
A NECESSIDADE DA REFORMULAÇÃO DA ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO DIANTE DA PROPAGAÇÃO DA ABERTURA DE CURSOS SUPERIORES POR ENTIDADES PRIVADAS QUE NÃO INTEGRAM O SISTEMA FEDERAL DE ENSINO

*João Paulo Santos Borba
Advogado da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O ensino superior no Brasil e a fiscalização realizada pelo Poder Público; 1.1 O serviço educacional prestado por entidades privadas; 1.2 O poder de polícia no controle da atividade educacional; 1.3 O problema dos cursos superiores irregulares; 2 As vicissitudes relacionadas à prestação irregular do serviço educacional por entidade privada; 2.1 O crescimento do ensino superior privado no Brasil; 2.2 A prestação do serviço educacional sem autorização estatal; 2.3 Os prejuízos experimentados pelos estudantes; 2.4 A Inexistência de entidade fiscalizadora; 3 O aprimoramento do controle estatal da prestação irregular do serviço educacional; 3.1 O aperfeiçoamento da legislação; 3.2 A criação de ente específico de fiscalização; 3.3 A possibilidade de convalidação dos estudos; 3.4 A criminalização da atividade educacional irregular; 3.5 A conscientização e participação ativa dos cidadãos; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho investiga o problema da prestação do serviço educacional por entidade privada sem autorização estatal. Inicialmente (primeiro capítulo), são apresentadas considerações gerais a respeito do ensino superior no Brasil. Também, são abordadas peculiaridades do poder de polícia. Ademais, é demonstrada a propagação dos cursos superiores irregulares. Em seguida (segundo capítulo), apresentam-se peculiaridades a respeito do funcionamento irregular de curso superior. São mencionados os prejuízos causados aos estudantes e a situação da deficitária fiscalização realizada pelo Poder Público. Posteriormente (terceiro capítulo), são propostas medidas para o aprimoramento da fiscalização e do combate efetivo da abertura irregular de cursos superiores. Por fim (conclusão), são apresentadas considerações finais sobre a necessidade do enfrentamento do referido problema pelo Poder Público, tendo em vista que a educação de qualidade é de fundamental importância para o desenvolvimento da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Ensino Superior. Cursos Universitários Oferecidos por Agentes Privados. Ausência de Autorização Estatal. Poder de Polícia. Aperfeiçoamento do Controle Estatal. Ministério da Educação – MEC.

ABSTRACT: This paper investigates the problem of educational services providing by private entity without state authorization. Initially (first chapter), general considerations are presented regarding higher education in Brazil. In addition, peculiarities about police power are also addressed. Moreover, it demonstrated the spread of irregular degree courses. Then (second chapter), we will introduce peculiarities about the malfunction of some higher education programs. It will be mentioned the damage caused to the students and the situation of deficient inspection conducted by the Government. Later (third chapter), measures are proposed to improving oversight and effective actions against the opening of irregular higher courses programs. Eventually (conclusion), it will presented final thoughts on the necessity of confronting the mentioned problem in the Government fields, considering that the maintenance of standards of quality in education is fundamental to the development of society.

KEYWORDS: Higher Education. University Courses Offered by Private Agents. Absence of State Authorization. Police Power. Improvement of State Control. Ministry of Education.

INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre a problemática vivenciada pelos estudantes e por toda sociedade em face da prestação irregular do serviço educacional por entidade privada, que oferece curso superior sem integrar oficialmente o sistema federal de ensino, assim como sobre a necessidade do aperfeiçoamento dos mecanismos utilizados pelo Poder Público para coibir essa prática.

Na perspectiva de operador de direito e de Advogado da União, que prestou assessoramento jurídico no Ministério da Educação - MEC por mais de 06 (seis) anos, chamou-me a atenção a impressão de que a Administração Pública Federal não dispunha de um aparato legal e de uma estrutura orgânica apta a prevenir e reprimir as situações envolvendo os problemas causados pela abertura de cursos superiores sem autorização estatal.

Além disso, é perceptível que o expressivo interesse de parcela significativa da sociedade em obter a formação educacional superior resultou no panorama atual da expansão relevante do ensino superior privado no Brasil, tendo em vista o seu caráter de atividade econômica lucrativa.

A consequência lógica desse crescimento foi o surgimento de entidades privadas de ensino superior que funcionam sem autorização do Ministério da Educação.

Deste modo, tem-se que a temática acima apresentada demonstra-se atual e relevante, porquanto a prestação do serviço educacional por instituição particular de ensino sem a prévia autorização estatal resulta em significativos danos aos estudantes, notadamente no que se refere à impossibilidade de obtenção do certificado válido de conclusão de curso superior.

Para investigar esses aspectos e problemas acima delimitados, o presente trabalho propõe uma análise pautada em três capítulos, assim intitulados: i – Considerações sobre o ensino superior no Brasil e a fiscalização realizada pelo Poder Público; ii – A problemática envolvendo a prestação irregular do serviço educacional por entidade privada; iii – O aperfeiçoamento do combate da prestação irregular do serviço educacional.

No primeiro capítulo, inicialmente, são apresentados dados estatísticos sobre a expansão do ensino superior no Brasil, buscando-se demonstrar que a prestação do serviço educacional por entidade privada caracteriza-se como atividade econômica.

Posteriormente, são abordadas questões referentes ao exercício poder de polícia pelo Ministério da Educação, quanto à observância do princípio da legalidade e às entidades que estão submetidas à fiscalização estatal.

Ademais, no primeiro capítulo, busca-se demonstrar a questão da prestação do serviço educacional por entidades privadas que não integram o sistema federal de ensino, assim como os prejuízos experimentados pelos estudantes que ingressaram em curso superior que não possuem autorização estatal.

No segundo capítulo, investiga-se se o crescimento do ensino superior privado decorre da crescente demanda social em ingressar em curso superior, porquanto o ingresso no mercado de trabalho está relacionado à obtenção da devida qualificação acadêmica. E que a atual política pública educacional justifica a expansão da prestação do serviço educacional por entidades privadas, tendo em vista a impossibilidade da absorção de todos os estudantes pela rede pública de ensino superior.

Explicita-se, ainda, em razão da significativa rentabilidade da atividade educacional, que existem entidades privadas que oferecem cursos superiores sem a prévia autorização estatal, cuja consequência é a impossibilidade dos estudantes obterem certificado válido de conclusão de curso superior.

Aborda-se, também, a inexistência de disciplina legal para dirimir a situação do estudante que não pode obter o diploma válido de conclusão de curso superior e que a fixação de indenização pecuniária e a imputação de responsabilidade penal não dirimem a problemática existente.

Além disso, no segundo capítulo, avalia-se a questão da inexistência de ente público cuja atribuição específica seja coibir a prestação irregular do serviço educacional, que parece resultar no agravamento dessa situação.

No terceiro capítulo, aborda-se a necessidade da criação do arcabouço legal para que ocorra o devido enfrentamento pela Administração Pública da prestação irregular do serviço educacional.

Argumenta-se acerca da criação de agência reguladora destinada a fiscalizar a atividade educacional como importante instrumento de combate à oferta de curso superior sem a prévia autorização estatal. Além disso, em razão do seu poder normativo, pergunta-se se seria possível a resolução da problemática sobre a impossibilidade de obtenção do diploma nas hipóteses da prestação irregular do serviço educacional.

Investiga-se, também, se a criminalização da conduta referente à prestação irregular do serviço educacional constitui meio hábil a desestimular esse tipo de prática e, por consequência, de salvaguardar os interesses dos estudantes.

Por fim, no terceiro capítulo, pergunta-se se é necessária a promoção de campanhas educativas com a finalidade de conscientizar a sociedade que a atuação conjunta do cidadão com o Estado é imprescindível para fiscalizar a prestação do serviço educacional por entidade privada.

Deste modo, por meio deste trabalho, pretende-se refletir sobre as vicissitudes advindas da proliferação da abertura de cursos superiores

sem autorização estatal e da necessidade do aperfeiçoamento da legislação pátria com a finalidade de combater de forma eficiente esse tipo de prática e de salvaguardar os interesses de todos os estudantes.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O ENSINO SUPERIOR NO BRASIL E A FISCALIZAÇÃO REALIZADA PELO PODER PÚBLICO

1.1 O Serviço Educacional Prestado por Entidades Privadas

A última década foi marcada pela expressiva expansão do ensino superior brasileiro, notadamente em razão do crescimento significativo da prestação do serviço educacional por entidades privadas.

No ano de 2002, o número de matrículas realizadas nos diversos cursos de graduação ofertados por instituições privadas e públicas foi de aproximadamente 3.500.000 (três milhões e quinhentos mil)¹.

Já no ano de 2011, o número de alunos matriculados foi em torno de 7.000.000 (sete milhões), sendo que aproximadamente 5.000.000 (cinco milhões) de matrículas, o que representa mais de 70% (setenta por cento)², foram realizadas em entidades privadas de ensino superior.

É possível verificar, a partir da análise numérica acima apresentada, que, ao longo de quase uma década, o quantitativo de discentes que ingressaram no ensino superior duplicou, o que evidencia o intento de uma parcela significativa da sociedade em obter a formação educacional superior.

Também é factível depreender-se dos mencionados dados que a iniciativa privada ocupa posição de relevo na prestação do serviço educacional no Brasil, sendo responsável por acolher significativo número de discentes que objetivam alcançar a formação acadêmica do ensino superior.

Diante desse atual cenário da crescente expansão da prestação do serviço educacional por entidades privadas e do número significativo de estudantes que ingressam nos seus cursos de graduação, é possível pressupor o surgimento e a proliferação das mais diversas espécies de conflito de interesses entre os atores sociais (governo, dirigentes, professores, alunos, empregados em geral, etc.) envolvidos nas relações jurídicas daí advindas.

Como exemplos dos inúmeros conflitos envolvendo os estudantes e as entidades privadas de ensino, é possível destacar: i) a cobrança de valor abusivo de mensalidade escolar (contraprestação pecuniária pelo serviço educacional prestado); ii) a cobrança de valor pecuniário específico pela

1 BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. Disponível em: <http://download.inep.gov.br/educacao_superior/censo_superior/resumo_tecnico/resumo_tecnico_censo_educacao_superior_2011.pdf>. Acesso em: 09 set. 2013.

2 Ibidem.

expedição do certificado de conclusão de curso superior; iii) a deficiência de qualidade do ensino ofertado; e iv) a prestação de serviços educacionais sem autorização oficial do Ministério da Educação³.

A relação existente entre discentes e instituições privadas de ensino, como fato social expressivo da atualidade, que envolve um universo crescente de pessoas em busca do almejado aperfeiçoamento acadêmico, traduz uma realidade jurídica que deve ser devidamente disciplinada pelo ordenamento jurídico e analisada pelos operadores do direito com a devida cautela e parcimônia, em face das nuances que lhe são peculiares – dentre as quais se destacam a preservação do direito constitucional à educação de qualidade, a relevância para sociedade na formação acadêmica de cidadãos conscientes dos seus direitos e deveres, e a formação de profissionais qualificados.

Em face da relevância da prestação da atividade educacional por entidades privadas, é importante analisar o tema à luz das disposições constitucionais pertinentes.

O art. 209, incisos I e II, da Constituição da República⁴ dispõe que a prestação de serviços educacionais é livre à iniciativa privada, sendo necessário o cumprimento das normas gerais de educação nacional, bem como a prévia autorização e a constante avaliação da qualidade do ensino pelo Poder Público, *in verbis*:

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.

A partir da leitura da norma constitucional acima transcrita e de acordo com a classificação conceitual de serviço público defendida por Alexandre Santos Aragão⁵, tem-se que a prestação do serviço educacional por entidade privada pode ser compreendida como uma espécie de atividade econômica.

O mencionado autor contextualiza a possibilidade do exercício da atividade educacional tanto pela iniciativa privada como pelo setor

3 A terminologia “autorização do Ministério da Educação” é utilizada no presente trabalho com o significado de consentimento estatal para ofertar curso superior à sociedade. Registre-se, ainda, que a legislação pátria faz a nítida distinção entre credenciamento, autorização e reconhecimento de curso superior.

4 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09 set. 2013.

5 A referida classificação sobre o serviço público encontra-se no terceiro Capítulo (p. 143 a 154) do livro *Direito dos serviços públicos e no artigo doutrinário assim intitulado: O conceito de serviços públicos no direito positivo brasileiro*, ambos de autoria de Alexandre Santos de Aragão.

público, ressaltando o seu caráter de atividade econômica quando desempenhado por entidades privadas.⁶Dessa forma, destaca que:

Há uma série de atividades assistenciais e culturais (saúde e educação, e, mais tarde, cultura, lazer, pesquisas científicas etc.) que na Idade Média eram satisfeitas por ordens religiosas, de caridade e outros entes intermediários entre os indivíduos e o poder político, como as corporações de ofício. Com a proscrição dos entes intermediários pelas revoluções liberais, o Estado teve que assumir estas atividades (cf. tópico 2.4).

Porém, a iniciativa privada pôde, via de regra, ultrapassado o furor revolucionário liberal, voltar a explorá-las. Nesse momento, os entes intermediários sem fins lucrativos também foram reabilitados para o seu exercício.

O Estado, no entanto, por impossibilidade desses atores não-estatais atenderem de forma integral as exigências da sociedade, muitas vezes constitucionalmente positivadas, não poderia voltar a deixar de atendê-las, deixando-as novamente apenas com a iniciativa privada e com o terceiro setor. A partir de então, essas atividades passaram a ser chamadas de serviços públicos (sociais ou culturais) quando prestadas, e não apenas fiscalizadas, pelo Estado.

Elas possuem a peculiaridade de poderem ser prestadas tanto pelo Estado como pela iniciativa privada, com ou sem fins lucrativos. São atividades econômicas com potencial lucrativo, mas que, mesmo não sendo monopólios naturais, o mercado e o terceiro setor não são capazes de por si só satisfazer os fortes interesses coletivos em usufruí-las.

[...]

Entendemos, no entanto, como já exposto no tópico 4.4.4 supra, que, apesar da plausibilidade da tese exposta, essas atividades (saúde, educação etc.) devem ser denominadas em seu conjunto como “serviços compartilhados”, sendo que, quando exploradas pelos particulares, são atividades econômicas privadas, eventualmente, de interesse público ou regulamentadas (caso sujeitas às autorizações operativas, que serão analisadas no Capítulo seguinte), e, quando exploradas pelo Poder Público, são serviços públicos sociais, espécie classificatória do gênero serviço público caracterizada, ao contrário dos demais serviços públicos, pela inexistência da reserva de titularidade estatal.

6 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 180/881 – 185.

Nesse sentido, entende-se adequado o entendimento de que a prestação do serviço educacional por instituição privada de ensino pode ser compreendida como exercício da atividade econômica de interesse público, sendo certo, outrossim, que as entidades privadas de ensino encontram-se jungidas às normas gerais da educação nacional e, por consequência, ao poder de polícia da União, por meio do Ministério da Educação (art. 209, incisos I e II, da C.F.).

