

O DIREITO EDUCACIONAL E A AUTOMIA DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR

Parte 3

Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues *

3. O princípio da autonomia e a exigência de manifestação da OAB e do Conselho Nacional de Saúde para a criação de Cursos e aumento de vagas

Busca-se na terceira parte deste artigo¹ examinar a legitimidade de instituições (como a OAB) e de órgãos (como o Conselho Nacional de Saúde) para imporem restrições ou impedimentos à criação e reconhecimento de cursos ou ao aumento de suas vagas

Inicialmente é necessário destacar, novamente, que a Constituição Federal contém em seu texto, relativamente ao sistema educacional, três momentos diversos que tratam do princípio da autonomia: (a) como princípio pedagógico – flexibilidade -, constante do artigo 206, incisos II e III ²; (b) como princípio organizativo – liberdade de oferecimento pela iniciativa privada -, presente no artigo 209 ³; (c) como princípio administrativo – autonomia universitária -, na forma do artigo 207 ⁴.

* Mestre e Doutor em Direito pela UFSC (SC), onde é Professor Titular e leciona *Direito Educacional* no Curso de Graduação e *Fundamentos e Metodologia do Ensino do Direito* nos Cursos de Pós-Graduação; também exerce o cargo de Coordenador do Curso de Graduação em Direito e já exerceu, dentre outras, a função de Coordenador de Estágios. É professor convidado para cursos de Pós-Graduação em diversas IES brasileiras. Escreveu, na área da Educação e do Direito Educacional os livros “*Ensino jurídico: saber e poder*”, “*Ensino jurídico e direito alternativo*”, “*Novo currículo mínimo dos cursos jurídicos*” e “*Ensino do Direito no Brasil: diretrizes curriculares e avaliação das condições de ensino*” (este último em conjunto com Eliane Botelho Junqueira); nessa área também organizou a coletânea “*Ensino Jurídico para quem?*”. Além da área de Direito Educacional, também pesquisa, publica e leciona na área do Direito Processual. Integrou, de 1996 a 1998, a Comissão do Exame Nacional de Cursos (“provão”) para a área de Direito. É consultor *ad hoc* do CNPq e das Comissões de Especialistas de Ensino de Direito da SESU/MEC e do INEP/MEC.

¹ É perceptível para quem acompanha a Revista @aprender, que neste artigo publicado em partes há determinadas repetições de conteúdos. Essa prática justifica-se em virtude do artigo estar sendo publicado “fatiado”, optando-se então por repetir, sempre que necessário, determinadas normas legais ou análises, permitindo, dessa forma, que cada parte possa ser lida e compreendida isoladamente.

² Ver *A flexibilidade e o Direito Educacional brasileiro*, publicado na Revista @aprender, ano 2, n. 5, p. 26-29, set./out. 2002.

³ Ver *O Direito Educacional e a autonomia das Instituições de Ensino Superior – parte 2*, publicado na Revista @aprender, ano 3, n. 12, p. , jul./ago. 2003.

⁴ A esse tema será dedicado o quinto artigo desta série

Interessa ao tema deste artigo, em especial o princípio constitucional que garante a liberdade de ensino à iniciativa privada, garantia essa condicionada à manutenção de um determinado padrão de qualidade – é nesse sentido que o artigo 209 da Constituição Federal estabelece que “o ensino é livre à iniciativa privada”, mediante “autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público”. Para garantir que essa qualidade seja mantida, estabelece a necessidade da avaliação⁵, por parte do Poder Público⁶. A essa condição – controle de qualidade pelo Poder Público – adiciona, no inciso I do mesmo artigo 209, a condição de que haja o “cumprimento das normas gerais da educação nacional”⁷.

3.1. A liberdade de ensinar e as condições para o seu exercício

Primeiramente veja-se a condição presente no inciso I do artigo 209, de cumprimento das normas gerais da educação nacional. Aqui é necessário compreender claramente: (a) que o princípio fundamental, inserido no texto constitucional, é o da liberdade de ensinar – ou seja, é a luz dele que devem ser lidas as condições, que existem para garantir a sua efetividade qualitativa e não para negá-lo; (b) que o cumprimento das normas gerais da educação nacional pressupõe o cumprimento daqueles conjuntos normativos oriundos do parlamento – ou seja, são nas leis que elas devem ser buscadas e não em decretos e portarias; (c) que decretos e portarias são instrumentos da administração pública para regulamentar as normas gerais, mas não podem modificá-las ou lhes negar aplicação e efetividade, tendo em vista o princípio constitucional da separação dos poderes⁸ e a competência legislativa dele decorrente, bem como o respeito à hierarquia das normas⁹; e (d) que normas corporativas, como o Estatuto da OAB, mesmo que oriundas do parlamento, não são normas gerais da educação, devendo ter seu sentido necessariamente interpretado à luz dessas e, em especial, da Constituição Federal.

