Supervisão e avaliação da educação superior*

Magno Federici Gomes

Resumo

Objetiva-se, com o presente trabalho, o estudo dos procedimentos de supervisão e avaliação da educação superior, previstos no Decreto nº 5.773/06, sob o prisma da Constituição da República de 1988 e da Lei nº 10.861/04, que instituiu o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (Sinaes). Este artigo é preponderantemente teórico-documental, sob uma perspectiva dogmática. Concluiu-se que, no caso de encerramento de Instituições de Ensino Superior (IES), os direitos dos discentes matriculados à conclusão do curso ainda merecem regulamentação administrativa. Ademais, o procedimento para se aplicar penalidades às instituições que descumprirem o protocolo de compromisso, prévio processo avaliativo periódico do Sinaes, é ilegal por violar os §§ 3º e 4º, do art. 10 da Lei nº 10.861/04.

Palavras-chave: políticas públicas educacionais; sistema federal de ensino superior; procedimentos de supervisão e avaliação; instituições de ensino superior.

* O presente artigo é resultado da investigação pós-doutoral em Direito Público e Educacional, na Universidade Nova de Lisboa, Portugal, fomentada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), do Ministério de Educação do Brasil.

Abstract

Supervision and assessment of higher education

The current article aims to study the supervision and the assessment procedures of higher education, foreseen in the Decree nº 5.773/06, under the prism of the 1988 Constitution of the Republic of Brazil (CR/88) and under the Law nº 10.861/04, which inaugurated the Higher Education National System of Assessment (Sinaes). In a dogmatic perspective, this article is mainly a theoretical-documentary work. Even if institutions of Higher Education (IES) ceases its activities, one has understood that the rights of the students enrolled in the courses to conclude the degree still deserve administrative regulation. In addition, the procedure to apply penalties to those institutions that have not reached the protocol commitment (previous periodic process of assessment of the Sinaes) is illegal because it violates the §§ 3º and 4º of article 10 of the Law nº 10.861/2004.

Keywords: educational public policies; federal system of higher education; supervision and assessment procedure; institutions of higher education.

Introdução

Objetiva-se, com o presente trabalho, o estudo dos procedimentos de supervisão e avaliação da educação superior, previstos no Decreto nº 5.773, de 9 de maio de 2006, sob o prisma da Constituição da República de 1988 (CR/88) e da Lei nº 10.861, de 14 de abril de 2004, que instituiu o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (Sinaes).

A busca pela redemocratização no país, a necessidade de um novo pacto fundamental e a urgência de normas estruturantes democráticas ensejaram, para Cury (2005a), a CR/88. A educação tornou-se o primeiro direito social (art. 6º, CR/88), como direito civil e político, no respectivo capítulo, e como dever do Estado, de diversos modos. O ensino fundamental é consagrado como direito público subjetivo e o ensino médio, na versão original da CR/88, é progressivamente obrigatório. Tais imperativos aparecem na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) – Lei nº 9.394/96. Os sistemas de ensino passam a coexistir em regime de colaboração, no âmbito de suas competências. Institui-se a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (art. 206, inciso IV, CR/88), em qualquer nível e etapa. O sistema privado deixa de ser uma concessão do Estado, passando ao regime de autorização e de avaliação de sua qualidade (art. 209, inciso II, CR/88). Assim, o ensino, mesmo oferecido pelo setor privado, não deixa de ser "serviço público" (no mesmo

sentido Cury, 1997a, p. 124; Cury, 1997b, p. 60-61; Cury, 2003, p. 474-475; Cury, 2005c, p. 24-27; em sentido equivalente, mas apresentando ressalvas Ranieri, 2000, p. 177). O corpo docente, com a demanda de concursos, ganhou a necessidade de elaboração de plano de carreira, salário profissional e de atualização de conhecimentos, tudo dentro de uma gestão democrática do ensino público. Manteve-se privativa a competência legislativa da União, posteriormente explicitada pela Emenda Constitucional (EC) nº 14/96 e pelas Leis nº 9.424/96 (ambas do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – Fundef),[1] 9.394/96 (LDB), 10.172/01 (Plano Nacional da Educação – PNE – art. 214 da CR/88), 9.131/95 (sobre avaliação do rendimento escolar e institucional) e 9.192/95**,** sobre eleição dos dirigentes do ensino público federal, bem como variados atos administrativos normativos.

Depois de dilatada e complicada tramitação, aprovou-se a LDB – Lei nº 9.394/96, durante o mandato de Fernando Henrique Cardoso (FHC) como presidente da República e de Paulo Renato Souza como ministro da Educação. Saviani (2004), Belloni (2003), Vieira (1990)[2] e Ranieri (2000)[3] explicam que o projeto de lei, aprovado no Plenário da 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-CR/88), não veio a se tornar a nova LDB, Lei nº 9.394/96 – Lei Darcy Ribeiro. A referida lei derivou do projeto de lei substitutivo Darcy Ribeiro, devidamente adequado pelo Executivo, daquele período, com suas diretrizes governamentais, antes da sanção e após diversas manobras políticas e regimentais, na Comissão de Constituição e Justiça. Retomam-se na LDB os temas da avaliação e da autonomia. Assim, o projeto de lei substitutivo Darcy Ribeiro, vencedor no conflito parlamentar, incorporou a avaliação como instrumento central e a autonomia como elemento-chave da universidade, segundo Cury (1997b). Em conformidade com Cury (1997a), o 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. Portanto, os imperativos constitucionais aparecem na LDB de 1996.

Com isso, para o ensino superior, o governo de FHC instituiu uma política educacional baseada na avaliação, na qualidade da educação, na autonomia universitária, na melhoria do ensino e na ampliação do espaço das Instituições de Ensino Superior (IES) privadas do citado nível de educação, segundo Cunha (2003) e Ranieri (2000),[4] o que perdura até os dias atuais.

Segundo Morosini (2005), até metade de 1990, houve a expansão de número e tamanho das IES, a privatização do setor, a diversificação da comunidade acadêmica e dos cursos, a interiorização de novas instituições, a legitimação de cursos noturnos e em períodos especiais, o aparecimento de instituições *multicampi* e comunitárias, bem como a expansão das novas universidades do setor privado com orientação empresarial, tudo neste processo de aglutinação. A mesma autora (2005) destaca que a

[1] Atualmente, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef) foi extinto pela Emenda Constitucional (EC) nº 53/06 e pela Lei nº 11.494/07, ambas relativas ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), criado em substituição ao primeiro.

[2] Tanto Saviani (2004) quanto Belloni (2003) analisam a trajetória da LDB atual por meio de um enfoque educacional. Para aprofundamento, ver Saviani (2004, p. 35-162) e Vieira (1990, p. 100-117).

[3] Para uma abordagem jurídica, ver Ranieri (2000, p. 138-141).

[4] Para aprofundamento, ver Cunha (2003, p. 37-61) e Ranieri (2000, p. 139-140, 183).

fase atual do ensino superior adentra no século 21. A forte influência da internacionalização no sistema de educação superior acaba por aumentar as discussões sobre os modelos universitários, bem como sobre as tensões, pois a instituição universitária manteve-se imutável, no Brasil e no mundo, desde o século 19 e a Idade Média, respectivamente. A partir de 1990, a instituição universitária sofreu transformações radicais, nas quais a perspectiva do Estado-Nação está sendo substituída pela transnacional.

Nesse contexto, cabe salientar que, segundo Di Pietro (2004), ao final do século 19, 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 principio em causa é um pressuposto lógico do convívio social (Bandeira de Mello, 1998, p. 55).

Bandeira de Mello (1998) 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).

Por sua vez, existe definição legal expressa do princípio do interesse público no art. 2º, *caput*, parágrafo único, inciso II, Lei nº 9.784/99, sendo uma determinação de "atendimento a fins de interesse geral, vedada a

renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei".

"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 legalidade.