Tal entendimento corrobora a idéia de que o exercício prestação de serviço educacional por entidade privada de ensino encontra-se jungido à atuação do poder de polícia do Ministério da Educação, razão pela qual a compreensão do referido instituto jurídico é essencial para determinar a delimitação de atuação estatal nessa seara.

1.2 O Poder de Polícia no Controle da Atividade Educacional

A doutrina pátria compreende o poder de polícia como o meio utilizado pela Administração Pública com o escopo de condicionar, restringir e limitar o exercício de atividade, o uso e gozo de bens e direitos pelos particulares, em nome do interesse da coletividade.

Desse modo, o exercício de direitos conferidos pelo ordenamento jurídico pátrio deve ser compreendido de acordo com o bem-estar social, pelo que a fruição das prerrogativas inerentes à liberdade, à propriedade e à atividade econômica deve estar em plena consonância com o bem coletivo, não prejudicando a persecução do interesse da sociedade⁷.

É imperioso lembrar o conceito de poder de polícia, estabelecido no art. 78 do Código Tributário Nacional - CTN:

Art. 78 Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do poder público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.⁸

Não obstante o dispositivo legal fazer referência à conceituação da expressão poder de polícia, depreende-se que a referida definição não

7 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 815/816.

8 BRASIL. *Lei n. 5.172, 25 de outubro de 1966*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 09 set. 2013.

abarca toda atividade estatal relacionada ao tema, cujo instituto jurídico também revela a limitação ao exercício de direitos⁹.

O conceito apresentado por José dos Santos Carvalho Filho¹⁰ sobre o poder de polícia sintetiza as suas principais características, dentre elas, a atuação da Administração Pública, com supedâneo legal, no sentido de salvaguardar o interesse da sociedade, por meio do disciplinamento da fruição do direito à liberdade e do direito à propriedade, a saber:

A expressão poder de polícia comporta dois sentidos, um amplo e um estrito. Em sentido amplo, poder de polícia significa toda e qualquer ação restritiva do Estado em relação aos direitos individuais. Sobreleva nesse enfoque a função do Poder Legislativo, incumbido da criação do *ius novum*, e isso porque apenas as leis, organicamente consideradas, podem delinear o perfil dos direitos, elastecendo ou reduzindo o seu conteúdo. É princípio constitucional o de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF).

[...]

De nossa parte, entendemos se possa conceituar o poder de polícia como a 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.

Afigura-se, assim, que a cogente observância do princípio da legalidade na atuação da Administração Pública é medida que se impõe também no exercício do poder de polícia, conforme prevê o art. 37, *caput*, da Constituição Federal¹¹:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...].

Não obstante a clareza da dicção do art. 37, *caput*, da Constituição da República, no que se refere à submissão da Administração Pública ao princípio da legalidade no desempenho das suas atividades, máxime no

9 FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). *Código Tributário Nacional Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.78.

10 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 82/83.

11 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09 set. 2013.

exercício do poder de polícia, vale acrescentar os seguintes ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho¹²:

Só nos casos expressamente previstos na Constituição podem ser restringidos os direitos, liberdades e garantias e só a lei os pode restringir (art. 18.º/2: reserva de lei restritiva).

Os direitos, liberdades e garantias só podem ser restringidos por lei. Articulado o art. 18.º/2 com outros preceitos da Constituição (art. 162.º/2, 164.º e 165.º), a exigência da forma de lei para a restrição de direitos, liberdades e garantias tem um alcance jurídico-constitucional bem definido. A intervenção de um acto legislativo (e não de qualquer outro acto normativo) com a forma de lei da AR (sic) para a limitação de direitos, liberdades e garantias (art. 165.º/1-c) reafirma a ideia do Parlamento como órgão “amigo” das liberdades, e da “reserva de lei do Parlamento” como instrumento privilegiado da defesa dos direitos, mesmo quando está em causa a própria restrição desses direitos.

No mesmo sentido, convém colacionar o entendimento Celso Antônio Bandeira de Melo¹³ sobre a estreita relação existente entre o princípio da legalidade e o exercício do poder de polícia pela Administração Pública:

[...]

Só a lei pode fixar os condicionantes do exercício da liberdade e da propriedade. Ato inferiores, como o regulamento, as resoluções, as portarias e as declarações jurídicas concretas, não têm este poder.

18. A este respeito calham à fiveleta oportuníssimas considerações de Eduardo Garcia de Enterría, um dos mais renomados administrativos europeus da atualidade. O ilustre mestre, referindo-se às chamadas “limitações administrativas à liberdade e a propriedade”, habitualmente conhecidas como “Poder de Polícia”, anota que são inadmissíveis no Estado de Direito, quando carentes de prévia estatuição legal, por incompatíveis com o princípio da legalidade, nada mais representando senão ressaibos do Estado absolutista. Daí os seguintes lapidares ensinamentos que merece literal transcrição: “Resultará óbvio recordar que, conforme à técnica comum da legalidade que já estudamos a Administração precisa de um respaldo normativo explícito para poder

12 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p.453.

13 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Poder de Polícia da Economia e Princípio da Legalidade. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n. 67, p. 41, jul./set. 1983.

atuar quaisquer das técnicas de limitação de direitos que expusemos. De outra parte, isto também é exigido por tratar-se de uma restrição de faculdades, de exercício de direitos, cuja construção positiva encontra-se também em outras normas, o que supõe a alteração delas ou, pelo menos, um condicionamento de sua eficácia plena. Deste modo resulta *excluída, sem vacilação, a possibilidade de que a Administração possa impor medidas limitativas dos direitos, remetendo-se, apenas, a um juízo ocasional, sem norma legal que ampare a medida.* (grifo no original)

Apesar da aparente obviedade, o exercício do poder de polícia pelo Ministério da Educação também se encontra diretamente vinculado aos ditames legais (princípio da legalidade), notadamente no que se refere às matérias e às entidades aqui estudadas, sendo certo que nem todas as matérias de cunho educacional, assim como nem todas as entidades que prestam serviço educacional encontram-se no âmbito da atividade regulatória¹⁴ do Ministério da Educação, dada a ausência de permissivo legal para tanto.

A abordagem acima apresentada demonstra que a compreensão sobre a cogente observância do princípio da legalidade pela Administração Pública, inclusive em relação ao exercício do poder de polícia pelo Ministério da Educação, ganha contornos singulares, haja vista a íntima relação existente entre os referidos institutos jurídicos (princípio da legalidade e poder de polícia).

Diante de diversas peculiaridades que podem envolver o vínculo jurídico existente entre a Administração Pública e o administrado – a mutabilidade, a complexidade e a diversidade das relações sociais subjacentes –, é possível vislumbrar o reconhecimento da ampliação conceitual do atual sentido de legalidade, o qual não se encontra adstrito, tão somente, a um conceito formalista e literal.

No que tange à ampliação atual da concepção de legalidade, assim como a ultrapassada compreensão de que a Administração Pública seria uma mera executora de leis formais¹⁵, Vitor Rhein Schirato destaca que:

[...]

Passa a ser fundamental um alargamento da noção de legalidade, não se referindo apenas à lei formal, mas sim a todo um bloco de legalidade integrado por diversas fontes normativas que compõem o ordenamento

14 A acepção da expressão função/atividade regulatória significa, neste trabalho, o controle estatal da prestação de serviço de interesse da coletividade que é ofertado por entidade privada.

15 SCHIRATO, Vitor Rhein. Algumas considerações atuais sobre o sentido de legalidade na Administração Pública. *Interesse Público*. Minas Gerais, nº 47, 2008. p. 154-156.

jurídico, incluindo, sobretudo, a Constituição, como mais alta norma do Ordenamento Jurídico.

Esse alargamento tem como fundamento (i) a impossibilidade de existência de previsão legal de todas as condutas possíveis da Administração Pública e (ii) a necessidade de ampliação do escopo do controle da atividade administrativa, mediante o aumento das normas que vinculam a atividade administrativa, em razão da inexistência de previsão expressa em lei de todas as condutas da Administração Pública.

[...]

A consequência primordial dessa construção alargada da legalidade, como muito bem ressalta o autor, é o alargamento das normas às quais a Administração Pública mesmo nos casos em que não haja previsão legal específica e nos quais os valores consagrados na Constituição devam ser tutelados.

Em vista do exposto, entendemos, no que concerne ao verdadeiro substrato hodierno do Princípio da Legalidade, que não mais se pode falar em legalidade como sinônimo de lei formal, mas sim que há uma obrigação de referir-se à legalidade como um bloco normativo integrado pela Constituição e pelos demais valores consagrados e normas integrantes do Ordenamento Jurídico.

Com efeito, a possibilidade de o Poder Público atuar sem o apego ao legalismo formal não conduz à intelecção de que a Administração Pública pode agir sem amparo das normas existentes no ordenamento jurídico, pelo que o poder de polícia deve ser exercido à luz da legalidade ampla, também denominada de juridicidade.

Nesse sentido, vale transcrever o entendimento de Gustavo Binbenbojm¹⁶ sobre a leitura do princípio da legalidade sob o enfoque do princípio da juridicidade administrativa, como fundamento para atuação da Administração Pública:

Com a constitucionalização do Direito Administrativo, a lei deixa de ser o fundamento único e último da atividade administrativa. A Constituição – entendida como sistema de regras e princípios – passa a constituir o cerne da vinculação administrativa à juridicidade. A legalidade, embora ainda muito importante, passa a constituir apenas um princípio do sistema de princípios e regras constitucionais. Passa-se, assim, a falar em um

16 BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 12/13.

princípio da juridicidade administrativa para designar a conformidade da atuação da Administração Pública ao direito como um todo, e não mais apenas à lei.

Talvez o mais importante aspecto dessa constitucionalização do Direito Administrativo seja a ligação direta da Administração aos princípios constitucionais, vistos estes como núcleos de condensação de valores. A nova principiologia constitucional, que tem exercido influência decisiva sobre outros ramos do direito, passa também a ocupar posição central na constituição de um Direito Administrativo democrático e comprometido com a realização dos direitos do homem.

[...]

A ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independentemente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).

Afigura-se, portanto, que a atuação da Administração Pública, abarcando, logicamente, o desempenho do poder de polícia, requer autorização expressa legislativa ou mesmo autorização implícita, decorrente diretamente da norma constitucional que imponha um dever de atuação à Administração Pública¹⁷.

Em razão da sua relevância para análise atual do princípio da legalidade, é necessário explicitar a acepção do vocábulo “juridicidade”, que pode ser compreendido como sinônimo de legalidade, conforme os ensinamentos de Alexandre Santos Aragão¹⁸:

[...]

É assim, que, tomando por referência a nomenclatura de José Manuel Sérvulo Correia, não adotamos, nem uma legalidade meramente formal,

17 SCHIRATO, op. cit., p. 158.

18 ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 65, p.7, out. 2008.

que não fornece pautas de controle da substância dos atos, nem uma legalidade substancial de excessiva densidade normativa, que exige que a lei estabeleça pelo menos parte do conteúdo dos atos a serem expedidos, o que muitas vezes não é compatível com a dinâmica da atividade administrativa, principalmente.

A isto poderiam ser dados vários nomes: legalidade formal axiológica, legalidade material leve ou, o que preferimos, simplesmente legalidade principiológica, no sentido de que as atribuições de poderes pela lei devem, por sucintas que sejam, ser pelo menos conexas com princípios que possibilitem o seu controle; princípios aqui considerados em seu sentido amplo, abrangendo finalidades, políticas públicas, standards etc. Trata-se, portanto, de uma visão neo-positivista do Princípio da Legalidade, resultando de um sistema constitucional tendencialmente principialista.

Com efeito, evoluiu-se para se considerar a Administração Pública vinculada não apenas à lei, mas a todo um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade, com diversas Constituições (por exemplo, a alemã e a espanhola) passando a submeter a Administração Pública expressamente à “lei e ao Direito”, o que também se infere implicitamente da nossa Constituição e expressamente da Lei do Processo Administrativo Federal (art. 2.º, parágrafo único, I, da Lei 9.784/1999). A esta formulação dá-se o nome de Princípio da Juridicidade ou da legalidade em sentido amplo.

No tocante ao poder de polícia desempenhado pelo Ministério da Educação, apesar de seu exercício não se encontrar adstrito, tão somente, à lei infraconstitucional, consoante os argumentos acima declinados, é imprescindível expor as diretrizes normativas que embasam a atuação da Administração Pública no particular.

A Constituição da República assevera que a prestação do serviço educacional será submetida à avaliação de qualidade pelo Poder Público e à submissão das normas gerais sobre o assunto (art. 209, incisos I e II, da C.F.), sendo esse o fundamento constitucional para o exercício do poder de polícia, no âmbito da fiscalização do serviço educacional, inclusive o prestado por entidades particulares.

Ademais, merece registro que é competência privativa da União legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, nos termos do art. 22, inciso XXIV, da Carta da República¹⁹.

19 BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09 set. 2013.
Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
XXIV - Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Em atenção à regulamentação dos dispositivos constitucionais acima mencionados (art. 22, inciso XXIV, e art. 209, incisos I e II, da C.F), foram publicadas a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (LDB), e a Lei nº 10.861, de 14 de abril de 2004 (SINAES), instituindo a produção de uma nova cultura, legitimada a orientar as condutas dos agentes envolvidos nos processos de oferta de educação superior em direção à qualificação dessa atividade.

A Lei nº 9.394, de 1996, é o diploma normativo que estatui as diretrizes e bases da educação nacional e trata, inclusive, da preservação da qualidade dos cursos oferecidos pelas instituições de ensino superior, balizando a atividade estatal regulatória da matéria em questão, compondo, assim, a principal legislação que versa sobre a intervenção estatal nos serviços educacionais prestados por instituições particulares de ensino.

Diante desse contexto, é necessário destacar que o art. 7º, incisos I, II e III, e o art. 46, § 1º, da mencionada Lei, assim estabelecem²⁰:

Art. 7º O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I - cumprimento das normas gerais da educação nacional e do respectivo sistema de ensino;

II - autorização de funcionamento e avaliação de qualidade pelo Poder Público;

III - capacidade de autofinanciamento, ressalvado o previsto no art. 213 da Constituição Federal.

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

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

20 BRASIL. *Lei n. 9.394/96, de 20 de dezembro de 1996*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>. Acesso em: 09 set. 2013.

Por sua vez, a Lei nº 10.861, de 2004, que instituiu o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAES, implementou nova avaliação sistemática de instituições e cursos superiores, provendo indicadores objetivos sobre os resultados do ensino ministrado.

