

**A REGULAÇÃO DO PADRÃO MÍNIMO DE QUALIDADE NA EDUCAÇÃO SUPERIOR: A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS PROCEDIMENTAIS CONFORME OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A RATIO DO CONTORLE JURISDICIONAL**

Eduardo Coelho dos Santos

Graduando do 9º semestre do curso de Direito do Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB. Concluinte do XI Curso de Formação em Teoria Geral do Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

**RESUMO**

O presente trabalho tem o escopo de trazer à lume uma reflexão sobre o que se tem denominado de ativismo judicial ou judicialização das políticas públicas. Propõe-se, *ab initio*, uma reflexão quanto ao que se entende por educação e por regulação da educação. Seguidamente, demonstra-se o monopólio dos tribunais na concretização dos direitos fundamentais em detrimento dos demais setores estatais e sociais, mais especificamente quanto à atividade de interpretação conforme a Constituição. Logo após, propõe-se que a Administração Pública possui o dever e a legitimidade para concretizar os direitos em conformidade com a Constituição, como é aferível por meio do instituto do protocolo de compromisso. Para tanto, ter-se-á por parâmetro a legislação que regula a garantia do padrão mínimo de qualidade da Educação Superior, mormente o instituto do protocolo de compromisso, cujo âmago é a permissão para que o saneamento de irregularidades nas instituições de ensino seja *a priori*, diminuindo-se, dessarte, a probabilidade de uma possível instauração de processo administrativo de supervisão ou de futura ação judicial. Embora o referido instrumento seja uma verdadeira medida

cautelar com o objetivo de manter as atividades das instituições de ensino e de evitar prejuízos à comunidade acadêmica, percebe-se que o mau uso deste instrumento pelo Estado tem (in)diretamente transformado os Tribunais nos verdadeiros garantidores do padrão mínimo de qualidade na Educação Superior, ao menos em tese.

**PALAVRA-CHAVE:** Regulação da Educação Superior. Interpretação conforme a Constituição. Regulação da Educação Superior. Judicialização das políticas públicas. Protocolo de compromisso.

## **INTRODUÇÃO**

Antes de se sugerir uma alternativa à ampliação instrumental das normas regulamentadoras da Educação Superior, (*rectius*, a sua adequação) mais precisamente do instituto do protocolo de compromisso, que exemplifica bem a possibilidade de se amenizar o controle jurisdicional da Administração Pública, é necessário, inicialmente, refletir sobre o que se conhece a respeito dos termos educação e regulação.

Questão amplamente controversa ao longo da história tem sido a acepção do conceito de Educação. Etimologicamente, diz-se que a palavra é oriunda do termo latino *educare*, entendido literalmente como “conduzir para fora”, no sentido de se preparar o indivíduo para o mundo.

Com o advento do Estado Moderno, a escola preconizada pelo marquês de Condorcet (1743-1794), na pós-revolução francesa, trouxe uma percepção inovadora sobre o que a educação pode ou poderia representar para o Estado. O marquês foi um dos pioneiros na defesa de um ensino igual para homens e mulheres, assim como do voto feminino. Rejeitado pelos demais revolucionários da época, defendia que a desigualdade nascia da diferença entre os espíritos. No intuito de amenizar essas diferenças, acreditava que era incumbência do Poder Público equilibrar a balança das desigualdades, a qual reverberaria diretamente na desigualdade material e formal dos direitos, resultando na própria escravidão do povo.

A educação formal típica no “Antigo Regime”, decorrente de sua tradição secular, permitia aos ricos a ilustração do espírito e o domínio dos meios de produção; aos pobres, era permitido tão somente o aprendizado dos ofícios artesanais. Lutando contra essa tradição, e motivado pelos ideais iluministas, Condorcet conferia à Matemática e à Ciência um papel estratégico no Estado. Nesse sentido, defendia que o aprendizado dessas disciplinas deveria ser por todos, independentemente de origem ou posições sociais.

Ainda, Condorcet entendia que a estupidez oriunda da repetição das tarefas características do período da industrialização, somente poderia ser remediada pela educação. Mesmo tendo sido rejeitado pela Assembleia Nacional em 1781, o projeto para a instrução pública do marquês influenciou (e continua influenciando) a sistemática educacional atual, haja vista a estratificação do sistema educacional e sua análise e fundamentação em estatísticas.

Recepcionando os fundamentos de Condorcet, o legislador constituinte pátrio protegeu a plena liberdade da iniciativa privada no ensino, em consonância com os princípios de uma sociedade livre, democrática e pluralista, já que a educação não poderia ser (nem na teoria e nem na prática) incumbência exclusiva do Estado, sob pena de se ter na prática um Estado autoritário. Por esse motivo, as entidades privadas possuem plena liberdade no múnus educacional, desde que demonstrem sua fidedignidade no cumprimento das normas e dos processos de avaliação do poder público.

Entretanto, o Estado, não se esgueirando de assegurar o “bem legal”<sup>1</sup>, mantém sua posição dominante quando apresenta à sociedade o medo de uma educação precária, a ausência de instituições de ensino qualitativamente satisfatórias ou qualquer outro engodo político do restabelecimento do monopólio estatal de redenção perdida. Quanto à manutenção deste monopólio, Zygmunt Bauman afirma que a redenção perdida:

---

<sup>1</sup> No entendimento de Roberto A. R. de Aguiar: “Ora, uma normatividade que favoreça dados grupos ou classes, necessariamente irá ferir os interesses, a ideologia e o modo de viver de outros grupos ou classes, logo, o bem legal não pode ser comum, pois emana de grupos para incidir sobre outros grupos, o bem comum, empiricamente observável, é o bem particular dos detentores das decisões. (AGUIAR, 1980, p. 12)

precisa ser intensificada artificialmente, ou pelo menos de modo altamente dramatizado para insuflar medo e, ao mesmo tempo, sobrepujar e relegar a uma posição secundária a insegurança gerada economicamente a respeito da qual o Estado nada pode nem deseja fazer. Ao contrário das ameaças ao status social, à autoestima, e à subsistência, geradas pelo mercado, a extensão dos danos à segurança das pessoas precisa ser apresentada em suas formas mais sombrias para que a não materialização das ameaças possa ser aplaudida como um acontecimento extraordinário, resultado da vigilância, dos cuidados e da boa vontade dos órgãos estatais. (BITTENCOURT, 2011, p. 10)

Notadamente, essa insegurança quanto à qualidade da educação e, conseqüentemente, a própria crise desta, decorre dos atuais modelos de consumo da sociedade *líquido-moderna*. Nesse aspecto, é facilmente observável que o interesse das “fábricas de diplomas”, que é oriundo ou derivado da atual sistemática regulatória, vai ao encontro do infeliz desejo do discente, cujo teor se resume em conseguir o papel timbrado com o “sagrado” carimbo do reitor ou diretor para que, após sua inserção no “mercado de trabalho”, possa auferir a renda suficiente à manutenção de sua aparência finita na sociedade individual e consumerista.

Assim, as sociedades empresariais com fins lucrativos mantenedoras de instituições de ensino, no geral, acabam atraindo a comunidade acadêmica destacando os seus “notórios” cursos elitistas avaliados como de extrema relevância pelo poder público, cujos próprios procedimentos regulatórios enaltecem os cursos de graduação em bacharelado e, ao mesmo tempo, estigmatizam os cursos de graduação em licenciatura. Portanto, as instituições de ensino mantidas por sociedades empresariais com fins lucrativos formam os locais onde os indivíduos de considerável poder econômico, e que cursam os notórios cursos de graduação em bacharelado, se misturam (mas, não interagem) com os graduandos em licenciatura, que futuramente possuirão um *pseudo* saber, e que, no atual cenário, são classificados como aqueles que não tiveram condições financeiras ou uma boa educação familiar para se tornarem bacharéis em qualquer coisa.

