

“Legislação de Ensino: Há Espaço para a Liberdade de Iniciativa nas Instituições de Ensino Superior?”

Reflexões sobre as implicações da legislação de ensino na vida acadêmica¹.

Nina Beatriz Ranieri²

Resumo: Este trabalho aborda principalmente os seguintes temas: a presença do Estado na Educação Superior; relações que se estabelecem entre a União e os Estados; relações entre a União e as IES, públicas e privadas; efeitos destas relações, no plano do direito e dos fatos.

Palavras-chave: Educação superior, Direito, Estado, Relações entre União, Estados e IES

Abstract: This paper discusses especially the following issues: the presence of the State in higher education; the existing relations between the Union and the States; relations between the Union and the Institutions of Higher Education, public and private; the effects of these relations vis-à-vis the laws and the facts.

Key Words: Higher Education; Law; State; Relations between the Union, the States, and the Institutions of Higher Education.

1- A presença do Estado na Educação superior.

O Estado Brasileiro contemporâneo tem presença expressiva no campo da educação superior:

- planeja, define políticas e as executa;
- legisla; regulamenta; interpreta e aplica a legislação por meio dos Conselhos de Educação;
- financia e subvenciona o ensino, a pesquisa e a extensão de serviços;
- mantém universidades e demais instituições públicas de ensino superior;

- oferece diretamente ensino de graduação e pós-graduação;
- autoriza, reconhece, credencia, recredencia, supervisiona cursos e instituições;
- determina sua desativação;
- avalia alunos, cursos e instituições em todo o País;
- interfere na organização do ensino;
- estabelece diretrizes curriculares, etc.

Tudo se dá na esfera pública e na privada, e em relação a todos os sistemas de ensino.

Esta enumeração, não exaustiva, indica o peso e as dimensões da intervenção e do controle estatal na educação superior, que tem se manifestado por meio de uma farta edição de leis, decretos, medidas provisórias e portarias que, desde 1995, vem ampliando a atuação da União, com inevitáveis restrições para a iniciativa privada, para os sistemas estaduais de ensino, e para as próprias instituições públicas de ensino superior.

São complexas as relações que se estabelecem nesse campo entre a União e os Estados federados; e entre a União e as IES, públicas e privadas; não só em decorrência da extensão de sua interferência, mas principalmente em razão da multiplicidade de suas regras, da variabilidade de suas fontes e da provisoriabilidade das estruturas

¹ Este trabalho foi anteriormente publicado pela revista da ABMES (Associação Brasileira das Mantenedoras da Educação Superior), a quem agradecemos a autorização de também o publicar aqui. Posteriormente foi discutido no seminário “Reestruturação da Educação Superior”, realizado na Unicamp. Os interessados em ampliar os estudos relativos ao tema do artigo poderão consultar o livro da autora: **Educação Superior, Direito e Estado**, FAPESP/EDUSP, S. Paulo, 2000. (Nota do editor).

² Doutora Nina Ranieri é chefe de Gabinete da USP.

normativas, quase sempre parciais, mutáveis e contingenciais.

2- No que concerne às relações UniãoEstados, o poder normativo centralizado na União invade áreas de competência exclusiva dos Estados.

É o caso, por exemplo, das avaliações dos cursos das universidades estaduais, em relação às quais a União não tem competência legal mas que pretende realizar através da SESu/MEC. De acordo com o art. 9º, IX, da LDB, a União só tem competência para avaliar os cursos das IES de seu sistema de ensino.

Este exemplo é significativo para demonstrar que a ação da União tende a uniformizar critérios e procedimentos, sem considerar as competências dos sistemas de ensino estaduais e as peculiaridades de suas instituições de ensino superior.

Há uma agravante nessa situação: a inércia legislativa dos Estados, em matéria de educação, reforça a centralização unitária e não o federalismo.

De fato, os Estados podem complementar a legislação de diretrizes e bases (art. 24, IX, da CF, e parágrafos), mas não o fazem, desonerando-se da atuação local e regional, o que constitui um desserviço ao federalismo.

