

INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA DELEGAÇÃO LEGISLATIVA DISFARÇADA AO SISTEMA NACIONAL DE AVALIAÇÃO DA EDUCAÇÃO SUPERIOR^{1, 2}

MAGNO FEDERICI GOMES

Professor Adjunto da PUC Minas. Professor Titular da
Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen
Advogado

RESUMO: Este artigo apresenta como objeto de pesquisa o estudo da inaplicabilidade da teoria da delegação legislativa disfarçada nos procedimentos administrativos avaliativos de Instituições de Ensino Superior (IES), tendo em vista o ordenamento jurídico-educacional brasileiro. Se o exercício das funções normativas do Ministério da Educação (MEC) e do Conselho Nacional de Educação (CNE), por meio de sua Câmara de Educação Superior (CES), for efetivamente respaldado pelo princípio constitucional da garantia do padrão de qualidade, presente nos arts. 206, inciso VII, 209, inciso II, e 211, § 1º, da Constituição da República de 1988 (CR/88), poder-se-á chegar à legalidade dessa parte do ordenamento educacional brasileiro. Contudo, o art. 9º, § 2º, alíneas “d”, “e”, “f”, “g” e “j”, da Lei nº 4.024/61, cuja redação foi dada pelo art. 1º da Lei nº 9.131/95, anterior à Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), e o art. 14, da Lei nº 10.861/2001 podem implicar usurpação de competência constitucional, pois o processo legislativo é atribuição exclusiva do Poder Legislativo e não do Executivo, com certas exceções (art. 59 e seguintes da CR/88). Esse tema insere-se nas áreas do Direito e da Educação, sendo esta uma pesquisa teórico-documental, sob uma perspectiva dogmática. À guisa de conclusões, verificou-se que os atos administrativos normativos, relacionados com os processos periódicos de avaliação de IES, regulamentam diretamente comandos constitucionais de eficácia plena, efetivando o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, no que tange à avaliação qualitativa da educação superior.

¹ O presente artigo é resultado da investigação pós-doutoral em Direito Público, na Universidade Nova de Lisboa – Portugal, fomentada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, do Ministério de Educação (CAPES) e pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

² Este estudo contou com a valiosa colaboração do Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia, da Universidade Nova de Lisboa e da Universidade Lusíada de Lisboa, Jurisconsulto e Advogado.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas públicas educacionais; avaliação de Instituições de Ensino Superior; funções normativas do poder público; procedimentos avaliativos da educação superior.

ABSTRACT: This article presents as investigation object the study of the inapplicability of the theory of the disguised legislative delegation in the administrative procedures of evaluation of Institutions of Higher Education (IES), considering the Brazilian legal-educational ordering. Case the exercise of the normative functions of the Ministry of Education (MEC) and of the National Council of Education (CNE), through its Camera of Higher Education (CES), is protected by the constitutional principle of the guarantee of the quality level, constant in articles 206, interjection VII, 209, interjection II, and 211, § 1º, Constitution of the Republic of 1988 (CR/88), could be reached the legality of that part of the Brazilian educational ordering. Nevertheless, the article 9º, § 2º, “d”, “e”, “f”, “g” and “j”, Law nº 4.024/61, whose writing Law was granted by the article 1º, of the Law nº 9.131/95, previous to the Law of Directives and Bases of National Education (LDB), and article 14, of the Law nº 10.861/2001, can imply usurpation of constitutional competition, since the legislative process is exclusive attribution of the Legislative Power and not of the Executive, with some exceptions (articles 59 and following of the CR/88). That subject is included in the areas of the Law and the Education, being a theoretical-documentary investigation, in a dogmatic perspective. Like conclusions, it has been stated that the administrative acts normative, creators of the periodic processes of IES evaluation, directly specify constitutional commands of total effectiveness, giving effectiveness at the principle of the supremacy of the desires of the society on those of the individuals, in the qualitative evaluation of higher education.

KEYWORDS: Educational public policies; evaluation of Institutions of Higher Education; normative functions of the public administration; procedures of evaluation of higher education.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Definição e delimitação do objeto de estudo. 3. Inaplicabilidade da teoria da delegação legislativa disfarçada. 3.1. Fundamentos constitucionais auto-aplicáveis. 3.2. Fundamentos infraconstitucionais. 3.3. Ato administrativo normativo autônomo ou independente. 3.4. Princípios constitucionais implícitos. 3.5. Finalidade pública na avaliação qualitativa. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. Introdução

Atualmente, observa-se, pelo menos no âmbito do discurso, uma propaganda preocupação com a qualidade dos cursos de ensino superior. Ressalta-se que a referida preocupação é justificada, já que os profissionais demandados pelo mercado de trabalho e pelo setor societário devem estar preparados para os desafios existentes na atualidade e, sobretudo, os que virão no futuro. O art. 43, inciso II, Lei nº 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) –, prevê que a formação das pessoas deve constituir responsabilidade das Instituições de Ensino Superior (IES). Assim, para Sobrinho (2000), a educação superior foi diretamente influenciada pela sua tradicional ligação com a função profissional, cuja maior procura deriva da necessidade de saberes, abundantes e inéditos, sobre práticas profissionais e técnicas novas.

Nesse contexto, a LDB apresenta como uma das perspectivas educacionais ao ensino superior a tendência profissionalizante, conforme o inciso II do seu art. 43.

Os demais incisos do mesmo dispositivo legal priorizam a formação global, de cunho mais geral e integral. Destaca-se que, se o ensino superior não avocar essa tendência profissionalizante, nenhuma outra instituição o fará. Assim, essa dimensão da LDB necessita de uma leitura em chave mais ampla, pois o ensino superior é componente constante das políticas educacionais.

Para Buffa (2005), os processos de industrialização e de urbanização, bem como o crescimento demográfico da população, pressionam as instituições de ensino elementares, médias e superiores. O aumento real das escolas públicas de ensino superior não tem sido suficiente para atender a todos, e as transformações sociais acabam por modificar a escolarização, que se inicia mais cedo e termina mais tarde, na vida de todos. Assim, e em virtude da atuação insuficiente do Estado no nível superior, ficou aberto um enorme espaço para a iniciativa particular, que o tem ocupado. Portanto, Buffa (2005) diz que, por meio das categorias do público e do privado, é possível analisar as relações entre escolarização e sociedade.

Dessa forma, o investimento, no Brasil, é crescente no nível superior e a necessidade de avaliar a educação resultante desse sistema é premente, tendo em vista a busca de maior qualidade. Nesse sentido, “[...] é relevante considerar que não apenas o ‘consumidor’ de educação, mas toda a sociedade é afetada quando a escola não alfabetiza ou quando forma médicos, professores ou engenheiros incompetentes”. (BELLONI, 2003, p. 133).

Todos têm direito à educação, principalmente a partir da Constituição da República de 1988 (CR/88). Assim, o compromisso dos gestores das políticas públicas em educação deve ser com a mencionada qualidade do ensino, em respeito ao art. 206, inciso VII, CR/88, e não apenas com as receitas que podem ser percebidas dos capitais interno e externo. Para tanto, a CR/88 e a LDB determinam requisitos formais amplos a serem respeitados pelas instituições de ensino, como, por exemplo, “[...] o cumprimento de normas, autorização para funcionamento, avaliação e capacidade financeira para o empreendimento visado” (BELLONI, 2003, p. 135-136), tudo sob o crivo da União, nos termos do art. 209 da CR/88, do art. 1º, § 1º, do art. 9º, incisos VII, VIII e IX, do art. 19, inciso II, e do art. 20, todos da Lei nº 9.394/96. Nesse sentido, a doutrina especializada manifesta-se:

Os países, preocupados em promover e sustentar a qualidade da educação oferecida a seus cidadãos e em favorecer a eficiência e a equidade em seus sistemas educacionais, reconhecem a avaliação educacional como mecanismo crucial de orientação e acompanhamento das reformas institucionais, em suas diferentes dimensões – dos processos de gestão às condições de infra-estrutura física e acadêmica para a oferta de cursos – quanto a aferição dos resultados educacionais, além das

conexões reais entre os objetivos maiores do desenvolvimento socioeconômico nacional e as metas perseguidas pelo sistema educacional. (CASTRO, 2001, p. 5).

Já em 1988, Serafini e Ribeiro (1988) chegaram à conclusão de que as avaliações englobam os aspectos de diagnóstico da realidade e, dentro de cada área de conhecimento, permitem análises e correções em função das necessidades de modernização e de qualificação, ante os avanços sociais e tecnológicos.

A avaliação educacional e, mais especificamente, a avaliação da aprendizagem visam identificar o nível de qualidade ou efetividade da educação e do processo de ensino-aprendizagem.

Por isso, a educação, como um todo, deve ser diagnosticada e avaliada, tanto no âmbito das políticas quanto no das IES, conforme art. 3º, inciso IX, LDB, que retoma o art. 206, inciso VII, CR/88.

Avaliação de políticas é, em síntese e em conformidade com Santos (2000), um ato de verificar a importância de determinações tomadas, para que a condução de alguma estratégia governamental ou prática de alguma intervenção, de mesma natureza, seja reforçada ou, quando for o caso, corrigida. Por sua vez, a avaliação institucional:

Tem como objetivos levantar informações, fazer diagnósticos de problemas e recomendações que levem à melhoria da qualidade dos processos adotados em uma instituição, programa ou sistema. São verificados o atendimento dos objetivos previstos e a adequação dos recursos alocados. Visa subsidiar o processo de prestação de contas às agências de financiamento, ao poder governamental e ao público em geral. A realização da avaliação, além de verificar a eficiência e eficácia das ações desenvolvidas, visa fornecer diretrizes para a sua melhoria, indicar opções de alocação de recursos e oferecer garantias de que os padrões quantitativos e qualitativos foram alcançados. A avaliação pode desenvolver processos de aferição e de revisão. Os primeiros consistem na medição e registro das informações sobre o funcionamento da instituição, programa ou sistema; processo que pode ser realizado através da auditoria. Esta se refere ao levantamento de indicadores de desempenho com o propósito de assegurar o cumprimento legal das políticas formais ou de monitoramento. Ela segue sistemática padronizada de coleta e registro de informações de entrada e de resultados. Os processos de revisão se referem às informações qualitativas sobre as dinâmicas e desempenhos da instituição, do programa ou do sistema. (MARÇAL, 2000b, p. 34).

A mesma autora (2000a) define avaliações externa e interna, no âmbito institucional, como modos avaliativos complementares. Quando a avaliação é feita por organizações e especialistas de fora da instituição avaliada, indicados para tanto, ela denomina-se externa. Enquanto que a avaliação controlada pela própria instituição em questão,

programa ou sistema, é chamada de interna, embora possa ter especialistas externos para gerir o ato.

Em síntese, pode-se dizer que, de modo geral, as avaliações são os instrumentos para o almejado escopo, ou seja, para conseguir a tão desejada qualidade no ensino superior. Para Cury (2005a), a garantia do padrão de qualidade é um princípio constitucional da educação nacional, por estar previsto no art. 206, inciso VII, CR/88, e, no caso de oferta de ensino pelo segmento privado, ele “[...] é, pois, um serviço público autorizado, cuja consequência maior, aliás posta em lei, é o respeito às normas gerais da educação e avaliação de qualidade, de acordo com o art. 209 da Constituição e art. 7º da LDB”. (CURY, 2005b, p. 26).

Dessa forma, é necessária a identificação dos problemas jurídicos preexistentes, para que as IES possam se adequar às demandas e conseguir melhores resultados, tanto quantitativos quanto qualitativos. Com isso, faz-se necessário um planejamento cuidadoso e uma precisa definição do foco institucional, para a sobrevivência das IES e para a consecução de resultados positivos a longo prazo. A mencionada preparação deve ser feita, atualmente, por meio dos Planos de Desenvolvimento Institucionais (PDI) que, ademais de tal função, podem demonstrar o compromisso, real ou fictício, das instituições com a formação de seus docentes.

Cunha (2003) enfatiza a importância de ter consciência da necessidade da implementação de políticas de Estado e não de Governo para garantir a permanência de políticas socialmente relevantes. Para dificultar o planejamento prévio, mantém-se a falta de delimitação das políticas de ensino superior, no Brasil, e a burocracia extrapola os limites normais. Finalmente, se o Ministério da Educação (MEC) se propusesse a assegurar uma continuidade às suas políticas, isso se traduziria em resultados mais positivos a longo prazo.

2. Definição e delimitação do objeto de estudo

No que concerne a determinados aspectos estruturantes das políticas do ensino superior, é importante ressaltar que o Conselho Nacional de Educação (CNE) substituiu o Conselho Federal de Educação (CFE) e foi criado por força de medida provisória, posteriormente convertida na Lei nº 9.131/95. Em conformidade com os arts. 8º, 9º, 10 e 11 da LDB, o CNE, subordinado ao MEC, foi definido como órgão de consulta e assessoria, com atribuição deliberativa e normativa (art. 7º, *caput*, Lei nº 9.131/95), mantendo assim o Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios (em regime de colaboração) como “[...] formulador da política educacional e, em particular, da de educação superior”. (BELLONI, 2003, p. 135).

Saviani (2004), Belloni (2003), Vieira (1990) e Ranieri (2000) explicitam que o projeto de lei aprovado na Câmara dos Deputados (PLC), mais precisamente na Comissão de Educação do Senado, em 1993, o substitutivo do senador Cyd Sabóia (Projeto de Lei nº 1.258-C/88) não veio a se tornar a nova LDB, Lei nº 9.394/96 – denominada, oficialmente, Lei Darcy Ribeiro. A referida lei derivou do projeto de lei Substitutivo

Darcy Ribeiro (novo substitutivo ao Substitutivo Sabóia), devidamente adequado pelo Executivo de então às diretrizes governamentais, antes da sanção e após diversas manobras políticas e regimentais na Comissão de Constituição e Justiça. Coloca-se de manifesto que a sigla PLC (Projeto de Lei nascido na Câmara) significava um Projeto de Lei Ordinária, tanto que a LDB é uma Lei Ordinária. De qualquer forma, o art. 46 da LDB, dispõe:

Art. 46. A autorização e o reconhecimento de cursos, bem como o credenciamento de instituições de educação superior, terão prazos limitados, sendo renovados, periodicamente, após processo regular de avaliação.

§ 1º Após um prazo para saneamento de deficiências eventualmente identificadas pela avaliação a que se refere este artigo, haverá reavaliação, que poderá resultar, conforme o caso, em desativação de cursos e habilitações, em intervenção na instituição, em suspensão temporária de prerrogativas da autonomia, ou em credenciamento.

§ 2º No caso de instituição pública, o Poder Executivo responsável por sua manutenção acompanhará o processo de saneamento e fornecerá recursos adicionais, se necessários, para a superação das deficiências. (BRASIL, 1996).

Conforme Cury (1997a), o citado art. 46 da LDB mantém a prerrogativa do poder público de autorizar, reconhecer cursos e credenciar instituições, pela mediação de atos administrativos normativos, resguardando o art. 209 da CR/88 e demonstrando “[...] o ensino como serviço público” (CURY, 1997a, p. 124; no mesmo sentido CURY, 2005b, p. 24-27). Em interpretação de tal artigo, Oliven (2002) diz que:

Essa nova Lei introduziu o processo regular e sistemático de avaliação dos cursos de graduação e das próprias instituições de ensino superior, condicionando seus respectivos credenciamentos e credenciamentos ao desempenho mensurado por essa avaliação. Em caso de serem apontadas deficiências, ela estabelece um prazo para saná-las; caso isso não ocorra, poderá haver credenciamento das IES. (OLIVEN, 2002, p. 42).

Apesar do posicionamento da referida autora, não se considera que a LDB tenha introduzido um “[...] processo regular e sistemático de avaliação dos cursos de graduação e das próprias instituições de ensino superior” (OLIVEN, 2002, p. 42), visto que parece ser bastante omissa e sem qualquer especificidade. Na verdade, o que introduziu o processo regular de avaliação foi a Lei nº 9.131/95, em seus arts. 3º e 4º. Segundo Belloni (2003):

O PLC introduzia (pela primeira vez no país, o que já é feito em outros), de forma clara e operacional, uma sistemática de avaliação interna e externa para fins de credenciamento e de aprimoramento da qualidade da educação superior. Esta matéria é tratada de modo genérico na nova LDB, sendo

apenas mencionada quando trata dos processos de autorização e reconhecimento de cursos e instituições. É prerrogativa do Executivo definir os critérios, a metodologia e a execução. Coerente com o encaminhamento que fazia no Congresso, o governo, antes mesmo da aprovação da LDB, promulgou legislação sobre a avaliação. Trata-se da Lei nº 9.131/95 que definiu a sistemática de avaliação coordenada pelo MEC, regulamentada pelo Decreto nº 2.026/96 que explicita critérios e procedimentos para a avaliação, entre eles o provão (ou exame nacional de cursos de graduação). (BELLONI, 2003, p. 139).