A transcrição dos dispositivos legais da Lei mencionada no parágrafo acima permitem uma melhor compreensão dos argumentos acima declinados²¹:

Art. 1º Fica instituído o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior - SINAES, com o objetivo de assegurar processo nacional de avaliação das instituições de educação superior, dos cursos de graduação e do desempenho acadêmico de seus estudantes, nos termos do art. 9º, VI, VIII e IX, da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

§ 1º O SINAES tem por finalidades a melhoria da qualidade da educação superior, a orientação da expansão da sua oferta, o aumento permanente da sua eficácia institucional e efetividade acadêmica e social e, especialmente, a promoção do aprofundamento dos compromissos e responsabilidades sociais das instituições de educação superior, por meio da valorização de sua missão pública, da promoção dos valores democráticos, do respeito à diferença e à diversidade, da afirmação da autonomia e da identidade institucional.

§ 2º O SINAES será desenvolvido em cooperação com os sistemas de ensino dos Estados e do Distrito Federal.

Art. 2º O SINAES, ao promover a avaliação de instituições, de cursos e de desempenho dos estudantes, deverá assegurar:

I – avaliação institucional, interna e externa, contemplando a análise global e integrada das dimensões, estruturas, relações, compromisso social, atividades, finalidades e responsabilidades sociais das instituições de educação superior e de seus cursos;

II – o caráter público de todos os procedimentos, dados e resultados dos processos avaliativos;

III – o respeito à identidade e à diversidade de instituições e de cursos;

²¹ BRASIL. *Lei n. 10.861/2004, de 14 de abril de 2004*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.861.htm>. Acesso em: 09 set. 2013.

IV – a participação do corpo discente, docente e técnico-administrativo das instituições de educação superior, e da sociedade civil, por meio de suas representações.

Parágrafo único. Os resultados da avaliação referida no caput deste artigo constituirão referencial básico dos processos de regulação e supervisão da educação superior, neles compreendidos o credenciamento e a renovação de credenciamento de instituições de educação superior, a autorização, o reconhecimento e a renovação de reconhecimento de cursos de graduação.

Tendo em vista o interesse da coletividade na prestação de serviço educacional por entidades particulares, notadamente em relação ao aspecto da qualidade do ensino ofertado, é imprescindível que o Poder Público regule e condicione o desenvolvimento dessa atividade, sendo certo que a atuação do Ministério da Educação, por meio do exercício do poder de polícia, deve fielmente observar o princípio da legalidade em sentido amplo²².

Assim, não sendo exceção à diretriz deduzida acima, o exercício da atividade regulatória pelo Ministério da Educação, como consequência do poder de polícia, encontra-se previamente definido nas normas e princípios que integram o ordenamento jurídico.

O art. 211 da Constituição da República²³ delimita as entidades que estão submetidas à atividade regulatória desenvolvida pelo Ministério da Educação:

Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

²² O princípio da legalidade em sentido amplo deve ser compreendido na acepção de um conjunto normativo constituído pela Constituição Federal, pelos valores ali consagrados e normas integrantes do ordenamento jurídico, conforme já exposto neste trabalho, em sintonia com o entendimento doutrinário de Vitor Rhein Schirato.

²³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09 set. 2013.

§ 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

A Lei nº 9.394, 20 de 1996²⁴, estatui o seguinte sobre a definição das entidades de ensino que estão submetidas à fiscalização da União:

Art. 9º A União incumbir-se-á de:

[...]

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

Art. 16. O sistema federal de ensino compreende:

I - as instituições de ensino mantidas pela União;

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

III - os órgãos federais de educação.

O art. 2º, *caput*, do Decreto nº 5.773, de 09 de maio de 2006²⁵, ao regulamentar a referida lei, dispõe, em sentido semelhante, que:

Art. 2º O sistema federal de ensino superior compreende as instituições federais de educação superior, as instituições de educação superior criadas e mantidas pela iniciativa privada e os órgãos federais de educação superior.

Depreende-se do contexto normativo acima apresentado que o exercício do poder de polícia pelo Ministério da Educação encontra-se mais claramente adstrito às entidades que compõem o sistema federal de ensino, quais sejam:

i) as instituições federais de educação superior;

24 BRASIL. *Lei n. 9.394/96, de 20 de dezembro de 1996*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>. Acesso em: 09 set. 2013.

25 BRASIL. *Decreto n. 5.773/2006, de 09 de maio de 2006*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5773.htm>. Acesso em: 09 set. 2013.

- ii) as entidades de educação superior criadas e mantidas pela iniciativa privada;
- iii) e os órgãos federais de educação superior.

Logicamente, considerando o atual cenário da crescente expansão de instituições privadas de ensino, as entidades de educação superior, criadas e mantidas pela iniciativa privada, como integrantes obrigatórias do sistema federal de ensino, possuem importância singular na qualidade de entes submetidos ao poder de polícia do Ministério da Educação.

Diante do contexto jurídico acima apresentado, é possível aduzir que a atividade fiscalizadora desempenhada pela União, por meio do Ministério da Educação, é desenvolvida, principalmente, de forma preventiva, mediante processos de regulação e supervisão da prestação do serviço educacional, neles compreendidos: i) o credenciamento e a renovação de credenciamento de instituições de educação superior, ii) a autorização, iii) o reconhecimento e a renovação de reconhecimento de cursos superiores, consoante os termos do art. 46, § 1º, da Lei 9.394, de 1996.

Destarte, afigura-se que, no contexto aqui estudado, o poder de polícia administrativo é exteriorizado, primordialmente, por meio dos atos administrativos que autorizam o funcionamento de instituições de educação superior e de cursos de graduação e sequenciais.

O Ministério da Educação não pode exercer o poder de polícia, por meio da atividade regulatória, em face de entidades privadas que não integram o sistema federal de ensino, tendo em vista a ausência de permissivo legal para tanto no ordenamento jurídico.

A referida constatação – sobre os limites objetivos e subjetivos de atuação do Ministério da Educação – deve ser confrontada, entretanto, com a problemática advinda do surgimento significativo de oferta de cursos superiores por entidades privadas sem qualquer ato estatal sobre autorização de funcionamento.

1.3 Os Cursos Superiores Irregulares

Nesse atual cenário de crescente e expressivo número de pessoas interessadas em obter formação acadêmica superior, é possível verificar o surgimento de entidades privadas que, objetivando obter ganho financeiro rápido e significativo, sem observância de parâmetros de regularidade e qualidade, ludibriam milhares de estudantes, por meio da oferta de serviço educacional que não conta com qualquer tipo de autorização ou avaliação do Ministério da Educação.

Dentre as consequências negativas que tal problemática (ingresso em instituições privadas que não tem autorização do Ministério da Educação

para funcionar) traz para os estudantes, pode-se citar a não obtenção de certificação válida de conclusão de curso superior, apesar do expressivo dispêndio de tempo e de recursos financeiros utilizados como pagamento da contraprestação pelos serviços educacionais ofertados (mensalidade).

Tal situação pode causar significativo prejuízo em desfavor dos discentes. Também evidencia insegurança jurídica na disciplina das relações existentes entre estudantes e entidades privadas que ofertam curso superior sem a devida autorização do Ministério da Educação.

Como a segurança jurídica guarda relação com a noção de dignidade da pessoa humana, uma vez que a estabilidade das relações jurídicas e, conseqüentemente, da própria ordem jurídica são imprescindíveis para a elaboração e concretização dos projetos de vida dos cidadãos²⁶, tem-se que também é necessária a sua observância nos projetos e planos relativos à qualificação acadêmica dos indivíduos.

Logo, a observância da segurança jurídica nas relações acima mencionadas é medida que se impõe, com o objetivo de preservar os interesses dos estudantes (em sua formação acadêmica) e do Estado brasileiro, para evitar problemas como o da não obtenção de diploma válido, apesar do esforço despendido (inclusive em termos de tempo e de recursos financeiros).

À semelhança do que costuma ocorrer em relações jurídicas bilaterais, o vínculo existente entre a entidade privada de ensino superior e o estudante universitário (contrato de prestação de serviços) deve ser fundado na fidúcia e principalmente na boa-fé de ambas as partes²⁷, inclusive no que se refere à qualidade do serviço educacional ofertado e na concretização da entrega do certificado de conclusão do curso superior com o devido reconhecimento de validade pelo Ministério da Educação.

Convém asseverar que a proteção da confiança constitui um dos elementos materiais do princípio da boa-fé objetiva, tendo por corolário notadamente no âmbito das relações negociais – o dever da parte de não fraudar as legítimas expectativas criadas pelos próprios atos²⁸, razão pela

26 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 57, p.5, outubro. 2006.

27 Para aplicação da cláusula da boa-fé, o juiz parte do princípio de que toda “a inter-relação humana deve pautar-se por um padrão ético de confiança e lealdade, indispensável para o próprio desenvolvimento normal da convivência social. A expectativa de um comportamento adequado por parte do outro é um componente indissociável da vida de relação, sem o qual ela mesma seria inviável. Isso significa que as pessoas devem adotar um comportamento leal em toda a fase prévia à constituição de tais relações (diligência in contrahendo); e que devem também comportar-se lealmente no desenvolvimento das relações jurídicas já constituídas entre eles. Este dever de comportar-se segundo a boa-fé se projeta a sua vez nas direções em que se diversificam todas as relações jurídicas: direitos e deveres. Os direitos devem exercitar-se de boa-fé; as obrigações têm de cumprir-se de boa-fé”.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *A boa-fé na relação de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, p.297, out. 2011.

28 *Ibidem.*, p.5.

qual a oferta de serviço educacional por entidade privada cria a legítima expectativa de que, ao final do curso superior, o estudante obterá o seu diploma de conclusão.

Em relação à aplicação do princípio geral da segurança jurídica e da proteção da confiança como instrumento norteador da vida em sociedade, vale citar os ensinamentos de J.J. Gomes Canotilho²⁹:

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito.

[...] Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objectivos da ordem jurídica - garantia de estabilidade jurídica -, segurança de orientação e realização do direito - enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos.

Vale acrescentar que a posição jurídico-subjetiva do estudante na relação mantida com as entidades privadas que se propõem a ofertar curso superior é, via de regra, de hipossuficiência³⁰³¹³², pelo que a sua capacidade individual de reagir e defender seus direitos que foram violados costuma ser diminuta ou incapaz de exercer significativa pressão³³.

29 CANOTILHO, op. cit., p. 257.

30 A relação jurídica entre o estudante e a entidade educacional pode ser considerada como multidisciplinar, sendo institucional, no que diz com as questões vinculadas propriamente à ensino e a sua qualidade, e consumerista, relativamente ao contrato de prestação de serviço educacional.

31 Na relação contratual mantida entre estudante e entidade privada de ensino, aquele constitui parte hipossuficiente, tendo em vista que não tem a prerrogativa de discutir os termos do contrato de adesão firmado sobre a prestação serviços educacionais.

32 [...] os consumidores, sobretudo no que toca aos bens e serviços essenciais, encontram-se numa posição de subalteridade e vulnerabilidade que reclama a intervenção protectora do Estado, mormente a intervenção legislativa a determinar a responsabilidade objectiva do produtor, a proibir as chamadas cláusulas abusivas, a regular os contratos de adesão, a proteger os utentes dos serviços públicos essenciais sobretudo quando assegurados por entidades privadas em regime de mercado.

NABAIS, José Casalta. O estatuto constitucional dos consumidores. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62646>>. Acesso em: 24 out. 2013.

33 Ao menos em termos de negociação, pressão e convencimento diretos com o ente de ensino superior de natureza privada, para que este voluntariamente busque uma solução ou acate um pedido determinado. Isso não significa, contudo, a ineficiência de mecanismos judiciais postos à disposição do cidadão, que tenham o condão de constituir obrigações de fazer e de não fazer, por exemplo.

Assim, a segurança jurídica da relação contratual mantida entre entidades particulares de ensino superior e os seus alunos deve sempre ser preservada, porquanto o dano causado pela prestação do serviço educacional sem autorização estatal pode resultar na impossibilidade de obter a certificação válida de conclusão do curso superior.

A partir da compreensão dos princípios da segurança jurídica³⁴, da boa-fé objetiva³⁵ e da confiança, tem-se que não se pode adotar como razoável o entendimento de que incumbe tão somente ao estudante verificar, antes de ingressar em curso superior, a regularidade junto ao Ministério da Educação dos serviços educacionais ofertados por entidade privada³⁶, porquanto o exercício da atividade educacional constitui matéria de interesse de toda coletividade e deve ser devidamente disciplinado pelo Estado.

Sendo assim, a análise da situação jurídica dos estudantes que ingressam em instituições privadas que ofertam cursos superiores sem autorização do Ministério da Educação e que, conseqüentemente, não podem expedir certificação válida de conclusão curso superior, deve também ser enfrentada pelo Poder Público, sob a perspectiva da preservação da segurança jurídica, da confiança legítima e da boa-fé dos discentes.

Nesse sentido, o Estado terá uma atuação voltada para resolução de problemas ligados a esse tema, permitindo que o desiderato dos estudantes de obter a devida qualificação acadêmica com certificação

34 [...] a segurança jurídica garante a grande aspiração de estabilidade buscada pela sociedade. A justiça, ideal buscado pelo direito, e o bem-estar social, conseqüência do respeito a esse ideal, não se configuram sem a presença de um mínimo de segurança.

Apresenta-se como um princípio geral do Direito, refletindo em todas as áreas que o direito baliza, traduzindo o mínimo de certeza positivada em um ordenamento. É impossível ao homem conviver com o semelhante à sombra de todas as dúvidas e incertezas que permeiam sua existência. Ao menos naquilo que advém do sistema, da ordem jurídica instituída, que tenha, ele, a possibilidade do mínimo de previsibilidade. MELO, Lígia Maria Silva de. Segurança jurídica: fundamento do Estado de Direito. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano 6, n. 25, p. 133-144, jul./set. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdCntd=37238>>. Acesso em: 18 out. 2013.

35 A boa-fé objetiva, por sua vez, é regra de conduta social, tendo em conta a honestidade, a lealdade, a retidão e a probidade que devem nortear todas as relações obrigacionais. Refere-se a um arquétipo, modelo ou standard de conduta que impõe o respeito à confiança do outro, ou seja, o agente deve levar em consideração os interesses do alter, concorrendo para a sua satisfação e obrando como obraria um homem reto, com correção e com as demais características acima referidas. CRUZ, Caroline Menegon da. A boa-fé objetiva no direito civil brasileiro. *Revista Fórum de Direito Civil - RFDC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 87-121, jan./abr. 2013.