É de sua competência fazê-lo, à luz do parágrafo 2º, do art. 24, posto que a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a dos Estados, para que justamente sejam atendidos interesses predominantemente estaduais ou locais.

A competência do parágrafo 2º, do art. 24 abrange não apenas as normas gerais referidas no parágrafo 1º do mesmo artigo, no tocante à matéria neste relacionada, mas também as normas gerais indicadas em outros dispositivos constitucionais, "*(...) porque justamente a característica da legislação principiológica (normas gerais, diretrizes, bases), na repartição de competências federativas, consiste em sua correlação com competência suplementar (complementar e supletiva) dos Estados.*"

Tanto isso é uma técnica de repartição de competência federativa que os §§ 3º e 4º complementam a sua normatividade, estabelecendo, em primeiro lugar, que, inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a sua peculiaridades, e, em segundo lugar, que a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrária." (José Afonso da Silva).

A inércia dos legislativos estaduais também reforça a competência normativa dos Conselhos de Educação, órgãos do Poder Executivo, que acabam exercendo, indevidamente, a competência suplementar, toda vez que exorbitem a função regulamentar, inovando na ordem jurídica.

A título de ilustração, veja-se o caso do Estado de São Paulo, cuja Assembléia Legislativa após a edição da LDB, pouco se preocupou com a sua suplementação, no que se refere às competências estaduais elencadas no art. 10 da LDB; enquanto que o CEE, extremamente atuante, regulamentou e normatizou diversas matérias.

Há outros inúmeros aspectos que poderiam ser levantados no campo das relações UniãoEstados, para demonstrar o desvirtuamento da organização federativa e republicana em matéria educacional, mas este não é o tema das nossas reflexões de hoje.

O que importa ressaltar é que a crescente centralização das decisões políticas e financeiras no âmbito federal favoreceu a utilização do sistema jurídico como instrumento de poder à disposição dos governantes, por meio do qual são definidas e implementadas decisões.

Quanto mais procura disciplinar e regular todos os espaços, menos o Estado parece capaz de expandir o seu raio de ação e de mobilizar os instrumentos que formalmente dispõe para exigir respeito às suas ordens. Quanto mais legisla, menor a coerência interna. Este não é um fenômeno que se restringe à área educacional. É apenas um dos desdobramentos da crise generalizada do Estado brasileiro, do ponto de vista da legitimidade, da capacidade funcional e da competência técnica (ex: área econômica).

Mas seguramente na área da educação superior o poder normativo da União espraia-se qual água que não encontra diques ou barreiras, e que assim vai se infiltrando por todos os espaços e brechas que encontra. Ocupa espaços, na maior parte das vezes devido a abuso do poder regulamentar, como se pode verificar da pleora legislativa referente às relações do Estado com as IES, públicas e privadas.

3- As relações do Estado com as IES públicas e privadas.

A atividade educacional é função pública, mas não é privativa do Estado (Constituição Federal, artigos 205 e 206, III).

Enseja, portanto, a prestação direta pelo Estado com a participação da comunidade, bem como a prestação pelo particular, sem prejuízo da colaboração entre ambos mediante técnicas de fomento ou parcerias (CF, art. 209).

Em qualquer situação prevalece a atuação controladora do Estado.

As prescrições educacionais estão contidas na Lei de Diretrizes e Bases, de competência da União (CF, art. 22, XXIV), nas normas gerais editadas pela União, e na eventual suplementação promovida pelos Estados e Distrito Federal (CF, art. 24, IX). De todas derivam atos regulatórios e interpretativos, emanados pelos diversos

órgãos normativos dos sistemas de ensino (Ministério da Educação, Secretarias de Educação, Conselhos Estaduais e Nacional de Educação, etc).