⁵ Atualmente as normas gerais do sistema de avaliação encontram-se definidos pela Lei n.º 9.131/95, em seus artigos 3º e 4º, e pela Lei n.º 9.394/96 (LDB), em seu artigo 46.

⁶ Segundo o artigo 6º da Lei n.º 4.024/61, com a redação que lhe deu a Lei n.º 9.131/95, é o Ministério da Educação quem exerce, em matéria de educação, as atribuições do poder público federal.

⁷ As normas gerais da educação brasileira estão inseridas fundamentalmente na Lei n.º 9.394/96 (LDB), na Lei n.º 9.131/95 e na Lei n.º 4.024/61, com a redação que lhe deu a Lei n.º 9.131/95.

⁸ Conforme artigo 2º da Constituição Federal: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

⁹ No direito brasileiro essa regra é fundamental, tendo em vista que a Constituição Federal estabelece *quórums* diferenciados para as aprovações de normas constitucionais, leis complementares e leis ordinárias, enquanto decretos e portarias sequer passam pelo parlamento. Por esse critério, sempre que existirem duas normas em conflito, sendo elas hierarquicamente diferenciadas, a de hierarquia superior deve preferir à de hierarquia inferior.

Relativamente à condição insculpida no inciso II do artigo 209, de autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público, cabem as seguintes observações: (a) que a autorização e a avaliação aparecem ligadas, no texto, de forma absoluta, à expressão “de qualidade”. Isso significa que não é qualquer autorização e nem qualquer avaliação, mas sim aquelas destinadas a analisar a qualidade do ensino proposto ou já ministrado; (b) que sendo o princípio geral o da liberdade de ensinar, e as condições de autorização e avaliação relativas à qualidade, não pode o Poder Público ou qualquer ou órgão criar exigências que não digam respeito a esse elemento; e (c) que a presença dessa condição não pode ser vista como uma autorização discricionária ao Poder Público para autorizar ou não o exercício daquilo que é um direito, mas sim como a necessidade de que, em nome da qualidade, sejam definidos parâmetros que, quando preenchidos, autorizem o seu exercício. Em outras palavras, ao estabelecer essa condição o que a Constituição faz é dizer que a liberdade de ensinar pressupõe parâmetros qualitativos; definidos esses parâmetros, cabe ao Poder Público analisar cada pedido – preenchidos os parâmetros, deve ser concedida a autorização, não preenchidos, não pode ser concedida. De outro lado, através de mecanismos de avaliação periódica deve o Poder Público acompanhar a implementação das propostas aprovadas, podendo cancelar a autorização se a exigência de qualidade, de acordo com os parâmetros fixados, não estiver sendo cumprida. Ou seja, a Constituição Federal e as normas gerais da educação brasileira – na forma definida pelo Congresso Nacional – não autorizam o Poder Público a negar o direito de ensinar, mas apenas o condicionam. Isso significa que quando o Poder Público, através de Decretos ou de Portarias, cria mecanismos que na prática impedem (e não condicionam) o exercício desse direito, essas normas são inconstitucionais.

É dentro desse contexto principiológico que é necessário analisar o estabelecimento de condições específicas por corporações profissionais, como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), ao incluir como requisito para a criação de novos cursos de Direito a necessidade social¹⁰. Relativamente à essa exigência pode ser dito: (a) que a OAB não possui competência legal para definir qualquer condição para o exercício do direito de ensinar e qualquer restrição à liberdade de ensinar das Instituições de Ensino Superior; (b) que a própria exigência de que a OAB seja ouvida, presente no artigo 54 da Lei n.º 8.906/94 (Estatuto da OAB), é de constitucionalidade e legalidade discutível, tendo em vista que nem a Constituição Federal e nem as normas gerais da educação nacional se referem à essa espécie de manifestação como condição para o exercício da liberdade de ensinar. Ao lado disso, essa exigência fere o princípio da isonomia, tendo em vista que os Cursos de Direito formam bacharéis e não advogados; a exigência, para ser isonômica, teria de incluir os órgãos representativos das demais profissões e carreiras jurídicas, em especial a magistratura e o ministério público; e (c) que a exigência de necessidade

¹⁰ Conforme Instrução Normativa n.º 001/97 da Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal da OAB.

social, entendida a partir da relação entre população e número de vagas, não preenche critérios qualitativos – os únicos constitucionalmente previstos -, bem como não está inserida nas normas gerais da educação brasileira, constituindo-se em condição inexigível.