Nessa perspectiva, a Resolução CNE/Câmara de Educação Superior (CES) nº 10/2002 foi a responsável por procedimentos de credenciamento, transferência de manutenção, estatutos e regimentos de IES, autorização de cursos de graduação, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos superiores, normas e critérios para supervisão do ensino superior do sistema federal. Destaca-se que o referido ato administrativo normativo foi derogado pela Resolução nº 22, de 05 de novembro de 2002, e acabou de ser ab-rogado pelo Parecer CNE/CES nº 167/2006, tendo em vista a recente edição dos Decretos nº 5.773/2006 e nº 5.786/2006.

Os citados atos administrativos normativos, homologados pelo Ministro de Estado da Educação e do Desporto, relacionados ao credenciamento de IES e outros assuntos afins, quando eivados de obscuridade, podem acarretar problemas de interpretação e, também, prejuízos às próprias entidades interessadas, ante a dificuldade de planejar previamente suas metas e objetivos. Na ocorrência de tal fato, pode haver incerteza no âmbito da gestão das coordenações de cursos de ensino superior, seja de entidades públicas ou privadas e, até mesmo, insegurança jurídica na administração pública central, no momento dos credenciamentos, recredenciamentos ou das avaliações institucionais externas.

Os atos administrativos normativos tornaram-se instrumentos da política educacional e abordam a questão do papel do Estado e sua articulação com o campo da educação, mediando as reformas educativas contemporâneas com a gestão e a organização da educação superior nas instituições. Eles acionaram, de alguma forma, tanto os processos de autorização e credenciamento como os de avaliação institucional; logo, são situações juridicamente conexas e que põem em ação uma política determinada.

Para Bandeira de Mello (1998), ato administrativo é declaração do Estado ou de algum concessionário de serviço público que, ao exercer suas prerrogativas públicas, apresenta medidas jurídicas assessórias da lei, somente para dar cumprimento explícito a ela, sujeitas, ainda, ao controle jurisdicional. Segundo a doutrina jurídica:

[...] *Atos administrativos normativos* são aqueles que contêm um comando geral do Executivo, visando à correta aplicação da lei. O objetivo imediato de tais atos é explicitar a norma legal a ser observada pela Administração e pelos administrados. Esses atos expressam em minúcia o mandamento abstrato da lei, e o fazem com a mesma normatividade da regra legislativa, embora sejam

manifestações tipicamente administrativas. A essa categoria pertencem os *decretos regulamentares* e os *regimentos*, bem como as *resoluções*, *deliberações* [...]. (MEIRELLES, 1997a, p. 161).³

Em continuidade, Meirelles (1997a; 1997b) explica as limitações do ato administrativo normativo da seguinte forma:

[...] Tais atos, conquanto normalmente estabeleçam regras gerais e abstratas de conduta, não são leis em sentido formal. São leis apenas em sentido material, vale dizer, provimentos executivos com conteúdo de lei, com matéria de lei. Esses atos, por serem gerais e abstratos, têm a mesma normatividade da lei e a ela se equiparam para fins de controle judicial, mas, quando, sob a aparência de norma, individualizam situações e impõem encargos específicos a administrados, são considerados de efeitos concretos e podem ser atacados e invalidados direta e indiretamente por via judicial comum, ou por mandado de segurança, se lesivos de direito individual líquido e certo. (MEIRELLES, 1997a, p. 161-162).⁴

Com isso, Ranieri (2000):

[...] Por isso é que a função normativa do Poder Executivo, em estrita harmonia com os dispositivos constitucionais antes citados, restringe-se à fiel execução da lei, conforme dispõe o artigo 84, IV, da Constituição Federal, fundamento genérico do poder regulamentar, também reiterado no artigo 87, II, exteriorizado pela expedição de decretos e regulamentos pelo Presidente da República, de portarias pelos ministros de Estado, e também por meio de resoluções, portarias, instruções, deliberações e regimentos, editados por autoridades administrativas no exercício de suas atribuições legais e limitados ao âmbito de atuação do órgão expedidor. Bem por isso a regulamentação restringe-se à explicitação de procedimentos e critérios de execução, dentro de uma certa margem de discricionariedade, o que não exclui a possibilidade de definição de obrigações de fazer e não fazer, desde que tal atribuição exurja da lei. Mesmo vinculado à reserva legal, o poder regulamentar pressupõe um espaço de liberdade administrativa que deve ser delimitado, a bem da aplicação uniforme da lei. É dizer, depende de lei anterior que demande, expressa ou implicitamente, uma interferência de órgãos administrativos para que seja garantida a sua aplicação e exequibilidade. Se a lei esgotou a matéria, não há necessidade de regulamento: as condições de execução

³ No mesmo sentido, Di Pietro (2004, p. 184; 216); em sentido equivalente, mas os denominando regulamentos, Abreu (1987, p. 45-46) e Caupers (2000, p. 207-209).

⁴ No mesmo sentido, Meirelles (1997b, p. 37-38), Landi e Potenza (1997, p. 39) e Amaral (2001, p. 154-155).

já decorrem da própria capacidade de aplicabilidade imediata, dispensando outros comandos normativos. (RANIERI, 2000, p. 155).

Dessa forma, a matéria prevista em decreto deveria estar previamente fundamentada em norma infraconstitucional ou constitucional e não em ato administrativo normativo, pois, pelo princípio da anterioridade legal, previsto no art. 5º, inciso II, CR/88, “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988). Em conformidade com a doutrina, “[...] abuso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas”. (MEIRELLES, 1997a, p. 94).

Se faltarem dispositivos legais específicos e determinados aos processos de credenciamento IES e reconhecimento de cursos, deixando ao livre arbítrio do Poder Executivo a matéria em questão, o Decreto nº 5.773/06, que define o processo de avaliação de instituições e cursos superiores, configuraria ilegalidade e abuso de poder, podendo ser caracterizado como ato administrativo normativo de efeitos concretos. Esse tipo de ato individualiza situações, prevê condutas e impõe encargos a administrados, sem fundamento normativo anterior. Assim, Ranieri (2000), ao analisar uma Resolução específica da CES/CNE, diz que:

[...] no sistema jurídico vigente não há espaço para que uma simples resolução, ainda que emanada de órgão com competências normativas, como é o caso do Conselho Nacional de Educação, distinga onde a lei não distinguiu. Se assim fosse, haveria que se negar eficácia à lei em pleno vigor, legitimando, a *contrario sensu*, abusos de poder regulamentar. A enumeração promovida pela Resolução, portanto, só pode ser tomada em sentido exemplificativo, e não como *numerus clausus*. (RANIERI, 2000, p. 172).

Por sua vez, a Lei nº 4.024/61, cuja redação dos artigos ainda vigentes foi outorgada pela Lei nº 9.131/95, anterior à LDB, aparenta respaldar o Decreto nº 5.773/06, quando menciona em seu art. 9º, § 2º, alíneas “d”, “e”, “f”, “g” e “j”, que:

Art. 9º Lei nº 4.024/61. As Câmaras emitirão pareceres e decidirão, privativa e autonomamente, os assuntos a elas pertinentes, cabendo, quando for o caso, recurso ao Conselho pleno. [...]

§ 2º São atribuições da Câmara de Educação Superior: [...]

d) deliberar sobre as normas a serem seguidas pelo Poder Executivo para a autorização, o reconhecimento, a renovação e a suspensão do reconhecimento de cursos e habilitações oferecidos por instituições de ensino superior (Redação dada pela MPv nº 2.216-37/01);

e) deliberar sobre as normas a serem seguidas pelo Poder Executivo para o credenciamento, o credenciamento

periódico e o credenciamento de instituições de ensino superior integrantes do Sistema Federal de Ensino, bem assim a suspensão de prerrogativas de autonomia das instituições que dessas gozem, no caso de desempenho insuficiente de seus cursos no Exame Nacional de Cursos e nas demais avaliações conduzidas pelo Ministério da Educação (Redação dada pela MPv nº 2.216-37/01);

f) deliberar sobre o credenciamento e o credenciamento periódico de universidades e centros universitários, com base em relatórios e avaliações apresentados pelo Ministério da Educação, bem assim sobre seus respectivos estatutos;

g) deliberar sobre os relatórios para reconhecimento periódico de cursos de mestrado e doutorado, elaborados pelo Ministério da Educação e do Desporto, com base na avaliação dos cursos; [...]

j) deliberar sobre processos de reconhecimento de cursos e habilitações oferecidos por instituições de ensino superior, assim como sobre autorização prévia daqueles oferecidos por instituições não universitárias, por iniciativa do Ministério da Educação em caráter excepcional, na forma do regulamento a ser editado pelo Poder Executivo (Incluída pela MPv nº 2.216-37/01) (BRASIL, 1961).

Os referidos dispositivos, constantes em lei federal, bem como o art. 14 da Lei nº 10.861/2004 (Lei do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAES), podem delegar à CES, órgão do CNE, e ao Ministro de Estado da Educação, respectivamente, poder discricionário para regulamentar a autorização, o reconhecimento de cursos e credenciamento periódico de IES, já que:

Discricionariedade é a margem de 'liberdade' que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente. (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 595-596).

Se o exercício das funções do MEC e do CNE, por meio de sua CES, for efetivamente respaldado pelo princípio constitucional da garantia do padrão de qualidade, segundo Cury (2005a), presente nos arts. 206, inciso VII, e 211, § 1º, CR/88, poder-se-á chegar à legalidade do ordenamento educacional e ao conceito de normas-objetivo, na lição do Ministro Grau (2005):

Daí a importância das normas-objetivo, que surgem definidamente a partir do momento em que os textos normativos passam a ser dinamizados como instrumentos de governo. O direito passa a ser operacionalizado tendo em vista a implementação de políticas públicas, políticas referidas a

fins múltiplos e específicos. Pois a definição dos fins dessas políticas é enunciada precisamente em textos normativos que consubstanciam normas-objetivo e que, mercê disso, passam a determinar os processos de interpretação do direito, reduzindo a amplitude da moldura do texto e dos fatos, de modo que nela não cabem soluções que não sejam absolutamente adequadas a tais normas-objetivo. (GRAU, 2005, p. 41).

Por outro lado, os referidos dispositivos podem implicar usurpação de competência constitucional, pois o processo legislativo, ou seja, o conjunto de normas que definem e concretizam a elaboração das leis, é atribuição do Poder Legislativo e não do Executivo, com certas exceções, nos termos dos arts. 59 e seguintes CR/88. Se o verbo “deliberar”, presente nas alíneas “d”, “e”, “f”, “g” e “j”, do art. 9º, § 2º, Lei nº 4.024/61, e o “reglamentará”, constante no art. 14 da Lei do SINAES, forem uma delegação de competência legislativa ao CNE e ao ministro da educação (inseridos na estrutura do Poder Executivo), sem permissivo constitucional prévio, poder-se-á chegar à conclusão de que uma parte do sistema legislativo educacional brasileiro é inconstitucional. Sendo assim, estaria sujeito ao controle de constitucionalidade repressivo, a ser realizado pelo Poder Judiciário, inclusive sobre as Leis nº 4.024/61, nº 9.131/95, nº 9.394/96, nº 10.861/2004 e o Decreto nº 5.773/2006, o que merece investigação e estudo sólidos à vista de suas conseqüências no expressivo campo da educação superior. Como resultado, a insegurança jurídica pode se instaurar, produzindo prejuízos irreparáveis, ou seja, danos de ordem econômico-material, para as instituições, e pessoal-moral, para seus alunos.

Em resumo, o presente artigo apresenta como objeto de pesquisa o estudo dos limites da função normativa nos procedimentos administrativos avaliativos do SINAES e sua eventual (in)constitucionalidade, já que sobre eles houve diversos pleitos judiciais. Esse tema insere-se nos campos do Direito e da Educação, especialmente nos ramos referentes ao Direito Constitucional, Administrativo e Educacional. Este trabalho é preponderantemente teórico-documental, apresentando a parte legal que trata do tema abordado e fazendo uma revisão de literatura sobre o objeto de estudo, sob uma perspectiva dogmática, empregada como forma de análise dos resultados.

3. Inaplicabilidade da teoria da delegação legislativa disfarçada

A teoria da delegação legislativa disfarçada foi formulada e desenvolvida por doutrinadores de peso, tais como Pontes de Miranda (1967)⁵, Miranda (1997)⁶ e

⁵ Ver Pontes de Miranda (1967, p. 308-310).

⁶ Verificar Miranda (1997, p. 883-905, especialmente p. 887). Em outra obra, o mesmo autor (2000) interpreta o art. 112., nº 6, da Constituição da República Portuguesa, que proíbe o já mencionado regulamento delegado com eficácia externa, também chamado de regulamento autorizado. O referido comando constitucional estrangeiro é a positivação de um tipo de teoria da delegação legislativa disfarçada, inexistente no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, “[...] ele proíbe os reenvios normativos, que consistam em a lei (a própria lei em causa ou outra, em abstracto, anterior ou posterior) remeter para regulamento a interpretação, a integração, a modificação, a suspensão ou a revogação de preceitos legais.” (MIRANDA, 2000, p. 207), compreendendo-se na alteração “[...] a própria extensão ou redução do seu âmbito.”

Bandeira de Mello (1998), respectivamente, ao tratar dos limites do poder regulamentar. Bandeira de Mello (1998) leciona que a lei é competente para apresentar os pressupostos de aquisição ou limitação de direitos, não o ato administrativo normativo que somente pode auxiliar na especificação das normas originárias, respeitando-se determinados requisitos preestabelecidos. Dessa forma, “[...] disciplinar certa matéria não é conferir a outrem o poder de discipliná-la” (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 211), sob pena de violação do princípio da legalidade (art. 5º, inciso II, CR/88)⁷, que não será mais uma garantia fundamental do cidadão, e da tripartição constitucional dos poderes do Estado⁸. Assim:

[...] se à lei fosse dado a dispor que o Executivo disciplinaria, por regulamento, tal ou qual liberdade, o ditame assecutorio de que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma

(MIRANDA, 2000, p. 205).

⁷ De acordo com Amaral (2001, p. 41), “[...] a administração pública tem de prosseguir o interesse público em obediência à lei: é o que se chama o princípio da legalidade”. Para um maior desenvolvimento no princípio da legalidade administrativa, verificar Jesch (1978, p. 38-45), Correia (1987, p. 17-340), Moncada (2002, p. 31-1148) e Otero (2003, p. 45-199). Do mesmo modo, “[...] no que respeita ao desempenho das funções estaduais pelos órgãos de soberania, a acepção mais frequentemente utilizada incide sobre as relações entre a lei e a actividade administrativa e corresponde à exigência de que os actos da Administração encontrem o seu fundamento justificativo numa norma jurídica precedente ou, ao menos, que não contrariem os comandos emitidos sob tal forma”. (CORREIA, 1987, p. 17). Em sentido equivalente, Pastor (1998, p. 317-319) e Canotilho (2003, p. 833). Por sua vez, “[...] a reserva de lei desempenha uma função excludente e, mais do que isso, uma função positiva de reforço do princípio da legalidade da administração e da jurisdição. Numa dimensão menos exigente, legalidade equivale a não desconformidade da actividade administrativa e jurisdicional com a norma jurídica, seja qual for; e, num alcance mais significativo, não desconformidade com a norma legislativa (quando esta exista). Mas aí onde a Constituição imponha reserva de lei, legalidade não implica somente *prevalência* ou *preferência* de lei, nem sequer *prioridade de lei*; traduz-se em sujeição do conteúdo dos actos administrativos e jurisdicionais aos critérios, aos valores, ao sentido imposto pela lei como acto legislativo; envolve, senão *monopólio normativo* (reserva absoluta), pelo menos *fixação primária de sentido normativo* (reserva relativa) pela lei”. (MIRANDA, 2000, p. 217-218). Assim, surge “[...] *la técnica de la reserva como forma de protección del principio parlamentario o democrático frente a un poder gubernamental y reglamentario en imparable expansión. El equilibrio de poderes y la garantía del principio democrático son hoy valores que no se satisfacen con la simple regla de la superioridad jerárquica de la Ley. La exigencia constitucional de que determinadas materias sólo puedan ser reguladas por ley es, en primer lugar, una garantía de la institución parlamentaria frente a la potestad reglamentaria del Gobierno. Pero la reserva es, también, una técnica de garantía de la institución parlamentaria frente a sí misma: un obstáculo a que, por razones de comodidad o de conveniencia política, el Parlamento renuncie a llevar a cabo dicha función normativa, sustituyéndola por remisiones o habilitaciones cada vez más amplias e indeterminadas en favor de la potestad reglamentaria o de incluso otras normas con rango de ley, como los Decretos legislativos [...]*”. (PASTOR, 1998, p. 319). Em sentido equivalente, Jesch (1978, p. 34-37).