Além das normas educacionais propriamente ditas, outras diversas leis ordinárias interferem indiretamente na atividade educacional. Em matéria trabalhista, por exemplo, a Lei no. 9.601, de 21/01/98, que cuida dos contratos de trabalho por prazo determinado; e a Lei no. 9.608, de 18/02/98, que trata do serviço voluntário, abrem novas perspectivas para o exercício da atividade de ensino. Em matéria previdenciária, a Lei no. 9.732, de 11/12/98, alterando as condições para concessão de isenção da contribuição prevista na Lei no. 8.212/91 a entidades beneficentes, impôs ônus financeiros significativos para as instituições de ensino sem finalidades lucrativas, especialmente para as confessionais. Inúmeros outros exemplos poderiam ainda ser citados, bastando indicar apenas estes para demonstrar que a normatização da atividade educacional é matéria que não se esgota na legislação de ensino.

Pois bem. Ocupando-nos apenas das prescrições educacionais, como conciliar este cipoal legislativo, que restringe a atuação das IES públicas e privadas, com o princípio expresso no art. 206, III, da CF, que exige seja o ensino ministrado com base no pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas; com o princípio que garante liberdade para ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento (CF, art. 206, II); e com o princípio da autonomia universitária (CF, art. 207)?

O Direito certamente não quer que a liberdade das instituições seja asfixiada. Ao contrário, o valor que a Constituição Federal confere à atividade educacional, expresso nos princípios elencados no art. 206 e no art. 207, sinaliza em direção contrária, como também o faz a LDB.

De fato, o que se nota na LDB é a tentativa de estabelecer um novo padrão de articulação entre as esferas públicas e entre o público e o privado, a partir de uma matriz de controle final de resultados que amplia o grau de atuação autônoma das instituições.

São dois os eixos que orientam esta articulação:

- a) o da descentralização – expresso na discriminação de competências das unidades federadas, mas que não foi suficiente para minorar o poder da União em relação à avaliação de cursos, alunos e das IES privadas, independentemente de sua localização;
- b) o da flexibilização – expresso pela margem de liberdade de processos que concede às institui-

ções de ensino, mas que não impede a necessidade de regulamentação.

O que ocorre é que a LDB, ao modificar os modos de organização da educação, flexibilizando os processos educacionais, provocou uma reação normativa dos órgãos do Executivo, expressa na edição de normas de comportamento e organização que visam regulamentar a LDB.

É na regulamentação da LDB que, a meu ver, encontram-se o ponto de constrição da atuação autônoma das IES (autonomia, e não liberdade, ainda que não se trate de autonomia universitária). Ou seja: é no exercício do poder regulamentar, de natureza administrativa e não legislativa, que os excessos são cometidos.

Com efeito, a regulamentação promovida pelo Poder Executivo, de tão minuciosa, não só dificulta a atividade educacional como atenta contra o espírito da LDB, indo numa direção totalmente oposta aos mencionados eixos da descentralização e da flexibilidade.

Da análise de mérito dos inúmeros decretos, resoluções do Conselho Nacional de Educação e portarias do Ministério da Educação e do Desporto, o que se percebe é que o Poder Executivo, em verdade, *não tem clara a medida do controle que deve exercer sobre as IES, atuando mais como seu tutor do que como coordenador da política nacional de educação, ou como articulador dos diferentes níveis e sistemas de ensino.*

E se age como tutor é porque não acredita na maioria do sistema, debatendo-se, a meu ver, entre duas ordens de tensões:

- a) Na esfera privada, em nome da qualidade do ensino e da repressão ao abuso do poder econômico, controla e cerceia em demasia a sua atividade, desbordando em muito dos limites do poder regulamentar.
- b) Na esfera pública, praticamente anula a autonomia das universidades em razão da tutela administrativa exercida pelo MEC, que posterga a adoção de procedimentos que dêem exequibilidade ao art. 207, a pretexto de que é necessária mais uma lei para tanto.

Em relação aos abusos do poder regulamentar, bastam dois exemplos para demonstrar o quanto se disse.

- 1- O art. 44, I, da LDB, ao mencionar os cursos sequenciais, fala “diferentes níveis de abrangência...”. A Resolução CNE no. 1, de 27/01/99, diz que os diferentes níveis são dois: cur-

**Uma farta edição de leis,
decretos, medidas provisórias e
portarias, desde 1995, vem
ampliando a atuação da União,
com inevitáveis restrições para a
iniciativa privada, para os
sistemas estaduais de ensino e
para as instituições públicas de
ensino superior.**

... dos de formação específica e cursos de complementação de estudos.