A dificuldade (ou, talvez, a impossibilidade) de o Estado dizer o que seria educação ou o que seria qualidade mínima da educação, no entanto, (re)transfere esta atribuição à própria comunidade. Atualmente, os conhecidos “contratos de prestação de serviços

educacionais” têm sido um lucrativo *business* onde, quão mais caro é o sonho de se tornar um ilustre profissional retirado da escuridão de uma vida destinada a algum sub-emprego e, assim, ser lançado numa *pseudo* elite qualquer, mais caro é o custo da hora-aula dividido em seis vezes sem juros, conforme dispõem as cláusulas contratuais (isso tudo, exceptuado o valor da matrícula). Mantendo-se esse paradoxo weberiano, a sociedade *líquido-moderna* tem relacionado o termo educação ao termo profissão, este último à possibilidade de obtenção de algum *pseudo* poder e, a obtenção deste *pseudo* poder, à possibilidade de passar a ser endeusado, coisificado ou consumível de alguma maneira. Exercer uma profissão em que a remuneração permita se demonstrar um consumo desenfreado e despreocupado, e que ao mesmo tempo permita tornar “quem fez algo” mais relevante do que “o que foi feito”, tem sido empiricamente o aspecto volitivo mais visível entre os indivíduos.

Noutra realidade, e escoimado do medo da insegurança diariamente alimentado pelo Estado, a Escola inglesa de Summerhill, criada em 1921, considera insuficiente o foco educacional exclusivo no desenvolvimento intelectual do indivíduo. Fugindo à lógica que separa o racional do emocional, a Escola defende que “a educação deve ser ao mesmo tempo intelectual e emocional” (NEILL, 1991, p. XX), o que tornaria quase que impraticável a avaliação da qualidade do ensino daquela entidade educacional em nossa atual sistemática regulatória. Se o extenso desafio de se aferir o desenvolvimento intelectual pelas instituições de ensino fosse uma progressão aritmética, a aferição do desenvolvimento emocional seria uma teratológica progressão geométrica. E, mais desastrosa ainda seria a aferição do produto formado por ambos. Refutando a necessidade de algum marco regulatório da educação superior, cujo o estofa é essencialmente voltado à sustentação do desenvolvimento intelectual, não restou dúvida, em Summerhill, de que “a separação entre o intelecto e o sentimento levou o homem moderno a um estado mental que se aproxima do esquizóide, e no qual ele se tornou incapaz de ter qualquer experiência a não ser através do pensamento” (NEILL, 1991, p. XX).

Já na realidade da sistemática nacional, no dito “marco” regulatório vigente, o

significado da palavra educação pode ser haurido da formulação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB – Lei nº. 9.394/96 – que propôs uma perspectiva inicial de se compactar o texto legal, no intuito de que este não obste futuras adequações a serem necessariamente realizadas. Saindo pela culatra, o tiro defendido por Darcy Ribeiro, acabou por favorecer as grandes corporações profissionais<sup>2</sup>, que enxovalharam a liberdade educacional expressa naquela lei, de modo que, coincidentemente, o órgão regulatório confere hercúlea força às menores das normas infraconstitucionais ou aos procedimentos *interna corporis*. Sem especificar, o artigo 1º da LDB apenas afirma que a educação abrange os “processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.” A junção da dupla faceta espiritual e profissional da educação institucionalizada é expressa no artigo 2º da lei, que afirma que a educação é dever da família e do Estado, e *deve ser* inspirada “nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana”, cuja finalidade *deve ser* o pleno “desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho<sup>3</sup>”. Essa finalidade é amplamente controversa se se considerar que o princípio democrático de eleição dos representantes das entidades de ensino privadas não foi observado pela legislação extravagante, assim como o fato de que alguns cursos, por sua “notória relevância pública”, e.g., o curso de Direito, submetem os recém-educados (munidos, após o rito da diplomação, de um conhecimento com presunção *jure et de jure*) aos exames de proficiência como requisito necessário (e,

---

<sup>2</sup> O “selo - não recomendar” autorizações ou reconhecimentos de cursos de Direito do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil tem sido um verdadeiro ultraje ao aprimoramento do ensino superior. Um dos efeitos deste “selo” é somente favorecer às grandes instituições mantenedoras que já ofertam este curso “notório”. A própria OAB, cujos pareceres têm sido verdadeiras falácias, impede a livre concorrência na oferta de ensino, e favorece o enriquecimento das instituições que já possuem este caríssimo aval.

<sup>3</sup> É extremamente necessário o diálogo entre os aspectos espirituais e profissionais nas faculdades. Nesse sentido, “pode dizer-se que, se a política da educação pertence ao Estado, o ingresso e o desempenho capacitados, no contexto profissional, tocam às corporações. Que se entosem sem dimensões nem distâncias, cumprindo cada qual o que lhe compete nesse gravíssimo campo da educação superior brasileira.” (Direito Educacional – Aspectos Práticos e Jurídicos – São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 9).

portanto, não suficiente) ao exercício profissional<sup>4</sup>.

Como todo “marco” regulatório que se preze, e que necessite se legitimar, o Plano Nacional da Educação teve o verdadeiro condão de ampliar o acesso à educação e de garantir a constante melhoria do padrão de qualidade no ensino, segundo um “minucioso” acompanhamento das instituições educativas. Esta expansão, que sem dúvidas (num futuro não muito distante) acabará formando uma nação inteira de “doutores” ou, ao menos, uma nação inteira com diplomas de graduação superior nas mãos, como se observa no próprio Plano, é incentivada pela premiação conferida àquelas faculdades que puderem aumentar a relação “número de alunos por professor”. Bem, a lógica desse incentivo é largamente contestável.

Nesse sentido, insta mencionar que a LDB, em seu artigo 7º, repete a redação do artigo 209 da Magna Carta (um ritornelo bem ilusório, frise-se) ao condicionar o ensino encabeçado pela iniciativa privada aos requisitos de: (i) cumprimento das normas gerais pertinentes; (ii) autorização e avaliação da qualidade pelo Poder Público; e, (iii) capacidade de autofinanciamento (salvo às instituições filantrópicas, comunitárias ou confessionais que percebam verba estatal). Quanto ao primeiro requisito, esclarece-se que as instituições “fantasmas”, ou seja, aquelas que exercem as mesmas atividades sem o aval do poder público, induzido ao erro milhares de estudantes, não são objeto da regulação educacional, e seus cursos são considerados como livres. Já o último requisito, atualmente, não possui qualquer parâmetro legal que pudesse nortear sua aferição, ou seja, o *quantum* necessário para se abrir ou manter uma instituição de ensino é um conceito jurídico indeterminado.

---

<sup>4</sup> Interessante é que o Estado protege antes o direito ao direito de qualidade do que, *v.g.*, o direito à vida, pois se exige uma maior proficiência dos bacharéis em Direito (cuja reprovação tem sido, anualmente, em massa) do que, *v.g.*, dos bacharéis em medicina ou em engenharia. Noutras palavras, deve-se diminuir as chances de se formar advogados ruins que prestam serviços ruins, mas não há qualquer problema com o engenheiro que constrói pontes ou com o cirurgião geral que lida diariamente com os casos patológicos mais atípicos, e cujo erro pode ceifar instantaneamente uma vida. Além disso, com certeza uma prova pautada na memorização de conceitos, como até mesmo as provas dos concursos de carreiras estatais, não somente é solução para nada, assim como não é suficiente para legitimar “velhos” e “novos” *a priori*. Hoje em dia, as instituições de ensino superior precisam incluir em suas matrizes curriculares, obrigatoriamente, a disciplina *Kumon*.