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, consequentemente, nos regulamentos derivados, nos mesmos moldes que nas leis originárias. Nesse sentido, "ocorre que, da mesma forma que esse 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).

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-lhe cumprimento explícito, sujeitas, ainda, ao controle jurisdicional.

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 Conselho Nacional de Educação (CNE) e ao Ministro de Estado da Educação (Leis nº 9.131/95, 9.394/96, 10.172/01 e 10.861/04 – Lei do Sinaes), já na vigência da CR/88, o que cumpre com o princípio da legalidade (art. 5º, inciso II, CR/88). Destaca-se que a Lei nº 9.131/95 é anterior a todas as leis federais que atribuíram função normativa às agências reguladoras,[5] após a promulgação da CR/88, podendo ser considerada a primeira de muitas outras,[6] o que inaugurou um regime jurídico próprio para tais órgãos, entre eles o CNE.[7] 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, posto que, como dito anteriormente, 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, 2005c, p. 26; no mesmo sentido Cury, 1997b, p. 60-61; 2003, p. 474-475).

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 particular.[8] É expedida mediante ato unilateral, precário, por não apresentar garantias ao autorizatário,[9] e com elemento discricionário, dentro dos limites da competência do Poder Público. Segundo Santamaría Pastor (2000, p. 273),

[5] De acordo com Di Pietro (2004, p. 89) e como uma análise meramente cronológica.

[6] 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 9.984/00), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa – Lei nº 9.782/99) e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS – Lei nº 9.961/00), 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.

[7] Em sentido equivalente, Ranieri (2000, p. 229) 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".

[8] 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).

[9] 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).

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)". [10] Ademais de atender a interesses públicos, não demanda investimentos financeiros por parte da Administração. Santamaría Pastor (2000), após analisar as diferenças entre autorização e concessão, conclui:

> Sin embargo, la evolución legislativa ha terminado por *difuminar por 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 eletricidad)" (Santamaría Pastor, 2000, p. 271-272 – grifos nossos).

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 idiossincrasia 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, de 13 de fevereiro de 1995, e 8.666, de 21 de junho de 1993, às autorizações de ensino, tendo em vista os comandos constitucionais contidos nos arts. 205, 206, incisos II e III, 208, inciso V, e 209, incisos I e II, todos da CR/88, bem como a própria existência das Leis específicas nº 9.131/95, 9.394/96, 10.172/01 e 10.861/04.[11] 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.

De maneira que a avaliação de qualidade no ensino, em todos os níveis, é uma questão de ordem pública,[12] indisponível, que resulta do fornecimento da educação, como um direito social. Embora seja obrigação comportamental, não de resultados, segundo Ranieri (2000), ela 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.

[10] Destaca-se que a palavra norma, do mencionado conceito, deve ser entendida como a CR/88, a LDB, o PNE, a Lei nº 10.861/04 e o Decreto nº 5.773/06, no ordenamento jurídico brasileiro.

[11] Em sentido oposto, Marinela (2007, p. 483) 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", quando 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 se aplica a Lei nº 8.987/95, no que for compatível, podendo, inclusive, ser remunerada por meio de tarifa".

[12] Expressão empregada como sinônimo de interesse público.

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 e supervisão das IES assegurem a qualidade delas, bem como na autorização, no reconhecimento de cursos ou no credenciamento das referidas instituições. Destaca-se que os últimos procedimentos administrativos não são objeto do presente estudo.

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 os arts. 170, *caput* e seu parágrafo único, 206, inciso VII, 209, incisos I e II, e 211, § 1º, CR/88 e as Leis nº 9.131/95, 9.394/96, 10.172/01 e 10.861/04, segundo os quais o Poder Público regulamenta as condições da atividade de ensino e a controla por meio dos procedimentos de supervisão e avaliação das IES, ambos previstos no Decreto nº 5.773/06 e em outros atos administrativos normativos.

Este artigo é preponderantemente teórico-documental, apresentando a parte legal que trata do tema abordado, sob uma perspectiva dogmática, empregada como forma de análise dos resultados.

Da supervisão da educação superior

Como consequência do explicitado, a supervisão da educação superior – a ser realizada pela Secretaria de Educação Superior (SESu), pela Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica (Setec) e pela Secretaria de Educação a Distância (Seed), todas do Ministério da Educação (MEC) – abrangerá os cursos superiores de graduação e sequenciais, de tecnologias e à distância, respectivamente. Dessa forma e no exercício dessa atividade, a Secretaria competente poderá ordenar a apresentação de documentos complementares ou a realização de auditoria, objetivando proteger os interesses dos envolvidos na relação educacional e preservar o funcionamento das IES (art. 45, §§, Decreto nº 5.773/06).

Trata-se, portanto, de exercício de poder de polícia, já que é uma "prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade" (Carvalho Filho, 2007, p. 68).

Nesse contexto, é de especial relevo a participação dos discentes, docentes e funcionários técnico-administrativos que, por meio de seus representantes, poderão noticiar aos órgãos de supervisão, antes mencionados, de maneira circunstanciada, a existência de irregularidades no funcionamento de IES ou curso superior. O instrumento para se noticiar tais irregularidades é denominado representação, que conterá a qualificação completa do representante, a descrição clara e precisa dos fatos a serem apurados e a documentação para se comprovar o alegado, sem

prejuízo de outros elementos relevantes para a investigação do seu conteúdo. Após o recebimento da representação, ela será distribuída, autuada[13] e numerada pela Secretaria pertinente, para remessa ao Secretário, que analisará sua regularidade formal e determinará a notificação da IES. De maneira que haverá a instauração de um procedimento preliminar para apuração de irregularidades, anterior ao necessário para a aplicação de penalidades, que também poderá ser instaurado de ofício, quando a Secretaria pertinente tiver conhecimento de irregularidade que deva investigar, sanar e, eventualmente, punir (art. 46, §§, Decreto nº 5.773/06).

Com isso, o art. 47, §§, Decreto nº 5.773/06, explicita o procedimento para apuração de irregularidades, instaurado por representação. A Secretaria competente notificará à IES, dando-lhe ciência da existência da fase preliminar, para que ela se manifeste sobre a insubsistência da representação, solicite prazo para sanear as deficiências[14] ou apresente defesa,[15] no prazo de 10 dias. Após e em função da manifestação da IES, o Secretário poderá acatar a representação, o que dará início ao procedimento administrativo para aplicação de penalidades, podendo, ainda, conceder prazo para que a instituição sane as deficiências por ela reconhecidas ou rejeitar a representação, com o arquivamento do processo.

Por sua vez, os arts. 48 e 49 do Decreto nº 5.773/06 preveem o procedimento, caso seja concedido prazo para saneamento de deficiências, cuja decisão fundamentada do Secretário, ademais do referido prazo, deverá especificar as deficiências apontadas e as providências para sua real correção. Tal decisão poderá, em 10 dias, ser impugnada pela IES, mediante pedido de reconsideração ao próprio Secretário, seja com relação às medidas ordenadas ou ao prazo estabelecido para a correção. O Secretário analisará o pedido de reconsideração, mantendo ou adaptando as diligências de saneamento e o seu prazo, não cabendo recurso da segunda decisão. O referido prazo de saneamento não poderá ultrapassar o período de 12 meses, contados a partir da resolução de sua concessão, proferida inicialmente por despacho. A medida cautelar administrativa que suspende, preventivamente, a admissão de novos discentes (§ 3º, do art. 11, Decreto nº 5.773/06) poderá ser determinada, em decisão fundamentada, no período de saneamento das deficiências, para evitar danos aos alunos, caso as circunstâncias específicas assim o aconselhem. Passado o prazo, a Secretaria poderá determinar nova avaliação *in loco*, para se constatar o cumprimento da decisão de saneamento de deficiências, ensejando novo recolhimento da taxa pertinente, segundo parágrafo único, do art. 1º Lei nº 10.870/04. Destaca-se que, neste caso, não existe obrigatoriedade de realização de nova avaliação no local, tendo em vista as providências determinadas no caso concreto e o critério discricionário do Secretário. Portanto, o Secretário analisará os elementos constantes no feito, para decidir sobre o cumprimento ou não do saneamento das deficiências, com ou sem avaliação *in loco*.