Os primeiros de destinação coletiva e sujeitos a processos de autorização e reconhecimento, ressalvada a autonomia universitária (art. 5º); os segundos com destinação individual e coletiva, sem depender de autorização prévia ou reconhecimento (o que é evidente, uma vez que possibilita matrículas em disciplinas que configurem um dado campo de saber, a critério do interessado ou da instituição de ensino, na hipótese do art. 6º, da Resolução).

Ora, 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*”.

A propósito, chamo atenção para o fato de ter o Conselho Nacional de Educação demonstrado a princípio, a partir de pareceres específicos, uma tendência para ampliar alternativas e perspectivas para os cursos seqüenciais, o que afinal não se revelou na Resolução 1/99.

Ocorre que, apesar das competências normativas, não passa de órgão assessor, uma vez que todas as suas decisões devem ser homologadas pelo Ministro da Educação (Lei no. 9131/95). E neste caso, os pareceres de tendência ampliadora não foram aprovados.

2- O outro exemplo. O art. 45 da LDB diz que a educação superior será ministrada em instituições, públicas ou privadas, com “variados graus de abrangência ou especialização.”

Para o sistema federal, os “variados graus” são seis, conforme determina o Decreto no. 2.306/97: universidades; centros universitários; faculdades integradas; faculdades; institutos superiores ou escolas superiores.

Na Lei no. 9394 não há, certamente, elementos suficientes ao reconhecimento das composturas básicas dos “diversos graus de abrangência e especialização”. A só leitura da lei, em especial dos artigos 16, 19, 20, e 45, evidencia que nenhuma regra de competência foi estipulada, nem se dispôs sobre os critérios reguladores da classificação acadêmica. Há apenas um vago delineamento, estabelecido a partir do art. 52, como já foi dito. E na Lei no. 9193 não há qualquer menção à matéria.

E isto pelo simples motivo de que a lei não exige aquela classificação, baseada em seis categorias, ou qualquer outra. Pelo contrário, permite “variados graus de abrangência e especialização”, do que resulta ilimitada a diversidade que o sistema de ensino superior poderá comportar.

A solução preconizada pelo legislador ordinário, consistente num sistema de “variados graus de abrangência e especialização”, não traduz a imposição coativa de critérios forjados pelo Poder Executivo, para coibir a liberdade de ensino e pesquisa ou inibir a livre expressão do pluralismo de concepções pedagógicas. Por estas razões é que a imposição unilateral, por via administrativa, da mencionada classificação apresenta sinais de usurpação legislativa.

3- Poderia ainda citar, não menos atentatória à atuação autônoma das universidades, a disposição do art. 1º, VII, da Lei nº 9.448, de 14/03/97, que confere ao Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais (INEP) competência para “definir e propor parâmetros, critérios e mecanismos para realização de exames de ensino superior”.

Tal previsão atenta contra o art. 44, da Lei de Diretrizes e Bases que, em todos os seus incisos, assegura o ingresso nas diversas modalidades de cursos e programas de educação superior, mediante o atendimento dos requisitos estabelecidos pelas instituições, exigindo apenas que para os cursos de graduação haja processo seletivo.

Esta afirmação se confirma em face do art. 51, que determina a articulação das universidades com os órgãos normativos dos sistemas de ensino, quando da deliberação sobre critérios e normas de seleção e admissão de estudantes.

À vista da natureza jurídica da Lei de Diretrizes e Bases, que estabelece diretrizes nacionais para todos os sistemas de ensino, não pode a lei federal ordinária dispor de forma diversa.