36 ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDADE. CURSOS SEM AUTORIZAÇÃO. FUNCIONAMENTO. EXIGIBILIDADE ANTE PORTARIA 877/97. DANO MORAL. INCABIMENTO. 1. *Compete à autora ao ingressar no curso escolhido diligenciar quanto à sua idoneidade, como também, se o mesmo já se submeteu a processo de avaliação sendo reconhecido pelo MEC*. Se não o fez, não cabe indenização por danos morais em decorrência do não reconhecimento. 2. Não existe prazo máximo para que se envie dito requerimento, estabelecendo apenas a Portaria Ministerial n. 877 de 30 de junho de 1997, em seu art. 1º, § 2º que "as instituições poderão requerer o reconhecimento de seus cursos/habilitações a partir do segundo ano de funcionamento, quando se tratar de curso com duração de quatro anos, e a partir do terceiro ano, para aqueles cuja duração for superior a quatro anos" do que se depreende ser perfeitamente lícito e até obrigatório funcionamento do curso antes de seu reconhecimento. 3. Apelação improvida. (grifo do autor) BRASIL. Tribunal Regional Federal na 4ª Região. *Apelação Cível - AC*. Atividade educacional. Funcionamento irregular de curso superior. Dever de diligência de estudante. AC nº 200004010265417, Relator Des. Federal Alcides Vettorazzi, Quarta Turma, DJ 22/11/2000.

válida seja alcançado, sem prejuízo de tomar outras medidas de caráter pedagógico para desestimular práticas abusivas e ilegais.

É imperioso também que se enfrente a questão em comento sob o enfoque do postulado constitucional da eficiência, o qual deve nortear o desempenho da atividade finalística do Estado.

O princípio da eficiência, previsto no *caput* do art. 37 da Constituição da República³⁷, determina que a Administração Pública deve sempre pautar o exercício de suas atribuições na busca do resultado mais satisfatório possível para a coletividade.

A acepção do referido princípio encontra-se bem delineada no ensinamento formulado por Diógenes Gasparini³⁸:

Conhecido entre os italianos como “dever de boa administração”, o princípio da eficiência impõe à Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, além, por certo, de observar outras regras, a exemplo do princípio da legalidade.

[...]

Procura-se maximizar os resultados em toda e qualquer intervenção da alçada da Administração Pública. Qualquer ação ou decisão deve ter essa preocupação, evitando-se as que não têm ou que não atendam a esse princípio.

Como já foi abordado anteriormente, o ordenamento jurídico pátrio, máxime a Constituição da República, impõe ao Estado o dever de zelar pela excelência e adequada formação educacional dos estudantes.

Deste modo, o cenário normativo existente deve interpretado, e, se for necessário, aperfeiçoado, sob a ótica do enfrentamento direto da atual questão da prestação do serviço educacional sem autorização do Ministério da Educação, inclusive na perspectiva da minoração dos prejuízos experimentados pelos estudantes e do desestímulo à prática desse tipo de atividade irregular por entidades privadas.

A atuação da Administração Pública deve ser pautada pelo princípio da legalidade (juridicidade) e, também, sob o enfoque do princípio da eficiência, porquanto a atividade precípua do Estado nessa seara deve ser

37 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 out. 2013.

38 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13. ed. Saraiva: São Paulo, 2008. p.21-22.

fundamentada na salvaguarda dos interesses dos estudantes que buscam obter a adequada formação acadêmica no curso superior que ingressaram.

A respeito da observância do princípio da eficiência pela Administração Pública, como instrumento norteador de sua atividade, assim como a aplicação consentânea do referido postulado com o princípio da legalidade, vale citar o entendimento de Alexandre Santos de Aragão³⁹ sobre o assunto:

[...]

O dilema deve, a nosso ver, ser resolvido, não pelo menosprezo da lei, mas pela valorização dos seus elementos finalísticos. É sob este prisma que as regras legais devem ser interpretadas e aplicadas, ou seja, todo ato, normativo ou concreto, só será válido ou validamente aplicado, se, ex vi do Princípio da Eficiência (art. 37, caput, CF), for a maneira mais eficiente ou, na impossibilidade de se definir esta, se for pelo menos uma maneira razoavelmente eficiente de realização dos objetivos fixados pelo ordenamento jurídico.

O Princípio da Eficiência de forma alguma visa a mitigar ou a ponderar o Princípio da Legalidade, mas sim a embeber a legalidade de uma nova lógica, determinando a insurgência de uma legalidade finalística e material — dos resultados práticos alcançados —, e não mais uma legalidade meramente formal e abstrata.

É desta maneira que a aplicação *tout court* das regras legais deve ser temperada, não apenas pela outrora propugnada equidade, mas pela realização das finalidades constitucionais e legais aplicáveis à espécie.

O Princípio Constitucional da Eficiência (art. 37, caput, CF) não legitima a aplicação cega de regras legais (ou de outro grau hierárquico), que leve a uma consecução ineficiente ou menos eficiente dos objetivos legais primários. As normas jurídicas “passam a ter o seu critério de validade aferido não apenas em virtude da higidez do seu procedimento criador, como da sua aptidão para atender aos objetivos da política pública, além da sua capacidade de resolver os males que esta pretende combater”.

O Princípio da Eficiência se vê ainda mais reforçado pelo conflito positivo que possui com o Princípio da Proporcionalidade, já que também por força deste, em seus elementos “adequação” e “necessidade”, não se poderia

39 ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Princípio da Eficiência. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, n. 4, ano 2 Janeiro/Março 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdICntd=12549>>. Acesso em: 01 out. 2013.

impor a adoção de meio (normalmente uma interpretação) inadequado ou desnecessariamente oneroso ao atingimento das finalidades legais, pelo simples apego a uma legalidade formal, impondo-se uma legalidade material, cujo substrato encontrar-se-ia na eficiente e menos onerosa possível realização dos objetivos constitucionais que estiverem em jogo. “Na Administração de resultado, o Princípio da Legalidade implica na indefectível aplicação das normas que geram bons resultados; mas também implica na impossibilidade de aplicar normas que geram maus resultados. [...] O Princípio da Legalidade relacionado com o resultado impõe, sobretudo, que o bem seja reivindicado no plano substancial: tal legalidade exclui a operatividade de previsões irrelevantes em relação ao resultado administrativo.”

Sob o enfoque da aplicação do princípio da eficiência, afigura-se que os problemas causados aos estudantes – em decorrência do ingresso em curso superior que está funcionando sem a prévia autorização do Ministério da Educação – devem também ser sopesados e enfrentados nessa perspectiva. É que o Estado deve sempre objetivar o aprimoramento racional da sua estrutura organizacional e do arcabouço normativo para atingir o fim precípua de zelar pela qualidade do ensino ofertado pelas entidades privadas à coletividade.

2 AS VICISSITUDES RELACIONADAS À PRESTAÇÃO IRREGULAR DO SERVIÇO EDUCACIONAL POR ENTIDADE PRIVADA

2.1 O Crescimento do Ensino Superior Privado no Brasil

A significativa expansão do ensino superior privado no Brasil, resultante da crescente demanda social pela maior oferta do número de vagas em cursos superiores, pode ser explicada pelos mais variados fatores⁴⁰.

40 Os dados empíricos sistematizados neste texto permitem, no seu conjunto, identificar alguns contributos de resposta para a questão em análise. Por um lado, evidenciam que para explicar o ingresso no ensino superior, seja em formação inicial seja em formações pós-graduadas, os indivíduos apontam razões diversas. Algumas estão relacionadas com projetos e aspirações profissionais, mas outras correspondem a expectativas centradas no desenvolvimento de conhecimentos e no gosto pela aprendizagem, sendo todas estas razões muito escolhidas pelos inquiridos. Estes resultados são consistentes com os que obtivemos numa pesquisa centrada no caso de mestres e doutores (M. G. Alves, 2009), em que se concluiu que mais do que uma estratégia para fazer face ao desemprego e/ou à precariedade do emprego, a opção de continuar o percurso estudantil no ensino superior é apresentada pelos graduados como um meio para desenvolver conhecimentos e competências, alguns dos quais permitem desempenhar melhor as suas atividades profissionais.

ALVES, Mariana Gaio; ALVES, Natália; CHAVES, Miguel. *Inserção profissional e razões de ingresso e reingresso no ensino superior: um ponto de partida para uma temática em aberto*. Sociologia, Problemas e Práticas, Oeiras, n. 69, maio 2012. Disponível em: <http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0873-65292012000200007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 17 out. 2013. <http://dx.doi.org/10.7458/SPP201269789>.

Segundo Jorge Castellá Sarriera e Cláudia Schead Schiessl o anseio de ingressar em um curso superior pode ser assim compreendido⁴¹:

O desejo de frequentar um curso superior é acompanhado de grandes expectativas de independência, estabilidade, status, realização e preparação para a inserção no mercado de trabalho. Os alunos esperam, com a formação universitária, melhorar seu padrão de vida, o que lhe possibilitará a satisfação de necessidades e a inserção no mercado de trabalho.

A questão relacionada à empregabilidade dos cidadãos está associada à necessidade de obter maior e melhor qualificação profissional, que é essencial para ingressar e ascender no mercado de trabalho. Isso evidencia a relevância do ingresso em curso superior (título acadêmico de graduação) para expressivo segmento da coletividade.

O estudo abaixo mencionado ressalta a relação existente entre a passagem pelo ensino superior e a entrada no mercado de trabalho⁴²:

No decorrer do desenvolvimento vocacional, especialmente no sistema formativo brasileiro, a passagem pelo ensino superior é quase uma unanimidade nas expectativas dos adolescentes e

adultos jovens. Especificamente, para os jovens das classes média e alta parece não existir outra forma de profissionalização ou inserção no mercado de trabalho.

A consequência esperada de expressivo segmento da sociedade interessado na obtenção da formação educacional de nível superior é a expansão das entidades privadas de ensino superior, tendo em vista a atual diretriz da política pública educacional.

O professor Paulo Corbucci assim aborda a questão da falência do Estado no acolhimento dos estudantes na rede pública de ensino superior e, por consequência, a expansão das instituições privadas como instrumento de absorção desses estudantes⁴³:

41 SCHIESSL, Cláudia Schead.; SARRIERA, Jorge Castellá. Refletindo a questão do ingresso ao ensino superior: dificuldades e expectativas dos jovens de ensino médio. In: SARRIERA, J. C.; ROCHA, K. B.; PIZZINATO, A. (Orgs.). *Desafios do mundo do trabalho: orientação, inserção e mudanças*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p.63.64.

42 BARDAGI, Marúcia; LASSANCE, Maria Célia Pacheco; PARADISO, Ângela Carina; MENEZES, Ioneide Almeida. *Escolha Profissional e Inserção no Mercado de Trabalho: Percepções de Estudantes Formandos*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pee/v10n1/v10n1a07.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2013.

43 CORBUCCI, Paulo Roberto. *Financiamento e democratização do acesso à educação superior no Brasil: Da deserção do Estado ao projeto de reforma*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v25n88/a03v2588.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2013.

A incapacidade do poder público federal de ampliar os gastos em educação, em grande medida devida ao processo de ajuste fiscal dos anos de 1990, fez com que não se conseguisse atender plenamente à crescente demanda por educação superior. Esse processo de enfraquecimento do setor público federal foi um dos elementos centrais para a forte expansão na oferta de vagas e o aumento das matrículas no setor privado [...]

O objetivo principal dessa medida foi o de expandir a oferta de vagas sem, no entanto, ampliar a participação da rede federal e, conseqüentemente, dos gastos da União. Para tanto, foram acelerados e facilitados os processos de autorização, reconhecimento e credenciamento de cursos e instituições do setor privado, por parte do CNE. Com isso, favoreceu-se consideravelmente a expansão desse nível do ensino, por intermédio da iniciativa privada.

Portanto, é de fácil percepção a posição relevante ocupada pelas entidades privadas de ensino superior na prestação do serviço educacional, sendo certo que o Brasil é o maior mercado de ensino superior privado da América Latina e o quinto maior do mundo⁴⁴, o que evidencia a característica de segmento econômico de viés bastante lucrativo.

2.2 A Prestação do Serviço Educacional sem Autorização Estatal

Em razão da alta rentabilidade da prestação do serviço educacional, é, também, expressiva a oferta de curso superior por entidades privadas que não possuem autorização do Ministério da Educação para funcionar.

A sistemática legal, anteriormente abordada, demonstra que a emissão do credenciamento da entidade privada e autorização de funcionamento do curso superior, ambas de competência privativa do Ministério da Educação, antecedem o início do efetivo serviço educacional, que ocorre por meio da realização de aulas.

Não são raras as situações em que entidades privadas procuram ludibriar milhares de estudantes com a promessa da tão almejada obtenção do diploma de graduação, sem a necessária chancela do Poder Público.

As ementas de alguns julgados do Tribunal Regional Federal da 1ª Região evidenciam, de forma ilustrativa, a existência de demandas judiciais sobre a oferta de serviço educacional relacionada a cursos superiores que funcionavam sem prévia autorização do Ministério da Educação⁴⁵:

44 GUIMARÃES, Cátia. O lucrativo mercado da educação superior. *Revista POLI: saúde, educação e trabalho*, Rio de Janeiro, nº 29, p. 18-23, jul./ago. 2013.

45 A significativa existência de demandas judiciais sobre a prestação de serviço educacional sem autorização do Ministério da Educação pode ser pesquisada nos sítios eletrônicos dos tribunais pátrios. A título de

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO. ART. 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. INSTITUIÇÃO DE ENSINO. CURSOS DE NÍVEL SUPERIOR. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, IV, DA CF. PEDIDO DE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. Compete à Justiça Federal processar e julgar crime de estelionato praticado por diretores de instituição de ensino que oferece, sem autorização, cursos de graduação e pós-graduação, haja vista que compete ao Conselho Nacional de Educação, órgão do Ministério da Educação, autorizar o credenciamento de instituições de ensino para ministrarem cursos de nível superior. Existência de ofensa a bens e interesses da União, nos termos do art. 109, IV, da Constituição Federal. 2. Ausência de demonstração do prejuízo pelo indeferimento do pedido de quebra de sigilo bancário. O juiz está autorizado a indeferir pedidos de diligências consideradas protelatórias. 3. *Praticam o crime de estelionato os diretores de instituição de ensino que, sem autorização do Ministério da Educação, mantém curso de nível superior, mediante pagamento dos alunos, que foram induzidos em erro pelas informações por eles prestadas.* 4. A autoria e a materialidade delitiva restaram amplamente demonstradas pelo conjunto probatório acostado aos autos, não havendo o acusado apresentado em suas razões elementos a descaracterizá-las. 5. Apelação a que se nega provimento.⁴⁶ (Grifo do autor)

PENAL E PROCESSUAL PENAL - ESTELIONATO - ART. 171 DO CÓDIGO PENAL - MANUTENÇÃO DE CURSO DE TEOLOGIA E SEU OFERECIMENTO AO PÚBLICO COMO SE FOSSE DE NÍVEL SUPERIOR - AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA. 1. *Pratica estelionato quem, sem*

exemplo, vale acrescentar os seguintes casos concretos julgados pelo TRF da 5ª Região:

- 1) BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Recurso em Sentido Estrito Cível - RSE. Atividade educacional. Funcionamento irregular de curso superior. Crime de Estelionato. *RSE nº 00007971920114058308*, Relator Des. Federal Francisco Cavalcanti, Primeira Turma, DJE 19/12/2011.
- 2) BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Habeas Corpus - HC. Atividade educacional. Funcionamento irregular de curso superior. Crime de Estelionato. *HC nº 200905000710185*, Relator Des. Federal Lázaro Guimarães, Quarta Turma, DJE 06/10/2009.
- 3) BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Habeas Corpus - HC. Atividade educacional. Funcionamento irregular de curso superior. Crime de Estelionato. *HC nº 200905000710185*, Relator Des. Federal Lázaro Guimarães, Quarta Turma, DJE 06/10/2009.
- 46) BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Criminal - ACR. Atividade educacional. Funcionamento irregular de curso superior. Crime de estelionato. *ACR nº 200739010004855*, Relator Juiz Federal Marcus Vinícius Reis Bastos (conv.), Quarta Turma, e-DJF1 15/09/2011.

nenhuma autorização do Conselho Federal de Educação, mantém curso de teologia e o oferece ao público como se fosse de nível superior, realizando vestibular, recebendo matrículas e expedindo diplomas sem qualquer validade, tudo mediante pagamento dos alunos, que foram ludibriados pelas informações inverídicas divulgadas pelo estabelecimento de ensino. 2. Comprovadas a materialidade e a autoria do delito, e tendo a Apelante plena consciência da ilicitude de sua conduta, em razão das advertências que lhe foram feitas pela Delegacia Regional do MEC, merece ser confirmada a sentença que julgou procedente a denúncia, impondo ao Réu a pena legalmente prevista. 3. Apelação a que se nega provimento.⁴⁷ (Grifo do autor)

2.3 Os Prejuízos Experimentados Pelos Estudantes

A judicialização da questão concernente à prestação de serviço educacional por entidade privada de ensino, sem a prévia e necessária autorização⁴⁸ do Ministério da Educação evidencia, também, a problemática enfrentada pelos estudantes de não conseguirem obter a certificação válida de conclusão do curso superior.