Todavia, a instauração de processo administrativo para aplicação de penalidades será formalizada por portaria motivada do Secretário, quando

[13] Autuar é "reunir e pôr em ordem as primeiras peças de um processo, ao formar os respectivos autos, sobre o anverso da primeira página de cuja capa se lavra o termo de autuação" (Nunes, 1993, p. 117).

[14] Em conformidade com o § 1º, do art. 46 da LDB.

[15] De modo similar à defesa no processo administrativo para aplicação de penalidades, que se verá adiante, quando forem estudados os arts. 50 e seguintes do Decreto nº 5.773/06, especialmente o art. 51 do mesmo ato administrativo normativo.

a representação for admitida de plano, quando o fizer de ofício, nos termos do § 3º, do art. 46 do Decreto nº 5.773/06, ou quando não forem satisfeitas as providências para o saneamento das deficiências, reconhecidas pela instituição, na fase preliminar. A citada portaria do Secretário conterá: a identificação da IES e de sua mantenedora; o resumo dos fatos objeto das investigações e das alegações da representação, quando admitida; dados sobre a concessão de prazo para saneamento das deficiências e os elementos para constatação de seu cumprimento; outras informações consideradas necessárias pela autoridade emissora; a indicação da penalidade aplicável; e, por fim, a ordem de notificação do representado. Em qualquer caso, processo administrativo será dirigido por autoridade especialmente designada para o intento, que integre a Secretaria pertinente para a supervisão e que determine as diligências indispensáveis à instrução do feito. Somente será outorgada uma possibilidade para o saneamento de deficiências no processo administrativo, seja no curso do procedimento preliminar de apuração de irregularidades, prévia representação, ou no procedimento para aplicação de penalidades (art. 50, §§, Decreto nº 5.773/06).

Dessa forma, é obrigatória a concessão de um prazo para o saneamento das deficiências, reconhecidas pela IES ou constatadas, documentalmente, pelo Secretário, sob pena de nulidade do processo para aplicação de penalidades e consequente intervenção do Poder Judiciário, para cessar a ilegalidade da pena aplicada sem a estrita observância do procedimento estatuído pelo ato administrativo normativo em questão.

Destaca-se que o processo administrativo engloba o procedimento preliminar de apuração de irregularidades, instaurado por representação, e o de aplicação de penalidades, iniciado por portaria do Secretário competente, sendo que ambos tramitarão nos mesmos autos.

Por força do art. 51 do Decreto nº 5.773/06, o representado tomará ciência do procedimento, por meio de notificação, enviada pelo correio com aviso de recebimento, por telegrama ou por outro instrumento que forneça certeza inequívoca do seu conhecimento por parte da IES interessada, para, em 15 dias, apresentar defesa, com todas as alegações de fato e de direito que entender pertinentes, ou para aceitar o único prazo para saneamento de deficiências, outorgado pela primeira vez na portaria, na forma do procedimento constante nos arts. 48 e 49 do Decreto nº 5.773/06.

Na hipótese de ser apresentada defesa, conforme § 1º, do art. 46 da LDB e art. 52 do Decreto nº 5.773/06, o Secretário apreciará o conjunto probatório dos elementos do processo e proferirá decisão, devidamente fundamentada, arquivando o feito ou aplicando uma das seguintes penalidades:

a) desativação de cursos e habilitações:

> Art. 54 – A decisão de desativação de cursos e habilitações implicará a cessação imediata do funcionamento do curso ou habilitação, vedada a admissão de novos estudantes.

§ 1º Os estudantes que se transferirem para outra instituição de educação superior têm assegurado o aproveitamento dos estudos realizados.

§ 2º Na impossibilidade de transferência, ficam ressalvados os direitos dos estudantes matriculados à conclusão do curso, exclusivamente para fins de expedição de diploma (Brasil. Decreto nº 5.773, 2006).

b) intervenção na IES:

Art. 55 – A decisão de intervenção será implementada por despacho do Secretário, que nomeará o interventor e estabelecerá a duração e as condições da intervenção (Brasil. Decreto nº 5.773, 2006).

c) suspensão temporária das prerrogativas da autonomia:

Art. 56 – A decisão de suspensão temporária de prerrogativas da autonomia definirá o prazo de suspensão e as prerrogativas suspensas, dentre aquelas previstas nos incisos I a X do art. 53 da Lei nº 9.394, de 1996, constando obrigatoriamente as dos incisos I e IV daquele artigo.

Parágrafo único. O prazo de suspensão será, no mínimo, o dobro do prazo concedido para saneamento das deficiências (Brasil. Decreto nº 5.773, 2006).

d) descredenciamento da instituição:

Art. 57 – A decisão de descredenciamento da instituição implicará a cessação imediata do funcionamento da instituição, vedada a admissão de novos estudantes.

§ 1º Os estudantes que se transferirem para outra instituição de educação superior têm assegurado o aproveitamento dos estudos realizados.

§ 2º Na impossibilidade de transferência, ficam ressalvados os direitos dos estudantes matriculados à conclusão do curso, exclusivamente para fins de expedição de diploma (Brasil. Decreto nº 5.773, 2006).

A mencionada decisão será passível de recurso administrativo ao CNE, no prazo de 30 dias, a ser analisado pela Câmara de Educação Superior (CES). Da decisão da CES, caberá, caso ainda haja sucumbência do interessado, novo recurso regimental ao Conselho Pleno do CNE. A decisão administrativa final será homologada pelo Ministro de Estado da Educação, através de portaria (art. 53, Decreto nº 5.773/06).

Ranieri (2000) apresenta uma pertinente crítica sobre as antigas determinações, contidas no Decreto nº 2.026/96 e na Portaria MEC nº 755/99, relativas aos pressupostos de renovação de reconhecimento de cursos superiores mal avaliados do sistema federal, hoje revogadas.[16] Entre os efeitos da não renovação do reconhecimento de tais cursos superiores considerados de baixa qualidade, a Portaria em questão garantia a transferência de alunos para curso idêntico de outra IES, em série ou período equivalentes (art. 7º, Portaria MEC nº 755/99). Tal ato

[16] Salienta-se que os antigos comandos existentes no Decreto nº 2.026/96 e na Portaria MEC nº 755/99 foram repetidos nos arts. 54, § 1º, e 57, § 1º, Decreto nº 5.773/06. Dessa forma, a crítica anteriormente apresentada por Ranieri (2000, p. 177-179) continua sendo pertinente nos dias atuais.

seria temerário e ilegal, já que a simples transferência não nivelaria discentes que poderiam possuir as mesmas deficiências do curso não renovado, além de contrariar os critérios seletivos e avaliativos das IES receptoras, bem como desrespeitar os alunos das últimas, em função dos padrões mais exigentes de ingresso e progressão. Ademais, não foi apresentado qualquer parâmetro para as transferências, ante a extinção dos "currículos mínimos" e a ausência de então das diretrizes curriculares nacionais. Não obstante, "é evidente que os alunos do curso que não teve renovado o reconhecimento devem ter protegido o direito à educação, uma vez que ingressaram em curso autorizado e credenciado pelo MEC" (Ranieri, 2000, p. 178). Contudo, Ranieri (2000) declara que tal responsabilidade não pode ser transferida às IES, por falta de previsão legal e porque qualquer transferência deve preencher os requisitos do art. 49 da LDB.[17]

Também devem ser vistos com ressalvas os arts. 54, § 2º, e 57, § 2º do Decreto nº 5.773/06, que resguardam os direitos dos discentes matriculados à conclusão do curso, na impossibilidade de se efetivar as transferências previstas nos §§ 1º, dos mesmos dispositivos. A pretensão final à expedição de diplomas pode acarretar prejuízos à sociedade como um todo, posto que os alunos que cumpriram os requisitos legais ora apresentados podem não preencher os conteúdos mínimos necessários ao exercício profissional, seja em função das irregularidades constatadas no curso desativado ou na IES descredenciada, como em virtude da falta de conhecimentos profissionais indispensáveis. Desse modo, os referidos diplomas podem indicar profissionais de qualificação reduzida, o que não é aceitável no Estado Democrático de Direito, que preza pela isonomia dos cidadãos (art. 5º, *caput*, CR/88) e pela manutenção do padrão de qualidade no ensino (arts. 206, inciso VII, 209, inciso II, e 211, § 1º, CR/88). Os citados artigos dependem, então, de regulamentação efetiva, que demonstre os conteúdos mínimos obrigatórios para se expedir tais diplomas aos discentes matriculados que foram prejudicados pelo encerramento das atividades educacionais de certa IES, indicando, também, os elementos delineadores da impossibilidade de transferência para outra instituição, em funcionamento regular.