A propósito vale lembrar a lição de Miguel Reale (1981, p. 93), no sentido de ser a Lei de Diretrizes e Bases verdadeira lei complementar, dado o seu caráter integrador da vontade constitucional. Esta característica confere à Lei 9394/96 um “status” diferenciado no corpo da legislação federal, de âmbito nacional, garantindo-lhe regime especial, que, como apontado por Bastos (1984, p. 163), lhe assegura um campo indevassável pelas demais normas do sistema. *“Para explicar essa inderrogabilidade não é necessário fazer apelo a uma posição hierárquica superior. Ela justifica-se pela possessão de uma área de incidência material própria, à semelhança do que ocorre com as leis federais estaduais e municipais. (...) A lei que invade matéria própria de lei complementar, antes de ferir esta última, agride diretamente ao Texto Maior.”* (id.ib.)

4- A Inflação Legislativa e seus efeitos.

De tudo resulta que a multiplicidade de regras, a variabilidade das fontes e a provisoriedade das estruturas normativas, quase sempre mutáveis e contingenciais, instituem uma organização legal sob a forma de “rede”.

Aparentemente esse sistema parece ter um potencial ilimitado de crescimento, comportando um aumento incessante de novas regras. Na medida em que isto ocorre a tendência é de que seja esvaziada a própria função das leis, e a possibilidade de serem interpretadas no Judiciário das mais diversas formas, acarretando decisões divergentes entre si uma vez que também ampliam as possibilidades de argumentação e fundamentação das sentenças.

Num sistema jurídico inflacionado por leis de circunstância e regulamentos de necessidade, a velocidade e a intensidade na produção de normas, decretos, portarias, instruções normativas, etc, levam o próprio Estado a perder a dimensão exata do valor jurídico das regras e dos atos que disciplina.

Este é o potencial corrosivo da inflação jurídica: o risco da própria morte do direito.

Para as IES, o risco da padronização e da tipificação de comportamentos desejados não pela LDB, mas pelos órgãos regulamentares, o que tem fundamento ideológico e não jurídico.

5- A conciliação.

A conciliação do que é aparentemente inconciliável, parece-me residir na interpretação científica dessas normas, à luz dos princípios que orientam a atividade educacional (arts. 205 e 206). E interpretação científica no Direito significa que não se pode deixar de considerar, na aplicação das normas que direta ou indiretamente alcançam a atividade educacional, os princípios constitucionais que orientam o oferecimento da educação e, além destes, os princípios inerentes à atividade ensino/aprendizagem.

Caso contrário, a interpretação dessas normas torna-se ideológica. Princípios, mais do que normas, são vetores interpretativos que condicionam a aplicação das leis, regulamentos, portarias, etc.

Deste tratamento científico da matéria educacional resultam importantes conseqüências práticas, que podem recuperar a liberdade que a LDB conferiu às IES:

- (a) Para as IES públicas, integrantes da Administração Pública Indireta, a especificidade da matéria legal educacional permite tratamento jurídico menos rígido das formas e processos, privilegiando a atividade e a garantia do direito individual;
- (b) Para as IES privadas, 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 o interesse público e interesse particular se confundam em face dos fins da atividade educacional.

Ou seja: em relação às IES, a especificidade da atividade educacional, garantida pela CF, flexibiliza o regime público. Exemplo marcante é o da autonomia das universidades públicas. Em relação às IES privadas, ao contrário, a natureza pública da atividade restringe o regime de direito privado.

É o que se passa a demonstrar.

5.1- A prestação direta do ensino superior pelo Estado subordina a atividade ao regime

do Direito Público; a especificidade dos princípios constitucionais que a informam, entretanto, permite tratamento jurídico menos rígido das formas e processos, privilegiando a garantia do direito individual.

Veja-se, por exemplo, que ante a natureza irreversível do processo educativo, a matrícula nula em estabelecimento de ensino público não determina a nulidade do aprendizado no período em que o aluno assim frequentou a escola. O que aprendeu incorporou-se definitivamente à sua personalidade, tendo sido atingida a finalidade pública, sem prejuízos a terceiros, ainda que ao arripio da forma legal.