⁸ Queiró (1976, p. 429) indica os precedentes históricos de tal teoria: “[...] no século passado e nos primeiros tempos do actual, em França, se chegou a entender, no que concerne às autorizações do parlamento, conferidas ao Presidente da República, para a elaboração de ‘regulamentos de administração pública’. [...] o poder exercido nestes casos é sempre um poder administrativo que se encontra permanentemente em quiescência nas mãos do Executivo e cujo exercício, em cada momento, depende de um acto-condição que é o convite do legislador, ao confiar-lhe, para regulamentação, dentro de determinados limites, certas matérias estranhas ao domínio legislativo ‘por natureza’”.

coisa senão em virtude de lei' perderia o caráter de garantia constitucional, pois o administrado seria obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa *ora* em virtude de *regulamento*, *ora* de *lei*, ao libido do Legislativo, isto é, conforme o legislador ordinário entendesse de decidir. É óbvio, entretanto, que, em tal caso, este último estaria se sobrepondo ao constituinte e subvertendo a hierarquia entre Constituição e lei, evento juridicamente inadmissível em regime de Constituição rígida. Por isto, a lei que limitar-se a (pretender) transferir ao Executivo o poder de ditar, por si, as condições ou meios que permitem restringir um direito configura delegação *disfarçada*, inconstitucional. Deveras: as funções correspondentes a cada um dos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) são, como regra, indelegáveis. *Disto se ressalva, tão-só, a hipótese de 'leis delegadas' – pela própria Constituição previstas no art. 59, IV, mas editáveis apenas em decorrência do procedimento legislativo regulado no art. 68º e segundo as condições e limites ali estabelecidos.* (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 211)¹⁰.

De maneira que Bandeira de Mello (1998) destaca que a indelegabilidade, na qualidade de princípio, resulta implicitamente do art. 2º da CR/88, ou seja, “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL, 1988). Em virtude dessa tripartição de Poderes e da necessária divisão de competências, cada qual inerente a um Poder específico, veda-se a possibilidade de cessão de atribuições de um órgão menos diligente a outro, o que se justifica pela cautela a favor dos administrados e pela destruição de todo o sistema de repartição de funções. Além disso, a previsão constitucional de leis delegadas acaba demonstrando que a regra geral é a indelegabilidade¹¹.

⁹ Art. 68 da CR/88 – As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

¹⁰ A doutrina espanhola, representada por Enterría e Fernández (2002), por sua vez, apresenta três classes de delegação legislativa: a deslegalização, a delegação receptiva e a remissão normativa. A primeira, “[...] consiste na retracção do domínio da lei, ampliando o espaço aberto a fontes infralegislativas, nomeadamente os regulamentos”, desde que não invadam as matérias reservadas à lei pela Constituição portuguesa (AMARAL, 2001, p. 180-181). Em sentido equivalente, Miranda (2000, p. 211-215); Canotilho (2003, p. 841-842). A segunda, seriam as leis delegadas brasileiras, já que a lei de delegação outorga ao Governo, e somente a ele, a elaboração de norma com conteúdo concreto e com nível de lei. A terceira acontece quando uma lei reenvia à posterior normatização do Poder Executivo, por ato administrativo de tal índole, a regulamentação de alguns elementos que completam os dispositivos que a própria lei estabelece. Assim, a remissão legislativa equivaleria à presente teoria da delegação legislativa disfarçada, em sua totalidade. De qualquer forma, alerta-se que “[...] *en parte alguna de la Constitución se ha previsto un fenómeno de <<plenos poderes>>, que coloque al Ejecutivo por decisión del Legislativo in loco et in ius de este último para cualquier contenido, en blanco. Esta figura está formalmente excluida del sistema y dibuja así el contorno negativo de la delegación legislativa*” (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2002, p. 253). Para aprofundamentos, verificar Enterría; Fernández (2002, p. 250-278). Por sua vez e segundo Canotilho (2003, p. 838), “[...] a doutrina italiana refere-se, hoje, a este tipo de regulamentos como regulamentos disciplinadores de matérias em que não existe disciplina legal”.

¹¹ Miranda (2000) analisa cuidadosamente o princípio da fixação da competência legislativa e acaba por concluir, dentre outras: “6.º Que apenas pode haver autorizações ou delegações legislativas no âmbito das

Dessa forma, não seria útil restringir a incidência do ato administrativo normativo, em seu campo, “[...] se, por força da própria obra legislativa, fosse possível, legitimamente, dilatar-lhe a esfera e ensejar infiltração do Executivo em setor que se quer defendido contra suas eventuais incursões”. (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 212). Converter-se-ia em letra morta o procedimento legislativo adequado da delegação legislativa, que não passaria de:

[...] meio desprezível de contenção dos Poderes a seus limites naturais, se o Executivo pudesse beneficiar-se de delegação disfarçada, atingida pela via transversa de uma regulação legal excessivamente vaga, cuja imprecisão lhe ensejasse compor suas próprias imposições nascidas no vazio, isto é, no intervalo contido dentro de balizas complacentes.

Seria absurdo e afrontoso à inteligência supor que a Constituição estabeleceu mecanismos tão cautelosos para defesa de valores ciosamente postos a bom recato, os quais, entretanto, seriam facilmente reduzidos a nada, graças ao expediente singelo das delegações procedidas indiretamente. [...]

Considera-se que há delegação disfarçada e inconstitucional, efetuada fora do procedimento regular, toda vez que a lei remete ao Executivo a criação das regras que configuram o direito ou que geram a obrigação, o dever ou a restrição à liberdade. Isto sucede *quando fica deferido ao regulamento definir por si mesmo as condições ou requisitos necessários ao nascimento do direito material ou ao nascimento da obrigação, dever ou restrição*. Ocorre, mais evidentemente, quando a lei faculta ao regulamento determinar obrigações, deveres, limitações ou restrições que já não estejam previamente definidos e estabelecidos na própria lei. Em suma: quando se faculta ao regulamento inovar inicialmente na ordem jurídica. E inovar quer dizer introduzir algo cuja preexistência não se pode conclusivamente deduzir da lei regulamentada (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 212-213).

Ainda de acordo com Bandeira de Mello (1998), tal procedimento inconstitucional, abusivo e escandaloso, já foi flagrantemente realizado no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando o desinteresse dos legisladores na manutenção de

relações interorgânicas e nos termos expressamente previstos na Constituição (art. 111.º, nº 2) – portanto, apenas pode haver autorizações legislativas da Assembléia da República ao Governo [art. 161.º, alínea d)] e, numa acepção muito imprópria (...), da Assembléia da República às assembleias legislativas regionais [art. 161.º, alínea e)], não de e para quaisquer outros órgãos; 7.º Que, em caso algum, se admitem sub-autorizações (ou subdelegações) – quer dizer, um órgão que faça um acto legislativo autorizado não pode cometer a terceiro órgão a faculdade de regular, directa ou indirectamente, a matéria reservada objeto de autorização legislativa; 8.º Que a substituição do órgão normalmente competente para a prática de certos actos legislativos ou de certos actos integrados no procedimento legislativo só pode dar-se se consentida pela Constituição [...]; e, 9.º Que, muito menos, se admite a devolução de poderes de natureza legislativa a quaisquer entidades públicas ou privadas” (MIRANDA, 2000, p. 202-203).

suas competências, o desapareço à CR/88 e a indiferença aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos¹².

Desse modo, diversas leis que outorgam “[...]a órgãos colegiais do Executivo – como ao Conselho Monetário Nacional, por exemplo – o poder de expedir decisões (‘resoluções’) cujo conteúdo só pode ser o de lei” (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 214) manifestaram-se em alguns artigos de determinadas normas e não na integralidade dos mesmos diplomas. Por meio de tais artigos, escancarou-se ao Poder Executivo o caminho para legislar, “[...] inconstitucionalmente, por via de regulamentos, abrigado no conforto de dispositivos nulos”. (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 214). Independentemente da forma como tal delegação foi apresentada, genérica ou restritivamente, ostensiva ou disfarçadamente, na inteireza ou em incidente particular da lei, cabe ao Poder Judiciário “[...] – como guardião do Direito – fulminar a norma que delegou e a norma produzida por delegação” (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 214). Por sua vez, o próprio art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) confirmou os diversos abusos deflagrados antes da CR/88 e “[...] representa a expressão clara de que não se deseja mais neles reincidir” (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 214).

Nessa perspectiva, o Decreto nº 5.773/2006 é o responsável por procedimentos de credenciamento de cursos superiores, transferência de manutenção, estatutos e regimentos de IES, autorização de cursos de graduação, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos superiores, normas e critérios para supervisão da educação superior do sistema federal de ensino. Como foi dito anteriormente, a Lei nº 9.131/95, anterior à LDB, aparenta respaldar o Decreto nº 5.773/2006, em conformidade com seu art. 1º, que modificou o art. 9º, § 2º, alíneas “d”, “e”, “f”, “g” e “j”, Lei nº 4.024/61. Da mesma forma, o art. 14 da Lei nº 10.861/2004 dispõe: “O Ministro de Estado da Educação regulamentará os procedimentos de avaliação do SINAES”. (BRASIL, 2004).

Em conformidade com a teoria da delegação legislativa disfarçada de Pontes de Miranda (1967) e Bandeira de Mello (1998), ora estudada, os citados comandos legais implicariam usurpação de competência constitucional, já que facultam ao ato administrativo normativo inovar a ordem jurídica, introduzindo direitos e obrigações inexistentes na lei regulamentada. Ainda porque o processo de formulação de leis, também analisado, é competência do Poder Legislativo e não do Executivo, ressalvadas algumas hipóteses legais¹³. Assim, os verbos “deliberar”, constante nas alíneas “d”, “e”, “f”, “g” e “j”, do art. 9º, § 2º, Lei nº 4.024/61, e “reglamentará”, presente no art. 14 da Lei do SINAES, podem ser entendidos como uma delegação

¹² Parece ser que se utilizou o conceito italiano de regulamentos autorizados (antes conhecidos como regulamentos delegados) para instituir tal prática. Contudo, Landi e Potenza (1997) previam que: *“in ogni caso poi la delega regolamentare non pare possa trasferire la competenza definitivamente dal potere legislativo all’esecutivo; quindi le successive modificazioni del regolamento delegato dovrebbero essere riservate alla legge”* (LANDI; POTENZA, 1997, p. 44, nota 60), o que não acontece no Brasil.

¹³ Seriam as leis delegadas e as medidas provisórias, em conformidade com os arts. 59 e seguintes da CR/88.

disfarçada de atribuição legislativa à CES do CNE e ao Ministro da Educação, respectivamente.

Sem embargo, não se aplica a teoria da delegação legislativa disfarçada aos atos administrativos normativos de procedimentos de autorização, reconhecimento e credenciamento, estando amparados no ordenamento jurídico brasileiro o art. 9º, § 2º, alíneas “d”, “e”, “f”, “g” e “j”, Lei nº 4.024/61; o art. 8º, § 1º, 9º, § 1º, LDB; o art. 14 da Lei do SINAES e o Decreto nº 5.773/2006, salvo seus §§ 2º, 3º e 5º do art. 63¹⁴. A referida declaração baseia-se nos seguintes fundamentos jurídicos.

¹⁴ Destaca-se que o § 3º do art. 10 da Lei nº 10.861/2004 prevê que, nos periódicos processos avaliativos de IES, as penalidades serão impostas pelo órgão competente do MEC, ou seja, pela Secretaria de Educação Superior (SESu), por meio de seu Departamento de Supervisão do Ensino Superior, pela Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica (SETEC) ou pela Secretaria de Educação a Distância (SEED), conforme o caso, prévia oitiva da CES do CNE. Além disso, o § 4º do art. 10 da mesma Lei do SINAES, estabelece que o recurso administrativo contra a decisão que sancionar a IES, com as penalidades previstas em lei, será analisado em seu mérito pelo Ministro de Estado da Educação. De modo que o procedimento administrativo para aplicação de penalidades nos processos avaliativos do SINAES, em virtude do descumprimento de protocolos de compromisso, contido nos §§ 2º, 3º e 5º do art. 63 do Decreto nº 5.773/2006, é distinto do estabelecido pelos §§ 3º e 4º do art. 10 da Lei nº 10.861/2004, embora o existente no decreto pareça ser mais adequado à realidade da educação superior brasileira, porque dá continuidade à tradição jurídica, instituída pelo art. 2º da Lei nº 9.131/95, isto é, a necessidade de homologação ministerial de todas as decisões administrativas finais do CNE. Com isso e no tema em questão, existem três distinções entre a Lei do SINAES e o Decreto nº 5.773/2006: a competência para proferir a decisão sobre a penalidade (na Lei nº 10.861/2004, seria do Secretário pertinente, mediante parecer do CNE, enquanto no Decreto nº 5.773/2006, seria do CNE, prévio parecer do Secretário), a competência para julgar o recurso administrativo (na Lei nº 10.861/2004, seria do Ministro da Educação, enquanto no Decreto nº 5.773/2006, seria do Conselho Pleno do CNE) e a prescindibilidade ou não da homologação final do Ministro de Estado da Educação (na Lei nº 10.861/2004, não haveria necessidade de homologação, porque o Ministro da Educação julgaria o recurso administrativo, enquanto no Decreto nº 5.773/2006, seria indispensável a homologação da decisão administrativa final do CNE, por parte do mesmo Ministro, após a análise dos eventuais recursos administrativos, se interpostos). Se o legislador federal pretendesse que o Conselho Pleno do CNE julgasse os recursos administrativos contra as decisões que impusessem penalidades às IES e que a resolução final fosse homologada pelo Ministro da Educação, ele o teria feito. Em sentido oposto, o Poder Legislativo foi expresso na indicação do Ministro de Estado da Educação como a última instância recursal no processo administrativo para aplicação de sanções, o que não é compatível com a pretensão dos §§ 2º, 3º e 5º do art. 63 do Decreto nº 5.773/2006. Mesmo que se alegue a teoria da antinomia jurídica própria [A antinomia acontece quando normas diferentes regulamentam situação jurídica idêntica de modo diverso. Para que exista antinomia, duas condições são indispensáveis: que as normas estejam contidas no mesmo ordenamento jurídico e que possuam o mesmo âmbito de validade. Não por demais, cabe ressaltar os critérios para sua solução: “I) hierárquico (*lex superior derogat inferiori*)” (art. 102, incisos I, alínea “a”, e III, CR/88); II) cronológico (*lex posterior derogat priori*) (art. 2º, § 1º, Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro – Decreto-Lei nº 4.657/42 – LICC); e, III) da especialidade (*lex specialis derogat generalis*)” (art. 2º, § 2º, LICC) (NOVELINO, 2007, p. 75-76)] entre o art. 2º da Lei nº 9.131/95 e os §§ 3º e 4º do art. 10 da Lei nº 10.861/2004, não seria possível justificar a validade dos §§ 2º, 3º e 5º do art. 63 do Decreto nº 5.773/2006. O critério hierárquico não é suficiente para a hipótese em comento, pois as duas normas possuem natureza jurídica de leis federais ordinárias. O cronológico tampouco poderia ser utilizado, já que acarretaria a derrogação do art. 2º da Lei nº 9.131/95, o que não seria adequado ao ordenamento jurídico educacional, por deixar sem normatização as outras deliberações do CNE que necessitam de homologação do Ministro de Estado da Educação. Encontram-se entre elas as próprias deliberações normativas sobre os procedimentos de credenciamento, recredencia-

3.1. Fundamentos constitucionais auto-aplicáveis

Primeiramente, os comandos constitucionais existentes nos arts. 206, inciso VII, e 209, inciso II, CR/88 são normas auto-aplicáveis de eficácia plena¹⁵, ensejando o seu cumprimento integral pelas IES brasileiras, sem qualquer exceção¹⁶. Ademais, o art. 211,

mento de IES, autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos superiores. Dessa forma, o critério da especialidade é o único aceitável para resolver essa antinomia. Inicialmente, porque a Lei nº 10.861/2004 é norma específica vigente para o sistema nacional de avaliação da educação superior, aplicável ao sistema federal de ensino, prevalecendo os §§ 3º e 4º do art. 10 da Lei nº 10.861/2004, sem prejuízo da aplicação plena do art. 2º, *caput* e seu parágrafo único, Lei nº 9.131/95, com redação dada pela Lei nº 9.649/98, na qualidade de norma geral para todas as demais deliberações do CNE. Como consequência, o Decreto nº 5.773/06, na qualidade de ato administrativo normativo, não pode ser oposto à Lei nº 10.861/04, mesmo sob o pretexto de a regulamentar, já que a última é uma lei ordinária, aprovada pelo Congresso Nacional, sendo hierarquicamente superior.