Ao repudiar o Decreto nº 2.306/97, Ranieri refere-se ao seu incongruente art. 13, também com disposição similar ao do atual art. 55 do Decreto nº 5.773/06:

> [...] que faculta ao Ministério da Educação, na qualidade de supervisor do sistema federal de ensino, a prerrogativa de determinar a intervenção nas instituições de ensino superior, com designação de dirigente *pro tempore*, em decorrência de irregularidades constatadas em inquérito administrativo. Ainda que se tenha em conta o limite teleológico da competência legislativa em matéria de ensino (garantia da qualidade), e a preocupação com a não-interrupção do processo educacional, a designação prevista para instituições privadas atenta contra a sua capacidade para os atos da vida civil. A intervenção do Poder Público no caso, limitando-se ao descredenciamento (artigo 46, da LDB), estaria plenamente inserida nas linhas de princípio da atual LDB, e da Constituição Federal (Ranieri, 2000, p. 204).

[17] Em sentido equivalente, a decisão referente ao Mandado de Segurança nº 5230/DF: "Ementa: Processual. Mandado de segurança. Ministro da Educação. Transferência de aluno universitário. Competência da própria universidade. Em razão da autonomia universitária, reserva-se a estas entidades a competência para conceder matrículas em seus respectivos cursos. O Ministro da Educação carece de competência para tanto" (Brasil. STJ. 1ª Seção, 1998, p. 3).

Nesse ponto, cabe discordar de Ranieri (2000), porque a intervenção nas IES, públicas ou particulares, está expressamente prevista no art. 46, § 1º da LDB. Além disso, tal dispositivo de lei federal é constitucional pela possibilidade de limitação à atividade econômica da iniciativa privada, determinada pelo ato autorizativo, segundo o parágrafo único, do art. 170 da CR/88. Cabe destacar, ainda, que o ato autorizativo de credenciamento é concedido à IES e não à sua mantenedora, motivo pelo qual a eventual decisão de intervenção, ordenada pelo Secretário competente, incidirá apenas sobre a instituição irregular que atua na educação superior. Pelo contrário, a mantenedora continuará exercendo suas funções, sujeitando-se somente às decisões do interventor que, na gestão da instituição, gerarem reflexos econômicos. Coloca-se de manifesto que o art. 55 do Decreto nº 5.773/06 não deixa grande margem administrativa ao interventor, que deverá obedecer, integralmente, o despacho do Secretário, quanto à duração e às condições da intervenção.

Como conclusão, Ranieri (2000) ressalta, com toda pertinência, que a suspensão da autonomia (art. 56, Decreto nº 5.773/06), em regra, não pode ser aplicada às universidades, em função do art. 207 da CR/88, cabendo somente para as IES não universitárias com "alta qualificação para o ensino ou para a pesquisa, com base em avaliação realizada pelo Poder Público" (Brasil. Lei nº 9.394, 1996, § 2º, art. 54). Contudo, seria admissível a suspensão ou supressão da autonomia de universidades privadas, se houvesse o descredenciamento da IES como universidade, seguido da alteração dos estatutos das respectivas fundações, nos termos do art. 67 do Código Civil de 2002 (CC/02), ou da modificação dos atos constitutivos das associações ou sociedades civis, segundo arts. 45 e 985 do CC/02, conforme o caso. Para as universidades públicas, além do descredenciamento como universidade na avaliação do padrão de qualidade, dependeria, ainda, da aprovação de legislação nesse sentido, pelo princípio do paralelismo das formas.

Da avaliação da educação superior

Pode-se dizer que, de modo geral, as avaliações são os instrumentos para conseguir a tão desejada qualidade no ensino superior. Para Cury (2005b), a garantia do padrão de qualidade é um princípio constitucional da educação nacional, por estar previsto no art. 206, inciso VII, da 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, 2005c, p. 26). Assim, 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.

Com relação à avaliação das IES, dos cursos superiores e do desempenho acadêmico dos respectivos discentes, o art. 58, §§, Decreto

nº 5.773/06, determina o cumprimento integral da Lei nº 10.861/04 e do Sinaes. Neste ponto, o ato administrativo normativo em tela explicita que o sistema compreende os seguintes processos, destinados a satisfazer suas pretensões e finalidades constitucionais e infraconstitucionais: avaliação institucional interna, avaliação institucional externa, avaliação dos cursos superiores e avaliação do desempenho acadêmico dos estudantes de tais cursos.

O art. 59, *caput* e incisos, do Decreto nº 5.773/06 repete as disposições contidas no art. 4º da Lei nº 10.870/04, estabelecendo, ainda, que o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep) é o órgão responsável pela operacionalização do Sinaes, segundo diretrizes formuladas pela Comissão Nacional de Avaliação da Educação Superior (Conaes), de acordo com os arts. 7º e 8º, inciso II, do mesmo decreto; 6º, incisos I e II, e 8º da Lei nº 10.861/04. Por sua vez, o § 3º, do referido art. 59, Decreto nº 5.773/06, estabelece que todas as avaliações de instituições e cursos apresentarão seu resultado mediante conceitos, com escala de cinco níveis.

Em conformidade com o art. 10, Lei nº 10.861/04, o art. 60, *caput* e seu parágrafo único, Decreto nº 5.773/06 estabelece a obrigação da IES em celebrar protocolo de compromisso, caso sejam obtidos conceitos insatisfatórios nos processos periódicos de avaliação para recredenciamento de instituições, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos superiores de graduação. Cabe à IES a interposição de recurso administrativo antes do referido pacto, segundo prazo e normas a serem expedidas pelo MEC. Antes da modificação instituída pelo Decreto nº 6.303/07 no parágrafo único, do art. 60 do Decreto nº 5.773/06, tal prazo era de dez dias, contados da comunicação do resultado da avaliação pelo Inep.

O mencionado protocolo de compromisso deverá conter os elementos previstos nos incisos do art. 10 da Lei nº 10.861/04 e do art. 61 do Decreto nº 5.773/06, que são idênticos.

> Art. 61 – O protocolo de compromisso deverá conter:
>
> I – o diagnóstico objetivo das condições da instituição;
>
> II – os encaminhamentos, processos e ações a serem adotados pela instituição com vistas à superação das dificuldades detectadas;
>
> III – a indicação expressa de metas a serem cumpridas e, quando couber, a caracterização das respectivas responsabilidades dos dirigentes;
>
> IV – o prazo máximo para seu cumprimento; e
>
> V – a criação, por parte da instituição de educação superior, de comissão de acompanhamento do protocolo de compromisso.
>
> § 1º A celebração de protocolo de compromisso suspende o fluxo do processo regulatório, até a realização da avaliação que ateste o cumprimento das exigências contidas no protocolo (Redação dada pelo Decreto nº 6.303/07).