Quanto a submissão das instituições privadas ao regime de autorização e avaliação da qualidade pelo poder público *retromencionada*, que nada mais é do que a atividade regulatória do Estado, o ônus constitucional (não exclusivo<sup>5</sup>) do Estado, não se pode entender tal submissão como delegação da função educacional. Se assim o fosse, a produção de alimentos industrializados, fiscalizada pelo Ministério da Agricultura, e de medicamentos, pelo Ministério da Saúde, também deveriam ser consideradas atribuições delegadas. Obviamente, o entendimento é ilógico nesse sentido, pois haveria o Estado de instituir o regime de permissão e concessão (por sua vez, realizado mediante licitação) para delegar essa função, que é nitidamente destituída de natureza de serviço público, e que possui tão-somente uma importância de interesse público. Portanto, a autorização a que se refere a lei é autorização em *stricto sensu*.

Ainda quanto a essa atividade incumbida ao Estado, é necessário ressaltar que os atuais instrumentos de aferição de qualidade (*rectius*, do padrão mínimo de qualidade) na regulação mais permitem um ranqueamento mercadológico das instituições de ensino, do que a garantia do padrão mínimo de qualidade do ensino à sociedade<sup>6</sup>.

A especialização *ratione materiae* do atual instrumento de avaliação dos cursos superiores, como, e.g., a especialização dos instrumentos de reconhecimento de curso, são pautados por médias aritméticas resultantes da soma dos diversos conceitos atribuídos aos indicadores objeto de avaliação, segundo pesos distintos nas três dimensões avaliadas. Ora, na escala de 1 (um) a 5 (cinco) do instrumento de avaliação, é possível que duas das três dimensões atendam ao que se considera plenamente satisfatório (conceito 5), ao mesmo tempo em que a outra dimensão obtenha conceito insatisfatório equivalente à 1 (um). Frise-se que, hodiernamente, o direito ao padrão

---

<sup>5</sup> Atualmente no Brasil existem outras entidades que avaliam a qualidade do ensino nas universidades, z.B., o Conselho de Reitores das Universidades Brasileiras (CRUB) e a Associação de Mantenedoras de Ensino Superior (ABMES).

<sup>6</sup> Quanto ao dever dos órgãos de fiscalização dos cursos, é necessário asseverar que “a outorga indiscriminada do título universidade, com a consequência do mau uso da autonomia universitária, gera proliferação de cursos, a mercantilização do ensino e a massificação dos graduados que disputam o ingresso no mercado profissional” (Direito Educacional – Aspectos Práticos e Jurídicos – São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 8).

mínimo de qualidade é, na óptica da Administração Pública, resumido ao direito a uma média aritmética de aspectos considerados importantes na avaliação (independentemente se alguns aspectos não são qualitativamente satisfatórios, ou seja, basta-se que a média seja satisfatória). Claro que este é o mais precário e pecilotérmico dos entendimentos possíveis ao que se poderia chamar de padrão mínimo de qualidade. Considerando a especialização *ratione materiae* da avaliação, o direito ao padrão mínimo de qualidade passa a ser necessário em todas as dimensões do instrumento de avaliação (hoje, entendido no “disfarçável” conceito 3).

Daí torna-se evidente que a atividade regulatória da educação, consubstanciada no poder (ou dever) de polícia do Estado, ainda é incipiente, diferentemente das atividades regulatórias surgidas anteriormente, como a regulação do artigo 78 do CTN<sup>7</sup> ou a regulação vigente no direito concorrencial.

No direito concorrencial, por exemplo, tem-se que o princípio da livre concorrência (inciso IV do artigo 170, da Constituição Federal) tem como pressuposto o fato de que a concorrência não pode ser restringida ou subvertida por agentes econômicos com potencial de dominar o mercado. Interessante perceber que o referido princípio ainda não é considerado na regulação das entidades mantenedoras (aquelas que se responsabilizam patrimonialmente pelas instituições de ensino), nem mesmo quanto às sociedades empresariais com fins lucrativos.

Saliente-se que a livre concorrência, além de garantir preços menores para os consumidores e um rol mais extenso de escolha de produtos, também estimula a criatividade e o aprimoramento. Sem a garantia da concorrência, os monopólios formados podem engessar os preços de mercado mediante o controle das quantidades ofertadas.

---

<sup>7</sup> Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 28.12.1966)

Como inexistente concorrência, o monopolista pode limitar a produção e, conseqüentemente, aumentar os preços de mercado, até que aumente ao máximo o seu lucro. Neste aspecto, seria leviano não frisar que esta é uma das principais causas da evasão do ensino superior.

Por fim, cumpre destacar que o órgão regulador precisa, ao menos, observar os institutos jurídicos processuais, a fim de que se demonstre a probidade em todas as etapas da atividade regulatória. É preciso entender que o direito não é um limitador da política, mas sim, o seu norteador. Exemplo disso, que causa tremenda insegurança jurídica e indignação social, é a utilização de prazos impróprios no âmbito da Administração Pública<sup>8</sup>.

## **2 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS ORIUNDA DA NÃO ATUAÇÃO CONFORME O ORDENAMENTO JURÍDICO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Considerando que a omissão da Administração Pública (mais especificamente, quanto à carência de políticas públicas concretizadoras dos direitos e garantias fundamentais) é a verdadeira fonte legitimadora do atual fenômeno denominado de ativismo judicial, pode-se compreender que a ausência de uma das facetas do Estado não pode ser óbice à concretização de direitos fundamentais. Desse modo, tendo em vista que a atividade de regulação do poder público demanda um prévio estudo jurídico, deontológico e teleológico do ordenamento jurídico, a omissão ou o atropelamento do Estado democrático pela própria Administração Pública enseja imediatamente o controle da sociedade e do Estado, agora realizado no âmbito da atividade jurisdicional.

Neste tópico do trabalho, transcrever-se-á decisões judiciais que suprem, estudam, interpretam ou garantem os direitos fundamentais, e que legitimamente “usucapiaram” o

---

<sup>8</sup> Celso Frauches afirma que “existem processos tramitando há três, quatro anos sem uma decisão, muito embora com parecer favorável. Isto porque, ao assumir, o atual ministro não deu voto de confiança ao ministro anterior, que era de seu próprio partido, substituindo, em primeiro lugar, toda a equipe e, num segundo momento, baixou portaria mandando reexaminar todos os processos que o ministro Cristóvam Buarque tinha já homologado”. (Direito Educacional – Aspectos Jurídicos, p. 352)

espaço funcional e intelectual constitucionalmente disponibilizado à Administração Pública, haja vista a ausência do *animus possessionis* nesse ente estatal. Nesse rumo, para exemplificar a maior proximidade entre os jurisdicionados e os Tribunais, do que entre aqueles e a Administração Pública (bem como, o hiato entre os Tribunais e a Administração), tem-se os seguintes posicionamentos judiciais:

Quanto à natureza do serviço de educação:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.584/94 DO ESTADO DA BAHIA. ADOÇÃO DE MATERIAL ESCOLAR E LIVROS DIDÁTICOS PELOS ESTABELECIMENTOS PARTICULARES DE ENSINO. SERVIÇO PÚBLICO. VÍCIO FORMAL. INEXISTÊNCIA. 1. Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. 2. Tratando-se de serviço público, incumbe às entidades educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo Estado-membro, no exercício de competência legislativa suplementar (§2º do ar. 24 da Constituição do Brasil). 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente. (ADI nº. 1266-5,BA, Min. Rel. Eros Grau)<sup>9</sup>

Observe-se que o ponto de partida de qualquer política pública educacional não possui regulamentação, o que reverbera direta e negativamente na atividade regulatória. Assim, na omissão de regulamentação da legislação quanto à natureza do serviço de educação, o Estado-juiz, em sua atividade jurisdicional, buscou o real sentido desse múnus, vinculando à Administração em sua apreciação.