¹⁵ Em sentido equivalente, ver Ranieri (2000, p. 177).

¹⁶ Cabe esclarecer que Silva (2002) apresenta uma tradicional classificação das normas constitucionais, tendo em vista a sua aplicabilidade. Com isso, classificam-se em normas constitucionais de eficácia plena, pois se aplicam e produzem efeitos essenciais desde a entrada em vigor da CR/88, integral e imediatamente, já que o legislador constituinte pretendeu regular, direta e normativamente, tais situações, como, por exemplo, o art. 13 da CR/88. As normas constitucionais de eficácia contida são aquelas que, apesar de possuírem aplicação imediata e direta, podem ser restringidas por leis infraconstitucionais e, por isso, possuem aplicação não integral, pois deixam competência redutível discricionária ao poder público, nos termos de tais regras (art. 5º, inciso XIII, CR/88). As normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida são as que se aplicam de modo indireto e mediato, reduzindo sua incidência a interesses somente quando se editar outras normas que regulamentem sua aplicabilidade (art. 37, inciso VII, CR/88). Elas se subdividem em normas de princípio institutivo ou organizativo, que definem e orientam a criação de instituições jurídicas (como, por exemplo, a formação de novos Estados-membros, através de plebiscito e lei complementar), cujo conteúdo é simplesmente regulativo (esquemas gerais) e indicam lei ulterior para lhes completar a eficácia e dar aplicação efetiva, e normas de princípio programático. Assim, Silva (2002) explica que norma de conteúdo programático é uma espécie de norma de eficácia limitada, cuja aplicação plena depende de legislação futura que lhe integre eficácia e dê a ela capacidade de execução, regulamentando como serão promovidos os interesses visados. Assim, mostra que a norma programática informa a concepção do Estado, inspira a sua ordenação jurídica, constitui sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas e condiciona a atividade discricionária da administração pública e do Poder Judiciário, estabelecendo obrigações de resultado e princípios a serem respeitados. Para aprofundar no tema da aplicabilidade das normas constitucionais, ver Silva (2002, p. 81-164). Destaca-se, ainda, que existem outras classificações quanto à aplicabilidade das normas constitucionais (como, por exemplo, Diniz (2001, p. 109-116): normas supereficazes ou com eficácia absoluta, normas com eficácia plena, normas com eficácia relativa restringível e normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa), mas que será adotada, para fins deste estudo, a teoria de Silva (2002).

Salienta-se, ainda, a classificação portuguesa de normas preceptivas, normas programáticas, normas auto-exequíveis e normas hetero-exequíveis, que acaba por conduzir à trilogia de normas constitucionais: 1. preceptivas auto-exequíveis, preceptivas hetero-exequíveis e programáticas (sempre hetero-exequíveis) (MIRANDA, 1996, p. 243-250). No mesmo sentido, ver Gouveia (2007, p. 708-712). Miranda (1996, p. 249) apresenta a semelhança entre as classificações brasileira e portuguesa quando menciona: "Ora, verifica-se com relativa facilidade que as normas de eficácia plena de José Afonso da Silva correspondem às normas exequíveis de que acabámos de falar, as normas declaratórias de princípios institucionais e organizatórios correspondem *grossa modo* às normas preceptivas não exequíveis e as normas declaratórias de princípios programáticos às normas programáticas. Só as normas de eficácia contida ficarão à margem,

§ 1º, CR/88, na parte relacionada com a garantia do padrão de qualidade, também possui auto-aplicabilidade, em virtude da função supletiva e de assistência técnica da União aos demais entes federados. Assim, Silva (2002) explica que tais normas produzem efeitos essenciais e são aplicáveis, imediata e integralmente, desde a vigência inicial da CR/88, pois o constituinte originário regulou, direta e normativamente, a garantia do padrão de qualidade no ensino e a sua avaliação qualitativa pelo poder público.

De forma que, em sede das limitações jurídicas do ato administrativo normativo, o próprio Bandeira de Mello (1998) apresentou uma ressalva à regra geral, qual seja, a possibilidade do regulamento consistir em providência jurídica complementar da CR/88, para lhe dar cumprimento, de maneira estritamente vinculada. Nesse sentido, o ato administrativo normativo:

[...] consiste em providências jurídicas complementares da lei ou excepcionalmente da própria Constituição, sendo aí estritamente vinculadas, a título de lhes dar cumprimento. Com isto diferencia-se o ato administrativo da lei. É que os atos administrativos são infralegais e nas excepcionálíssimas hipóteses em que possa acudir algum caso atípico de ato administrativo imediatamente infraconstitucional (por já estar inteiramente descrito na Constituição um comportamento que a Administração deva obrigatoriamente tomar mesmo à falta de lei sucessiva) a providência jurídica da Administração será, em tal caso, ao contrário da lei, plenamente vinculada; [...] (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 232).¹⁷

embora pareçam reconduzir-se ainda a normas preceptivas”.

¹⁷ Em sentido equivalente, JESCH (1978, p. 236); ABREU (1987, p. 173) e MIRANDA (1997, p. 889, item 8). Para um maior desenvolvimento, ver Jesch (1978, p. 220; 236; 244); Queiró (1976, p. 421-427), Abreu (1987, p. 156; 163; nota 383), Correia (1987, p. 204-236) e Otero (2003, p. 147-191; 198-199; 733-743). Correia sintetiza que, no ordenamento jurídico português, “[...] o poder da Assembléia da República de apreciar os decretos-leis para eventualmente os alterar ou lhes recusar ratificação não é um poder de natureza legislativa mas sim de natureza fiscalizadora. Ao emitir por decreto regulamentar normas de regulamentação primária ou inicial de certa matéria, o Governo não priva a Assembléia de um poder de co-decisão no procedimento legislativo do decreto-lei que de outro modo daria forma àquela regulamentação. Não se verifica assim ofensa do princípio democrático na medida em que se não cerceia com aquela prática o âmbito da função legislativa da assembléia representativa de todos os portugueses” (CORREIA, 1987, p. 220). Em sentido diverso, ao interpretar o art. 112º, nº 8, da Constituição da República Portuguesa, Amaral não admite a emissão de regulamentos independentes diretamente amparados na Constituição, sob o fundamento da necessidade de existência de lei infraconstitucional anterior. Ele outorga interpretação restritiva ao citado preceito constitucional português, já que “[...] deve entender-se que só pode haver regulamentos independentes se uma lei expressamente habilitar certo órgão administrativo (competência subjectiva) a fazer um regulamento sobre certa matéria administrativa (competência objectiva) – entre a Constituição e o regulamento independente tem de estar sempre o legislador (*interpositio legislatoris*)” (AMARAL, 2001, p. 183). No mesmo sentido, Canotilho (2003, p. 838-841) e Moncada (2002, p. 1010-1014; 1144); também no ordenamento jurídico espanhol, Enterria; Fernández (2002, p. 236-238). Todavia, tais autores (2001; 2003; 2002; 2002) não analisam a questão da aplicabilidade da norma constitucional regulamentada, motivo pelo qual padecem de razão suas teorias. Com isso, se a norma constitucional for classificada como de eficácia plena, auto-executiva ou preceptiva auto-exequível, ela autoriza a expedição de atos administrativos normativos diretamente amparados na própria CR/88.

De forma mais precisa, Otero (2003) explicita a quebra do mito da onipotência do ordenamento infraconstitucional para a administração pública, segundo alguns critérios, entre os quais a substituição da lei federal pela CR/88:

Encontra-se aqui exposta, por conseguinte, uma via de rotura do mito da onipotência da lei face à administração pública e da consequente menoridade ou inferioridade da Constituição perante a lei no âmbito da função administrativa: em vez da eficácia operativa das normas constitucionais estar sempre dependente da lei na sua vinculatividade para a administração pública, tal como se encontra subjacente ao pensamento liberal oitocentista, a lei deixou de ter hoje o monopólio habilitante da actividade administrativa, registrando-se que a aplicação da Constituição à administração pública e pela administração pública não exige necessariamente a mediação legislativa.

Houve aqui como que um processo de autodeterminação constitucional face ao poder legislativo nas suas relações com o poder administrativo: a Constituição emancipou-se da lei no seu relacionamento com a administração pública, passando a consagrar preceitos que, sem dependência de intervenção do legislador, vinculam directa e imediatamente as autoridades administrativas. Compreende-se, neste preciso sentido, que se afirme, segundo expressa disposição constitucional, que os órgãos e agentes administrativos, além de subordinados à lei, estejam também subordinados à Constituição.

Como já foi sublinhado, em comentário à nossa posição defendida em anterior estudo, a reserva vertical de lei foi substituída por uma reserva vertical de Constituição.

Uma tal substituição da lei pela Constituição, transformando esta última em fundamento do agir administrativo, encontra duas principais áreas de incidência:

- (a) A Constituição como norma directa e imediatamente habilitadora de competência administrativa;
- (b) A Constituição como critério imediato de decisão administrativa. (OTERO, 2003, p. 735).

Desse modo, os procedimentos de autorização, reconhecimento, credenciamento e suas respectivas renovações, regulamentados por meio do poder normativo do Presidente da República, que expediu o Decreto nº 5.773/2006, explicitam a própria CR/88¹⁸ e dela derivam, uma vez que são providências jurídicas complementares dos arts. 206, inciso VII, 209, inciso II, e 211, § 1º, CR/88¹⁹, que concedem habilitações regulamentares globais²⁰. Com isso:

Ademais, no caso em tela, existem habilitações infraconstitucionais ao Decreto nº 5.773/2006, como se verá no próximo apartado.

¹⁸ Excetuem-se os §§ 2º, 3º e 5º do art. 63 do Decreto nº 5.773/2006, como mencionado anteriormente.

¹⁹ Em sentido equivalente, ao analisar as funções normativas do CNE, pois “[...] plaina, em conjunto com os outros princípios do art. 206 da CF/88, o inciso VII que determina a *garantia de padrão de qualidade*. O art. 211, § 1º, reafirma o *padrão mínimo de qualidade* como competência abrangente sob a direção da União.” (CURY, 2006, p. 44).

²⁰ Utiliza-se a terminologia empregada por Jesch, de habilitação global, como no presente caso, e de

Superioridade que é corolário da rigidez da constituição, conceituada como imutabilidade relativa ou estabilidade das regras constitucionais. Disso deflui a distinção entre normas constitucionais, normas complementares e normas ordinárias, mas tal não implica declarar que todas as normas constitucionais se acham inscritas num documento solene e rígido. Muitas existem fora dele. Basta a observação, hoje admitida pela doutrina unânime dos autores, da especial relevância dos costumes e usos constitucionais, de eficácia bem mais acentuada do que a das normas escritas e, muitas vezes, a despeito, mesmo, das normas escritas. (SILVA, 2002, p. 42).

Nesses dispositivos constitucionais, o comportamento da administração pública foi completamente descrito, vinculando as políticas públicas à garantia do padrão de qualidade no ensino superior, seja ele público ou privado²¹. Por fim, Teixeira (1991) explica que regulamentar uma norma constitucional é complementá-la, instituindo órgãos, autoridades, processos ou regras jurídicas indispensáveis à sua total efetividade.

3.2. Fundamentos infraconstitucionais

O *caput* e o inciso I do art. 209 da CR/88 representam normas constitucionais de eficácia contida. Elas detêm aplicação imediata e direta, mas não integral, porque permitem que a administração pública exerça competência redutível discricionária²², nos termos da conceituação de Silva (2002). Assim, um dos requisitos da outorga de autorização à iniciativa privada, para fins de atuação no ensino, é o cumprimento integral das normas gerais educacionais.

Mesmo com o advento da CR/88, em sua redação originária, e do art. 25 do ADCT que, “[...] de um lado, vale como confirmação de que foram inúmeros os abusos, de outro, representa a expressão clara de que não se deseja mais neles reincidir”. (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 214), a aprovação das Emendas Constitucionais

habilitação específica, pois “[...] *cuando cualquier apoderamiento, tan amplio en cuanto al contenido y tan ilimitado en cuanto a la materia, es suficiente para satisfacer el requisito de la reserva, existe un apoderamiento global; si, por el contrario, se somete la ley apoderante a ciertos requisitos en cuanto al contenido, decimos que existe la necesidad de apoderamientos especificados*” (JESCH, 1978, p. 44). Portanto, “[...] *cabe pensar, naturalmente que el apoderamiento del Ejecutivo no esté contenido en una ley especial, sino en la propia constitución. Se trata, en general, de apoderamientos globales o de fines generales del Estado; en tales casos se suscita la cuestión de la forma del apoderamiento, es decir, sobre todo, la cuestión de la determinación y delimitación de un tal precepto. Sin embargo, no es éste un problema especialmente referido a la constitución, sino que afecta igualmente a cualesquiera otros apoderamientos legales*”. (JESCH, 1978, p. 236).

²¹ Alerta-se que “[...] o desenvolvimento da parte material da Constituição e do controlo jurisdicional da constitucionalidade das normas atenuou, pelo menos, os perigos que para o Estado de Direito democrático podem advir da criação pelo Governo de actos legislativos e de regulamentos com cobertura constitucional directa”. (CORREIA, 1987, p. 236). Para aprofundamentos neste tema, ver Queiró (1976, p. 489-510) e Ocaña (1999, p. 116-126).

²² Podem ser restringidas por leis infraconstitucionais.

(ECs) nº 8/95, nº 9/95, nº 19/98 e nº 32/2001 e de sucessivas leis federais mostrou tendência legislativa completamente oposta ao posicionamento de Bandeira de Mello (1998) e do constituinte originário, favorável ao estabelecimento de poderes normativos mais amplos a determinados órgãos e, inclusive, ao regulamento autônomo. Dessa forma, “[...] a lei ou o decreto-lei que confirmam competência objectiva para a emissão de decretos regulamentares independentes não estão vinculados à especificação de princípios, directivas ou critérios que devam presidir à estatuição normativa da disciplina da matéria a que se reportam. Podem, no entanto, fazê-la”. (CORREIA, 1987, p. 247).

Assim, chama a atenção que, a exemplo dos órgãos reguladores que também possuem competência normativa, houve a aprovação de leis específicas, outorgando função regulamentar ao CNE e ao Ministro de Estado da Educação (Leis nº 9.131/95, nº 9.394/96 e nº 10.172/2001 – Plano Nacional de Educação (PNE) – e nº 10.861/2004²³), já na vigência da CR/88, o que cumpre com o princípio da legalidade (art. 5º, inciso II, CR/88)²⁴. Destaca-se que a Lei nº 9.131/95 é anterior a todas as leis federais que

²³ As referidas leis federais são exemplos brasileiros precisos da autorizada remissão normativa da doutrina espanhola (ver ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2002, p. 268-275), já que “[...] *en la remisión normativa se producen, pues, dos fenómenos distintos: de un lado, la Ley delegante remite a un Reglamento para completar su propia regulación; por otro, la propia Ley delegante atribuye a la vez a la Administración la potestad de dictar dicho Reglamento. Con esto último nos oponemos a la teoría francesa predominante, que habla de que estas cláusulas delegativas, en el supuesto de Reglamentos ejecutivos de las Leyes, hay que explicarlas como una <<invitación>> que el Legislativo hace al Ejecutivo para que éste utilice su poder reglamentario propio. Que el poder desarrollado en la norma delegada es siempre un poder propio de la Administración, el poder reglamentario, y no un poder supuestamente transferido por el legislativo, ya lo hemos justificado como una nota común a la figura general de la delegación; pero eso no quiere decir que la Ley delegante sea un simple recuerdo amistoso de algo que la Administración podría hacer sin tal Ley, una mera <<invitación>> cortés. Como en todo el fenómeno de la delegación legislativa, hay aquí una ampliación del ámbito propio de la potestad reglamentaria. Ello es perfectamente claro siempre que se trate de abrirle una materia reservada a la Ley, como es lo común, pero aun también es visible en la hipótesis de Leyes que se produzcan en el ámbito donde la potestad reglamentaria tiene su campo natural, pues se trata de requerir a un Reglamento para que complemente la Ley y, por consiguiente, para que la aplicación de la Ley quede eventualmente enmarcada y condicionada por una serie de preceptos reglamentarios que necesariamente implican un novum mayor o menor (si el novum no existiese, el Reglamento sería ocioso, como se comprende). Por ello, y así lo acredita la práctica legislativa constante de confiar a la Administración las disposiciones ejecutivas de una Ley, no puede sostenerse que aun lege silente la Administración cuente siempre con la posibilidad de dictar Reglamentos de las Leyes, de interferir entre éstas y su aplicación una instancia normativa distinta; a lo sumo podrá inferirse como mucho un apoderamiento tácito [...] del conjunto normativo, o la posibilidad de un desarrollo reglamentario en cuanto a los aspectos administrativos internos (organización, procedimiento), pero no a los propiamente normativos*”. (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2002, p. 269-270).