> § 2º Na vigência de protocolo de compromisso, poderá ser aplicada a medida prevista no art. 11, § 3º, motivadamente, desde que, no caso específico, a medida de cautela se revele necessária para evitar prejuízo aos alunos (Brasil. Decreto nº 5.773, 2006).

Em conformidade com seus parágrafos, ressalta-se que a assinatura do protocolo de compromisso suspende o curso do processo regulatório, até que nova avaliação comprove o cumprimento de todas as exigências contidas no citado documento. Durante a vigência do protocolo de compromisso, poderá ser proferida decisão motivada, para deferir, em caráter preventivo, medida cautelar administrativa suspensiva da admissão de novos alunos,[18] impedindo prejuízos aos discentes, quando a situação indicar sua necessidade.

Com isso, o art. 62, §§, Decreto nº 5.773/06 dispõe que, passado o prazo do protocolo de compromisso, a IES deverá ser submetida a outra avaliação *in loco* pelo Inep, para se constatar o cumprimento de todas as metas estipuladas, objetivando a modificação ou a manutenção do conceito antes atribuído. Procedida a avaliação no local, o Inep emitirá relatório sobre as diligências realizadas, proibindo-se a celebração de outro protocolo de compromisso. Cabe à IES apresentar comprovante do pagamento da taxa da nova avaliação *in loco*, 30 dias antes do vencimento do prazo concedido no protocolo de compromisso, em virtude do parágrafo único, do art. 1º da Lei nº 10.870/04.

Destaca-se que o art. 62, *caput* e seus §§, distingue-se do art. 49, *caput* e seu parágrafo único, ambos do Decreto nº 5.773/06, pelos seguintes motivos.

Na primeira hipótese, trata-se de um procedimento obrigatório e periódico de avaliação, para o recredenciamento de IES, reconhecimento e renovação do reconhecimento de cursos superiores, nos termos das diretrizes do Sinaes. Assim, o art. 62, *caput* e seus §§, Decreto nº 5.773/06, obriga a repetição da avaliação no local.

Na segunda hipótese, apresentada anteriormente, a atividade é de supervisão, dando aplicação ao poder de polícia das secretarias do MEC. Portanto, somente há instalação do procedimento para apuração de irregularidades ou para aplicação de penalidades, quando se constata alguma circunstância que enseja tal processo, sem prejuízo das obrigatórias avaliações periódicas do Sinaes. Dessa forma, existe uma margem de discricionariedade na avaliação *in loco* do processo administrativo de supervisão, depois da concessão do prazo para saneamento das deficiências, tendo em vista a ausência de periodicidade e obrigatoriedade legal, como ocorre com o ciclo avaliativo do Sinaes (Lei nº 10.861/04), e por estar previsto em ato administrativo normativo (Decreto nº 5.773/06).

Da mesma maneira que o art. 10, § 2º da Lei nº 10.861/04, o art. 63, §§ do Decreto nº 5.773/06 prevê que o descumprimento, total ou parcial, do protocolo de compromisso acarretará a instauração de processo administrativo,[19] para sancionar a IES com suspensão provisória da abertura de processo seletivo de cursos de graduação; cassação da

[18] Com base no § 3º, do art. 11 Decreto nº 5.773/06.

[19] A instauração deste processo administrativo é uma medida irrecorrível, por ausência de previsão legal de recurso contra ela.

autorização de funcionamento da IES ou do reconhecimento de seus cursos; e, advertência, suspensão ou perda de mandato do dirigente responsável pela ação não executada, no caso de Instituições Federais de Ensino Superior (Ifes), cada qual com suas peculiaridades, segundo arts. 64,[20] 65[21] e 66[22] do Decreto nº 5.773/06, respectivamente. Para tanto, a IES receberá notificação[23] para, no prazo de dez dias, apresentar sua defesa com todas as matérias fáticas e jurídicas pertinentes. Com ou sem a resposta, o Secretário apreciará todos os elementos do processo, emitirá parecer, que poderá sugerir a aplicação da penalidade cabível no caso ou o arquivamento do feito, encaminhando-o ao CNE, para deliberação. Após a decisão da CES, caberá recurso administrativo ao Conselho Pleno do CNE. Na hipótese da decisão se manifestar pelo arquivamento do feito administrativo, os prazos suspensos pela celebração do protocolo de compromisso voltarão a ter curso (§§ 7º, 8º, do art. 10 Decreto nº 5.773/06), acarretando a extinção imediata do processo regulatório (§ 1º, do art. 61, Decreto nº 5.773/06). Em qualquer caso, a decisão administrativa final deverá ser homologada por portaria do Ministro de Estado da Educação.

Destaca-se que o § 3º, do art. 10 da Lei nº 10.861/04, prevê que as penalidades serão impostas pelo órgão competente do MEC, ou seja, pela SESu, por meio de seu Departamento de Supervisão do Ensino Superior, pela Setec ou pela 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 antes indicadas, 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 5.773/06, é distinto do estabelecido pelos §§ 3º e 4º, do art. 10 da Lei nº 10.861/04, embora o existente no decreto pareça ser mais adequado à realidade da educação superior brasileira, posto que 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 5.773/06: a competência para proferir a decisão sobre a penalidade (na Lei nº 10.861/04 seria do Secretário pertinente, mediante parecer do CNE, enquanto no Decreto nº 5.773/06 seria do CNE, prévio parecer do Secretário), a competência para se julgar o recurso administrativo (na Lei nº 10.861/04 seria do Ministro de Estado da Educação, enquanto no Decreto nº 5.773/06 seria do Conselho Pleno do CNE) e a prescindibilidade ou não da homologação final do ministro (na Lei nº 10.861/04 não haveria necessidade de homologação, porque o ministro julgaria o recurso administrativo, enquanto no Decreto nº 5.773/06 seria indispensável a homologação da decisão administrativa final do CNE, por parte do mesmo ministro, após a análise dos eventuais recursos administrativos, se

[20] Art. 64 – A decisão de suspensão temporária da abertura de processo seletivo de cursos de graduação definirá o prazo de suspensão, que não poderá ser menor que o dobro do prazo fixado no protocolo de compromisso (Brasil. Decreto nº 5.773, 2006).

[21] Art. 65 – À decisão de cassação da autorização de funcionamento da instituição de educação superior ou do reconhecimento de cursos de graduação por ela oferecidos, aplicam-se o disposto nos arts. 57 ou 54, respectivamente (Brasil. Decreto nº 5.773, 2006).

[22] Art. 66 – A decisão de advertência, suspensão ou perda de mandato do dirigente responsável pela ação não executada, no caso de instituições públicas de educação superior, será precedida de processo administrativo disciplinar, nos termos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (Brasil. Decreto nº 5.773, 2006).

[23] A notificação será realizada da mesma forma que a do art. 51 do Decreto nº 5.773/06, isto é, será remetida pelo correio com aviso de recebimento, por telegrama ou por outro instrumento que forneça certeza inequívoca do seu conhecimento por parte da IES interessada.

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 de Estado 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 5.773/06.

Mesmo que se alegue a teoria da antinomia jurídica própria[24] entre o art. 2º da Lei nº 9.131/95 e os §§ 3º e 4º, do art. 10 da Lei nº 10.861/04, não seria possível justificar a validade dos §§ 2º, 3º e 5º, do art. 63 do Decreto nº 5.773/06. 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, recredenciamento 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 10.861/04 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 10.861/04, sem prejuízo da aplicação plena do art. 2º, *caput* e seu parágrafo único da 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 regulamentá-la, já que se trata de lei ordinária, aprovada pelo congresso nacional.