Nesses casos, como em tantos outros assemelhados³, a jurisprudência entende que a letra da lei cede ao interesse público:

“Administrativo - Estudante Universitário - curso desenvolvido por força de liminar - desconstituição - situação de fato em que a letra da lei cede ao interesse público. Estudante matriculado por efeito de liminar. Se ele

3 Esta hipótese também pode ser ilustrada pelas transferências “ex-officio” de alunos do ensino superior para instituições que integram sistema de ensino diverso daquele em que originalmente foram aceitos e que, processadas mediante concessão de medida liminar, acabam por constituir situação de fato irreversível: ao término do curso o processo de formação se completou, ainda que a ação judicial não tenha sido definitivamente julgada, e que a transferência compulsória contrarie formalmente o princípio federativo e a autonomia universitária. (Cf. STJ; Recurso Especial n° 4325/SP; 2ª Turma; v.u.; DJ de 03/12/90. STJ, RESP 140776; 1ª Turma; v.u.; Rel. Min. Garcia Vieira; DJ de 02/02/98. STJ, RESP 96070/RS; 1ª Turma; v.u.; Rel. Min. José de Jesus Filho; DJ de 17/03/97; etc).

entra as vésperas de colar grau, não é aconselhável desconstituir seus créditos escolares, ainda que se entenda que o regulamento da universidade não o assiste. Em situações como tais, a letra da lei deve ser encarada com temperamentos, em homenagem ao interesse público.” (STJ; Recurso Especial nº 141175/RJ 1ª Turma; v.u.; Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 23/03/98).”

“Administrativo – Mandado de Segurança – curso supletivo – idade mínima para o ingresso – conclusão – aprovação em vestibular e frequência ao curso de letras durante seis semestres – situação jurídica irreversível – descabida a declaração de ineficácia do certificado de conclusão do 2º grau – provimento do recurso. I - Tendo a aluna ingressado no curso supletivo, quando faltava apenas uma semana para completar a idade mínima exigida, não é admissível declarar-se ineficaz o seu certificado de conclusão do 2º grau, depois de já ter sido aprovada em vestibular e cursado seis semestres do curso de letras, em universidade federal. II - Na hipótese, tendo percorrido, a aluna, penoso caminho, para galgar aprovação no vestibular e cursos já realizados, estando tão próxima da conclusão de curso superior, descabida a imposição tão rigorosa, verdadeira punição, que desestimula o acesso aos níveis mais elevados de ensino, segundo a capacidade de cada um, com inobservância a preceito constitucional (art. 208, V, da C.F.). III – Recurso a que se dá provimento, para conceder segurança. Decisão unânime.” (STJ; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 8353/RS; 1ª Turma; v.u.; Rel. Min. Demócrito Reinaldo; DJ de 02/03/98).”

“Processo Civil – fato superveniente – estudante aprovada no vestibular sem ter concluído o curso colegial – matrícula deferida por medida liminar – conclusão do curso colegial antes da sentença de 1ª grau – aplicação do artigo 462 do Código de Processo Civil – apelação provida sem a interrupção do curso universitário, que foi ultimado antes do julgamento do Recurso Especial – situação que não convém reverter – hipótese, ademais, em que não houve prejuízo a terceiros – Recurso Especial conhecido e provido.” (STJ; Recurso Especial nº 87901/RJ; 2ª Turma; v.u.; Rel. Min. Ari Pargendler; DJ de 13/10/97).”

O que se está a demonstrar é que a interpretação das normas educacionais e de Direito Público, orientada pe-

los princípios dos arts. 205 e 206, dificilmente criará situações de confronto entre o interesse público e o particular, na medida em que sempre que o cidadão for atendido toda a sociedade será beneficiada.

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 (Di Pietro, 1996:23).

5.2- De outra parte, a prestação da atividade educacional sob o regime do Direito Privado não elide a incidência dos princípios constitucionais especiais (CF, art. 206), e a atividade do Estado neste caso é principalmente de autorização e controle (CF, art.

170, § único e art. 209).

A natureza pública da atividade educacional nesta esfera 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.

Ora, na livre iniciativa há liberdade de meios e fins, o que não se pode afirmar que exista na área educacional.