²⁴ Canotilho (2003) analisa esta situação quando menciona, no ordenamento jurídico português, que “[...] a lei constitucional autoriza ainda, como se assinalou já, a emanação de *regulamentos independentes* (cf., precisamente, art. 112º/7), ou seja, aqueles em que a lei (existe sempre a vinculação positiva da administração) se limita a indicar a autoridade que poderá ou deverá emanar o regulamento e a matéria sobre que versa. Quer dizer: basta uma autorização específica da lei, embora esta se abstenha de explicitar o conteúdo do acto regulamentar”. (CANOTILHO, 2003, p. 838); em sentido equivalente, Moncada (2002, p. 1010-1014; 1144).

atribuíram função normativa às agências reguladoras²⁵, após a promulgação da CR/88, podendo ser considerada a primeira de muitas outras²⁶, o que inaugurou um regime jurídico próprio para tais órgãos, entre eles o CNE²⁷. Coloca-se de manifesto, ainda, que algumas agências reguladoras estavam ligadas a concessões de serviço público, o que também pode ser aplicado, analogicamente, ao ensino fornecido pelo segmento particular, porque a oferta de ensino pelo setor privado “[...] é, pois, um serviço público autorizado, cuja consequência maior, aliás posta em lei, é o respeito às normas gerais da educação e avaliação de qualidade, de acordo com o art. 209 da Constituição e art. 7º da LDB”. (CURY, 2005b, p. 26).²⁸

Com isso, e lembrando Ranieri (2000), as inovações da EC nº 19/98 não modificaram o modo de emprego do poder regulamentar pelo Estado, mas o ampliaram e, em função da nova tendência, foram aprovadas as Leis nº 9.131/95, nº 9.394/96, nº 10.172/2001 e nº 10.861/2004. As citadas leis federais, de iniciativa da Presidência da República, em virtude de sua competência constitucional para instituição de normas gerais (arts. 22, inciso XXIV, e 24, inciso IX, CR/88), tramitaram no Congresso Nacional regularmente, segundo o procedimento legislativo ordinário, e foram aprovadas. Não por demais, são respaldadas diretamente pelos dispositivos constitucionais auto-aplicáveis, contidos nos arts. 206, inciso VII, 209, inciso II, e 211, § 1º, CR/88, sendo, portanto, plenamente constitucionais tais normas originárias²⁹.

Logo, cumpre-se a regra geral do ordenamento jurídico brasileiro, isto é, a existência de ato administrativo normativo executivo (Decreto nº 5.773/2006), subordinado à norma originária prévia, quais sejam os arts. 206, inciso VII, 209, inciso II, e 211, § 1º,

²⁵ De acordo com Di Pietro (2004) e com uma análise meramente cronológica.

²⁶ Citam-se a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) – Lei nº 9.472/96, a Agência Nacional do Petróleo (ANP) – Lei nº 9.478/97, a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel) – Lei nº 9.427/96, a Agência Nacional de Águas (ANA) – Lei nº 9.984/2000, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) – Lei nº 9.782/99 e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) – Lei nº 9.961/2000, todas elas com função normativa, respeitando-se sempre o princípio da legalidade. Ressalva à Comissão de Valores Mobiliários, ao Conselho Monetário Nacional – Lei nº 6.385/76 – e ao Conselho Nacional de Petróleo – Decreto-Lei nº 538/38, que foram anteriores à CR/88.

²⁷ Em sentido equivalente, Ranieri (2000), ao mencionar que “[...] há ainda a possibilidade de os Conselhos de Educação, órgãos normativos e fiscalizadores do sistema educacional, serem qualificados como agências reguladoras mediante a lei”. (RANIERI, 2000, p. 229).

²⁸ No mesmo sentido, Cury (1997b, p. 60-61); Cury (2003, p. 474-475); em sentido equivalente, Ranieri (2000, p. 177).

²⁹ Referência expressa às habilitações concedidas pelas Leis nº 9.131/95, nº 9.394/96 e nº 10.861/2004. Amaral (2001), ao analisar os fundamentos prático, histórico e jurídico do poder regulamentar, explica que: “[...] no *Estado Social de Direito*, o fundamento jurídico do poder regulamentar reside na Constituição e na lei, em homenagem ao princípio da legalidade, na sua versão actual. Há, porém, que não confundir duas coisas (e isto vale sobretudo para a nossa ordem jurídica): uma é o fundamento do poder regulamentar em *geral*, e este radica na Constituição, dizendo-se, por isso, que o poder regulamentar não deriva da lei, antes assenta originariamente na própria Constituição; outra é o fundamento de *cada regulamento em particular*, através da exigência de lei prévia para o exercício do poder regulamentar, dizendo-se por isso que se a lei não cria o poder regulamentar, desempenha a função de habilitação legal necessária para se dar cumprimento ao princípio da primariedade ou da precedência de lei”. (AMARAL, 2001, p. 175-176).

CR/88 e as Leis nº 9.131/95, nº 9.394/96, nº 10.172/2001 e nº 10.861/2004³⁰.

3.3. Ato administrativo normativo autônomo ou independente

Caso sejam superadas as argumentações supramencionadas, o Decreto nº 5.773/06 deve ser considerado um ato administrativo normativo autônomo ou independente³¹, ressalvados os seus ilegais §§ 2º, 3º e 5º do art. 63, conforme explicação anterior.

O art. 84, inciso VI, alínea “a”, CR/88, com redação dada pela EC nº 32/2001, passou a admitir o decreto regulamentar autônomo com fins de organização da administração federal³². Segundo o referido dispositivo constitucional:

³⁰ Enterría e Fernández (2002) explicitam os limites do poder regulamentar na remissão normativa, nos seguintes termos: “[...] *hay que decir que no puede aceptarse en principio cualquier contenido de la norma remitida. Esto no invalida la técnica remisoría en cuanto expresión de un reenvío formal; lo que ocurre es que el marco sistemático de la remisión es el <<desarrollo>> y <<ejecución>> de la Ley, concepto jurídico indeterminado, pero determinable en cada caso concreto mediante un proceso de interpretación legal. Será así posible precisar si el Reglamento complementa la Ley en el sentido por ésta deseado, o, más bien, la infringe abiertamente. También será posible determinar si, aun sin una infracción abierta de la Ley, el Reglamento ejecutivo se excede de la remisión poniendo en pie normas que no son necesarias para la realización de las disposiciones de la Ley. El Reglamento ejecutivo debe ser siempre y solamente (conforme ha precisado la doctrina francesa) el complemento indispensable de la Ley que desarrolla, y esto en el doble sentido siguiente: por un lado, el Reglamento ejecutivo debe incluir todo lo indispensable para asegurar la correcta aplicación y la plena efectividad de la Ley misma que desarrolla; por otro lado, no puede incluir más que lo que sea estrictamente indispensable para garantizar esos fines (sólo lo indispensable). Esta doble virtualidad, positiva y negativa, del criterio del complemento indispensable sólo puede ser debidamente precisada en función de las circunstancias del caso concreto*”. (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2002, p. 273-274). O citado âmbito de aplicação é compatível com as remissões legislativas das Leis nº 9.131/95, nº 9.394/96, nº 10.172/2001 e nº 10.861/2004 à manutenção plena do padrão de qualidade na educação superior (arts. 206, inciso VII, 209, inciso II, e 211, § 1º, CR/88), repita-se.

³¹ Caetano (1977), Abreu (1987), Amaral (2001) e Di Pietro (2004) admitem dois tipos de atos administrativos normativos: o executivo e o independente ou autônomo, em função de sua relação com a regra preexistente. O Executivo explicita a lei e se limita a criar regras sobre o modo de seu cumprimento pela administração pública, em conformidade com os arts. 84, inciso IV, e 87, inciso II, CR/88, garantindo o “fiel” cumprimento da norma originária. Dessa maneira, não é possível, por meio de regulamento executivo, expedir normas contrárias aos limites da lei originária ou que ultrapassem seus limites, ou seja, que inovem o ordenamento jurídico, estabelecendo direitos, obrigações ou sanções, pois, pelo princípio da anterioridade legal, previsto no art. 5º, inciso II, CR/88, “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. (BRASIL, 1988). O autônomo ou independente inova o ordenamento jurídico, já que introduz regras não estabelecidas previamente em lei, não completando ou desenvolvendo a norma originária. No direito brasileiro, a CR/88 limitou o poder normativo do Executivo, evitando a existência de regulamentos autônomos, pelo menos até a aprovação das ECs nº 19/98 e nº 32/2001. Para detalhamento em tal classificação, verificar Queiró (1976, p. 420-427), Abreu (1987, p. 48-84), Caetano (1977, p. 98 e 100-103) Pastor (1998, p. 303-306), Ocaña (1999, p. 106-109), Di Pietro (2004, p. 87-89) e Meirelles (1997a, p. 112-113 e 162-164).

³² Tal fato ocorreu em virtude da redação dada ao art. 84, inciso VI, CR/88, pela EC nº 32/01, isto é: “[...] dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”; (BRASIL, 1988). Dessa forma, criou-se a possibilidade de decreto regulamentar autônomo para a organização e funcionamento da administração federal (com efeitos internos), mediante expressa previsão na própria CR/88, já que a antiga redação do referido dispositivo era:

Art. 84 Compete privativamente ao Presidente da República:
[...]

VI - dispor, mediante decreto, sobre (Redação dada pela EC nº 32/01):

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos (Incluída pela EC nº 32/01);

Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações. (BRASIL, 1988).

O Decreto nº 5.773/2006 está inserto nos parâmetros constitucionais do art. 84, inciso VI, alínea “a”, CR/88³³, já que o primeiro “[...]” dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino”. (BRASIL, 2006).

No conceito de administração federal está também englobado o sistema federal de ensino, porque ele inclui as IES, mantidas pela União, pela iniciativa privada e pelos órgãos federais de educação, em conformidade com o art. 16 da LDB. Além disso, já foi explicitada, algumas vezes, neste trabalho, a natureza jurídica do ensino fornecido pela iniciativa privada, ou seja, a de “serviço público autorizado”³⁴, o que demonstra a sua vinculação à União.

Ao se inserir o ensino superior público federal e o particular na administração federal, as funções de regulação, supervisão e avaliação podem ser consideradas como matérias de organização e funcionamento³⁵, isto é, incluídas no poder regulamentar autônomo

“VI - dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei;” (BRASIL, 1988). Salienta-se que a alínea “b”, “[...]” não se trata de função regulamentar, mas de típico ato de efeitos concretos, porque a competência do Presidente da República se limitará a extinguir cargos ou funções, quando vagos, e não a estabelecer normas sobre a matéria”. (DI PIETRO, 2004, p. 89). Instituiu-se, então, o regulamento autônomo no ordenamento brasileiro, por força das ECs nº 19/98 e nº 32/2001, principalmente nos arts. 51, inciso IV, 52, inciso XIII, 84, inciso VI, alínea “a”, e 96, inciso I, alínea “b”, todos da CR/88.

³³ Exceto os §§ 2º, 3º e 5º do art. 63 do Decreto nº 5.773/2006.

³⁴ Nesse sentido Cury (1997b, p. 60-61; 2003, p. 474-475; 2005b, p. 26) e Ranieri (2000, p. 177).

³⁵ Para Amaral (2001), os atos administrativos normativos também se subdividem em virtude de sua eficácia, em regulamentos internos e externos. Os primeiros somente produzem efeitos no interior da administração pública, que o expediu, enquanto os segundos geram “[...]” efeitos jurídicos em relação a outros sujeitos de direito diferentes, isto é, em relação a outras pessoas colectivas públicas ou em relação a particulares”. (AMARAL, 2001, p. 163). No mesmo sentido Queiró (1976, p. 416-420) e Abreu (1987, p. 47; 95-120). Destaca-se que, com referência ao princípio da reserva da lei, “[...]” os regulamentos internos, embora possam apoiar-se em actos legislativos, não têm necessariamente de neles se fundar” (ABREU, 1987, p. 175). Tal classificação decorre da antiga e superada diferenciação entre regulamentos de direito ou jurídicos e os regulamentos administrativos, criada pela doutrina alemã e demonstrada em Forstthoff (1969) e Jesch (1978). Assim, entendia-se que apenas os regulamentos relacionais possuíam índole jurídica relevante, enquanto os internos, de organização e funcionamento, não (FORSTHOFF, 1969, p. 217-231). Nesse sentido, “[...]” *el concepto del Derecho nacido bajo la Monarquía constitucional alema-*

da Presidência da República³⁶, por força do mencionado art. 84, inciso VI, alínea “a”, CR/88, com redação dada pela EC nº 32/2001³⁷. Salienta-se que os procedimentos de autorização, reconhecimento e credenciamento e suas renovações, previstos, atualmente, no Decreto nº 5.773/2006, não ensejaram aumento nas despesas e muito menos a criação ou extinção de órgãos públicos, já que mantiveram a estrutura preexistente, antes mesmo da expedição do ato administrativo normativo em tela.

Não por demais, é preciso ressaltar o conteúdo do parágrafo único, do mesmo art. 84 da CR/88, que prevê a possibilidade de delegação do poder normativo independente do Presidente da República aos Ministros de Estado, entre eles o Ministro da Educação. A interpretação extensiva³⁸ ora apresentada, acrescida dos conteúdos normativos do art. 84, parágrafo único, CR/88, e art. 2º, *caput* e seu parágrafo único³⁹, Lei nº 9.131/95 acabam por resguardar as competências da CES do CNE e do Ministro da Educação, mediante ato administrativo autônomo e composto, delegado pelo Presidente da República⁴⁰ (apesar da regulamentação

na, y que aún hoy sigue ejerciendo su influencia, limitaba el ámbito del Derecho a las relaciones entre ciudadano y ciudadano, como igualmente entre Estado y ciudadano (súbdito). En cambio no pertenecían al Derecho las relaciones comprendidas dentro del ámbito interno del propio Estado, las cuales caían en la esfera del No-Derecho. Dicha esfera abarcaba sobre todo las llamadas relaciones de sujeción especial y una parte de las normas de organización”. (JESCH, 1978, p. 21-22; 263-272).

³⁶ De igual maneira, “[...] é ponto assente que a relação de ensino se desenvolve no interior de um estabelecimento específico e que tem sido apresentada pela doutrina como um caso particular da <<relação especial de poder>>, retomando o que é tradicional na doutrina alemã. À moda de O. Mayer, como se viu, a situação do aluno começou por ser apresentada como a de um utente de um estabelecimento (*Anstalt*) com todas as consequências daí decorrentes para a limitação dos seus direitos. [...] A tradição alemã é desde o passado século no sentido de o ensino ser globalmente considerado como uma tarefa do estado” (MONCADA, 2002, p. 454).

³⁷ Sobre o estabelecimento de obrigações ou restrições a particulares, em função de atos administrativos normativos independentes, Correia (1987) leciona que “[...] não parece que se possa considerar como vigente no nosso ordenamento jurídico contemporâneo qualquer princípio geral de direito constitucional ou de direito administrativo que alargue as reservas de acto legislativo expressas na Constituição por modo a excluir a fixação em decreto regulamentar da competência do Governo ou de outros órgãos da Administração para a prática de actos ablativos. Pelas razões já expostas, não faria aliás sentido manter uma reserva centrada sobre a previsão em regulamento independente da criação de situações jurídicas subjectivas passivas e da restrição de situações jurídicas subjectivas activas, quando o conteúdo social do Estado de Direito conduz, no nosso País como em muitos outros, à frequente indissociabilidade de encargos e benefícios e à crescente relevância das prestações sociais para a protecção da dignidade da esfera individual”. (CORREIA, 1987, p. 250).