Tal irregularidade, no Decreto nº 5.773/06, prejudicará as sanções jurídicas previstas para o sistema avaliativo federal, podendo haver impugnação perante o Poder Judiciário de qualquer penalidade que venha a ser aplicada pelo emprego do procedimento constante nos §§ 2º, 3º e 5º, do art. 63 do Decreto nº 5.773/06. Por esse motivo, aconselha-se a utilização do procedimento administrativo, existente nos §§ 3º e 4º, do art. 10 da Lei nº 10.861/04, caso haja a necessidade de se sancionar uma IES pelo descumprimento total ou parcial do protocolo de compromisso, celebrado após processo avaliativo periódico do Sinaes. Tal conduta afastará a viável alegação de ilegalidade do ato administrativo sancionador,[25] por afronta direta à lei federal ordinária (§§ 3º e 4º, do art. 10 da Lei nº 10.861/04) e indireta aos arts. 5º, inciso II, 22, inciso XXIV, 59, 61 e seguintes, CR/88. Portanto, os §§ 2º, 3º e 5º, do art. 63 do Decreto nº 5.773/06 são ilegais por ultrapassarem os limites do poder normativo, ao fixar o procedimento do processo administrativo para aplicação de pena-

[24] Para Novelino, 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 – Decreto-lei nº 4.657/42 – LICC); e, III) da especialidade (*lex specialis derogat generalis*)" (art. 2º, § 2º, LICC) (Novelino, 2007, p. 75-76).

[25] Salienta-se a impossibilidade de utilização do controle concentrado ou abstrato de inconstitucionalidade, promovido pelos titulares do direito de ação contidos no art. 103 CR/88, para se hostilizar diretamente norma contida em decreto. Nesse sentido, ver: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 392/DF e nº 589/DF (Brasil. STF. Tribunal Pleno, 1991a, 1991b). Em sentido oposto, demonstrando mudança no entendimento do STF, ver Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2950/RJ (Brasil. STF. Tribunal Pleno, 2007, p. 16).

lidade distinto ao da Lei do Sinaes, contrariando legislação federal que já formulava, de modo quase exaustivo, o princípio da legalidade e a competência originária do Poder Legislativo para aprovar leis. Salienta-se que a referida ilegalidade não atingirá as disposições referentes à supervisão da educação superior, pois elas não foram inseridas nas disposições da Lei nº 10.861/04, o que ensejará diversidade de ritos para as penalidades aplicáveis às hipóteses de supervisão e para as sanções impostas nos casos de avaliação do sistema federal de ensino superior.

Em resumo, as avaliações periódicas do Sinaes, por meio de indicadores, são realizadas interna e externamente, pelas IES e por comissões de especialistas, designados pelo Inep, respectivamente, sob a coordenação e supervisão da Conaes. As informações para as avaliações serão fornecidas pelas próprias instituições, pelos resultados do Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes (Enade), que demonstram o aprendizado dos estudantes das graduações, pelo censo educacional e pelas avaliações dos cursos superiores e de pós-graduação, realizadas pelo Sinaes e pela Coordenação de Aperfeiçoamento do Pessoal de Nível Superior (Capes), respectivamente, considerando-se também o catálogo de denominações de cursos superiores de tecnologia.

Entre os princípios norteadores da nova sistemática avaliativa, está o desejo pela condução à melhoria no desempenho das IES e dos cursos superiores, fornecendo contribuições e não punições. Como a imparcialidade é sempre utópica, a avaliação deve se pautar pelo desejo de questionamento crítico, com a manifestação dos entendimentos divergentes e com as explicitações teóricas, epistemológicas e investigativas. Além disso, a avaliação deverá ser um processo contínuo e cíclico, porque as instituições e os cursos aproveitarão seus resultados para realizar intervenções periódicas em suas atividades.

Para se executar o atual sistema avaliativo em cursos superiores, demanda-se estudo da compatibilidade e sintonia dos Projetos Pedagógicos de Curso (PPC), seus currículos e planos de ensino, dos Projetos Pedagógicos Institucionais (PPI) e dos Planos de Desenvolvimento Institucionais (PDI), por parte dos avaliadores do Inep. Assim, as políticas, decisões e ações acadêmicas, contidas nos PPI, serão efetivadas nos PPC, mediante planejamento prévio administrativo dos PDI. Tais projetos devem ser criados como instrumentos de ação pedagógica e política, para assegurar formação de qualidade aos estudantes, cabendo às comissões de especialistas verificar a subsistência e a conexão de tais meios. Estabeleceram-se conceitos identificadores segundo categorias, grupos de indicadores, indicadores e critérios, constatados mediante juízo valorativo da comissão de especialistas do Inep, sobre a escala de cumprimento de cada elemento. As fontes informativas no processo de avaliação são a documental da IES, os dados qualitativos e quantitativos, a avaliação no local, entrevistas e reuniões com grupos focais, bem como os relatórios dos processos de autoavaliação da própria instituição. Valem, também, os dados da anterior avaliação externa, resultados do Enade, questionários socioeconômicos dos discentes, para os procedimentos de

reconhecimento, renovação de reconhecimento de cursos e recredenciamento de IES.

Finalmente, cabe ressaltar que, antes de se instalar a nova sistemática avaliativa, foram realizadas sessões de audiências públicas em Brasília e em Recife, objetivando a coleta de subsídios para a Comissão Especial de Avaliação da Educação Superior (CEA). De acordo com o manual do Sinaes (Brasil; MEC; Inep, 2007), nas audiências públicas, constataram-se posicionamentos favoráveis à avaliação institucional, "como processo contínuo de aprimoramento, nas suas dimensões interna e externa, a ser consolidada em relatórios complementares, conducentes a uma síntese a ser tornada pública, periodicamente, e a orientar decisões das instituições e do Estado" (Brasil. Inep, 2007, p. 84). Diversas entidades, contudo, demonstraram preocupação com o modelo avaliativo, destinado à formulação de *rankings* que salientam produtos e empregam instrumentos desarticulados entre si, o que acarreta uma permanente necessidade de revisão dos instrumentos avaliativos, caso a lógica atual venha a se mostrar inadequada. Nesse sentido:

> Como observação geral, constata-se não haver, até o momento, uma efetiva articulação entre os diversos instrumentos, nem horizontal, nem verticalmente. A avaliação de maior tradição, a da Capes, não se articula com instrumentos avaliativos da graduação e tampouco com os do ensino técnico.
>
> Com relação à avaliação institucional, como vem sendo praticada, cabe observar ainda que as principais críticas vão na direção de que lhe fizeram falta ajustes no sentido de melhorar a capacitação dos avaliadores para o entendimento desse processo não só em termos de sua articulação com o Sistema Nacional de Avaliação, mas também da sua desejável sintonia com a realidade institucional das IES; faltou-lhe ainda selecionar mais avaliadores que tivessem experiência em processos de gestão e de avaliação; também faltou fazer uma revisão do instrumento de avaliação, para aperfeiçoar os indicadores e a metodologia dos cálculos finais das três dimensões.
>
> O ENC inscreve-se na lógica dos exames, provas ou testes de larga escala utilizados para verificar aquisições de conteúdos ou medir competências dos estudantes. Entre as muitas críticas que lhe são feitas, entre as quais são aqui mencionadas algumas, uma refere-se à sua pretensão de, mediante os resultados dos alunos nos exames, indicar a qualidade de um curso. Outras críticas fundamentam-se na própria teoria da avaliação, segundo a qual esses instrumentos de verificação de rendimentos ou de produtos – exames ou testes – não chegam a ser uma avaliação propriamente dita, pois, em geral, se limitam a fazer verificações ou mensurações. Para a grande maioria dos teóricos da avaliação, a medida e outros instrumentos de verificação e controle não são plena e propriamente avaliação, embora possam fazer parte dela. Além disso, aplicados isoladamente, os exames não podem ser considerados avaliação de aprendizagem, mas quando muito verificação de desempenho de estudantes em uma dada circunstância. Não captam os valores agregados e, então, não permitem compreender as evoluções dos estudantes e tampouco dos cursos. Reduzem o âmbito da Educação Superior ao ensino, sem pôr em questão os significados da formação e da responsabilidade social das IES. Têm o agravante de não se articularem aos demais instrumentos de avaliação. Esse instrumento

> de verificação e mensuração é bastante útil para incrementar regimes de competição e fortalecimento de interesses individuais, porém não para alimentar a solidariedade e a cooperação.
>
> O Censo e o Cadastro, não sendo propriamente avaliações, podem vir a ser instrumentos muito importantes de coleta e de publicação de informações, que, articulados aos demais instrumentos avaliativos, podem ser bastante úteis para orientar a população em geral, as instituições, a comunidade universitária e o MEC. É importante que de modo especial as instituições e o Inep analisem os dados coletados por esses instrumentos e que estes sejam integrados nos processos avaliativos (Brasil. Inep, 2007, p. 85-86).