Quanto à competência jurisdicional para dirimir conflitos oriundos da relação entre aluno e instituição de ensino:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ENSINO SUPERIOR. ENTIDADE PARTICULAR. INDEFERIMENTO DE MATRÍCULA. INTERESSE DA UNIÃO AFASTADO PELA JUSTIÇA FEDERAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA 150 DO STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL.

- "Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias

---

<sup>9</sup> No voto, afirma o Ministro Eros Grau que "o serviço de educação, seja prestado pelo Estado ou por particulares, configura serviço público não privativo, isto é, pode ser prestado independentemente de concessão, permissão ou autorização".

ou empresas públicas" (Súmula 150 do STJ).

- A jurisprudência desta Corte vem declarando a competência da justiça comum estadual para julgar as ações de rito ordinário ou cautelares relativas a ensino superior, quando as entidades estatais elencadas no art. 109 não demonstrarem interesse de figurar como assistente da entidade.

- Ressalva do ponto de vista do relator.

Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara de Bom Jesus de Itabapoana – RJ. (CC 48378 RJ 2005/0039101-5. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS. S1 - PRIMEIRA SEÇÃO. DJ 03/04/2006 p. 201)

Nesse aspecto, tem-se a total omissão da Administração Pública e da legislação em definir a natureza da relação entre aluno e a sua instituição de ensino superior, que acabou por ser definida pelo Poder Judiciário.

Quanto à renovação de matrícula de alunos em situação de inadimplência:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. INDEFERIMENTO DE MATRÍCULA A ALUNO INADIMPLENTE. IMPOSSIBILIDADE. SITUAÇÃO FÁTICA POSTERIOR À LEI Nº. 9.870/99.

Após a vigência da Lei nº. 9.870/99, a existência de débito do aluno, referente à taxa de matrícula, uma vez que cabe à instituição de ensino promover a cobrança pelos meios legais, jamais pela via de coação administrativa. A educação é direito constitucional, que não pode ser obstaculizado por disposição regulamentar da entidade. (TRF da 1ª Região, 1ª Turma, Remessa Ex officio em Mandado de Segurança nº 2000.38.03.002888-5/MG, Rel. Juiz Federal Aloísio Palmeira Lima, DJU Seção 2, 11.11.2002, pág. 92).

Outro flagrante de omissão estatal, é o fato de não haver regulamentação sobre a matrícula ou qualquer outra liberdade negativa às instituições de ensino superior no que tange a sua autonomia universitária. Assim, resta ao jurisdicionado consultar os precedentes judiciais ou as súmulas dos Tribunais para diminuir as chances de prejuízos oriundos da lacuna legislativa.

Quanto à necessidade de monografia para se concluir o curso:

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. FACULDADE ISOLADA. IDÊNTICA AUTONOMIA DIDÁTICO-CIENTÍFICA CONFERIDA À UNIVERSIDADE. REALIZAÇÃO/DEFESA DE MONOGRAFIA. COLAÇÃO

DE GRAU.

A Faculdade isolada desfruta de idêntica autonomia didático-científica conferida à universidade, de tal modo que pode estabelecer a exigência de realização/defesa de monografia como requisito para a conclusão de curso. Apelação improvida. (TRF da 4ª Região, 3ª Turma, Apelação em Mandado de Segurança nº 2002.71.12.000001-6/RS, Rel. Des. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrére, DJU Seção 2, 16.10.2002, p. 538)

Mesmo em assuntos estritamente acadêmicos, é possível observar que os Tribunais têm definido o alcance das questões acadêmicas face a pouca vontade política dos órgãos reguladores em definir os institutos objeto de sua atividade.

Quanto às alterações dos currículos de graduação durante o período de integralização do curso :

ENSINO SUPERIOR. MODIFICAÇÃO DA GRADE CURRICULAR NO ANDAMENTO DO CURSO. INCABIMENTO.

Garantido o vínculo do aluno ao currículo que estava vigorando à época do ingresso no curso, não podendo ser obrigado a cursar matérias curriculares introduzidas posteriormente e referentes a semestres já cursados. (TRF da 4ª Região, 4ª Turma, Apelação em Mandado de Segurança nº 2003.70.00.029238-5/PR, Rel. Des. Federal Edgard A. Lippmann Júnior, DJU Seção 2, 19.10.2004, p. 332)

De notória relevância pública, a alteração dos currículos acadêmicos tem sido amplamente controversa nos Tribunais. Considerando a relevância da questão, deveria o órgão regulador proibir que as instituições de ensino, valendo-se da omissão legislativa, condicionem os estudantes à conclusão de disciplinas anteriormente não previstas no contrato de prestação de serviços educacionais.

Quanto à sanção de suspensão de reconhecimento de curso e a vedação de novo vestibular:

AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA O INDEFERIMENTO DA LIMINAR. PORTARIA DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. SUSPENSÃO DO RECONHECIMENTO DE CURSO SUPERIOR E VEDAÇÃO DE NOVO VESTIBULAR. SANÇÃO EM DESCONFORMIDADE COM O ART. 46, § 1º, DA LEI Nº 9.394/96 (LDB).

Fere a sistemática adotada pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional a Portaria Ministerial que suspende curso superior e veda o respectivo vestibular, antes de conceder prazo para a instituição de ensino

proceder à correção das deficiências eventualmente identificadas na avaliação do órgão competente. Inteligência do § 1º, do art. 46, da LDB.

Agravo Regimental provido para conceder liminar. (STJ, 1ª Seção, AGREG no Mandado de Segurança nº 8133-DF (2002/0001144-6), Rel. Ministra Laurita Vaz, DJU Seção 1, 08.04.2002).

Aqui, tem-se o exemplo da conduta omissiva do órgão regulador em utilizar instrumento jurídico já previsto na legislação, exaustivamente consolidado no ordenamento jurídico pátrio. A ausência de interpretação desses instrumentos jurídicos conforme à Constituição, transfere ao Judiciário a atividade de “regulamentar” a matéria.

Quanto à autonomia universitária:

ADMINISTRATIVO. AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA. POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DE VAGAS JÁ EXISTENTES. AUSÊNCIA DE DANO DE DIFÍCIL REPARAÇÃO.

Não foi revogado o Decreto nº 1.303 de 08-11-94. A “criação de novas habilitações em cursos existentes” não é expressão equivalente à “ampliação do número de vagas em cursos já existentes”.

A redação do art. 53 e seu parágrafo da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96) não deixa dúvidas e está em perfeita consonância com o art. 207 da Constituição Federal, segundo o qual as universidades gozam de autonomia didático científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial.

Não houve, no caso concreto, a criação de novas vagas, mas o remanejamento das já existentes em virtude do fechamento de um dos campus universitários que compunham a Universidade Paranaense – INIPAR.

Improvemento da apelação. (TRF da 4ª Região, 3ª Turma, Apelação Cível nº 2003.04.01.027659-3/PR, Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, DJU Seção 2, 08.10.2003, p. 514).

Questão relevante, e que mais parece se tratar de posicionamento estratégico do órgão regulador em não regulamentar a matéria, tem sido o conceito de autonomia universitária. Como atualmente não há regulamentação do poder público quanto a essa questão, as instituições de ensino têm aplicado o seu particular conceito de autonomia. A problemática tem aparecido quando o entendimento de autonomia universitária de determinada instituição vai de encontro ao entendimento do órgão regulador, que geralmente atua num utilitarismo de preferência bethamiano, pois, comissiva ou omissivamente, tem privilegiado determinadas instituições de ensino em prol de outras.

Quanto ao caráter opinativo das manifestações dos Conselhos representativos de classes:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO MINISTRO DE ESTADO DA EDUCAÇÃO. AUTORIZAÇÃO PARA IMPLANTAÇÃO DE CURSO DE MEDICINA. DECRETO 3.860/2001, ART. 27. MANIFESTAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. CARÁTER MERAMENTE OPINATIVO.