Em diversos casos, apenas na fase final do curso superior, os discentes têm a plena ciência de que não será possível obter a certificação válida de conclusão do curso superior, uma vez que o Poder Público não havia autorizado o seu funcionamento.

A legislação pátria especifica claramente que a validade nacional dos diplomas de conclusão está, também, condicionada ao reconhecimento do curso superior, conforme se pode verificar do disposto no art. 48 da Lei n° 9.394, de 1996⁴⁹, *in verbis*:

Art. 48. Os diplomas de cursos superiores reconhecidos, quando registrados, terão validade nacional como prova da formação recebida por seu titular.

Por sua vez, o art. 34 do Decreto 5.773, de 2006⁵⁰, que cuida do assunto em questão, dispõe o seguinte, *in verbis*:

47 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Criminal - ACR. Atividade educacional. Funcionamento irregular de curso superior. Crime de estelionato. ACR nº 00010679501163008, Relator Des. Federal Osmar Tognolo, Terceira Turma, DJ 11/06/1999.

48 A expressão autorização refere-se a prévio e necessário consentimento do Ministério da Educação para prestar serviço educacional, sendo assim mais amplo do que a terminologia legal, cujo vocábulo representa a anuência para abertura de curso superior.

49 BRASIL. Lei n. 9.394/96, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>. Acesso em: 09 set. 2013.

50 BRASIL. Decreto n. 5.773/2006, de 09 de maio de 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5773.htm>. Acesso em: 09 set. 2013.

Art. 34. O reconhecimento de curso é condição necessária, juntamente com o registro, para a validade nacional dos respectivos diplomas.

Destarte, a consequência lógica da ausência de reconhecimento do curso superior e a inexistência de autorização de funcionamento da entidade educacional, ambos expedidos pelo Ministério da Educação, é a impossibilidade de o estudante obter a certificação de conclusão válida, não obstante o considerável desperdício de tempo e de recursos financeiros.

O seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, consubstanciado na seguinte ementa, demonstra que a expedição do diploma de conclusão do curso superior está condicionada à prévia autorização estatal⁵¹:

ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR PRIVADO. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. CURSO NÃO AUTORIZADO PELO MEC. IMPOSSIBILIDADE. I - As instituições de ensino superior instituídas pela iniciativa privada se inserem no sistema federal de ensino, por força da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, de maneira a agirem, em seus atos, por delegação federal, a avocar a competência da Justiça Federal em sede de mandado de Segurança. Jurisprudência consolidada sobre o tema. II - *A ausência de autorização do Ministério da Educação (MEC) para o funcionamento de curso de graduação do ensino superior não confere direito líquido e certo ao impetrante para expedição do diploma, porquanto até aquela autorização as atividades acadêmicas acaso desenvolvidas carecem de validade.* III - Apelação não provida. (Grifo do autor)

é imperioso lembrar que para iniciar suas atividades, as instituições de educação superior devem solicitar o credenciamento junto ao Ministério da Educação.

Para iniciar a oferta de cursos de graduação à sociedade, as faculdades privadas devem obter autorização do Ministério da Educação. Já para obter o reconhecimento do curso superior, as instituições privadas devem ter completado 50% (cinquenta por cento) da sua carga horária⁵².

51 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível - AC. Atividade educacional. Funcionamento irregular de curso superior. Impossibilidade de expedição de diploma. AC nº 0001067-82.2008.4.01.4000/PI, Relator Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, e-DJF1 27/05/2013. A leitura do Acórdão na íntegra permite verificar que a Instituição Privada de Ensino não possuía autorização para ofertar o curso superior de Filosofia.

52 Credenciamento/Autorização/ Reconhecimento

São modalidades de atos autorizativos: credenciamento e reconhecimentos de instituições de educação superior e de autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos de graduação. Credenciamento e Reconhecimentos

Para iniciar suas atividades, as instituições de educação superior devem solicitar o credenciamento junto ao MEC. De acordo com sua organização acadêmica, as IES são credenciadas como: faculdades, centros universitários e universidades.

Depreende-se, portanto, que a oferta de um curso superior e, consequentemente, o funcionamento de uma instituição privada de ensino sem a obtenção da autorização Ministério da Educação (credenciamento/autorização/reconhecimento) resulta na ilicitude da prestação do serviço educacional, cuja consequência é a impossibilidade de obter a certificado válido de conclusão do curso superior.

Inobstante a normatização do procedimento a ser observada para a abertura de uma instituição privada de ensino, a legislação pátria não disciplina especificamente a questão sobre a perspectiva de resolução dos problemas causados aos estudantes em face da impossibilidade de obterem certificado válido de conclusão de curso superior, quando o serviço educacional é ofertado sem a anuência do Ministério da Educação.

Por sua vez, o enfrentamento pelo Poder Judiciário dos casos concretos a respeito da irregular prestação do serviço educacional demonstra que as demandas judiciais estão sendo dirimidas sob o enfoque da tipificação da conduta como crime – prática de estelionato pelos diretores ou responsáveis – ou da responsabilidade civil da instituição privada de ensino – e pela fixação de indenização por danos morais e materiais em razão dos danos experimentados pelos estudantes.

Há entendimento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por exemplo, analisando demanda judicial sobre a oferta de curso superior sem a prévia autorização do Ministério da Educação, cujo teor demonstra que a lesão aos interesses dos discentes é dirimida sob a ótica da reparação por danos materiais e morais⁵³:

[...]

Autorização

Para iniciar a oferta de um curso de graduação, a IES depende de autorização do Ministério da Educação. A exceção são as universidades e centros universitários que, por terem autonomia, independem de autorização para funcionamento de curso superior. No entanto, essas instituições devem informar à Secretaria competente os cursos abertos para fins de supervisão, avaliação e posterior reconhecimento. (art. 28, § 2º do Decreto nº 5.773, de 9 de maio de 2006).

[...]

Reconhecimento e Renovação de Reconhecimento

O reconhecimento deve ser solicitado pela IES quando o curso de graduação tiver completado 50% de sua carga horária. O reconhecimento de curso é condição necessária para a validade nacional dos respectivos diplomas.

BRASIL. Ministério da Educação Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12467&Itemid=783&msg=1>. Acesso em: 22 out. 2013.

53 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível - AC. Atividade educacional. Funcionamento irregular de curso superior. Fixação por danos materiais e morais. AC nº 5007776-50.2011.404.7204, Relator p/Acórdão Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Terceira Turma, D.E. 16/05/2013. A análise do inteiro teor do acórdão permite verificar que a instituição de ensino estava credenciada pelo Ministério da Educação a funcionar, mas não possuía autorização estatal para oferecer os cursos de Educação Física e Farmácia.

[...]

Conforme se observa do que foi produzido nos autos, *a ré passou a ofertar vagas no curso superior antes da devida autorização do MEC. Em relação ao curso de Educação Física*, houve a sua posterior autorização. No que toca ao curso de Farmácia, foi inicialmente negada a autorização, tendo a requerida apresentado recurso administrativo, havendo notícias do seu provimento (Evento 49) (*sic*), sem a produção dos seus efeitos diante da necessidade de homologação, inexistindo qualquer informação posterior quanto à conclusão do procedimento.

Ora, ainda que já tivesse sido conferida a autorização para o curso de Farmácia, o que não restou demonstrado, os danos aos consumidores já foram concretizados, tendo em vista que houve a prestação de serviço de ensino irregular sem o fornecimento das informações aos alunos, que arcam com o risco de seu investimento de tempo e dinheiro não trazer como retorno o diploma válido para o exercício profissional. Desse modo, eventual posterior concessão da autorização não desnatura os danos já ocasionados, razão pela qual foi considerada a ilicitude da abertura do curso de Educação Física, ainda que posteriormente tenha sido devidamente autorizado.

Ressalte-se, ainda, que a apontada demora do MEC em examinar o seu pedido de autorização não exonera a demandada, que não poderia, diante dessa omissão, simplesmente fornecer o serviço de forma irregular, atitude ainda agravada pela publicidade ostensiva sem a indicação da informação dessa situação. Assim, caberia à ré utilizar-se dos recursos administrativos e judiciais disponíveis para ver cumprida a função administrativa de examinar seu recurso contra o indeferimento da autorização.

Por fim, cumpre destacar que os documentos apresentados pela ré (Evento 8) (*sic*) não logram afastar a sua responsabilidade no caso concreto, seja porque não indicam a efetiva homologação da decisão administrativa, seja porque a presente demanda versa também sobre os danos já efetivados contra os consumidores.

Assim, diante da violação ao dever de informação aos consumidores, bem como em vista o fornecimento do serviço de educação sem a devida autorização, deve ser mantida a condenação da ré.

Ainda, o *quantum* indenizatório não merece reforma, pois guarda proporção com a dimensão do dano causado aos diversos alunos que se matricularam nos cursos da ré. Tal proporção é patente, tendo em vista que o juízo *a quo* inclusive utilizou o número aproximado de alunos que

foram submetidos ao dano, inexistindo razão para reformar o *decisum*.
(Grifo do autor)

Inobstante as especificidades dos mais variados cursos superiores, a título exemplificativo, pode-se considerar que o interregno de tempo médio para conclusão de um curso superior é de 5 (cinco) anos, como é possível verificar do curso de bacharelado em Direito⁵⁴.

Já o dispêndio financeiro que o estudante tem que arcar com o pagamento de todas as mensalidades depende de diversos fatores, como região do País, conceito que a entidade educacional goza no mercado, etc..

Contudo, apenas para permitir uma melhor compreensão fática e pragmática da matéria abordada, o custo financeiro para um estudante concluir o curso de bacharelado em Direito pode ser estimado no valor de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais)⁵⁵.

A partir da apreciação dos dados referentes ao tempo médio para conclusão de um curso superior (5 anos) e do custo financeiro aproximado para conseguir finalizar a graduação em uma entidade privada (R\$ 90.0000,00), afigura-se que os danos causados aos estudos pela prestação irregular de serviço educacional são relevantes para qualquer cidadão comum.

Contudo, a responsabilização civil, por meio da fixação de indenização por danos materiais ou morais, ou mesmo a responsabilização penal dos responsáveis pela oferta irregular do serviço educacional, apesar de serem instrumentos úteis e válidos, não dirimem o problema na perspectiva de o estudante obter o diploma válido de conclusão de curso superior.

Sendo assim, afigura-se que os transtornos causados aos discentes são agravados em face da inexistência de previsão normativa para minorar a problemática envolvendo a impossibilidade de obter o diploma de conclusão do curso superior.

2.4 A Inexistência de Entidade Fiscalizadora

A omissão legislativa sobre o enfrentamento dos danos causados aos estudantes pela prestação de serviço educacional irregular por entidades privadas também pode ser evidenciada pela inexistência de clara indicação de um órgão estatal responsável pela fiscalização preventiva de práticas dessa natureza.

De forma preponderante, o ordenamento jurídico pátrio delimita o exercício do poder de polícia do Ministério da Educação à análise da

54 BRASIL. *Ministério da Educação*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/2007/rces002_07.pdf>. Acesso em: 22 out. 2013.

55 O valor acima apresentado foi calculado a partir da atual mensalidade do curso de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público. Maiores informações estão disponíveis no seguinte sítio eletrônico: <<http://www.idp.edu.br/cursos/graduacaotop/direito/1451-informacoes-gerais>>.

qualidade da prestação do serviço educacional. Entretanto, não parece regulamentar de forma mais ampla a sua atuação nas situações da efetiva oferta irregular de serviço educacional.

Nesse sentido, destaca-se que o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, ao analisar demanda judicial sobre o assunto em tela, adotou o posicionamento de que não compete ao Ministério da Educação adotar medida administrativa no sentido de impedir a prestação de serviço educacional sem a prévia anuência estatal⁵⁶:

[...]

Percebe-se, pois, que o papel da União não é repressivo, ou ostensivo, mas sim preventivo. *Não cabe ao MEC, através da CAPES, fechar as portas de uma determinada faculdade porque a mesma está oferecendo cursos sem autorização. Em hipótese alguma poderia a União ser obrigada a “fiscalizar” determinado curso, sem que se lhe tenha apresentado um projeto e sem que um interessado tenha se adequado às normas procedimentais estabelecidas pelo MEC, através da CAPES, para que determinado curso de Mestrado tenha autorização para funcionar.*

Assim, se um curso abre sem autorização do MEC, não cabe a ele ir ao local e fechar suas portas, já que o resultado da sua não aprovação (ou não fiscalização) é justamente a falta de autorização para o curso funcionar como pós-graduação stricto sensu, de forma tal que seus atos jurídicos não terão a mesma eficácia que os atos praticados por um curso regularmente credenciado.

[...]

Veja-se que não é proibido abrir salas de aulas e dar cursos sem autorização do MEC. Vide os vários “cursinhos” para concursos públicos e para o vestibular das universidades. O que ocorre é que o resultado da fiscalização do MEC é tão somente a não-autorização. Mais que isso, somente a polícia ou os órgãos de proteção ao consumidor podem fazer.

[...]

56 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível em Ação Ordinária. Responsabilidade Civil. União. Fiscalização preventiva. Atos autorizativos. AC nº 331313/SE (2001.85.00.003633-3). Relator Des. Federal Francisco Wildo. DJ 30/11/2004.