Destaca-se que o trecho supramencionado é o resumo do diagnóstico dos procedimentos de verificação e avaliação, anteriores à Lei nº 10.861/04 e ao Decreto nº 5.773/06, elaborado pelo manual do Sinaes (Brasil. Inep, 2007), ora apresentado para alertar sobre os erros em que o sistema atual não poderá reincidir.

Conclusões

O constituinte de 1988 determinou que o sistema privado de ensino deixasse de ser uma concessão do Estado, passando ao regime de autorização e de avaliação de sua qualidade (art. 209, inciso II, CR/88). Com isso, instituiu-se a liberdade de aprender e de ensinar, alterando a coexistência de instituições públicas e privadas de educação e convertendo a escola livre para a regular, desde que se obedecesse as diretrizes da educação nacional (art. 22, inciso XXIV, CR/88) e se submetesse às imposições normativas da autorização e da avaliação de qualidade do Poder Público (art. 209 CR/88).

Dessa forma, a partir da evolução constitucional, pôde-se constatar que o ordenamento jurídico brasileiro reconheceu a liberdade de ensino, sob o crivo de um Estado intervencionista e fundante, controlando o sistema educacional por atos administrativos regulatórios, na qualidade de um serviço de utilidade pública.

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 particular. É expedida mediante ato unilateral, precário, por não apresentar garantias ao autorizatário, e com elemento discricionário, dentro dos limites da competência do poder público, não demandando investimentos financeiros por parte da Administração.

Nos dias de hoje, no caso da educação superior privada, extinguiram-se os limites entre a autorização e a concessão por questões políticas. De maneira que os atos autorizativos regulamentados de funcionamento de IES privadas 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 idiossincrasia 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, de 13 de fevereiro de 1995, e 8.666, de 21 de junho de 1993, às autorizações de ensino, tendo em vista os comandos constitucionais contidos nos arts. 205, 206, incisos II e III, 208, inciso V, e 209, incisos I e II, todos da CR/88, bem como a própria existência das Leis específicas nº 9.131/95, 9.394/96, 10.172/01 e 10.861/04.

Assim, a avaliação de qualidade no ensino, em todos os níveis, é uma questão de ordem pública, indisponível, que resulta do fornecimento da educação, como um direito social. A educação tem natureza jurídica de função pública, em conformidade com os arts. 205 e 209, incisos I e II, todos da CR/88.

Como consequência, o fornecimento da educação superior, pelos segmentos público ou particular, incide em dispositivos cogentes, dotados de características inerentes ao interesse público indisponível, tais como os arts. 170, *caput* e seu parágrafo único, 206, inciso VII, 209, incisos I e II, e 211, § 1º, CR/88 e as Leis nº 9.131/95, 9.394/96, 10.172/01 e 10.861/04, segundo os quais o poder público regulamenta as condições da atividade de ensino e a controla por meio dos procedimentos de supervisão e avaliação das IES, ambos previstos no Decreto nº 5.773/06 e em outros atos administrativos normativos.

Nesse contexto, a finalidade principal do serviço de utilidade pública é servir a população e, apenas secundariamente, fornecer renda ao seu explorador. O Estado autorizante não pode se evadir de seu dever de regulamentar, supervisionar, fiscalizar, avaliar e intervir no serviço concedido, sempre que ele não estiver sendo fornecido ao público dentro dos padrões desejáveis de qualidade. Portanto, os procedimentos de supervisão e avaliação da educação superior, existentes no Decreto nº 5.773/06, são manifestações de exercício do poder de polícia, tendo em vista serem atribuições da Administração que lhe permite limitar a liberdade das IES, em benefício do interesse público.

Com relação ao procedimento de supervisão do ensino superior, no sistema federal, devem ser vistos com ressalvas os arts. 54, § 2º, e 57, § 2º do Decreto nº 5.773/06, que resguardam os direitos dos discentes matriculados à conclusão do curso, na impossibilidade de se efetivar as transferências previstas nos §§ 1º, desses dispositivos. A pretensão final à expedição de diplomas pode acarretar prejuízos à sociedade como um todo, posto que os alunos que cumpriram os requisitos legais ora apresentados podem não preencher os conteúdos mínimos necessários ao exercício profissional, seja em função das irregularidades constatadas no curso desativado ou na IES descredenciada, como em virtude da falta de conhecimentos profissionais indispensáveis. Desse modo, os referidos diplomas podem indicar profissionais de qualificação reduzida, o que não é aceitável no Estado Democrático de Direito, que preza pela isonomia dos cidadãos (art. 5º, *caput*, CR/88) e pela manutenção do padrão de qualidade no ensino (arts. 206, inciso VII, 209, inciso II, e 211, § 1º,

CR/88). Tais artigos dependem, então, de regulamentação efetiva, que demonstre os conteúdos mínimos obrigatórios para se expedir tais diplomas aos discentes matriculados que foram prejudicados pelo encerramento das atividades educacionais de certa IES, indicando, também, os elementos delineadores da impossibilidade de transferência para outra instituição, em funcionamento regular.

Além disso, em regra, a suspensão da autonomia (art. 56, Decreto nº 5.773/06) não pode ser aplicada às universidades, em função do art. 207 da CR/88, cabendo somente para as IES não universitárias com "alta qualificação para o ensino ou para a pesquisa, com base em avaliação realizada pelo poder público" (Brasil, 1996, § 2º, art. 54 LDB). Contudo, seria admissível a suspensão ou supressão da autonomia de universidades privadas, se houvesse, primeiro, o descredenciamento da IES como universidade, seguido da alteração dos estatutos das respectivas fundações, nos termos do art. 67 do CC/02, ou da modificação dos atos constitutivos das associações ou sociedades civis, segundo arts. 45 e 985 do CC/02, conforme o caso. Para as universidades públicas, além do descredenciamento como universidade na avaliação da qualidade, dependeria, ainda, da aprovação de legislação nesse sentido, pelo princípio do paralelismo das formas.

No que toca à avaliação da educação superior, o procedimento para se aplicar penalidades às instituições que descumprirem o protocolo de compromisso, prévio processo avaliativo periódico do Sinaes, constante nos §§ 2º, 3º e 5º, do art. 63, Decreto nº 5.773/06, contraria, diretamente, os §§ 3º e 4º, do art. 10 da Lei nº 10.861/04, e, indiretamente, os arts. 5º, inciso II, 22, inciso XXIV, 59, 61 e seguintes, da 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.

Por fim, para escapar de tal ilegalidade, constante nos §§ 2º, 3º e 5º, do art. 63 do Decreto nº 5.773/06, sugere-se o emprego do procedimento administrativo, existente nos §§ 3º e 4º, do art. 10 da Lei nº 10.861/04, caso haja a necessidade de se 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 5.773/06, 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.

Referências bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. 665p.

BELLONI, Isaura. A educação superior na nova LDB. In: BRZEZINSKI, Iria (Org.). *LDB interpretada*: diversos olhares se entrecruzam. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2003. Cap. 7, p. 129-146.

BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 237-533.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>.