O art. 27 do Decreto n. 3.860/2001, ao vincular a criação de “curso de graduação em medicina” a ser ministrado por universidades e demais instituições de ensino superior à prévia consulta ao Conselho Nacional de Saúde, não impôs a necessidade de acatamento daquela manifestação por parte da Câmara Educação Superior do Conselho Nacional de Educação; há a necessidade, sim, de colhimento de manifestação, mas o parecer emanado pelo Conselho Nacional de Saúde, ainda que desfavorável, tem caráter meramente opinativo e informativo, ao qual não se vincula o Ministro da Educação ao autorizar a implantação de cursos superiores. Precedente da 1ª Seção: MS 8891 / DF, Min. Denise Arruda, DJ de 25.10.2004. (STJ, 1ª Seção, Mandado de Segurança nº 9.250-DF (2003/154805-4), Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJU Seção 1, 12.09.2005, p. 194).

Por fim, questão que causou muita polêmica foi o caráter vinculativo dos pareceres do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil nos processos referentes aos cursos de Direito. O subsídio para o julgamento do mérito desses processos era exclusivamente o parecer desse conselho de classe. O posicionamento ectópico do órgão regulador quanto aos institutos processuais resultou na união das instituições prejudicados, e a conseqüente atuação do Poder Judiciário pacificando à questão.

Considerando o hipertrofiado envolvimento do Poder Judiciário na concretização das políticas públicas, percebe-se que tal fenômeno tem sido permanentemente necessário hodiernamente. Entretanto, os riscos de o Poder Judiciário se tornar um super órgão, em decorrência desse ativismo judicial, são grandes e reais. Não se pode olvidar que essa atuação judicial deve ser extraordinária e efêmera, sob pena de se violar a harmonia e a independência entre os poderes do Estado.

## **2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA HERMENÊUTICA DOS DISPOSITIVOS LEGAIS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Para se propor uma nova hermenêutica a ser adotada pela Administração Pública, ter-se-á o artigo 60 do Decreto nº. 5.773/2006 como referência, pois tem o fito de conferir às instituições de ensino superior a “oportunidade de, conhecendo as deficiências apuradas, saná-las e, então, submeter-se a nova avaliação” (FRAUCHES e FAGUNDES, 2007, p. 621), corolário do princípio do devido processo legal, entendimento também haurido do art. 46 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação - LDB, donde pode-se concluir que<sup>10</sup>:

Pelo parágrafo 1º deste artigo, os resultados do processo regular de avaliação podem gerar sanções e punições. Uma vez constatadas deficiências, deve ser aberto um prazo para saneamento que geraria nova reavaliação, a qual pode resultar, conforme o caso, em desativação de cursos e habilitações, em intervenção na instituição, em suspensão temporária de prerrogativas da autonomia, ou em descredenciamento. (SINAES, 2009, p. 38)

A função maior da atividade regulatória do Estado na educação superior, qual seja, a aferição e a garantia do padrão mínimo de qualidade do ensino, enseja uma análise em pormenor no plano material. Não pode o Estado atestar fato duvidoso como inequívoco, daí o dever moral da Administração Pública em valorar a circunspeção exigida pelo objeto dessa atividade. Assim, quanto à avaliação realizada no âmbito do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior - SINAES, dispõe o art. 60, *in verbis*:

**A obtenção de conceitos insatisfatórios nos processos periódicos de avaliação**, nos processos de credenciamento de instituições, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos de graduação **enseja a celebração de protocolo de compromisso** com a instituição de educação superior. (Destacou-se)

Nesse rumo, faz-se *mister* esclarecer a exegese do artigo, mormente quanto à

---

<sup>10</sup> Sobre este aspecto: “Não basta levantar as deficiências. É também muito importante identificar as qualidades e aspectos fortes da IES. Quanto aos problemas e carências, além da verificação e da constatação, é importante identificar as suas causalidades, explicitar as possibilidades reais para a superação e estabelecer as ações adequadas e os meios para a transformação desejada”. (SINAES, 2009, p. 105)

“obtenção dos conceitos insatisfatórios nos processos de avaliação periódicos”.

Inicialmente, convém destacar que a expressão “obtenção de conceitos insatisfatórios” refere-se aos conceitos finais obtidos em cada uma das dimensões avaliadas, e não somente quanto ao conceito final. Inteligência contrária seria obstar a subsunção do caso concreto, sujeitando a comunidade acadêmica a uma parcial garantia do padrão mínimo de qualidade, uma vez que se permitiria a coexistência de dimensões com conceitos satisfatórios e insatisfatórios (antinomia não permitida no ordenamento jurídico pátrio), pois essa coexistência pode está contida num conceito final dito minimamente satisfatório<sup>11</sup>.

É cediço que o instrumento de avaliação do INEP subdivide a avaliação do objeto em dimensões temáticas. As dimensões do instrumento de avaliação, que prescrevem os pilares necessários ao desenvolvimento institucional ao longo dos ciclos avaliativos, devem ser subsumidas para que se chegue a real situação descrita na avaliação da IES, donde se infere da 5ª edição do *SINAES – Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior: da concepção à regulamentação*, quando afirma:

Cada um dos aspectos analisados é classificado como Essencial ou Complementar e são verificados segundo dois níveis de cumprimento: Atende ou Não-Atende. Para que um curso seja considerado Autorizado, é necessário que seja aprovado nas quatro dimensões supracitadas. A aprovação por dimensão, por sua vez, decorrerá do cumprimento simultâneo de duas condições, a saber: que todos os aspectos essenciais da respectiva dimensão tenham sido atendidos; que pelo menos 75% dos aspectos complementares da respectiva dimensão tenham sido atendidos. Ao final da verificação de cada categoria, os verificadores emitem parecer, concernente à análise global da categoria. A comparação desse parecer

---

<sup>11</sup> Koressawa entende que “Uma visão estrita do princípio da legalidade tende à ignorância quanto às classes de interesses (primários e secundários). Os interesses secundários não são atendíveis senão quando coincidem com os interesses primários, únicos que podem ser perseguidos por quem axiomáticamente os encarna e representa. A interpretação administrativa da lei, mesmo quando se refira a matéria estritamente vinculada, não pode deixar de orientar-se primariamente pelo fundamental princípio do interesse público.” (KORESSAWA, 2009, p. 43); Corroborando, Odete Medauar assevera que “Portanto, o processo administrativo estende a legalidade e dá ensejo ao surgimento de uma nova legalidade, em especial nas relações entre cidadão e Administração, o que não significa opção neopositivista ou idéia de onipotência da lei, mas a adequada compreensão da atividade administrativa, com base na realização dos princípios constitucionalmente, sem renúncia a um grau de certeza e de garantia, ou seja, um padrão de coerência sistemática, segundo as linhas inerentes ao Estado de Direito”.(MEDAUAR, 2008, p. 92)

com os resultados parciais gerados, quando da verificação, permite aos verificadores refletir sobre a aplicação dos critérios para cada aspecto e, se necessário, retornar aos mesmos para nova verificação ou, ainda, para fazer os ajustes necessários à atribuição do resultado final da respectiva dimensão. Como crítica principal, destaca-se o excessivo teor quantitativo do *Manual de Autorização*, que não permite um espaço adequado de apreciação qualitativa. A ausência de uma apreciação mais qualitativa nos relatórios dos verificadores dificulta a análise dos processos. Por outro lado, destaca-se também que os procedimentos não são unificados. Por exemplo, na autorização de cursos de graduação, utiliza-se um formulário diferente do dos cursos sequenciais. Mesmo havendo diferenças substanciais entre essas modalidades de ensino superior, deveria haver uma maior similaridade entre os formulários. Além disso, o Manual que orienta as visitas é insuficiente, pois conta apenas com elementos e parâmetros para o preenchimento dos formulários. Não contém uma orientação mais detalhada para a conduta e procedimentos a serem adotados pelos verificadores. (SINAES, 2009, p. 59)