³⁸ Interpretação é “[...] método pelo qual o hermenêuta procura apreender o pensamento do legislador, expresso na norma que examina, e em seguida explica a sua verdadeira inteligência, o seu justo e conveniente sentido técnico-jurídico. [...] A interpretação diz-se: a) *ampliativa, extensiva*, ou *lata*, ramo da interpretação declarativa, aquela segundo a qual a aplicação da lei se estende a casos que, embora não previstos por ela, não são estranhos ao pensamento jurídico que as ditou; ou quando, havendo dúvida sobre a adaptabilidade do preceito, a solução é dada favoravelmente, por analogia, ou diante da razão mais forte; [...]” (NUNES, 1993b, p. 513).

³⁹ Incluído pelo art. 46 da Lei nº 9.649/98.

⁴⁰ O Decreto nº 4.176/2002 criou direções na expedição de atos administrativos normativos por parte do Poder Executivo federal, em cumprimento à Lei Complementar nº 95/98. O art. 33 do Decreto nº 4.176/2002 dispõe: “[...] compete aos Ministérios e aos órgãos da estrutura da Presidência da República a

atual contida no Decreto nº 5.773/2006 e no art. 14 da Lei do SINAES), na formulação de regras sobre a autorização para o funcionamento, o (re) credenciamento de universidades ou IES não-universitárias, o reconhecimento de cursos e habilitações por elas oferecidos, bem como a autorização prévia de cursos, disponibilizados por IES não-universitárias (parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.131/95, alterado pelo art. 46 da Lei nº 9.649/98).

3.4. Princípios constitucionais implícitos

Cabe analisar uma afirmativa de Bandeira de Mello (1998) sobre a teoria da delegação legislativa disfarçada, nos seguintes termos: “[...] a indelegabilidade, enquanto princípio constitucional, resulta diretamente, ainda que de modo implícito, do art. 2º do Texto Magno”. (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 212).

Dessa forma, Bandeira de Mello (1998) foi expresso ao dizer que a indelegabilidade é um princípio implícito na CR/88, derivado dos arts. 2º e 68 da CR/88 e 25 do ADCT.

De acordo com a doutrina jurídica⁴¹, quando a CR/88 não estabelece, expressamente, uma garantia absoluta de impossibilidade de legislações concessivas de poder normativo, permite formulações infraconstitucionais nesse sentido, principalmente se a competência ressalta da própria previsão constitucional (por exemplo, o art. 21, incisos IX e XI, o art. 22, inciso XXIV, o art. 24, inciso IX, o art. 84, inciso VI, alínea “a”, o art. 177, § 2º, inciso III, o art. 206, inciso VII, o art. 209, inciso II, e o art. 211, § 1º, todos da CR/88) e infraconstitucional (Leis nº 9.131/95, nº 9.394/96, nº 10.172/2001 e nº 10.861/2004). A simples vedação implícita, existente nos arts. 2º e 68 da CR/88 e 25 do ADCT, não importa em garantia absoluta de inexistência do poder regulamentar, inclusive autônomo ou independente.

A distinção é sutil, mas de grande relevância prática. De maneira que, inexistindo garantia constitucional, constante em comando de eficácia plena, e sim “[...] mera previsão, o legislador infraconstitucional pode limitar o direito” (NERY JÚNIOR, 2004, p. 211) ou ampliá-lo, como vem fazendo após a aprovação das ECs nº 8/95, nº 9/95, nº 19/98 e nº 32/2001 e de sucessivas leis federais, antes citadas.

Portanto, o art. 9º, § 2º, alíneas “d”, “e”, “f”, “g” e “j”, da Lei nº 4.024/61 (art. 1º da Lei nº 9.131/95); o art. 9º, incisos VI, VII, VIII e IX, § 1º, e o art. 46 da Lei nº 9.394/96 bem como o art. 14 da Lei nº 10.861/2004 (Lei do SINAES) e os objetivos e metas à educação superior, previstos na Lei nº 10.172/2001, são constitucionais precisamente pela ausência de garantia explícita de vedação do poder regulamentar.

proposição de atos normativos, observadas as suas respectivas áreas de competências” (BRASIL, 2002). No mesmo sentido, o art. 59 do Decreto nº 4.176/2002: “[...] as disposições deste Decreto aplicam-se, no que couber, à elaboração dos demais atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo”. (BRASIL, 2002).

⁴¹ Ver Nery Júnior (2004, p. 211-214) que, ao tratar do implícito princípio do duplo grau de jurisdição, conclui pela possibilidade de o legislador infraconstitucional limitar as possibilidades de recursos no direito processual civil.

Apesar de o princípio da indelegabilidade do poder normativo estar previsto implicitamente na CR/88, ele não tem incidência irrestrita, já que está garantido constitucional e infraconstitucionalmente, como já abordado. Assim, está fora de cogitação qualquer alegação de antinomia legal⁴², uma vez que não há conflito entre norma explícita auto-aplicável e conteúdo implícito da CR/88. Cabe trazer o seguinte entendimento, em matéria de hermenêutica constitucional:

Quando a Constituição confere poder geral ou prescreve dever franqueia também, implicitamente, todos os poderes particulares, necessários para o exercício de um, ou cumprimento de outro. É força não seja a lei fundamental casuística, não desça a minúcias, catalogando poderes especiais, esmerilhando providências. Seja entendida inteligentemente: se teve em mira os fins, forneceu meios para os atingir. Variam estes com o tempo e as circunstâncias: descobri-los e aplicá-los é a tarefa complexa dos que administram.

A regra enunciada acima é completada por duas mais: a) Onde se mencionarem os meios para o exercício de um poder outorgado, não será lícito implicitamente admitir novos ou diferentes meios, sob pretexto de serem mais eficazes ou convenientes; b) Onde um poder é conferido em termos gerais, interpreta-se como *estendendo-se* de acordo com os mesmos termos, salvo se alguma clara *restrição* for deduzível do próprio contexto, por se achar ali expressa ou implícita (MAXIMILIANO, 1998, p. 312-313).

Da mesma maneira, Cury (2006) explica que a substância fundante da CR/88, na composição das leis infraconstitucionais, também possui substância de valor, ou seja, “[...] seus princípios ao consagrarem determinados valores e explicitá-los acabam por indicar caminhos necessários para alcançarem os fins almejados”. (CURY, 2006, p. 44).

Como conclusão, competiu ao legislador infraconstitucional e ao Poder Executivo assegurar efetividade à regra maior constante na CR/88, outorgando operatividade (meios) à garantia do padrão de qualidade na educação superior (fim), fundamento jurídico do art. 9º, § 2º, alíneas “d”, “e”, “f”, “g” e “j”, da Lei nº 4.024/61 (art. 1º da Lei nº 9.131/95); do art. 9º, incisos VI, VII, VIII e IX, § 1º, e art. 46 da Lei nº 9.394/96; do art. 14 da Lei nº 10.861/2004; dos objetivos e das metas à educação superior, previstos na Lei nº 10.172/2001 e do Decreto nº 5.773/2006, que devem ser tidos por constitucionais, com exceção dos ilegais §§ 2º, 3º e 5º do art. 63 do Decreto nº 5.773/2006, como já mencionado em apartado anterior.

⁴² Relembre-se que antinomia “[...] é aplicada para significar a contradição real ou aparente, evidenciada entre duas leis, o que torna de certo modo difícil a sua interpretação. Ocorre também entre cláusulas de um mesmo contrato. *Antinomia de leis*. Leis contraditórias” (SILVA, 1998, p. 67). Assim, a “[...] antinomia pode ser: a) *real*, quando a incompatibilidade se verifica entre duas leis – a atual e a antiga, que assim fica tacitamente derogada; b) *aparente*, quando coexistem, dentro de uma mesma lei, disposições colidentes ou antagônicas”. (NUNES, 1993a, p. 76).

3.5. Finalidade pública na avaliação qualitativa

Segundo Di Pietro (2004), ao final do século XIX, surgiram reações opostas ao individualismo jurídico, em função de grandes transformações nas ordens econômica, política e social. Como consequência, o Estado começou a intervir na esfera privada, objetivando o bem-estar coletivo. Então, “[...] o Direito deixou de ser apenas instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo”. (DI PIETRO, 2004, p. 69). Em virtude de tal evolução, surgiu o princípio do interesse público, também denominado de princípio da finalidade pública.

Bandeira de Mello (1998) assevera que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é um princípio geral de Direito, intrínseco à sociedade, na qualidade de uma condição da sua própria existência. Assim:

[...] não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou em tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social. (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 55).

Bandeira de Mello (1998) ainda aponta algumas consequências deste princípio:

[...] em prol da Administração, posição juridicamente correspondente à preponderância do interesse entregue à sua cura. Daí a possibilidade que tem, *nos termos da lei*, de constituir terceiros em obrigações mediante *atos unilaterais*. Tais atos são *imperativos* como quaisquer atos do Estado. Demais disso, trazem consigo a decorrente *exigibilidade*, traduzida na previsão *legal* de sanções ou providências indiretas que induzam o administrado a acatá-los. Bastas vezes ensejam, ainda, que a própria Administração possa, por si mesma, executar a pretensão traduzida no ato, sem necessidade de recorrer previamente às vias judiciais para obtê-la. É a chamada *auto-executoriedade* dos atos administrativos. [...] Também por força desta posição de supremacia do interesse público e – em consequência – de quem o representa na esfera administrativa, reconhece-se à Administração a possibilidade de *revogar* os próprios atos inconvenientes ou inoportunos, conquanto dentro de certos limites, assim como o *dever de anular* os atos inválidos que haja praticado. É o *princípio da autotutela* dos atos administrativos. (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 54-55).

Afirma-se que o termo interesse público, conforme Amaral (2001) e Cunha (2007), está associado a outras expressões semelhantes, tais como interesse difuso, geral,

coletivo ou utilidade pública, identificando-se “[...] com a idéia de bem comum e revestese de aspectos axiológicos, na medida em que se preocupa com a dignidade do ser humano” (CUNHA, 2007, p. 32). Em sentido equivalente, também Amaral (2001, p. 35). Portanto, “[...] a expressão interesse público evoca, imediatamente, a figura do Estado e, mediatamente, aqueles interesses que o Estado ‘escolheu’ como os mais relevantes, por consultarem aos valores prevaletentes na sociedade”. (CUNHA, 2007, p. 32).

Por sua vez, existe definição legal expressa do princípio do interesse público no art. 2º, *caput*, parágrafo único, inciso II, Lei nº 9.784/99⁴³, sendo uma determinação de “[...] atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei” (BRASIL, 1999).

Ainda segundo Di Pietro (2004), o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado “[...] está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela administração pública”. (DI PIETRO, 2004, p. 68), pois uma das diferenças entre o direito público e o privado reside no interesse que se pretende resguardar, isto é, no primeiro, o interesse público e no segundo, o individual. Assim, o princípio da finalidade pública se manifesta em todas as fases do processo legislativo e influencia no conteúdo material da lei originária, de modo a garantir a prevalência dos interesses públicos sobre os individuais. Além disso, a supremacia também aparece nas normas que formularam e outorgaram poder normativo ao Executivo e, conseqüentemente, nos regulamentos derivados, nos mesmos moldes que nas leis originárias. Nesse sentido, “[...] ocorre que, da mesma forma que esse

⁴³ Lei nº 9.784/99:

Art. 2º A administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;

XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação. (BRASIL, 1999).

princípio inspira o legislador ao editar as normas de direito público, também vincula a administração pública, ao aplicar a lei, no exercício da função administrativa”. (DI PIETRO, 2004, p. 70).

“Apesar das críticas a esse critério distintivo, que realmente não é absoluto” (DI PIETRO, 2004, p. 69), a administração pública sempre objetiva o interesse coletivo, sem violar os interesses individuais, que, também, devem ser protegidos por via reflexa, respeitando sempre o princípio da legalidade⁴⁴.

Destaca-se a existência do princípio da indisponibilidade do interesse público, intimamente vinculado ao da finalidade, cujo significado remonta a:

[...] interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*. (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p. 33).

De maneira que a avaliação de qualidade no ensino, em todos os níveis, é uma questão de ordem pública⁴⁵, indisponível, que resulta do fornecimento da educação como um direito social. Embora seja obrigação comportamental, não de resultados, segundo Ranieri (2000), a educação se vincula ao princípio constitucional da manutenção do padrão de qualidade (arts. 206, inciso VII, e 211, § 1º, CR/88), que deve ser assegurado pela administração pública. De forma que a educação tem natureza jurídica de função pública, em conformidade com os arts. 205 e 209, incisos I e II, todos da CR/88.

⁴⁴ A moderna teoria administrativista, representada por Binenbojm (2007) e Sarmiento (2007), foi motivada por estudos inicialmente realizados por Ávila (2007), na década de 1990. Com isso, começou-se a discutir a existência da supremacia enquanto princípio e deixou de analisá-la de modo absoluto, toda vez em que havia conflito de interesses entre particulares e entes públicos ou como um elemento autodemons-trável e inerente a todo ato praticado pelo poder público. Portanto, Ávila (2007) criticou a caracterização da supremacia do interesse público como axioma, entendido como “[...] uma proposição cuja veracidade é aceita por todos, dado que não é nem possível nem necessário prová-la”. (ÁVILA, 2007, p. 176), revelando estar convencido de que “[...] não há uma norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no Direito brasileiro” (ÁVILA, 2007, p. 214) e considerando que as prerrogativas conferidas à administração pública encontrariam seu fundamento na legalidade. Nesse sentido, “[...] não se está a negar a importância jurídica do interesse público. Há referências positivas em relação a ele. O que deve ficar claro, porém, é que, mesmo nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição. É essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa. E antes que esse critério seja delimitado, não há cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular”. (ÁVILA, 2007, p. 215). Portanto, a existência do interesse público somente pode ser aferida no caso concreto, mediante uma ponderação dos interesses envolvidos.

⁴⁵ Expressão empregada como sinônima de interesse público. É paradigmática, em Portugal, a denominação dada ao reconhecimento de curso, qual seja, “reconhecimento de interesse público” de estabelecimento de ensino superior privado, previsto nos arts. 33, 34 e 35 da Lei nº 62/2007.

Apesar de não ser atividade exclusiva do poder público, a educação satisfaz uma pretensão coletiva, mesmo sob a égide do art. 205 da CR/88, o que determina a colaboração mútua do Estado, segmento particular, sociedade e família. Trata-se, portanto, de um serviço público em sentido amplo, pois:

Serviço público é toda atividade que a administração pública executa, direta ou indiretamente, para satisfazer à necessidade coletiva, sob regime jurídico predominantemente público. Abrange atividades que, por sua essencialidade ou relevância para a coletividade, foram assumidas pelo Estado, com ou sem exclusividade. A própria Constituição Federal é farta em exemplos de serviços públicos, em especial os previstos no artigo 21 com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 8/95: serviço postal e correio aéreo nacional (inciso X), serviços de telecomunicações (inciso XI) [...]. (DI PIETRO, 2004, p. 60).

Da mesma forma, Meirelles (1997a) apresenta conceito amplo de serviço público, inclusive por delegação⁴⁶ a concessionários, permissionários e, especialmente, autorizatários, como sendo “[...] todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”. (MEIRELLES, 1997a, p. 297).

Por sua vez, o ensino superior ministrado pela iniciativa privada aparece como serviço de utilidade pública⁴⁷ e a administração surge como gestora principal do sistema educacional, controlando-o, de modo imperativo, “[...] para garantia das finalidades de desenvolvimento da pessoa humana, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. (RANIERI, 2000, p. 130).

Apesar de o art. 175 da CR/88⁴⁸ exigir que os serviços públicos sejam criados por

⁴⁶ Ranieri (2000) discorda que o ensino fornecido pela iniciativa privada seja uma forma de delegação de serviço público, dando sentido estrito ao referido instituto: “[...] como não se trata de serviço público em sentido estrito, é dizer, não constitui atividade material que a lei considere como tal (embora seja tarefa que corresponda a necessidades coletivas), não há que se falar em delegação para o particular”. (RANIERI, 2000, p. 129, nota 01).

⁴⁷ Serviços de utilidade pública “[...] são os que a Administração, reconhecendo sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, presta-os diretamente ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizatários), nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração dos usuários. São exemplos dessa modalidade os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, gás, telefone”. (MEIRELLES, 1997a, p. 298-299).