Nesse sentido, o dano não pode, nem em tese, ser imputado à União, ou seja, a causa de pedir não tem qualquer ligação com a fiscalização do MEC, que, por meio de sua atuação preventiva, não poderia ter evitado que a universidade ré ministrasse cursos de mestrado alegando estarem tais cursos com autorização do MEC. (Grifo do autor)

Infere-se da leitura do julgado acima transcrito que é incumbência do estudante, antes de ingressar em uma entidade privada de ensino superior, obter informações sobre a regularidade do serviço educacional ofertado.

Apesar da cautela que o estudante deve observar na escolha da instituição de ensino que pretende ingressar, é dever do Estado atuar no sentido de promover a defesa do estudante/consumidor,⁵⁷ inclusive por meio da produção do arcabouço normativo necessário para a regulação da questão em apreço⁵⁸.

Com fundamento no postulado da eficiência e no dever constitucional de salvaguardar os estudantes/consumidores, é imprescindível que o Estado opere de forma proativa no sentido de obstar, com maior efetividade, que entidades particulares de ensino ofertem cursos superiores sem a devida anuência do Ministério da Educação, assim como é sua incumbência a criação de mecanismos para que seja possível aos estudantes o aproveitamento da formação acadêmica obtida pela prestação irregular do serviço educacional.

Assim, afigura-se imprescindível a proposição de modificações tanto no cenário legal vigente como na estrutura orgânica da Administração Pública, tendo em vista a necessidade do enfrentamento eficaz da questão referente à existência do funcionamento de cursos superiores sem a prévia autorização estatal.

57 Art. 5º.

[...]

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

[...]

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 out. 2013

58 Por seu turno, quanto ao seu regime, devemos referir que os direitos dos consumidores se dirigem principalmente ao Estado, que deve assegurar a protecção dos consumidores não só através da edição da legislação adequada, mas também através do provimento da correspondente fiscalização levada a cabo pela administração e pelo aparelho judicial. NABAIS, op. cit.

3 O APRIMORAMENTO AO COMBATE DA PRESTAÇÃO IRREGULAR DO SERVIÇO EDUCACIONAL

3.1 O Aperfeiçoamento da Legislação

A compatibilidade com a ordem jurídica é o critério de aceitabilidade da atuação estatal⁵⁹, pelo que o efetivo exercício do poder de polícia pela Administração Pública requer a prévia existência de lastro normativo para tanto, tendo em vista a sua submissão ao princípio da legalidade no sentido amplo (princípio da juridicidade)⁶⁰, conforme os termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

O efetivo enfrentamento da problemática envolvendo a oferta de curso superior sem a prévia autorização do Estado perpassa a existência de um arcabouço normativo que discipline a sua ampla atuação na seara educacional, notadamente no que se refere ao funcionamento irregular de cursos superiores que sequer possuem qualquer autorização estatal.

Como foi abordado alhures, a Lei nº 9.394, de 1996, e a Lei nº 10.861, de 2004, são omissas na disciplina do exercício do poder de polícia do Ministério da Educação, no tocante à sua atuação destinada a obstar o funcionamento de curso superior sem a prévia autorização estatal.

Assim, em razão dessa ausência de previsão normativa expressa existente no ordenamento jurídico, parece ser imprescindível e desejável a edição de lei com a finalidade precípua de regulamentar a atuação mais ampla do Poder Público na fiscalização da prestação do serviço educacional por entidades particulares.

A proposta acima mencionada do aprimoramento do cenário normativo vigente, sem a necessária reformulação das atribuições legais do Ministério da Educação, decorre da necessidade de enfrentar a prestação irregular do serviço educacional, de forma técnica, contínua e independente, sem eventuais prejuízos decorrentes da periódica alteração do quadro de agentes públicos e da metodologia de trabalho adotada⁶¹.

O aperfeiçoamento da ordem jurídica, notadamente por meio da criação e da disciplina da atuação de entidade pública, com poderes regulamentares e com atribuições de poder polícia para fiscalizar amplamente o serviço educacional prestado por entidades particulares

59 JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p.28.

60 Portanto, vigoraria atualmente uma noção de legalidade ampliada, não ligando a Administração Pública somente à lei formal, mas sim a todo um bloco de legalidade, integrado pela Constituição e pelas demais normas e valores constantes do Ordenamento Jurídico. O Princípio da Legalidade passaria, a nosso ver, a significar não apenas a obrigação de atuação da Administração Pública de acordo com a lei, mas sim a atuação de acordo com o Direito.

_____. Algumas considerações atuais sobre o sentido de legalidade na Administração Pública. *Interesse Público*. Minas Gerais, nº 47, 2008. p. 154-156.

61 As alterações dos ocupantes do cargo de Ministro de Estado da Educação e da equipe de agentes públicos podem resultar na alteração significativa dos rumos da política educacional voltada para a solução desse problema.

constitui relevante instrumento de salvaguarda da defesa dos estudantes, conforme será abordado em seguida.

3.2. A Criação de Ente Específico de Fiscalização

Dentre as possíveis inovações normativas que são necessárias para potencializar a salvaguarda dos interesses estudantes, pode-se citar a criação de entidade estatal destinada especificamente a fiscalizar de forma racional e efetiva a atividade educacional desenvolvida por entidade particular, notadamente na situação de oferta de curso superior sem a prévia autorização estatal.

O exercício do poder de polícia dessa entidade pública a ser criada abarcaria tanto a função preventiva – autorizar cursos superiores que demonstrem a qualidade do ensino a ser oferecido – como a função repressiva – fechamento imediato de curso superior que está funcionando superior sem a devida autorização estatal.

O atual panorama sociopolítico brasileiro demonstra que o Estado tem adotado o modelo de descentralização administrativa, sobretudo por meio da criação de agências reguladoras, com a natureza de autarquia especial, tendo em vista a necessidade de atuar de forma específica e técnica na regulação dos variados segmentos da atividade econômica (energia, petróleo, telefonia, dentre outras)⁶².

A relação existente entre a criação das agências reguladoras e o paradigma do Estado Regulador, assim como o contexto do seu surgimento, é delineado por Henrique Ribeiro Cardoso⁶³:

O advento do Estado Regulador, ou mais precisamente a difusão em nível mundial da regulação, situa-se num processo global de revisão das funções estatais. A administração pública retrai-se no exercício das atividades econômicas de natureza privada, deixando ao particular a prestação de serviços públicos ou de interesse público, e passa a exercer, mais fortemente, uma intervenção nestes serviços, doravante prestados por empresas privadas. É a passagem do Estado produtor ao Estado regulador; interventor, no entanto em ambos os casos.

[...]

62 A instituição de agências vem sendo difundida na prática sociopolítica brasileira. Após a criação das três agências modernas (ANEEL, ANATEL E ANP), o que se passou quase contemporaneamente, começaram a surgir outras entidades similares. Nos últimos tempos, intensificou-se essa prática, de modo a ser possível contar quase uma dezena de figuras no horizonte jurídico pátrio. JUSTEN FILHO, op. cit., p. 328.

63 CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006. p. 85/86.

No Brasil, a adoção de maiores poderes de regulação, culminando com a criação de agências reguladoras, transferindo à administração indireta parte dos poderes antes exercidos pela administração direta [...]

Diferentemente de outras áreas de atuação estatal, a organização administrativa da Administração Pública Federal no exercício do poder de polícia da prestação da atividade educacional de nível superior é concentrada no Ministério da Educação, não existindo agência reguladora ou outra espécie de autarquia federal que fiscalize a oferta de curso superior por entidade privada^{64,65}.

Como o serviço educacional prestado por entidade particular de ensino caracteriza-se como atividade econômica, não existiria óbice que a União exercesse a fiscalização desse segmento não mais, diretamente, por intermédio do Ministério da Educação, mas de forma descentralizada, por meio de entidade pública criada especificamente para esse fim (por exemplo: agência reguladora).

A opção pela criação de agência reguladora para disciplinar e fiscalizar a atividade educacional prestada por entidades particulares decorre das nuances próprias que permeiam a sua atuação – atuação técnica, competência normativa, autonomia no desempenho de suas competências, etc. –, sendo certo que inexistem óbices do ponto de vista legal para a instituição de autarquia ou mesmo a criação de órgão específico da Administração Pública direta para atuar nesse segmento da atividade econômica⁶⁶.

Apesar da impossibilidade material de o Estado estar onipresente em todos municípios do Brasil, cujas dimensões são continentais, a criação de agência reguladora, destinada a fiscalizar a regularidade dos cursos superiores ofertados por entidades privadas, constituiria instrumento

64 O Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE (criado por meio da Lei nº 5.537, de 21 de novembro de 1968), o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP (criado por meio da Lei nº 9.448, de 14 de março de 1997), a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES (criado por meio da Lei nº 11.502, de 11 de julho de 2007) são entidades públicas vinculadas ao Ministério da Educação, mas que não exercem a função de fiscalizar a existência de autorização estatal para o funcionamento de curso superior ofertado por instituição privada de ensino.

65 Encontra-se em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.372/2012, cujo teor trata da criação do Instituto Nacional de Supervisão e Avaliação da Educação Superior – INSAES, que será uma autarquia federal destinada a supervisionar e avaliar instituições de educação superior e cursos de educação superior no sistema federal de ensino, e certificar entidades beneficentes que atuam na área de educação superior e básica. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=554202>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

66 [...] Não existe homogeneidade na configuração do regime jurídico das diversas agências reguladoras independentes. Isso permite, inclusive, a variação de intensidade e da extensão da sua autonomia. JUSTEN FILHO, op. cit., p. 343.

relevante na tutela dos estudantes (que também são consumidores⁶⁷), tendo em vista a sua atuação pautada em critérios técnico-educacionais⁶⁸.

O art. 37, inciso XIX, da Constituição da República⁶⁹, dispõe que é necessária a edição de lei para criação de autarquia, sendo certo que a agência reguladora é compreendida como espécie de autarquia especial.

Destarte, a criação de agência reguladora na área educacional, cuja função abrangerá a fiscalização contínua da prestação do serviço educacional por entidades privadas⁷⁰, notadamente no que se refere à existência de autorização estatal para ofertar curso superior, demandaria a edição de lei nesse sentido.

A respeito da obrigação da edição de lei para criar agência reguladora, que integra a Administração Pública indireta, Marçal Justen Filho assevera⁷¹:

[...]

A exigência de lei se consubstancia na primeira manifestação do controle mantido pela ordem jurídica sobre a agência. Ao submeter a criação da agência à disciplina legislativa, propicia-se a manifestação formal e específica dos representantes do povo acerca da concentração de certos poderes em determinada instituição, cujo funcionamento se norteará por princípios específicos e com margem peculiar de independência. Cabe ao Poder Legislativo apreciar a compatibilidade dessa solução com os interesses coletivos.

[...]

Os postulados acima deduzidos têm sido observados, aos menos em seus termos fundamentais, no Brasil. *Todas as agências reguladoras ou*

67 Vemos, assim, que a proteção dos consumidores certamente constitui um interesse primário das agências reguladoras. Juntamente como ele há, contudo, uma série de interesses, também primários, que devem ser tutelados e compatibilizados sem qualquer ordem hierárquica de preponderância previamente estabelecida. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 293.

68 O caráter técnico da atuação das agências reguladoras se revela através dos requisitos de formação técnica que a lei impõe aos seus dirigentes e, principalmente, pelo fato dos seus atos e normas demandarem conhecimento técnico científico especializado para que possam ser emanados, aplicados e fiscalizados. ARAGÃO, op. cit., p. 323.

69 Art. 37 [...]

XIX – Somente por lei específica poderá ser criada autarquia [...];

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 out. 2013.

70 Seja qual for a classificação da agência quanto à atividade regulada (cf. Item 8.5), todas as leis que as instituam preveem o desempenho por parte delas de competência fiscalizatórias sobre ao agente econômicas que se encontram no seu âmbito de atuação.

Aragão, op. cit., p. 317.

71 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 413.

entidades dotadas de alguma margem de autonomia têm sido instituídas através de lei. (Grifo do autor)

A criação de uma agência reguladora, como instrumento de fiscalização da política educacional fundada na expansão do ensino superior privado, coaduna-se com o princípio constitucional da eficiência, porquanto permite uma atuação do poder de polícia de forma técnica e especializada⁷², especialmente no tocante à coibição da oferta de curso superior sem a prévia autorização estatal⁷³.

Os argumentos de Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁷⁴ sobre a observância do princípio da eficiência pelo Estado pode também ser exteriorizada por meio da criação de agência reguladora com atribuições singulares e de cunho técnico, que atue como agente regulador e normativo de determinado segmento econômico, o que poderia englobar a prestação do serviço educacional por entidade privada:

[...]

Está aí, assim, o fulcro da eficiência e desta como base constitucional para uma delegação de poder às agências, bem como de seus limites por força da sua responsabilidade pela solidariedade de meios e fins por atos normativos e reguladores. Afinal, o princípio da eficiência tem por característica disciplinar a atividade administrativa nos seus resultados e não apenas na sua consistência interna (legalidade estrita, moralidade, impessoalidade). Por assim dizer, é um princípio para fora e não para dentro. Não é um princípio condição, mas um princípio fim, isto é, não impõe apenas limites (condição formal de competência), mas impõe resultados (condição material de atuação). Por seu intermédio, a atividade administrativa continua submetida à legalidade, muito mais, porém, à legalidade enquanto relação solidária entre meios e fins e pela qual se responsabiliza o administrador.

72 [...] é típico da atividade regulatória que o ente regulador seja detentor de profundo conhecimento sobre o setor regulado e que, portanto, sua atuação seja focada na sua área de especialidade. Nesse sentido, a especialidade se presta não apenas a garantir maior eficiência regulatória, como também se põe como um instrumento para reduzir a assimetria informacional (entendida como o déficit existente entre o patamar de informações que o regulado possui sobre a atividade em relação ao arcabouço de informações acervadas pelo regulador). A especialidade, portanto, relaciona-se diretamente com a legitimação técnica dos entes reguladores. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 48/49.

73 O Projeto de Lei nº 4.372/2012, em trâmite no Congresso Nacional, não estabelece competência ao INSAES para impedir entidade privada de oferecer curso superior sem autorização estatal.

74 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Como regular agências reguladoras?. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, p. 7-23, jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=55007>>. Acesso em: 31 out. 2013.

Entende-se, assim, a possibilidade de que uma delegação (instrumental) venha a inserir-se na competência do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, basicamente nas funções de fiscalização e incentivo, ambas em termos do princípio da eficiência. Ou seja, o princípio da eficiência exige que a Administração, em vista do mercado, seja dotada de competências reguladoras de natureza técnica e especializada sob pena de paralisia. Isto é, é impossível exigir-se eficiência da Administração sem dar-lhe competência para alocar fins específicos e encontrar meios correspondentes. A especialização técnica é exigência da eficiência.