Observe-se que o desequilíbrio entre as dimensões avaliadas, considerando a coexistência de algumas dimensões incipientes ou fragilizadas juntamente com outras plenamente satisfatórias é tão prejudicial no caso concreto, quanto se todas elas fossem avaliadas como insatisfatórias, pois o direito ao padrão mínimo de qualidade deve ser entendido em seu sentido mais amplo possível, sendo este o direito ao padrão mínimo de qualidade em todas as dimensões aferidas na atividade regulatória do Poder Público. Dessarte, percebe-se que as dimensões são independentes entre si, haja vista a especialização *ratione materiae* do processo avaliativo. Além disso, a avaliação deve corresponder com a realidade material, pois:

por mais importantes que sejam o rigor e os procedimentos científicos em avaliação, estes não sustentam a noção para que a avaliação possa ser considerada uma ciência e tampouco assegura que seus resultados tragam certezas autoevidentes, embora se espere que produzam uma visão crível e coerente. (SINAES, 2009, p. 100)

A especialização *ratione materiae* do instrumento de avaliação determina que a interpretação do artigo 60 se estenda a cada uma das dimensões avaliadas, de modo a não se garantir parcialmente o padrão mínimo de qualidade da educação<sup>12</sup>:

No caso de um procedimento concretizador de direitos fundamentais, a

---

<sup>12</sup> Ressalva João Carlos Simões Gonçalves Loureiro, ao analisar os aspectos basilares do processo administrativo hodierno, que “O direito a uma interpretação do direito ordinário conforme a Constituição é uma exigência que se coloca perante toda e qualquer norma infraconstitucional, material ou procedimental. Os destinatários naturais desta exigência são os tribunais, embora de modo não exclusivo: também a Administração está sujeita a este imperativo”. (LOUREIRO, 1995, p. 232).

interpretação conforme os direitos fundamentais, e atenta a relevância do procedimento para o resultado substantivo constitucionalmente relevante, aponta para o reconhecimento de direitos subjectivos aos particulares pelas normas procedimentais: mesmo preceitos que exigem a colaboração de outros serviços podem conceder também direitos aos particulares. (LOUREIRO, p. 219)

Ainda, como anteparo lógico da presente argumentação, destaque-se a exegese o § 2º do art. 4º da Lei nº. 10.861, de 14 de abril de 2004:

§ 2º A avaliação dos cursos de graduação resultará na atribuição de conceitos, ordenados em uma escala com 5 (cinco) níveis, **a cada uma das dimensões e ao conjunto das dimensões avaliadas.** (Destacou-se)

Nesse aspecto, insta mencionar que o conceito final 3 (três), mínimo satisfatório, resultante da composição dos conceitos obtidos nos diversos indicadores do instrumento avaliativo, de *per si*, enquanto presunção, é incapaz de comprovar o atendimento aos padrões mínimos de qualidade avaliados *in casu*. É preciso considerar o extensivo rol de possibilidades oriundo de um Conceito Final 3 (três); não se olvidando que a única avaliação capaz de ser presumida como minimamente satisfatória seria a obtenção do conceito 3 (três) em todos os indicadores do instrumento, o que representa somente uma de todas as possíveis combinações entre os indicadores e as dimensões<sup>13</sup>. Portanto, a obtenção de um conceito final 3 (três) – ou, até mesmo, maior do que 3 (três) – é uma presunção conhecida no mundo jurídico como *juris tantum*, ou seja, admite prova em sentido contrário. O SINAES, considerando este aspecto, afirma que o papel do Estado:

Não se limita à regulação no sentido do controle burocrático e ordenamento; compete-lhe também avaliar a educação superior de modo a fornecer elementos para a reflexão e propiciar melhores condições de desenvolvimento. Cabe ao organismos de governo e às instituições educativas elaborar diagnósticos gerais sobre a qualidade, a relevância social e científica, a equidade, a democratização do acesso, o desenvolvimento da produção científica, artística e tecnológica, etc., no âmbito da educação superior. Para superar a concepção e a prática da regulação como mera função burocrática e legalista, é necessário constituir uma outra lógica, com um outro sentido filosófico, ético e político: que a regulação não se esgote em si mesma, e, principalmente, articulada à avaliação educativa propriamente dita, seja também uma prática formativa

<sup>13</sup> Nesse sentido: “A pretensão de justiça é, contudo, uma ideia regulativa que tem como referência as condições ideais”. (LOUREIRO, 1995, p. 20)

e construtiva. (SINAES, 2009, p. 60)

A Administração Pública não poderia se colocar em posição ectópica às dimensões que obtiveram conceitos insatisfatórios nos processos de avaliação, de modo que a interpretação literal, ou primando pelo conceito final, se tornaria óbice intransponível à realização de sua atividade regulatória, uma vez que não é possível mensurar os danos oriundos do desequilíbrio das três dimensões dos instrumento avaliativo. Considerando a relevância e as consequências de um ensino qualitativamente para a sociedade, é preciso tornar os processos avaliativos menos abstratos e mais concretos. Não se pode afirmar que o acesso ao ensino precário resolve os problemas sociais, como desemprego, falta de qualificação profissional etc. Nesse sentido, deve o Estado ser rígido na avaliação, e flexível no fomento às instituições de ensino em desenvolvimento, primando pelo padrão mínimo de qualidade, tendo em vista que:

a eficácia dos princípios constitucionais, nessa acepção, consistente em orientar a interpretação das regras em geral, para que o intérprete faça a opção, dentre as possíveis exegeses para o caso, por aquela que realiza o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente<sup>14</sup>. (KORESSAWA, 2009, p. 218)

Nesse mesmo rumo, flexibilizando-se em medida adequada quanto aos aspectos avaliativos da regulação do ensino superior, deve a Administração Pública atuar sempre no sentido de concretizar os direitos fundamentais. Deve-se afastar a letra da lei quando sua interpretação literal for insuficiente, prejudicando a consecução da finalidade maior do Estado<sup>15</sup>. Assim, pode-se seguramente afirmar que, hodiernamente:

---

<sup>14</sup> Corroborando, “Miguel Reale ensina que as normas valem em razão da realidade de que participam, adquirindo novos sentidos ou significados, mesmo quando mantidas inalteradas as suas estruturas formais”. (KORESSAWA, 2009, p. 208); E, ainda: “(...) em segundo lugar, se traduz a exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como um fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras dadas do processo”. (MEDAUAR, 2008, p. 132)

<sup>15</sup> Assim, Koressawa afirma que o princípio da legalidade “deve ser interpretado não como um limite intransponível, mas como uma das referências na promoção do interesse público primário (que nem sempre coincide com a expressão literal da lei), tendo como ponto de partida as normas e princípios constitucionais. Por isso, a subordinação da Administração Pública aos princípios constitucionais é a indicação segura de que os trilhos da Administração não mais se limitam à lei *stricto sensu*” (KORESSAWA, 2009, p. 41). Em seguida, continua argumentando que “outrora, não se admitia que pudesse a Administração reporta-se autônoma e diretamente à Constituição. Todavia, tendo-se nesta indiscutível tal abertura ao agente administrativo, dentro de sua esfera de competência, e não apenas ao juiz. Visto sob todos esses aspectos, o princípio da legalidade vem adquirindo, ao longo do tempo, a versão de princípio da *legitimidade* (Diogo

A Administração Pública não poderá deixar de decidir pleitos porque não encontrou norma expressa; poderá, nesses casos, recorrer à analogia, costumes e princípios gerais do Direito. E, desta forma, o princípio da legalidade deve ser entendido de forma ampla, ou seja, que à Administração está sujeita não somente à lei, mas sim a todo o ordenamento, 'o princípio da legalidade não pode ser compreendido de maneira acanhada, de maneira pobre. E assim seria se o administrador para prover, para praticar determinado ato administrativo, tivesse que encontrar arrimo expresso em norma específica que dispusesse exatamente para aquele caso concreto'. (KORESSAWA, 2009, p. 39)