⁴⁸ CR/88:

Art 175 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.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

lei, mediante iniciativa do poder público, e fornecidos diretamente ou em regime de concessão ou permissão⁴⁹, o art. 209, incisos I e II, CR/88, assegura que o ensino superior pode ser fornecido pelo setor particular, desde que ele se submeta às normas educacionais, à avaliação qualitativa e à expedição de ato administrativo autorizativo, os últimos pela administração.

Sabe-se que a autorização é uma delegação para a exploração de serviço público que beneficia a coletividade indiretamente, concedida no interesse direto e *intuitu personae* a um terceiro particular⁵⁰. É expedida mediante ato unilateral, precário, por não apresentar garantias ao autorizatário⁵¹, e com elemento discricionário, dentro dos limites da competência do poder público⁵². Ademais de atender a interesses públicos, não demanda investimentos financeiros por parte da administração. Pastor (2000), após analisar as diferenças entre autorização e concessão, conclui:

Entretanto, a evolução legislativa terminou por *extinguir por completo os limites entre a autorização e a concessão*; não por falta de rigor técnico das normas, senão por necessidades estritamente políticas:

- existe, como vimos, casos múltiplos de autorização que funcionam com requisitos nos que não preexiste direito algum do particular autorizado (p. ex., a importação de um produto determinado); mas também existem casos de concessões que funcionam sobre atividades que não foram objeto de *publicatio*, isto é, assumidas como próprias da Administração (p. ex., as velhas concessões para o cultivo do arroz); e atividades declaradas serviços públicos que, todavia, se exercem pelos particulares mediante autorizações, não mediante concessões (p. ex., a educação privada, ou a distribuição de eletricidade).⁵³ (PASTOR, 2000, p. 271-272).

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado (BRASIL, 1988).

⁴⁹ Nesses casos, prévia licitação.

⁵⁰ Em sentido equivalente, “[...] o instituto da autorização de serviços públicos é efetivado na realização de um interesse particular, não podendo, de forma alguma, prejudicar o interesse coletivo”. (MARINELA, 2007, p. 483).

⁵¹ Porque se admite a cessação da autorização a qualquer tempo, sem a caracterização da obrigação de indenizar. Da mesma forma, “[...] o fato de ser unilateral e precário permite que a Administração tenha total domínio da situação, podendo conceder e revogar a autorização, quando for conveniente para o interesse público, sem necessidade de indenizar qualquer prejuízo. A formalização ocorre por decreto ou portaria”. (MARINELA, 2007, p. 483).

⁵² Segundo Pastor (2000), seria o caso de autorização regulamentada, tendo em vista que “[...] *el poder de decisión de la Administración se encuentra vinculado, por cuanto la ley determina las condiciones o requisitos de ejercicio de la actividad intervenida, que la Administración no puede hacer sino comprobar (de manera más o menos mecánica, en función de la objetivación y grado de detalle que los requisitos posean en la norma que los define)*”. (PASTOR, 2000, p. 273). Destaca-se que a palavra norma, do mencionado conceito, deve ser entendida como a CR/88, a LDB, o PNE, a Lei nº 10.861/2004 e o Decreto nº 5.773/2006, no ordenamento jurídico brasileiro.

⁵³ Tradução livre do original: “*Sin embargo, la evolución legislativa ha terminado por difuminar por*

Dessa forma, os atos autorizativos de funcionamento de IES não pleiteiam contratos de concessão ou permissão e, consequentemente, dispensam a licitação e a lei instituidora que, em regra, outorga o regime e as qualificações do serviço público, em conformidade com o parágrafo único do art. 175 da CR/88. A idiosincrasia unilateral e precária dessas autorizações acaba por prescindir da existência de licitação e da lei supracitada. Ademais, impossibilita-se a aplicação subsidiária das Leis nº 8.987/95 e nº 8.666/93 às autorizações de ensino, tendo em vista os comandos constitucionais contidos nos arts. 205, 206, incisos II e III, e 209, incisos I e II, todos da CR/88, bem como a própria existência das Leis específicas nº 9.131/95, nº 9.394/96, nº 10.172/2001 e nº 10.861/2004⁵⁴. Portanto, a exemplo da ressalva também apresentada por Di Pietro (2004), quando tratou das autorizações de serviço público relacionadas com o setor de energia elétrica, a educação superior privada também foge à regra, admitindo a delegação ao segmento particular mediante simples autorização.

A partir da competência legislativa (art. 22, inciso XXIV, art. 24, inciso IX, e seus parágrafos, da CR/88), o sistema educacional necessita da freqüente expedição de atos administrativos normativos regulamentares ou interpretativos. Comenta-se que tais atos são “[...] emanados pelos diversos órgãos normativos dos sistemas de ensino (Ministério da Educação, Secretarias de Educação, Conselhos Estaduais e Nacional de Educação etc); bem como estatutos e regimentos institucionais, que encontram fundamento na autonomia universitária (CF, artigo 207)” (RANIERI, 2000, p. 130).

O principal objetivo da relação educacional é a formação do aluno, o que é seu direito individual. Por isso, o interesse público é que a educação fornecida pelas IES seja de qualidade, tornando efetivo o processo de ensino e de aprendizagem no nível superior. Para isso, é de extrema importância que os procedimentos de avaliação das IES assegurem a sua qualidade, seja na autorização, no reconhecimento de seus curso ou no credenciamento das referidas instituições.

Para que a coletividade seja atendida e beneficiada (cidadãos e sociedade), é indispensável que seja procedida a avaliação qualitativa das IES, dando integral cumprimento ao Decreto

completo los límites entre la autorización y la concesión; no por falta de rigor técnico de las normas, sino por necesidades estrictamente políticas: - hay, como hemos visto, múltiples supuestos de autorización que operan en supuestos en los que no preexiste derecho alguno del particular autorizado (p. ej., a importar un producto determinado); pero también existen supuestos de concesiones que operan sobre actividades que no han sido objeto de publicatio, esto es, asumidas como propias por la Administración (p. ej., las viejas concesiones para cultivo de arroz); y actividades declaradas servicios públicos que, sin embargo, se ejercen por los particulares mediante autorizaciones, no mediante concesiones (p. ej., la enseñanza privada, o la distribución de electricidad)”. (PASTOR, 2000, p. 271-272).

⁵⁴ Em sentido oposto, Marinela (2007) outorga interpretação ampliativa ao art. 41 da Lei nº 8.987/95, que menciona que “[...] o disposto nesta Lei não se aplica à concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens” (BRASIL, 1995), quando, ao tratar da autorização, alega que “[...] a realização de procedimento licitatório não é a regra comum, haja vista que normalmente há caracterização de uma hipótese de dispensa ou inexigibilidade (arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93). A esse instituto aplica-se a Lei nº 8.987/95, no que for compatível, podendo, inclusive, ser remunerada por meio de tarifa”. (MARINELA, 2007, p. 483).

nº 5.773/2006 (ressalvados os seus ilegais §§ 2º, 3º e 5º do art. 63) e ao ordenamento infraconstitucional, sem prejuízo de futuras inovações nos procedimentos avaliativos, quando se mostrarem necessárias à eficácia plena dos arts. 206, inciso VII, 209, inciso II, e 211, § 1º, CR/88. Para tanto, é conveniente que as mantenedoras das IES estejam preparadas para aceitar as cominações do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Em sentido semelhante, “[...] a submissão da atividade ao regime publicístico, portanto, se faz mais em razão da natureza do órgão prestador e dos recursos que a financiam que para proteção material da finalidade pública, nesta situação identificada ideologicamente com a noção de bem comum”. (RANIERI, 2000, p. 133).

É muito importante repisar que o fornecimento da educação, pelos segmentos público ou particular, incide em dispositivos cogentes, dotados de características inerentes ao interesse público indisponível, tais como o art. 170, *caput* e parágrafo único, art. 206, inciso VII, art. 209, incisos I e II, e art. 211, § 1º, da CR/88 e também as Leis nº 9.131/95, nº 9.394/96, nº 10.172/2001 e nº 10.861/2004, segundo os quais o poder público regulamenta as condições da atividade de ensino e a controla por meio dos procedimentos avaliativos primários de autorização de cursos superiores e credenciamento de IES, bem como nos secundários, relativos ao reconhecimento de cursos e às renovações das qualificações antes indicadas, todos previstos no Decreto nº 5.773/06 e em outros atos administrativos normativos. Com isso, “[...] a natureza pública da atividade educacional na esfera privada determina a derrogação parcial de prerrogativas inerentes ao regime privatístico por normas de direito público, dada a prevalência da finalidade pública sobre o interesse particular, muito embora ambos se confundam em face dos fins da atividade educacional”. (RANIERI, 2000, p. 134).

De maneira que, no âmbito educacional superior, inexistente liberdade plena da atividade econômica, principalmente com referência ao setor particular, em virtude da autorização do serviço público delegado, sua regulamentação e controle praticados pela União, por meio de seu MEC e da CES/CNE, nos termos do art. 209, incisos I e II, da CR/88 e do art. 16, inciso II, da LDB. O ensino superior, como questão de ordem pública, enseja sujeição a avaliações rigorosas da qualidade, que aumentam as despesas financeiras das IES privadas, a favor do interesse coletivo constitucional alcançado com o “[...] pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. (BRASIL, 1988, art. 205 da CR/88)⁵⁵.

A competência legislativa em questões educacionais decorre do âmbito teleológico⁵⁶, como consequência imediata do princípio constitucional auto-aplicável da manutenção plena do padrão de qualidade (art. 206, inciso VII, e art. 211, § 1º, da CR/88), proibindo-se abusos mercantilistas no ensino superior privado. Assim, a compreensão da articulação da função regulamentar e de sua força vinculante demanda “[...] raciocínio não mecanicista envolvendo a legalidade própria de administração pública e a

⁵⁵ No mesmo sentido Ranieri (2000, p. 137).

⁵⁶ Teleologia, na acepção jurídica, é o “[...] estudo especulativo das causas finais e da essência, alcance, aplicação ou fim das normas legais” (NUNES, 1993c, p. 811-812). Existe previsão legal da interpretação teleológica, constante no art. 5º da LICC: “[...] na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. (BRASIL, 1942).

legitimidade posta pelo Estado Democrático de Direito no qual se postula a participação ativa do cidadão na garantia e defesa de seus direitos” (CURY, 2006, p. 47). No mesmo sentido, “[...] o zelo pela qualidade do ensino a ser ofertado por instituições públicas e privadas evidencia que tal serviço público deve ser avaliado desde seu processo de autorização. A atuação do poder público, pelos mecanismos de reconhecimento e credenciamento são cruciais para que não haja uma formação de (pseudo) profissionais desqualificados atuantes no mercado profissional” (CURY, 2006, p. 50).

Finalmente, conclui-se que o direito educacional deve respeitar as normas de aplicação e hermenêutica comuns ao ramo do direito público, na medida em que se pretende produzir um sistema de ensino qualitativo, autônomo e humanizador, inerente às questões de ordem pública, derivadas das atividades desenvolvidas na educação, com superioridade evidente aos interesses individuais, principalmente aos empresariais. A regulamentação e o controle exercidos sobre o fornecimento da educação superior pelo segmento privado, na qualidade de serviço de utilidade pública, cabem à administração⁵⁷. A circunstância de tal serviço ser delegado a terceiros, excluídos do âmbito do poder público, não subtrai do Estado sua indeclinável e indelegável competência de normatizá-lo, em poder regulamentar, bem como de controlá-lo, mediante os procedimentos administrativos previstos na Lei nº 10.861/2004 e no Decreto nº 5.773/2006. Salienta-se a necessária ação estatal segundo parâmetros de eficiência e de atualidade, para que a prestação à população respeite a manutenção plena do padrão de qualidade. Assim, eventual deficiência ou descumprimento de obrigações impostas pelas normas educacionais, entre elas os atos administrativos normativos, por parte do prestador do serviço de utilidade pública, determina a intervenção imediata da administração delegante, para regularizar sua prestação ou lhe retirar a função antes exercida. Com isso, a exemplo dos atos e contratos administrativos que concedem a exploração de serviços públicos a terceiros particulares, possibilita-se a alteração unilateral das cláusulas pelo poder público e a revogação da delegação quando o interesse coletivo demandar. O serviço de utilidade pública destina-se ao público e os seus prestadores nada mais são do que servidores do coletivo. Como consequência, a finalidade principal do serviço de utilidade pública é servir a população e, apenas secundariamente, fornecer renda ao seu explorador. Nesse contexto, o Estado concedente não pode se evadir de seu dever de regulamentar, supervisionar, fiscalizar, avaliar e intervir no serviço outorgado, sempre que ele não estiver sendo fornecido ao público dentro dos padrões desejáveis de qualidade. Dessa forma, pode também baixar normas de serviço e auditar a situação financeira das mantenedoras de IES.

4. Considerações finais

Pode-se constatar que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a liberdade de ensino, sob o crivo de um Estado intervencionista e fundante, controlando o sistema

⁵⁷ Entenda-se o MEC, suas Secretarias, o CNE, a Comissão Nacional de Avaliação da Educação Superior (CONAES), o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) e a CAPES.

educacional por atos administrativos regulatórios (autorizações), na qualidade de um serviço de utilidade pública. De maneira que as normas educacionais nacionais costumam restringir a liberdade de ensino e se adaptaram às disposições da CR/88 quanto à lucratividade, avaliação e coexistência. Com a aprovação da Lei do SINAES, referente ao sistema nacional de avaliação, assegurou-se a continuidade de uma política educacional socialmente relevante.

A expansão do ensino superior é uma meta do PNE, que determina atuação estatal no sentido de aumentar os discentes nas IES, públicas ou particulares. Com isso, é indispensável que o Brasil amplie o acesso à educação superior e qualifique suas instituições desse nível, criando condições para expansão do sistema, sem prejuízo de um ensino qualitativo e equânime.

Conclui-se que os comandos constitucionais que determinam a avaliação de qualidade pela administração pública (art. 206, inciso VII, art. 209, inciso II, e art. 211, § 1º, da CR/88) possuem eficácia plena, ou seja, não estão sujeitos à restrição ou à regulamentação por outras normas infraconstitucionais para serem aplicados.

Nesse contexto, os processos periódicos de avaliação de IES, cursos superiores e discentes, insertos no sistema federal de ensino, ficaram a cargo da União, por meio de seu MEC e respectivos órgãos de assessoramento, entre eles a CES do CNE, a CONAES e o INEP, para estabelecer as prioridades e garantir a melhoria da qualidade do ensino. Ocorre que as normas gerais foram exaustivamente detalhadas na legislação federal, principalmente nos procedimentos de credenciamento e conexos, outorgando amplas competências regulamentares à União e, indiretamente, ao MEC e ao CNE, o que ensejou a ineficácia das regras constitucionais descentralizadoras. Portanto, essa situação induz a um grande controle sobre a expansão da educação superior, especialmente no segmento particular, pois, no público, a União e os Estados-membros atuam livremente, ante a organização federativa prevista CR/88. Crítica pacífica é a que se refere às funções da União na avaliação, pois ela define, aplica e também avalia as políticas públicas sobre o tema, embora haja previsão de cooperação das demais unidades federadas.

Sem embargo, com a aprovação da Lei nº 10.861/2004, a avaliação da educação superior adquiriu caráter sistêmico, conjugando situações, instrumentos avaliativos distintos e informações, pela primeira vez positivada em lei federal. Instituiu-se, então, a avaliação a cargo do INEP, segundo diretrizes da CONAES, o que garante a integração das políticas públicas, do processo avaliativo e dos resultados conseguidos nos procedimentos regulatórios para que a educação superior brasileira atinja elevados padrões de qualidade. Tais elementos vêm se refletindo nas discussões sobre o Projeto de Lei de Reforma Universitária.

Dessa forma, os resultados, obtidos no SINAES, serão aplicados aos atos autorizativos de regulação de IES (Decreto nº 5.773/2006), para assegurar a expansão qualitativa de matrículas na educação superior, fortalecendo um sistema de avaliação unificado, consolidado e compatível com a realidade brasileira. Como consequência do grande

investimento e da evolução do sistema nacional de avaliação da educação superior, a realidade demonstra, sem sombra de dúvida, as melhores condições do MEC, do CNE, da CONAES e do INEP em avaliar as IES, privadas e públicas.

Os atos normativos podem ser classificados como originários e derivados, quando expedidos pelo Poder Legislativo, prévio processo de aprovação das leis, ou pelo Poder Executivo, para especificar ou explicitar norma preexistente, respectivamente. Através dos atos administrativos normativos, o Estado exerce a sua função regulamentar. Nesse ínterim, tais atos derivados são instrumentos da política educacional e articulam a função do Estado com o segmento educacional. De modo que eles deram efetividade aos procedimentos de autorização e credenciamento, como aos de supervisão e avaliação institucional.