Assim, considerando o crescimento do ensino superior privado e os diversos casos de prejuízos causados aos discentes, tem-se que a criação de agência reguladora traduz relevante instrumento de implementação da política pública educacional, tendo em vista que a sua atuação é pautada na especialização técnica, o que pode traduzir maior eficiência no exercício do poder de polícia relacionada à atividade privada educacional.

3.3 A Possibilidade de Convalidação dos Estudos

Além da maior eficácia na fiscalização do segmento educacional, a instituição de agência reguladora constituiria meio adequado para a resolução do imbróglgio causado aos estudantes em razão da não obtenção da certificação válida de conclusão do curso superior.

Como foi abordado alhures, a prestação do serviço educacional sem a prévia chancela estatal implica impossibilidade de obtenção do diploma, sendo certo que o conjunto normativo existente não disciplina claramente essa questão na perspectiva de resolução da situação do estudante.

Em face às peculiaridades relacionadas à prestação do serviço educacional sem a devida autorização estatal, inclusive no que tange à qualidade do ensino ofertado e do processo de aprendizagem, a possibilidade de aproveitamento do conhecimento adquirido pelos estudantes deve ser objeto de rígida regulamentação técnica, tendo em vista as peculiaridades que envolvem a formação acadêmica nos cursos superiores oferecidos.

As peculiaridades técnico-educacionais que envolvem a verificação da aprendizagem dos alunos que ingressaram em curso superior não autorizado pelo Ministério da Educação podem ser objeto de regulamentação, por meio do poder normativo da agência reguladora⁷⁵,

⁷⁵ A autonomia das agências no desenvolvimento de suas funções envolve uma análise acerca de suas competências para aplicação do Direito. A expressão pode ser interpretada em termos amplos, quer para indicar a produção de normas abstratas como também para referir o processo de individualização da norma concreta destinada a reger uma situação específica. As agências exercitam não apenas competências de cunho normativo. Também são titulares de outras funções tipicamente administrativas, de cunho autoritativo, com perfil amplamente conhecido no âmbito do Direito Administrativo. JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 482.

que disciplinaria os critérios para o aproveitamento dos estudos realizados na situação de irregularidade⁷⁶.

A respeito do caráter normativo das agências reguladoras fundadas na regulamentação de matérias de cunho técnico e da sua relevância no atual contexto da complexidade do progresso social, vale colacionar os ensinamentos de Alexandre Santos de Aragão⁷⁷:

A necessidade de descentralização normativa, principalmente de natureza técnica, é a razão de ser das entidades reguladoras independentes, ao que podemos acrescentar ao fato de a competência normativa, abstrata ou concreta, integrar o próprio conceito de regulação.

[...]

Sob o prisma da organização do aparato administrativo, o florescimento dos ordenamentos setoriais desenvolvidos por agências independentes faz com que aquele dificilmente retorne ao caráter unitário projetado nos oitocentos, e que já começara a ruir com o advento dos entes locais autônomos e das entidades da administração indireta. Com o avanço da pluralidade e complexidade, inclusive tecnológica, da sociedade, este processo fragmentário da administração pública chegou a um ponto ótimo com o surgimento, por imposições práticas, teoricamente elaboradas, dos órgãos e entidades independentes, ou seja, dotados de uma verdadeira autonomia.

Deste modo, a averiguação da possibilidade de convalidação da aprendizagem ocorrida na situação da prestação do serviço educacional sem autorização estatal pode ser equacionado por meio do poder normativo das agências reguladoras, que fundado na discricionariedade técnica⁷⁸, estaria apto a normatizar o procedimento a ser seguido para dirimir as

76 A possibilidade de aproveitamento da aprendizagem do conhecimento obtido pelo aluno não constitui matéria estranha na seara educacional, conforme se pode verificar do Parecer normativo nº 23/96, elaborado pelo Ministério da Educação, por meio do Conselho Nacional de Educação.

Contudo, o referido parecer não aborda a possibilidade de convalidação de estudos dos alunos, quando ocorre a conclusão de curso superior sem autorização estatal.

Brasil. Ministério da Educação. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12808&Itemid=866>. Acesso em: 07 nov. 2013.

77 ARAGÃO, op. cit., p. 386/387.

78 O parâmetro fundamental norteador das decisões das agências não é a vontade, mas sim a racionalidade. Sob esse prisma é que se pode diferenciar a dita discricionariedade técnica própria das agências daquela comum, generalizada no âmbito da atividade administrativa do Estado. Toda e qualquer decisão produzida pela agência está sujeita a um requisito de racionalidade técnico-científica. Ainda quando se possa (e deva) reconhecer margem de autonomia de escolha, a seleção por uma alternativa dentre várias somente se justifica como válida em face de um juízo de racionalidade.

JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: existe um Déficit Democrático na "Regulação Independente"? *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 273-301, abr./jun. 2003.

mais variadas situações causadas aos estudantes no sentido de viabilizar a obtenção da certificação de conclusão válida do curso superior.

Face à necessidade de tutelar a situação atual dos estudantes que não podem obter a certificação válida do curso superior em razão da irregularidade da entidade privada de ensino e considerando os percalços que envolveriam a criação e a efetiva operacionalização de agência reguladora, seria recomendável, como solução provisória e paliativa, que o Ministério da Educação, por meio do Conselho Nacional de Educação⁷⁹, editasse portaria normativa sobre a matéria.

Apesar da agência reguladora, por meio do seu poder normativo, representar o instrumento mais eficaz para dirimir o problema em questão, é necessário que o Ministério da Educação, mesmo diante das suas limitações, discipline o aproveitamento da aprendizagem ocorrida em instituição privada de ensino superior que não possui autorização estatal, visto que essa situação requer o seu imediato enfrentamento⁸⁰.

3.4 A Criminalização Da Atividade Educacional Irregular

Além da criação de agência reguladora destinada a exercer o poder de polícia na seara educacional, a inovação legal⁸¹ no sentido da criação específica de sanções de natureza penal constituem meios hábeis a coibir a prática de oferta de curso superior aos estudantes sem a imprescindível autorização estatal.

O significativo dispêndio de tempo e de recursos financeiros dos estudantes assim como a frustração resultante da impossibilidade

79 O art. 7º, caput, da Lei nº 9.131, de 24 de novembro de 1995, que alterou a Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961, e o art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.394, de 20 de Dezembro de 1996, textualizam claramente que o CNE possui atribuições normativas:

Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961.

Art. 7º O Conselho Nacional de Educação, composto pelas Câmaras de Educação Básica e de Educação Superior, terá atribuições normativas, deliberativas e de assessoramento ao Ministro de Estado da Educação e do Desporto, de forma a assegurar a participação da sociedade no aperfeiçoamento da educação nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.131, de 1995)

Lei nº 9.394, de 20 de Dezembro de 1996.

Art. 9º - [;]

§ 1º Na estrutura educacional, haverá um Conselho Nacional de Educação, com funções normativas e de supervisão e atividade permanente, criado por lei.

80 Apesar de significativas diferenças, o procedimento de revalidação de diploma de graduação expedido por instituição de ensino estrangeira, que é disciplinado pela Resolução CNE/CES nº 01, de 28 de janeiro de 2002, poderia ser adaptado e utilizado para permitir o aproveitamento de aprendizagem ocorrido na situação de irregularidade do serviço educacional.

81 O Direito Penal moderno se assenta em determinados princípios fundamentais, próprios do Estado democrático de Direito, entre os quais sobreleva o da legalidade dos delitos e das penas, da reserva legal ou da intervenção legalizada, que, enunciado no art. 1º do Código Penal, tem base constitucional igualmente expressa (art. 5º, XXXIX, CF).

A sua dicção legal tem sentido amplo: não há crime (infração penal) nem pena ou medida de segurança (sanção penal) sem prévia lei (stricto sensu).

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*, 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 140.

de obtenção do certificado de conclusão válido evidencia o desvalor da conduta praticada no sentido de ludibriar universo significativo de pessoas que ingressam em curso superior ofertado por entidade privada sem a prévia chancela do Poder Público.

Acrescente-se, ainda, que a prestação do serviço educacional sem autorização estatal implica dano em dimensão transindividual, pelo que a proteção da sociedade e a manutenção da pacificação social deve também ocorrer por meio da tutela penal⁸², haja vista a dimensão e a relevância do bem jurídico a ser protegido – direito dos estudantes de obterem o diploma válido de conclusão de curso superior.

Em relação à viabilidade da salvaguarda dos direitos dos estudantes/consumidores, que podem ser compreendidos como a tutela de interesses metaindividuais, por meio do Direito Penal, cumpre citar os argumentos doutrinários abaixo transcritos⁸³:

As infrações contras as relações de consumo, assim como as demais de Direito Econômico (delitos contra o meio ambiente, dentre outros), são infrações de massa, contra a coletividade, atentando contra interesses coletivos e difusos, e não só contra bens individuais como a saúde e a vida das pessoas.

Possuem, no dizer de José Henrique Pierangelli, caráter pluriofensivo, que “obriga ao rompimento com princípios e regras assentes no direito penal liberal.”

No tocante ao bem-interesse protegido, o Direito Penal do Consumidor difere sensivelmente da dogmática tradicional.

Como acentua Juan Bustos Ramirez, os bens próprios ao direito penal tradicional eram de fácil determinação, porque surgiam ligados diretamente à pessoa e sua ofensa se mostrava particularizada e precisa (dano à saúde, à vida, ao patrimônio do indivíduo). Tinham um caráter microsocial, referindo-se a relações de pessoa(s) a pessoa(s), sendo de fácil delimitação.

82 O Direito Penal é visto como uma ordem de paz pública e de tutela das relações sociais, cuja missão é proteger a convivência humana, assegurando, por meio da coação estatal, a inquebrantabilidade da ordem jurídica. Para sancionar as condutas lesivas ou perigosas a bens jurídicos fundamentais, a lei penal se utiliza de peculiares formas de reação – penas e medidas de segurança.

Nesse particular aspecto, cabe salientar que, mais que um instrumento de controle social normativo – primário e formalizado –, assinala-se à lei penal uma função de proteção e de garantia. Entretanto, tem sido destacado, com razão, que o Direito Penal esta se convertendo, cada vez mais, em um instrumento de direção ou orientação social, sobretudo em matéria de tutela de bens jurídicos transindividuais.

PRADO, op. cit., p.65.

83 LECEY, Eladio. A tutela penal do consumidor e a criminalização da pessoa jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 26, p. 77, abr. 1998.

Com a vida moderna e seu dinamismo, em especial no âmbito econômico, se chegou à configuração de bens jurídicos que não estão ligados diretamente à pessoa, dizendo mais com o funcionamento do sistema. É o caso de bens como a qualidade do consumo e o meio ambiente, dentre outros, bens jurídicos de determinação mais difícil, pelo que denominados de bens difusos.

Ditos bens tem relação com “todas e cada uma das pessoas do sistema social”. A ofensa ao meio ambiente não diz como uma pessoa mas com a coletividade, incidindo difusamente. Há uma acentuada danosidade social. Se movem, na lição do citado Professor Ramirez, no âmbito macrosocial.

Em razão da acentuada danosidade coletiva e macrosocial é que se mostra indispensável, como *última ratio* a tutela penal das relações de consumo, como resposta social, instrumento de pressão e de prevenção, para que haja efetividade às normas gerais que as protegem.

Assim, o próprio “Direito Penal Mínimo”, reservando a (mínima) intervenção do direito criminal às mais expressivas infrações, há de orientar à criminalização daquelas condutas, justamente em razão da já destacada danosidade macrosocial.

Vale lembrar que a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que estatuiu o Código de Defesa de Consumidor, apresenta rol de infrações penais referentes às relações de consumo, motivo pelo qual é possível asseverar que a tutela do estudante também pode ser disciplinada pelo Direito Penal⁸⁴.

É importante distinguir que, apesar dos arts. 171 e 175 do Código Penal brasileiro estabelecerem que a obtenção de vantagem ilícita, em prejuízo alheio, por meio de erro de outrem constitui crime de estelionato

84 Podemos definir o direito penal do consumidor como o ramo do direito penal econômico que, ao sancionar certas condutas praticadas no mercado, visa garantir o respeito aos direitos e deveres decorrentes do regramento civil e administrativo que orienta as relações entre fornecedores e consumidores. Seu objetivo principal, pois, é sancionar, como alavanca instrumental, certas condutas desconformes (não todas) que ocorrem no relacionamento entre o consumidor e o fornecedor.

Ao lado de medidas de direito privado que garantam o reequilíbrio entre o profissional forte e o consumidor desarmado, impõe-se a intervenção do direito penal, já que os abusos de consumo afetam toda a sociedade e, por isso mesmo, exigem também uma resposta social. O próprio consumo, ninguém nega, é, em si, um fenômeno supraindividual (ora difuso, ora coletivo). “A produção e distribuição em massa produziram um consumo mais e mais coletivo”. Esse distintivo massificado (supraindividual, portanto), como veremos, repercute profundamente nas características e no modo como os tipos penais de consumo são formulados. BENJAMIN, Antônio Herman V. *O Direito Penal do consumidor*: Capítulo do Direito Penal Econômico. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1187, abr. 2011.

e de fraude ao comércio⁸⁵, a tipificação desse tipo de comportamento visa proteger preponderantemente o bem jurídico referente ao patrimônio individual das pessoas⁸⁶.

Por sua vez, a conduta referente à prestação de serviço educacional à coletividade sem a prévia autorização estatal representa fraude que tem o potencial lesivo macrossocial, além de vulnerar a credibilidade perante a sociedade da eficácia do poder de polícia exercido pela Administração Pública, motivo pelo qual seria adequada a tipificação penal específica desse tipo de comportamento.

Assim, a tipificação da oferta de curso superior por entidade privada sem autorização do Ministério da Educação⁸⁷, eventualmente com a previsão de penas mais severas do que as previstas para o estelionato e fraude ao comércio, podem constituir meio hábil a coibir esse tipo de prática, haja vista o seu caráter pedagógico.

A respeito da coerção penal como relevante instrumento de prevenção de comportamentos tipificados como ilícito, vale citar os ensinamentos de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli⁸⁸:

[...]

A coerção penal se distingue do resto da coerção jurídica porque - como dissemos - procura evitar novos delitos com a prevenção especial ou a reparação extraordinária.

A lei penal em sentido estrito é a que associa a uma conduta uma pena: lei penal em sentido amplo é a que abarca todos os preceitos jurídicos que precisam as condições e limites do funcionamento desta relação.

85 Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

Art. 175 - Enganar, no exercício de atividade comercial, o adquirente ou consumidor:

I - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

II - entregando uma mercadoria por outra:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 12 nov. 2013.

86 O bem jurídico tutelado é a especial proteção do patrimônio em relação aos atentados perpetrados mediante fraude. E ainda, para alguns, a segurança, a fidelidade, e veracidade das relações jurídicas que gravitam em torno do patrimônio.

PRADO, op. cit., p. 471.