Percebe-se, portanto, que o ordenamento jurídico evoluiu no sentido de conferir à Administração Pública o múnus de interpretar a norma para melhor compreender sua atividade finalística, assim como encontrar a melhor das possíveis soluções para o caso concreto. Afasta-se, dessa maneira, o antigo entendimento de que somente os magistrados possuíam a competência constitucional para interpretar a norma conforme a Constituição. A consequência dessa evolução foi o surgimento do princípio da juridicidade<sup>16</sup>, que constitui um *a priori* na atividade hermenêutica. Tornando-se o princípio unificador de todos os princípios pertinentes à Administração Pública, o princípio da juridicidade trouxe a possibilidade de melhor equilibrar os Poderes estatais, uma vez que se amplia o número de agentes da produção do direito:

Os direitos de liberdade não estão na medida das leis, mas estas é que devem estar conforme os direitos; em vez de legalidade da Constituição, a constitucionalidade das leis. O controle de legalidade da Administração quer dizer hoje, ao mesmo tempo, controle de constitucionalidade; significa que também se controla a Administração em relação ao cumprimento do sistema de valores da Constituição. (KORESSAWA, 2009, p. 42)

Já considerando este aspecto hermenêutico, o próprio SINAES, ao dispor sobre o

---

de Figueiredo Moreira Neto), princípio da *juridicidade* (Eduardo Soto Kloss e Cármen Lúcia Antunes Rocha) e princípio da constitucionalidade (Juarez Freitas) ou da supremacia constitucional, de modo a fazer prevalecer o fim do Direito (a justiça) sobre a literalidade da lei". (KORESSAWA, 2009, p. 41-42)

<sup>16</sup> Nesse entendimento: "A Administração tornou-se factor decisivo de conformação social, no quadro de uma complexidade crescente da sociedade que, no limite, dissolve a noção de pessoa como categoria central e substitui-a pela noção de sistema, num processo sociológico". (LOUREIRO, 1995, p. 67); Ainda, sobre o princípio: "A solidez principiológica da legalidade nos apresenta o princípio da juridicidade englobando o princípio da legalidade. O campo da legalidade está dentro do campo da juridicidade".(KORESSAWA, 2009, p. 44)

juízo do mérito da avaliação<sup>17</sup>, assevera que:

**A análise da SESu não se baseará exclusivamente em pontuações, pesos e resultados quantitativos;** repousará também na avaliação qualitativa que será provida pela comissão e pelo seu presidente, além dos outros instrumentos pertinentes. (...) O parecer final sobre a autorização e o reconhecimento e credenciamento repousarão no relatório técnico e nas recomendações deste Comitê. (Destacou-se) (SINAES, p. 149)

É daí que se assoma a relevância do instituto do protocolo de compromisso, pois tem a finalidade de oportunizar à IES a reestruturação de sua gestão para que esta alcance a efetivação da garantia do padrão mínimo de qualidade assegurado pela Magna Carta<sup>18</sup>, de modo equilibrado e imediato, uma vez que o processo de aferição da qualidade do ensino realizado pelo Poder Público realiza-se por intermédio das dimensões avaliativas, cada qual velando pela qualidade sob diferentes critérios:

Simplificando, os procedimentos quantitativos são importantíssimos, mas, se únicos, são insuficientes. É imprescindível fazer uso também de metodologias qualitativas. Por exemplo, não basta saber quantos volumes e periódicos há nas bibliotecas; mais importante é analisar a adequação dos livros e periódicos existentes à formação dos estudantes, tal como concebida, ou ainda, o seu impacto no ensino e na pesquisa, as condições de uso e acesso ao acervo, o tipo de cultura de leitura que está sendo consolidada, o que fazer para melhorar etc. Dessa maneira, a avaliação poderá ajudar a instituição a identificar seus aspectos mais fortes, suas carências setoriais e necessidades gerais, definir as prioridades institucionais mais importantes, e elaborar as ações para o efetivo desenvolvimento institucional. (SINAES, 2009, p. 110)

Assim, quanto à finalidade desse instituto, é possível inferir que, desde o início do ciclo avaliativo, as instituições de ensino devem se submeter às exigências do poder público, que terão o mesmo procedimento nos próximos ciclos, sendo que uma exigência não observada em determinado ciclo, obrigatoriamente se torna intransponível no ciclo

---

<sup>17</sup> Quanto aos processos avaliativos, entende-se que os instrumentos de avaliação encontram-se na lógica defendida por Koressawa em que “Segue-se, como degrau na escala de interpretação criativa do Direito, a possibilidade, sempre motivadamente, de deixar de aplicar a lei a casos excepcionais. É fenômeno de percepção recente que uma regra pode ser perfeitamente constitucional, do ponto de vista abstrato e, no entanto, produzir resultado inconstitucional, por violar o próprio fim que busca alcançar. Há certo fatos que só na aparência se ajustam à disposição legal”. (KORESSAWA, 2009, p. 43)

<sup>18</sup> Aqui, é *mister* considerar que “A efetividade converte-se, assim, em verdadeira condição de fato de vigência da legalidade normativa: a simples validade formal não basta, exigindo-se também a validade efetiva.” (KORESSAWA, 2009, p. 158)

vindouro:

De modo especial, as instituições devem levar em conta as recomendações de medidas que devem ser tomadas ou as exigências a serem cumpridas. Este novo ciclo seguirá os mesmos procedimentos gerais do anterior, agora num novo patamar de análise e avaliação, devendo superar as deficiências verificadas e obrigatoriamente incluir o cumprimento das determinações exaradas pelo poder público no ciclo anterior. De modo particular e prioritário, as IES deverão, neste novo ciclo, responder a eventuais exigências que lhes tenham sido feitas, nos prazos estabelecidos. (SINAES, 2009, p. 120)

Insta mencionar que existem direitos fundamentais que dependem absolutamente de um procedimento, não podendo ser efetivos sem algum procedimento de reconhecimento. Desse modo, o protocolo é uma medida saneadora *a priori*, tendo sua relevância no fato de ser realizado de maneira pluralista e *uti singuli*<sup>19</sup>, se se considerar que participam do processo de saneamento tanto a Administração Pública como a própria comunidade acadêmica na consecução do mesmo interesse<sup>20</sup>, qual seja, a garantia do padrão mínimo de qualidade. Deste modo:

Estamos perante posições materiais com a dignidade de direitos fundamentais. Estas posições podem ser quer os clássicos direitos de defesa quer os mais modernos direitos de prestação próprios do Estado Social. Na terminologia consagrada na doutrina alemã e que teve acolhimento entre nós, trata-se de um procedimento justo quer no âmbito da tradicional *Eingriffverwaltung*, quer na *Leistungverwaltung*. Neste último caso, as prestações normativas (procedimentais) são caminho para as prestações fácticas. (LOUREIRO, 1995, p. 208)

Pelo entendimento *supra*, há que se ressaltar a predominância, na atividade regulatória, do princípio da primazia da realidade, sob pena de o ente regulador não alcançar sua finalidade primária<sup>21</sup>:

---

<sup>19</sup> Sobre a participação *uti singuli*: “A participação *uti singuli*, prosseguindo em primeira linha uma função de tutela, compreende a referência quer aos titulares de direitos quer aos simples interessados. Pressupõe-se a intervenção no procedimento administrativo para prosseguir um interesse próprio que, do ponto de vista jurídico, pode ser, segundo a terminologia consagrada entre nós, ou um direito subjectivo ou um interesse legítimo. Interessados no procedimento administrativo são <<aqueles cujos interesses jurídicos possam ser afectados pelo resultado do procedimento>>” (LOUREIRO, 1995, p. 249)