Tudo o que foi dito no parágrafo anterior aplica-se igualmente aos pedidos de aumento de vagas, com uma agravante: não há nenhuma norma no ordenamento jurídico brasileiro – nem mesmo no Estatuto da OAB – que exija a manifestação da OAB para o aumento de vagas dos Cursos de Direito. Entretanto continua ela exigindo a sua manifestação, tendo inclusive obtido decisão judicial favorável nesse sentido, decisão essa sem nenhuma motivação sólida no campo do Direito Educacional, a demonstrar o total desconhecimento dessa área do Direito, no âmbito do Poder Judiciário.

3.2. A situação específica das Universidades

Essa situação se torna mais absurda quando atinge as universidades em sua autonomia, expressamente garantida no artigo 207 da Constituição Federal e no artigo 53 da LDB, que em seu inciso I lhes assegura, dentre outras, a atribuição de, em sua sede, criar, organizar e extinguir cursos e programas de educação superior, desde que cumpridas as normas gerais da educação. Isso ocorre quando se lhes exige, para a criação de cursos de determinadas áreas, a manifestação de órgãos estranhos ao sistema, tal como presente no artigo 54 da Lei n.º 8.906/94 (Estatuto da OAB) e no artigo 28 do Decreto n.º 3.860/01, que exigem a manifestação prévia da OAB para a criação de Cursos de Direito, sem excepcionarem os pedidos apresentados por universidades, ferindo frontalmente o princípio constitucional da autonomia universitária. O mesmo ocorre relativamente aos Cursos de Medicina, Odontologia e Psicologia, para os quais o artigo 27 desse mesmo Decreto exige a manifestação do Conselho Nacional de Saúde. Não bastasse isso, há ainda, em ambas as situações (Cursos de Direito e Cursos de Medicina, Odontologia e Psicologia) a exigência inconstitucional de deliberação pela Câmara de Ensino Superior do CNE, homologada pelo Ministro da Educação, mesmo quando a IES for universidade, conforme artigo 27, parágrafo 2º e artigo 28, parágrafo 2º, ambos do Decreto n. 3.860/01. Esquece-se quando da criação dessa exigência que a autorização do Poder Público, condição prevista na Constituição Federal para o exercício da liberdade de ensinar, na situação específica das Universidades se dá quando da autorização para que a Instituição de Ensino Superior (IES) passe para essa categoria específica. Uma vez autorizada a funcionar como Universidade, ela possui, com base na LDB, autonomia para criar qualquer curso, em qualquer área. O que cabe ao Poder Público a partir de então é a avaliação periódica da qualidade de

ensino, sendo, portanto, inexigível, relativamente às Universidades, qualquer autorização prévia para a implementação de qualquer Curso, quer pelo Poder Público quer por órgãos ou conselhos profissionais ou de área.

3.3. Fechamento de protocolo e direito de petição

Este tema não é objeto específico deste artigo e por isso vai se dedicar a ele apenas algumas linhas. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, garante o direito de petição aos órgãos públicos, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder. É direito subjetivo público oponível ao Poder Público independentemente de qualquer regulamentação. Também a mesma Constituição, em seu artigo 209 garante, igualmente como direito subjetivo público, agora condicionado, a liberdade de ensinar. Havendo o direito das Instituições de Ensino Superior de ensinar e também o seu direito de pedir o exercício desse direito ao Poder Público – necessita de sua autorização -, coloca-se como obrigação do Poder Público receber todos os pedidos e analisá-los com base em parâmetros de qualidade previamente estabelecidos. Tudo que for além disso não tem base constitucional – não pode o Poder Público se negar a receber pedidos para o exercício de direitos; nem analisá-los de forma discricionária ou meramente quantitativa, quando o critério constitucional é qualitativo.

Continua no próximo número da revista @prender.