87 O tipo penal é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes (por estarem penalmente proibidas).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*: v. 1: Parte Geral, 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 387.

88 Ibidem, p. 98.

A pena não pode perseguir outro objetivo que não seja o que persegue a lei penal e o direito penal em geral: a segurança jurídica. A pena deve aspirar a prover a segurança jurídica, pois seu objetivo deve ser a prevenção de futuras condutas delitivas.

Afirma-se que a prevenção de futuras condutas delitivas pode ser alcançada ou pretender-se alcançá-la mediante a prevenção geral ou a prevenção especial.

Para uns a prevenção se realiza mediante a retribuição exemplar e é prevenção geral, que se dirige a todos os integrantes da comunidade jurídica. Para outros, a prevenção deve ser especial, procurando com a pena agir sobre o autor, para que aprenda a conviver sem realizar ações que impeçam ou perturbem a existência alheia.

Destarte, tem-se que tipificação penal específica da conduta alusiva à oferta de curso superior sem a prévia autorização do Estado constituiria instrumento válido na coibição dessa prática e, conseqüentemente, na proteção dos estudantes.

Contudo, é importante destacar que o imprescindível detalhamento dos aspectos penais – como as nuances do tipo penal proposto, a responsabilidade penal, os tipos de penas a serem aplicadas, dentre outros aspectos – refoge ao âmbito do presente trabalho, que se ocupa de problema distinto. Assim, esclarece-se que tais questões são apresentadas de forma exclusivamente indicativa e propositiva, pois merecem ser objeto de análise e aprofundamento em trabalho específico.

3.5 A Conscientização e Participação Ativa dos Cidadãos

Além das inovações normativas acima citadas, como meios hábeis a coibir a prática da prestação irregular do serviço educacional, é necessário que o Estado adote a praxe de disseminar campanhas educativas voltadas a orientar e estimular a sociedade a respeito da necessidade de verificar a situação de regularidade da instituição de particular de ensino perante o Poder Público.

É de fundamental importância a participação direta do cidadão na fiscalização da regularidade e da qualidade do serviço educacional ofertado por entidade privada, tendo em vista que a qualificação acadêmica dos estudantes constitui matéria de interesse de toda coletividade.

A consecução de um Estado, fundado na democracia, perpassa a tomada de consciência das pessoas de que o enfrentamento e a resolução de diversos problemas existentes requer o exercício da cidadania participativa, no sentido dos cidadãos participarem de forma efetiva na fiscalização e denúncia da prática de irregularidades perpetradas por entidades privadas de ensino.

O estudo realizado por André de Luis Carvalho Brum⁸⁹ sobre a relevância do exercício da cidadania demonstra o importante papel da atuação conjunta do cidadão com o Estado no combate das irregularidades existentes e na construção de uma sociedade ordeira e desenvolvida:

[...] A população não pode acreditar que basta delegar responsabilidades e virar as costas, aguardando as benesses prometidas; é necessário entender, fiscalizar, mas antes de tudo preparar-se para delegar poderes com sabedoria. É preciso, enfim, que cada brasileiro adote uma postura de plena cidadania, assumindo-se como co-responsável pela coletividade, e vendo seu próprio bem como razão precípua dos poderes instituídos, rompendo o espírito patriarcal e o distanciamento entre governo e governados, que macula as relações políticas brasileiras desde o período colonial.

[...]

A própria assunção do Estado, de que não pode prescindir do compartilhamento de atribuições, demonstra que a sociedade também não pode negar seu papel de fiscalizador e co-responsável pela administração do país. Como se vê, a cômoda perspectiva de cidadania pelo pagamento de impostos, exercício do voto e posse de direitos, discutidas no segundo capítulo deste estudo, não poderá prevalecer num país que se pretende democrático de fato.

A constatação lógica de que a Administração Pública não se pode fazer onipresente, ao menos em termos de fiscalização efetiva, em todas as localidades do Brasil demonstra a relevância da conscientização e da participação concreta da sociedade na fiscalização da regularidade do serviço educacional ofertado por entidade privada.

Apesar da restrição de atuação do Ministério da Educação, por meio do seu poder de polícia, diante do funcionamento de curso superior sem autorização estatal, é de fundamental importância que o MEC atue intensamente na divulgação de campanhas educativas no sentido de conscientizar os estudantes da necessidade de averiguar a idoneidade do curso superior e da entidade educacional junto ao Poder Público, estimulando a efetiva participação da sociedade no combate da prestação do serviço educacional irregular.

Dessa forma, afigura-se a relevância da problemática envolvendo a prestação irregular do serviço educacional por entidade privada, que revela a necessidade do seu enfretamento de forma mais eficaz, inclusive por meio de inovação normativa, referente à criação de agência reguladora e a criminalização da referida conduta, bem como pela participação ativa da sociedade no combate ao funcionamento de cursos superiores sem a prévia autorização estatal.

89 BRUM, André de Luis Carvalho. *Estado e Cidadania: A sociedade mobilizada para eficiência do poder público*. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k214307.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2013.

4 CONCLUSÃO

Diante dos argumentos acima articulados, afigura-se que a expansão do ensino superior privado, em razão do seu enquadramento como atividade econômica bastante lucrativa, resultou no surgimento de entidades particulares que oferecem serviço educacional sem qualquer autorização do Poder Público.

A Lei nº 9.394, de 1996, e a Lei nº 10.861, de 2004, que são os diplomas normativos que cuidam do exercício do poder de polícia, no âmbito do serviço educacional, inclusive o prestado por entidades particulares, explicitam que a atuação do Ministério da Educação está mais claramente adstrita à fiscalização das entidades que integram o sistema federal de ensino.

Portanto, em face da inexistência de previsão legal, não existe órgão público encarregado especificamente de coibir a prática da prestação de serviço educacional por entidade particular de ensino superior que não detém qualquer autorização do Poder Público.

A consequência da prestação irregular do serviço educacional por instituição privada pode ser mensurada nos danos causados aos alunos que não conseguem obter o certificado válido de conclusão do curso superior, apesar do significativo dispêndio de recursos financeiros e de tempo.

Ademais, os prejuízos experimentados pelos discentes é agravado em razão da omissão normativa relacionada à possibilidade de aproveitamento ou convalidação da aprendizagem ocorrida nessa condição de irregularidade.

Dessa forma, a segurança jurídica, a fidedignidade e a boa-fé objetiva na relação contratual mantida entre entidades particulares de ensino superior e os seus alunos resta vulnerada, porquanto não existe a possibilidade da entrega do certificado válido de conclusão do curso superior.

É possível asseverar que o enfrentamento dessa questão apenas sob a perspectiva da fixação de danos morais e materiais em razão dos prejuízos causados aos estudantes ou mesmo o enquadramento do fato como crime de estelionato não são suficientes para tutelar os interesses dos discentes, razão pela qual é imprescindível o aperfeiçoamento da atuação do Estado.

O enfrentamento eficiente da propagação da abertura de cursos superiores sem a obtenção da prévia autorização estatal e das questões correlatas perpassa o aprimoramento do arcabouço normativo, no sentido de que haja a devida disciplina da atuação do Poder Público na seara educacional, notadamente no que se refere à contenção da prestação irregular do serviço educacional.

Como já ocorre na regulação de outros segmentos da atividade econômica, o modelo de descentralização administrativa adotado pelo Estado, por meio da criação de agência reguladora, por exemplo, deve ser seguido também na atividade educacional.

A criação de agência reguladora constituiria instrumento relevante na fiscalização da política educacional fundada na expansão do ensino superior privado, coadunando-se com o princípio constitucional da eficiência, porquanto permite uma atuação do poder de polícia de forma técnica e especializada, inclusive no combate à abertura de curso superior sem a prévia autorização estatal.

Além de emprestar maior eficácia na fiscalização do segmento educacional, a criação de agência reguladora constituiria meio adequado para dirimir uma das consequências danosas da prestação irregular do serviço educacional, qual seja: a impossibilidade dos estudantes obterem a certificação válida de conclusão do curso superior.

A relevância da criação de agência reguladora pode ser vislumbrada em razão do seu poder normativo que, fundado na discricionariedade técnica, permitiria equacionar as mais variadas situações, viabilizando, inclusive, a normatização de procedimento a ser observado para averiguar a possibilidade de convalidação da aprendizagem ocorrida na situação do estudante frequentar curso superior que não possui autorização estatal.

É possível citar a criminalização da prestação irregular de serviço educacional como outro meio hábil a coibir a prestação irregular do serviço educacional, haja vista que essa prática vulnera a credibilidade da eficácia do poder de polícia exercido pela Administração Pública, além de representar fraude de potencial lesivo macrossocial.

Destarte, é possível que a proteção dos estudantes ocorra por meio da tutela penal, no sentido de tipificar como crime a prática da abertura de curso superior sem autorização estatal, tendo em vista a dimensão metaindividual dos danos causados e a relevância do bem jurídico a ser protegido – direito dos estudantes de obterem o diploma válido de conclusão de curso superior.

Não obstante a relevância das inovações legais acima mencionadas e diante da constatação lógica de que a Administração Pública não se pode fazer onipresente em todas as localidades do Brasil, que é um país de dimensões continentais, é imprescindível que haja a participação direta de todos os cidadãos na fiscalização da regularidade e da qualidade do serviço educacional prestado por entidade particular.

Sendo assim e considerando os argumentos fáticos e jurídicos expostos no presente trabalho, tem-se que o surgimento da prestação irregular do serviço educacional por entidade privada, que oferece curso superior sem integrar o sistema federal de ensino, deve ser enfrentado pelo Poder Público com a devida relevância, visto que a educação de qualidade é de fundamental importância para o desenvolvimento da sociedade.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *A boa-fé na relação de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 4, out. 2011.

ALVES, Mariana Gaio; ALVES, Natália; CHAVES, Miguel. Inserção profissional e razões de ingresso e reingresso no ensino superior: um ponto de partida para uma temática em aberto. *Sociologia, Problemas e Práticas*. Oeiras, n. 69, maio 2012. Disponível em: <http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0873-65292012000200007&lng=pt&nrm=iso>.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Direito dos serviços públicos*. Forense: Rio de Janeiro, 2007.

_____. *A concepção pós-positivista do princípio da legalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 65, out. 2008.

_____. *O conceito de serviços públicos no direito positivo brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 859, maio 2007.

_____. O Princípio da Eficiência. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, n. 4, ano 2, jan./mar. 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12549>>.

BARDAGI, Marúcia; LASSANCE, Maria Célia Pacheco; PARADISO, Ângela Carina; MENEZES, Ioneide Almeida. *Escolha Profissional e Inserção no Mercado de Trabalho*: percepções de estudantes formandos. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pee/v10n1/v10n1a07.pdf>>.

BENJAMIN, Antônio Herman V. *O Direito Penal do consumidor*: capítulo do Direito Penal Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, abr. 2011.

BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

_____. *Lei n. 5.172, 25 de outubro de 1966*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>.

_____. *Lei n. 9.394/96, de 20 de dezembro de 1996*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>.

_____. *Lei n. 10.861/2004, de 14 de abril de 2004*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.861.htm>.

_____. *Decreto n. 5.773/2006, de 09 de maio de 2006*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-006/2006/Decreto/D5773.htm>.

_____. *Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira*. Disponível em: <http://download.inep.gov.br/educacao_superior/censo_superior/resumo_tecnico/resumo__tecnico__censo__educacao__superior_2011.pdf>.

_____. *Ministério da Educação*. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com-content&view=article&id=12467&Itemid=783&msg=1>>. Acesso em: 09 set. 2013.

_____. *Ministério da Educação*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/2007/rces002_07.pdf> Acesso em: 22 out. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal na 4ª Região. Apelação Cível - AC. Atividade educacional. Funcionamento irregular de curso superior. Dever de diligência de estudante. *AC nº 200004010265417*, Relator Des. Federal Alcides Vettorazzi, Quarta Turma, DJ 22/11/2000.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível - AC. Atividade educacional. Funcionamento irregular de curso superior. Fixação por danos materiais e morais. *AC nº 5007776-50.2011.404.7204*, Relator p/Acórdão Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Terceira Turma, D.E. 16/05/2013.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Criminal - ACR. Atividade educacional. Funcionamento irregular de curso superior. Crime de estelionato. *ACR nº 200739010004855*, Relator Juiz Federal Marcus Vinícius Reis Bastos (conv.), Quarta Turma, e-DJF1 15/09/2011.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Criminal - ACR. Atividade educacional. Funcionamento irregular de curso superior. Crime de estelionato. *ACR nº 0001067-9501163008*, Relator Des. Federal Osmar Tognolo, Terceira Turma, DJ 11/06/1999.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível - AC. Atividade educacional. Funcionamento irregular de curso superior. Impossibilidade de expedição de diploma. *AC nº 0001067-82.2008.4.01.4000/PI*, Relator Des. Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, e-DJF1 27/05/2013.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível. Responsabilidade Civil. União. Fiscalização preventiva. Atos autorizativos. *AC nº 331313/SE (2001.85.00.003633-3)*. Relator Des. Federal Francisco Wildo. DJ 30/11/2004.

BRUM, André de Luis Carvalho. *Estado e Cidadania: A sociedade mobilizada para eficiência do poder público*. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k214307.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CORBUCCI, Paulo Roberto. *Financiamento e democratização do acesso à educação superior no Brasil: da deserção do Estado ao projeto de reforma*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v25n88/a03v2588.pdf>>.

CRUZ, Caroline Menegon da. A boa-fé objetiva no direito civil brasileiro. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./abr. 2013.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Como regular agências reguladoras?. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=55007>>. Acesso em: 31 out. 2013.

FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). *Código Tributário Nacional Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. Saraiva: São Paulo, 2008.

GUIMARÃES, Cátia. O lucrativo mercado da educação superior. *Revista POLI: saúde, educação e trabalho*, Rio de Janeiro, n. 29, jul./ago. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. Agências Reguladoras e Democracia: existe um Déficit Democrático na “Regulação Independente”? *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, abr./jun. 2003.

LECEY, Eladio. A tutela penal do consumidor e a criminalização da pessoa jurídica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 26, abr. 1998.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Poder de Polícia da Economia e Princípio da Legalidade. *Revista de Direito Público*. São Paulo, nº 67, jul./set. 1983.

MELO, Lígia Maria Silva de. Segurança jurídica: fundamento do Estado de Direito. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 25, p. 133-144, jul./set. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=37238>>. Acesso em: 18 out. 2013.

NABAIS, José Casalta. O estatuto constitucional dos consumidores. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62646>>. Acesso em: 24 out. 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*, 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Controle público da educação e liberdade de ensinar na Constituição Federal de 1988. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). *CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA: Estudos em Homenagem ao Prof. J.J. Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 57, out. 2006.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Algumas considerações atuais sobre o sentido de legalidade na Administração Pública. *Interesse Público*. Minas Gerais, n. 47, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*: v. 1: Parte Geral, 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.