BRASIL. Decreto nº 2.026, de 10 de outubro de 1996. Estabelece procedimentos para o processo e avaliação dos cursos e instituições de ensino superior. Revogado pelo Decreto nº 3.860, de 9 de julho de 2001. *Diário Oficial da União*, Brasilia, 11 out. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D2026.htm

_____. Decreto nº 2.306, de 19 de agosto de 1997. Regulamenta, para o Sistema Federal de Ensino, as disposições contidas no art. 10 da Medida Provisória nº 1.477-39, de 08 de agosto de 1997, e nos arts. 16, 19, 20, 45, 46 e § 1º, 52, parágrafo único, 54 e 88 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 20 ago. 1997. In: RANIERI, Nina Beatriz. *Educação superior, direito e Estado*: reflexões sobre a Lei de Diretrizes e Bases (Lei nº 9.394/96). São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Fapesp, 2000. Anexo 5, p. 345-355. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2306impressao.htm>.

BRASIL. Decreto nº 5.773, de 9 de maio de 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 da União*, Brasília, 10 maio 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5773.htm>.

_____. Decreto nº 6.303, de 12 de dezembro de 2007. Altera dispositivos dos Decretos nº 5.622, de 19 de dezembro de 2005, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e 5.773, de 9 de maio de 2006, que 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 da União*, Brasília, 13 dez. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6303.htm>.

BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep). *SINAES: Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior*: da concepção à regulamentação. 4. ed. Brasília, 2007. 224p.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 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 da União*, Brasília, 22 jun. 1993. Republicada em 6 jul. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 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 da União*, Brasília, 14 fev. 1995. Republicada em 28 set. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm>.

_____. Lei nº 9.131, de 24 de novembro de 1995. Altera dispositivos da Lei nº 4.024, de 20 dez. 1961, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 nov. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9131.htm>.

_____. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>.

_____. Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996. Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de

Valorização do Magistério, na forma prevista no art. 60, § 7º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9424compilado.htm>.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º fev. 1999. Retificada em 11 mar. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>.

_____. Lei nº 10.172, de 9 de janeiro de 2001. Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 jan. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>.

_____. Lei nº 10.861, de 14 de abril de 2004. Institui o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAES – e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 abr. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.861.htm>.

_____. Lei nº 10.870, de 19 de maio de 2004. Institui a Taxa de Avaliação *in loco* das instituições de educação superior e dos cursos de graduação e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 mai. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.870.htm>.

_____. Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007. Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, de que trata o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; altera a Lei nº 10.195, de 14 de fevereiro de 2001; revoga dispositivos das Leis nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996, 10.880, de 9 de junho de 2004, e 10.845, de 5 de março de 2004; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 jun. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11494.htm>.

BRASIL. Ministério da Educação. Gabinete do Ministro. *Portaria 755*. EMENTA: Renovação do reconhecimento dos cursos superiores de graduação com conceitos D ou E. Expedida em 11 de maio de 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). 1ª Seção. *Mandado de Segurança nº 5230/DF*. EMENTA: Processual. Mandado de segurança. Ministro da Educação. Transferência de aluno universitário. Competência da própria universidade. Em razão da autonomia universitária, reserva-se a estas entidades a competência para

conceder matrículas em seus respectivos cursos. O Ministro da Educação carece de competência para tanto. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Votação unânime; julgamento em 10 de dezembro de 1997. 1997. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 8 jun. 1998. Seção 1, p. 3. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 18 mar.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 392/DF*. EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Regulamento. Possível extravasamento revelado quando da edição de regulamento resolve-se no campo da legalidade. Descabe, no caso, discuti-lo em demanda direta de inconstitucionalidade. A Portaria nº 773, do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça consubstancia o regulamento de que cogita o artigo 74 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança), sendo impróprio o ajuizamento, contra ela, da citada demanda. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento em 20 de junho de 1991. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 23 ago. 1991a. Seção 1, p. 11264. [RTJ 137-01/75]. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 18 mar. 2008.

_____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 589/DF*. EMENTA: Constitucional. Administrativo. Decreto regulamentar. Controle de constitucionalidade concentrado. I. Se o ato regulamentar vai além do conteúdo da lei, pratica ilegalidade. Neste caso, não há falar em inconstitucionalidade. Somente na hipótese de não existir lei que preceda o ato regulamentar, e que poderia este ser acoimado de inconstitucional, assim sujeito ao controle de constitucionalidade. II. Ato normativo de natureza regulamentar que ultrapassa o conteúdo da lei não esta sujeito a jurisdição constitucional concentrada. Precedentes do S.T.F.: ADINs nº 311-DF e 536-DF. III. Ação Direta de Inconstitucionalidade não conhecida. Rel. Min. Carlos Velloso. Julgamento em 20 de setembro de 1991. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 18 out. 1991b. Seção 1, p. 14549. [RTJ 137-03/1100]. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 18 mar. 2008.

_____. *Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2950/RJ*. EMENTA: Agravo regimental na ação direta de inconstitucionalidade. Ação direta que questiona a constitucionalidade de decreto estadual. Função normativa, regulamento e regimento. Ato normativo que desafia o controle de constitucionalidade concentrado. Negativa de seguimento. Artigo 102, inciso I, alínea "a", da Constituição do Brasil. Reforma do ato que negou seguimento à ADI. 1. Estão sujeitos ao controle de constitucionalidade concentrado os atos normativos, expressões da função normativa, cujas espécies compreendem a função regulamentar (do Executivo), a função regimental (do Judiciário) e a função legislativa (do Legislativo). Os decretos que veiculam ato normativo também devem sujeitar-se ao controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal

Federal. 2. O Poder Legislativo não detém o monopólio da função normativa, mas apenas de uma parcela dela, a função legislativa. 3. Agravo regimental provido. Rel. Min. Eros Grau, Brasília, 06 out. 2004. *Diário de Justiça da União*, Brasília, 9 fev. 2007. Seção 1, p. 16. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 18 mar. 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 1056 p.

CUNHA, Luiz Antonio. O ensino superior no octênio FHC. *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 24, n. 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. p. 91-135.

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

_____. Educação superior: setor público e iniciativa privada. In: MORHY, Lauro (Org.). *Universidade em questão*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003. v. 1, p. 473-486.

_____. A Educação nas constituições brasileiras. In: STEPHANOU, Maria; BASTOS, Maria Helena Câmara (Orgs.). *Histórias e memórias da educação no Brasil*: século 20. Petrópolis: Vozes, 2005a. v. 3, Cap. 1, p. 19-29.

_____. Gestão democrática dos sistemas públicos de ensino. In: OLIVEIRA, Maria Auxiliadora Monteiro (Org.). *Gestão educacional*: novos olhares, novas abordagens. Petrópolis: Vozes, 2005b. p. 15-21.

_____. 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, 2005c. Cap. 1, p. 3-30.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 751 p.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007. v. 1, 513 p.

MOROSINI, Marília. O ensino superior no Brasil. In: STEPHANOU, Maria; BASTOS, Maria Helena Câmara (Orgs.). *Histórias e memórias da educação no Brasil*: século XX. Petrópolis: Vozes, 2005. v. III, Cap. 20, p. 296-323.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 520 p.

NUNES, Pedro dos Reis. Autuar. In: _____. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993. p. 117.

RANIERI, Nina Beatriz. *Educação superior, direito e Estado na Lei de Diretrizes e Bases (Lei nº 9.394/96)*. São Paulo: Ed. USP, Fapesp, 2000. 408 p.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo*. 2. ed. Madri: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2000. v. II, 736 p.

SAVIANI, Dermeval. *A nova lei da educação*: trajetória, limites e perspectivas. 9. ed. Campinas: Autores Associados, 2004. 246p.

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.

Magno Federici Gomes, pós-doutor em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa, Portugal, é professor e coordenador do Serviço de Assistência Judiciária da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas), unidade São Gabriel, e professor titular da Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen.

magnofederici@hotmail.com

Recebido em 25 de agosto de 2008.
Aprovado em 17 de abril de 2009.