incorporadas, mantidas e administradas pelo Poder Público;

II - privadas, assim entendidas as mantidas e administradas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.”

Nota-se que, conforme as disposições legais, União, Estados e Municípios têm o dever de prestar o serviço público a eles determinados, como também competem-lhes a autorização, o credenciamento e a supervisão das instituições privadas de ensino, decorrentes do poder de polícia, este também repartido entre os entes da federação por sistemas.

Outrossim, em relação ao ensino superior, não se pode olvidar que o serviço público é prestado tanto pela União, como pelo Estado, este facultativamente.

Já o poder de polícia exercido em relação às instituições privadas de ensino superior é de competência da União.

Ilustrativamente, trazemos a seguinte situação: As decisões jurisprudenciais afirmam que a competência para conhecer o mandado de segurança contra ato de dirigente de instituição particular de ensino superior é da Justiça Federal, porque se estaria diante de uma delegação de um serviço público federal. Mas, ora, o **serviço público** de educação superior tem dois titulares, União e Estado!

A interligação entre a União e as instituições particulares de ensino superior não decorrem de delegação de serviço público, mas do poder de polícia que aquela, por lei, exerce sobre estas últimas.

Por fim, não há como distinguir essencialmente a situação do ensino da situação da saúde para o Direito Constitucional e Direito Administrativo brasileiros.

Saliente-se que da saúde é, em termos constitucionais (art. 196), direito de todos e dever do Estado, da forma prevista pela Constituição para a educação (art. 205). Ao lado da previsão do serviço público de saúde, a Constituição também estabelece ser a assistência à saúde livre à iniciativa privada. Saliente-se a peculiaridade de, eventualmente, as instituições privadas

fazerem parte do Sistema Único da Saúde, situação que as colocam como terceiros executores de serviço público.

Contudo, a iniciativa privada, ordinariamente, não atua por qualquer delegação, submetendo-se sempre, porém, ao poder de polícia estatal. Estabelece o art. 197 da Constituição Federal que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros [serviço público] e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado [atividade privada]”. grifo nosso

O que haveria de autorizar a distinção entre instituições privadas de ensino e instituições privadas de saúde? Seria cabível o remédio constitucional também contra ato de dirigente de hospital?

5. A INADEQUAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA.

Incluiu a Constituição Federal de 1988 entre os direitos e deveres individuais e coletivos que “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público” (art. 5º, LXIX).

Assim dispõe a Lei nº 1.533/51, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, alterada pela Lei nº 9.259/96, a respeito do cabimento do mandado de segurança:

“Art 1º - Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus*, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

§ 1º Consideram-se autoridade para os efeitos desta lei os administradores ou representantes das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do poder público, somente no que entende com essas funções.”

Em outubro de 1969, foi editada a súmula 510 do Supremo Tribunal Federal:

“Enunciado da Súmula 510.

Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial.”

Ato de autoridade é todo aquele que for praticado por pessoa investida de uma parcela de poder público. Ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Com relação às entidades particulares, cabe mandado de segurança quando atuem por delegação e nos limites da **delegação**; quando exerçam atividades que nada têm a ver com essa delegação, não cabe o mandado de segurança. Além disso, se exercerem atividades **autorizadas**, com base no poder de polícia do Estado, que não se inserem entre as atividades próprias do Poder Público, também não cabe essa medida. É o que ocorre com os serviços de táxi, hospitais particulares, estabelecimentos bancários, companhias de seguro.

(...)

A esse propósito, a jurisprudência tem admitido mandado de segurança contra agentes de: 1. **estabelecimentos particulares de ensino**, embora exerçam funções apenas **autorizadas** e não delegadas pelo Poder Público (acórdãos in RT 496/77, 497/69, 498/84, 502/55).”²⁰

É neste ponto não se pode deixar de demonstrar perplexidade. É que, como vimos antes, a jurisprudência brasileira se assenta na premissa de que as instituições particulares de ensino realizam atividade delegada do poder público. Sendo atividade pública delegada, cabível é o mandado de segurança. Contudo, como ficou demonstrado, as instituições particulares de ensino exercem funções apenas autorizadas pelo Poder Público, em sua acepção “polícia”.

Portanto, ou se extrai das normas constitucionais e legais interpretação que insira os dirigentes de instituições sujeitas ao poder de polícia do Estado (ou outra situação que particularize o exercício do ensino) no âmbito de cabimento do mandado de segurança – o que não nos parece possível; ou, inevitavelmente, deve-se reconhecer que, sendo função autorizada e não delegada, a atividade particular de ensino não enseja o seu manejo.

Assim, pode-se concluir, não havendo delegação de serviço público, o dirigente de instituição particular de ensino não pode ser considerado autoridade para ter contra si interposto mandado de segurança.

²⁰ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Direito Administrativo, 17ª ed., p. 661.