<sup>20</sup> Coimbra considera que “as soluções jurídicas, procedimentais ou materiais, não podem deixar de tomar em consideração e fugir ao condicionamento, que não determinação, do objecto que o Direito pretende regular”. (LOUREIRO, 1995, p. 215)

<sup>21</sup> Quanto à persecução da verdade material: “O procedimento justo funciona como um ideal

O princípio da verdade material ou verdade real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos. (MEDAUAR, 2008, p. 131)

Ainda, faz-se *mister* destacar que a expressão “processos periódicos de avaliação” abrange todos os processos avaliativos previstos no Capítulo IV do Decreto nº. 5.773/2006, haja vista que o resultado das avaliações dos diferentes instrumentos devem permitir uma visão global do sistema, visando o seu aprimoramento:

Os processos avaliativos precisam construir a globalidade e a integração relativamente aos sujeitos e ao objeto. A redução do fenômeno complexo e multidimensional da avaliação a um só ou a poucos de seus aspectos, sem articulação, traz o risco de passar a ideia de que a avaliação se reduz a cada um desses instrumentos, em geral dedicados a medir, quantificar e comparar. A repetição dessa prática acaba criando uma cultura que desfigura a avaliação, reduz as dúvidas, ambiguidades e inovações a favor do simplismo do certo ou errado. A perspectiva da globalidade, ao contrário, traz consigo a ideia de integração das partes em um todo coerente. (SINAES, 2009, p. 99-100)

Portanto, destaca-se que a avaliação deve transcender o sentido literal do texto da lei, no intuito de se alcançar a visão global do sistema, para a melhor atuação do ente estatal. No escopo de se chegar à concretização dos direitos fundamentais, fim máximo do Estatal, deve a Administração Pública agir de maneira pluralista, incluindo os agente envolvidos no processo decisório, assomando o mérito administrativo de uma dialética mais complexificada.

---

regulativo, exigido pelos direitos fundamentais, pelo princípio do Estado de Direito e o princípio democrático, cuja densificação varia desde logo, com o tipo de funções em causa. No nosso círculo jurídico, o processo judicial continua a ser o locus por excelência para a tutela dos direitos. Consoante o procedimento administrativo e os interesses em jogo, a sua maior ou menor relevância em termos de direitos fundamentais e em termos políticos, assim variarão as exigências do procedimento justo. Esta ideia terá de ser concretizada ao nível de uma elaboração específica dos diferentes tipos de procedimentos, quer no plano legislativo, quer jurisprudencial *latu sensu*”. (LOUREIRO, 1995, p. 257)

## **CONCLUSÃO**

Ante o exposto, pôde-se observar que a intervenção do Estado no ensino deve ser mínima, desmistificando-se, dessa maneira, qualquer mito do Estado provedor. Compete à sociedade educar-se, assim como é plausível entender que a qualidade será ditada pelas exigências do mundo social e do mundo profissional. A educação superior nacional, longe da realidade daquela escola inglesa de Summerhill, precisa progredir em larga medida. São necessários investimentos em infra-estrutura e no corpo docente das instituições de ensino, bem como conferir maior relevância ao campo da pesquisa e da extensão, justamente não se esquecendo de que o conhecimento é a moeda do futuro. Por outro lado, é necessário conscientizar o povo para a participação na vida social, bem como se refletir sobre os aspectos espirituais da dinâmica social.

Assim, deve a atividade regulatória do Estado se restringir à aferição do padrão mínimo de qualidade do ensino.

Tendo em vista o interstício dos diversos ciclos avaliativos, a atividade regulatória enseja a interpretação extensiva do artigo 60 do Decreto nº. 5.773/2006, qual seja, a que considera os conceitos obtidos em cada uma das dimensões avaliadas. Já que o instrumento avaliativo baseia-se na especialização *ratione materiae* do processo avaliativo, conclui-se que a interpretação noutra sentido obstará à aplicação dos princípios da garantia do padrão mínimo de qualidade, considerando a fatalidade da educação ofertada, bem como obstar-se-ia o próprio princípio da legalidade na atividade regulatória, que também deve velar por um processo de saneamento imediato a fim de se garantir o almejado padrão qualitativo em sua máxima amplitude. Assim, este padrão deve ser entendido como o cumprimento dos requisitos mínimos elencados pelos especialistas em ensino, refutando-se a questão da média aritmética das dimensões, no julgamento do mérito da avaliação. O Estado deve apenas dizer “sim” ou “não”, ou, “atende” ou “não atende”, quanto aos referenciais de qualidade considerados como padrão mínimo. Nesse sentido, o fato de atribuir conceitos tem sido, na prática, um ranqueamento que privilegia o lucro das instituições de ensino mais abastadas. Assim, percebe-se que o monopólio

das instituições com conceitos mais elevados impede a concorrência proporcional na disputa de mercado entre as instituições de ensino, pois impossibilita a competitividade das instituições de menor poder econômico.

Como possível solução para o combate da desigualdade concorrencial na educação superior, sugere-se o controle pelo CADE<sup>22</sup> das entidades mantenedoras de natureza empresarial, notadamente tipificados no Título VII, capítulo I, da Lei nº. 8.884/94, assim como a oitiva do Ministério Público nos processos regulatórios da educação superior, uma vez que os direitos sociais em questão inserem-se nas atividades-fim deste órgão.

Por outro lado, impende destacar que a aferição do padrão de qualidade é uma atividade que necessita de um paradigma a ser utilizado pelo Estado e, o mais plausível seria considerar as universidades públicas como tal, haja vista que são implementadas pelo próprio Estado.

Tratando-se do aspecto democrático da educação, é preciso se retirar o poderio da gestão acadêmica das entidades mantenedoras e transferi-lo à comunidade acadêmica, pois não se pode permitir, num Estado Democrático de Direito, que a educação seja pautada por um viés autocrático e voltado exclusivamente ao lucro.

Por derradeiro, conclui-se que o ativismo judicial somente será amenizado quando a Administração Pública passar a realizar sua política pública em conformidade com os direitos e garantias fundamentais, ou seja, interpretando e aplicando as normas concretizadoras dos direitos constitucionais.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto A. R. de. **Direito, poder e opressão**. São Paulo: Alfa-omega, 1980.

BITTENCOURT, Renato Nunes. Entrevista com Zygmunt Bauman: **A aflição de uma vida**

---

<sup>22</sup> É extremamente importante a parceria CADE-CIEE atualmente. O CADE permite que estudantes de ensino médio e graduação participem de estágios nas atividades-fim do órgão.

**Íliquida.** Revista Filosofia Ciência e Vida, Ano V, edição n. 58. São Paulo: Escala, 2011.

DINIZ, Janguê. **Educação Superior no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FRAUCHES, Celso da Costa; FAGUNDES, Gustavo. **LDB anotada e comentada e reflexões sobre a educação superior.** 2. ed., atual. Brasília: ILAPE, 2007.

GUIA PRÁTICO DO CADE: A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. 3. ed. revista, ampliada e bilíngue. São Paulo: CIEE, 2007.

KORESSAWA, Elayne da Silva Ramos Cantuária. **Controle jurisdicional da atividade administrativa : o decurso do tempo e suas implicações.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares (algumas considerações).** Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo.** 2. ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEILL, Alexander Sutherland. **Liberdade sem medo.** Trad. Nair Lacerda. ed. 31. São Paulo: IBRASA, 1991.

PEREIRA, Antonio Jorge da Silva; SILVA, Cinthya Nunes Vieira da; MACHDO, Décio Lencioni; COVAC, José Roberto; FELCA, Marcelo Adelqui. **Direito Educacional – Aspectos Práticos e Jurídicos.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SINAES – Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior: da concepção à regulamentação/ [Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira]. - 5. ed., revisada e ampliada – Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2009.