Com isso, o poder normativo do Ministro de Estado da Educação e do CNE não pode ultrapassar as atribuições expressamente indicadas na lei, restritas à matéria educacional e às demandas administrativas de tais órgãos. A função regulamentar, ademais, deve ser utilizada de maneira eficiente, eficaz e com responsabilidade, cumprindo-se todas as disposições aplicáveis à administração pública (art. 37, *caput*, CR/88), principalmente a anterioridade da lei (art. 5º, inciso II, CR/88).

Por sua vez, não se aplica a teoria da delegação legislativa disfarçada aos atos administrativos normativos de procedimentos de autorização, reconhecimento e credenciamento, estando amparados pelo ordenamento jurídico brasileiro o art. 9º, § 2º, alíneas “d”, “e”, “f”, “g” e “j”, da Lei nº 4.024/61; o art. 8º, § 1º, e o art. 9º, § 1º, da LDB; o art. 14 da Lei do SINAES e o Decreto nº 5.773/2006.

Essa conclusão ampara-se no art. 206, inciso VII, art. 209, inciso II, e art. 211, § 1º, da CR/88, tendo em vista que os atos administrativos normativos, inerentes aos processos periódicos de avaliação de IES, regulamentam diretamente os mencionados comandos constitucionais de eficácia plena. Assim, pode-se alegar que o Decreto nº 5.773/2006 é ato administrativo normativo executivo, atrelado à norma originária prévia, quais sejam, os arts. 206, inciso VII, 209, inciso II, e 211, § 1º, CR/88 e as Leis nº 9.131/95, nº 9.394/96, nº 10.172/2001 e nº 10.861/2004.

Caso assim não se entenda, o ensino superior público federal e o particular (art. 16, inciso I e II, LDB) estão inseridos na administração federal e as funções de regulação, supervisão e avaliação podem ser consideradas como matérias de organização e funcionamento no referido âmbito, ou seja, incluídas no poder regulamentar autônomo da Presidência da República, por força do art. 84, inciso VI, alínea “a”, CR/88, com redação dada pela EC nº 32/2001. Destaca-se que os procedimentos de autorização, reconhecimento e credenciamento e suas renovações, previstos atualmente no Decreto nº 5.773/2006, não ensejaram aumento nas despesas e muito menos a criação ou extinção de órgãos públicos, uma vez que mantiveram a estrutura preexistente, antes mesmo da expedição do ato administrativo normativo em tela.

Não por demais, coube ao legislador infraconstitucional e ao Poder Executivo assegurar efetividade à regra maior constante na CR/88, outorgando operatividade (meios) à garantia do padrão de qualidade na educação superior (fim), fundamento teleológico do art. 9º, § 2º, alíneas “d”, “e”, “f”, “g” e “j”, Lei nº 4.024/61 (art. 1º da Lei nº 9.131/95); art. 9º, incisos VI, VII, VIII e IX, § 1º, e art. 46 da Lei nº 9.394/96; art. 14 da Lei nº 10.861/2004; dos objetivos e das metas à educação superior, previstos na Lei nº 10.172/2001; e do Decreto nº 5.773/2006, que devem ser tidos por constitucionais. Assim, a competência legislativa em questões educacionais decorre do âmbito teleológico, ou seja, é vinculada aos fins sociais a que se destina como resultado direto do citado princípio constitucional auto-aplicável da manutenção plena do padrão de qualidade (arts. 206, inciso VII, 209, inciso II, e 211, § 1º, CR/88), proibindo-se abusos mercantilistas no ensino superior particular e efetivando a supremacia do interesse público sobre o privado.

Em reforço a tais argumentos, para que a coletividade seja atendida e beneficiada (cidadãos e sociedade), é necessário proceder-se à avaliação de qualidade das IES, dando cumprimento ao Decreto nº 5.773/2006 e ao ordenamento infraconstitucional, o que não prejudicará futuras inovações nos procedimentos avaliativos, quando se mostrarem necessárias à eficácia plena dos arts. 206, inciso VII, 209, inciso II, e 211, § 1º, da CR/88. É muito importante ressaltar que a oferta da educação pelos setores público ou particular incide em normas cogentes, dotadas de características inerentes ao interesse público indisponível, tais como o art. 170, *caput* e parágrafo único, o art. 206, inciso VII, o art. 209, incisos I e II, e o art. 211, § 1º, da CR/88 e, ainda, as Leis nº 9.131/95, nº 9.394/96, nº 10.172/2001 e nº 10.861/2004, segundo os quais o poder público regulamenta as condições da atividade de ensino e a controla por meio dos procedimentos avaliativos primários de autorização de cursos superiores e credenciamento de IES, bem como nos secundários, relativos ao reconhecimento de cursos e às renovações das qualificações das instituições, todos previstos no Decreto nº 5.773/2006 e em outros atos administrativos normativos.

Cabe destacar que se excluem dessas afirmações os §§ 2º, 3º e 5º do art. 63 do Decreto nº 5.773/2006 (procedimento para se aplicar penalidades às instituições que descumprirem o protocolo de compromisso, prévio processo avaliativo periódico), que contrariam, diretamente, os §§ 3º e 4º do art. 10 da Lei nº 10.861/2004 e, indiretamente, os arts. 5º, inciso II, 22, inciso XXIV, 59, 61 e seguintes, CR/88, como antes analisado. Tais dispositivos são ilegais por ultrapassarem os limites do poder normativo, por contrariarem legislação federal (Lei do SINAES), que já regulamentava a matéria de modo quase exaustivo, e por violarem o princípio da legalidade e a competência originária do Poder Legislativo para aprovar leis.

Para escapar de tal ilegalidade, constante nos §§ 2º, 3º e 5º do art. 63 do Decreto nº 5.773/2006, sugere-se o emprego do procedimento administrativo, existente nos §§ 3º e 4º do art. 10 da Lei nº 10.861/2004, caso haja a necessidade de sancionar uma IES pelo descumprimento total ou parcial do protocolo de compromisso, celebrado após processo avaliativo periódico do SINAES.

Se assim não se proceder, qualquer medida judicial, em controle difuso e incidental de inconstitucionalidade, por via de exceção, é cabível para se discutir eventuais atos administrativos, relativos à aplicação dos §§ 2º, 3º e 5º do art. 63 do Decreto nº 5.773/2006, o que também seria aceitável caso não se observasse, literal e integralmente, os procedimentos para credenciamento, recredenciamento de IES, autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos superiores. A impugnação judicial pelos interessados seria admissível por todos os procedimentos disponíveis no processo civil, com pedido declaratório, pelo princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, CR/88), bem como por meio das garantias constitucionais, tais como o direito de petição (art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, CR/88), o mandado de segurança (art. 5º, incisos LXIX e LXX, CR/88), o mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI, CR/88) e a ação popular (art. 5º, inciso LXXIII, CR/88). Coloca-se de manifesto que somente após a análise da ilegalidade cometida é que seria possível declinar qual a medida judicial mais adequada ao caso concreto.

5. Referências bibliográficas

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*. Coimbra: Edições Almedina, 1987.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. v. 2. Coimbra: Edições Almedina, 2001.

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

BELLONI, Isaura. A Educação superior na nova LDB. In: BRZEZINSKI, Iria (Org.). *LDB interpretada: diversos olhares se entrecruzam*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 set. 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. *Diário Oficial*, Brasília, 09 set. 1942.

BRASIL. Decreto nº 2.026, de 10 out. 1996. Estabelece procedimentos para o processo de avaliação dos cursos e instituições de ensino superior. *Diário Oficial*, Brasília, 11 out. 1996.

BRASIL. Decreto nº 4.176, de 28 mar. 2002. Estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 01 abr. 2002.

BRASIL. Decreto nº 5.773, de 09 mai. 2006. Dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino. *Diário Oficial*, Brasília, 10 mai. 2006.

BRASIL. Decreto nº 5.786, de 24 mai. 2006. Dispõe sobre os centros universitários e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 25 mai. 2006.

BRASIL. Lei Complementar nº 95, de 26 fev. 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. *Diário Oficial*, Brasília, 27 fev. 1998.

BRASIL. Lei nº 4.024, de 20 dez. 1961. Fixa as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. *Diário Oficial*, Brasília, 27 dez. 1961.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 jun. 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 22 jun. 1993 (república em 06 jul. 1994).

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 fev. 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 14 fev. 1995 (república em 28 set. 1998).

BRASIL. Lei nº 9.131, de 24 nov. 1995. Altera dispositivos da Lei nº 4.024, de 20 dez. 1961, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 25 nov. 1995. In: SAVIANI, Dermeval. *Da nova LDB ao novo Plano Nacional de Educação: por uma outra política educacional*. 5. ed. Campinas: Autores Associados, 2004. p.15-19.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 dez. 1996. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. *Diário Oficial*, Brasília, 23 dez. 1996. In: BRZEZINSKI, Iria (Org.). *LDB interpretada: diversos olhares se entrecruzam*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2003. Anexo I, p. 246-266.

BRASIL. Lei nº 9.649, de 27 mai. 1998. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 28 mai. 1998.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 jan. 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial*, Brasília, 01 fev. 1999 (retificada em 11 mar. 1999).

BRASIL. Lei nº 10.172, de 09 jan. 2001. Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 10 jan. 2001.

BRASIL. Lei nº 10.861, de 14 abr. 2004. Institui o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior - SINAES - e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 15 abr. 2004. In: BRASIL. Ministério da Educação. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. *SINAES – Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior*. da concepção à regulamentação. 4. ed. Brasília: INEP, 2007. p. 139-146.

BRASIL. Ministério da Educação. Ministério da Fazenda. Ministério da Previdência e Assistência Social. Ministério da Ciência e Tecnologia. Projeto de Lei de Reforma Universitária. In: BRASIL. Ministério da Educação. Ministério da Fazenda. Ministério da Previdência e Assistência Social. Ministério da Ciência e Tecnologia. *E.M.I nº 015/MEC/MF/MP/MCT*. Brasília: MEC; MF; MP; MCT, 2006. 23p. Disponível em: <http://www.sintufsc.ufsc.br/noticias_2006/0619_reforma.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2008.

BUFFA, Ester. O Público e o privado como categoria de análise da educação. In: LOMBARDI, José Claudinei; JACOMELI, Mara Regina M.; SILVA, Tânia Mara T. da (Orgs.). *O Público e o privado na história da educação brasileira: concepções e práticas educativas*. Campinas: Autores Associados; Histedbr; Unisal, 2005.

CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 5ª tiragem. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CASTRO, Maria Helena de Magalhães. *Tomando o pulso: o que buscar no credenciamento institucional das universidades brasileiras?* Brasília: INEP, 2001.

CAUPERS, João. *Introdução ao direito administrativo*. 5. ed. Lisboa: Âncora Editora, 2000.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Edições Almedina, 1987.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

CUNHA, Luiz Antonio. O Ensino superior no octênio FHC. *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 24, nº 82, p. 37-61, abr. 2003.

CURY, Carlos Roberto Jamil. A Nova lei de diretrizes e bases da educação nacional: uma reforma educacional? In: CURY, Carlos Roberto Jamil; HORTA, José Silvério Bahia; BRITO, Vera Lúcia Alves de. *Medo à liberdade e compromisso democrático: LDB e Plano Nacional da Educação*. São Paulo: Editora do Brasil, 1997a.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Conselhos de Educação: fundamentos e funções. *Revista Brasileira de Política e Administração da Educação (RBPAE)*, Porto Alegre: ANPAE, v. 22, nº 1, p. 41-67, jan./jun. 2006.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Educação superior: setor público e iniciativa privada. In: MORHY, Lauro (Org.). *Universidade em questão*. v. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Evolução da educação superior no Brasil: a participação do setor público e da iniciativa privada. *Revista Brasileira de Política e Administração da Educação (RBPAE)*, Brasília, v. 13, n. 1, p. 39-69, jan./jun. 1997b.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Gestão democrática dos sistemas públicos de ensino. In: OLIVEIRA, Maria Auxiliadora Monteiro (Org.). *Gestão educacional: novos olhares, novas abordagens*. Petrópolis: Vozes, 2005a.

CURY, Carlos Roberto Jamil. O Público e o privado na história da educação brasileira: concepções e práticas educativas. In: LOMBARDI, José Claudinei; JACOMELI, Mara Regina M.; SILVA, Tânia Mara T. da (Orgs.). *O Público e o privado na história da educação brasileira: concepções e práticas educativas*. Campinas: Autores Associados; Histedbr; Unisal, 2005b.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 11. ed. Madri: Civitas Ediciones, 2002. v. 1.

FORSTHOFF, Ernst. *Traité de droit administratif allemand*. Tradução por FROMONT, Michel. Bruxelas: Etablissements Emile Bruylant, 1969.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de direito constitucional: introdução, parte geral, parte especial*. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2007. v. 1. 768p.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

JESCH, Dietrich. *Ley y administración: estudio de la evolución del principio de legalidad*. Tradução por HEREDERO, Manuel. Madri: Instituto de Estudios Administrativos, 1978.

LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe. *Manuale di diritto amministrativo*. 10. ed. Milão: Giuffrè Editore, 1997.

MARÇAL, Juliane. Avaliação externa, avaliação interna. In: FIDALGO, Fernando; MACHADO, Lucília (Edit.). *Dicionário da educação profissional*. Belo Horizonte: Núcleo de Estudos sobre Trabalho e Educação, 2000a.

MARÇAL, Juliane. Avaliação institucional. In: FIDALGO, Fernando; MACHADO, Lucília (Edit.). *Dicionário da educação profissional*. Belo Horizonte: Núcleo de Estudos sobre Trabalho e Educação, 2000b.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 3. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007. v. 1.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997a.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997b.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: constituição e inconstitucionalidade*. 3. ed. tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: actividade constitucional do estado*. 2. ed. tomo V. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Jorge. Sobre a reserva constitucional da função legislativa. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v. 2.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Lei e regulamento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NUNES, Pedro dos Reis. Antinomia. In: NUNES, Pedro dos Reis. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993a.

NUNES, Pedro dos Reis. Interpretação (da lei). In: NUNES, Pedro dos Reis. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993b.

NUNES, Pedro dos Reis. Teleologia (jurídica). In: NUNES, Pedro dos Reis. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993c.

OCAÑA, Luis Morell. *Curso de derecho administrativo: el derecho administrativo y sus fuentes; la organización administrativa y sus medios*. 4. ed. tomo I. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1999.

OLIVEN, Arabela Campos. Histórico da educação superior no Brasil. In: SOARES, Maria Susana Arrosa (Org.). *A Educação superior no Brasil*. Brasília: CAPES, 2002.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de derecho administrativo*. 2. ed. Madri: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1998. v. 1.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de derecho administrativo*. 2. ed. Madri: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2000. v. 2.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967: arts. 34-112*. tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

PORTUGAL. Lei nº 62, de 10 set. 2007. Regime jurídico das instituições do ensino superior. In: CAUPERS, João. *Regime jurídico das instituições do ensino superior*. Lisboa: Âncora Editora, 2007.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Lições de direito administrativo*. Coimbra: Edição copiografada, 1976. v. 1.

RANIERI, Nina Beatriz. *Educação superior, direito e estado: na Lei de Diretrizes e Bases (Lei nº 9.394/96)*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo (FAPESP), 2000.

SANTOS, Maria Rosimary. Avaliação de políticas. In: FIDALGO, Fernando; MACHADO, Lucília (Edit.). *Dicionário da educação profissional*. Belo Horizonte: Núcleo de Estudos sobre Trabalho e Educação, 2000.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

SAVIANI, Dermeval. *A Nova lei da educação: trajetória, limites e perspectivas*. 9. ed. Campinas: Autores Associados, 2004.

SERAFINI, Oscar (Coord.); RIBEIRO, Sérgio Costa (Rel.). Os Possíveis usos de um sistema de avaliação da Educação Superior. In: ENCONTRO INTERNACIONAL SOBRE AVALIAÇÃO DO ENSINO SUPERIOR, 1987, Brasília. *Avaliação do ensino superior*. Brasília: MEC; SESu, 1988.

SILVA, De Plácido e. Antinomia. In: SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SOBRINHO, José Dias. *Avaliação da educação superior*. Petrópolis: Vozes, 2000.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

VIEIRA, Sofia Lerche. *Universidade Federal nos anos 80: o jogo da política educacional*. 1990. 261f. Tese (Doutorado em Educação) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Artigo recebido em: 26/06/2009

Artigo aprovado em: 22/04/2010