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

I- cumprimento das normas gerais da educação nacional;

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

“Art. 170 - § único - É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

Ainda que o inciso III, do art. 206, da própria Constituição, garanta o pluralismo de idéias e concepções pedagógicas, e a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino, meios e fins na atividade educacional privada são controlados pelo governo federal, inclusive no que diz respeito às mensalidades escolares. O controle das mensalidades escolares faz-se ao abrigo do art. 173, § 4º, da Constituição Federal.⁴

Enquanto o regime privatístico remete a atividade à lógica do capital e do mercado e a um modelo empresarial que requer resultados a curto prazo, a finalidade e natureza públicas da atividade educacional requerem uma organização de trabalho que se esquematiza em prazos mais longos e exige mobilização grande de investimentos materiais e humanos.

Em suma:

- ainda que se trate de uma função de natureza pública, a atividade educacional privada, autorizada e controlada pelo Estado, em sua vertente econômica é tratada pela lei como qualquer outra atividade privada (com a instituição das figuras da instituição mantenedora e da mantida), independentemente do fato de os particulares, nesta tarefa, coadjuvarem o próprio Estado.
- E isto porque nunca se desfez a tensão que existe entre o interesse particular do prestador (voltado ao lucro) e o interesse coletivo (formação de recursos humanos).

As razões desta tensão são conhecidas de todos: en-

quanto o regime privatístico remete a atividade à lógica do capital e do mercado, e por via de consequência a um modelo empresarial que requer resultados a curto prazo, a finalidade e natureza públicas da atividade educacional requerem uma organização de trabalho que se esquematiza em prazos mais longos e exige mobilização relativamente grande de investimentos materiais e humanos quando comparada à mobilização de outros fatores de produção, especialmente no ensino superior (Santos, 1996:217:8).

Mas se esta tensão pode ser enfrentada por meio da especificidade das normas educacionais e da derrogação do regime privado, quando necessário à proteção da finalidade pública, não se justifica que, em seu nome, seja deflagrada a inflação legislativa.

4 O controle das mensalidades escolares faz-se ao abrigo do art. 173, § 4º, da Constituição Federal, sendo pacífica a jurisprudência do STF neste sentido: "Ato jurídico perfeito - direito adquirido - Constituição Federal. A existência de ato jurídico perfeito, a desaguar em direito adquirido, pressupõe a formalização em harmonia com a ordem jurídica constitucional. Isto não ocorre quando a Corte soberana no exame dos elementos probatórios dos autos decidiu considerada a possibilidade de o Estado coartar abusos econômicos perpetrados na fixação dos preços das mensalidades escolares. E que o par. 4º do artigo 173 da Constituição Federal reserva a lei a repressão ao abuso do poder econômico, no que vise a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Assim, não se poder ter a Lei nº 8.039/90, no particular, como conflitante com a autonomia assegurada no artigo 209, nem com princípio estabelecido no inciso XXXVI do artigo 5º, ambos da Carta Federal de 1988." (STF; AGRAG-155.772/SP; 2ª Turma; v.u.; Rel. Min. Marco Aurélio; DJ de 27/05/94). "Ementa:- Ação direta de inconstitucionalidade - Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, que dispõe sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares e dá outras providências. Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio

da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros. Não é, pois, inconstitucional a Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, pelo só fato de ela dispor sobre critérios de reajuste das mensalidades das escolas particulares". (STF; ADIN-319/DF; Tribunal Pleno; v.u.; Rel. Min. Moreira Alves; DJ de 30/04/93). Veja-se também a medida provisória nº 1477, republicada 55 (cincoenta e cinco) vezes até novembro de 1998, que dispõe sobre o valor total anual das mensalidades escolares, vedando qualquer cláusula de revisão ou reajuste do montante apurado de acordo com suas previsões. A MP, dentre outras medidas, garante preferência aos alunos antigos na renovação de matrículas; proíbe a suspensão de provas, a retenção de documentos nas escolas, inclusive os de transferência, ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas, por motivo de inadimplemento. A fiscalização dos contratos esta a cargo da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. A MP 1477 foi revogada pela MP 1733, em dezembro de 1998, sendo republicada esta última a cada mês, para manutenção das mesmas previsões.