
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 8	n. 34	p. 1-254	out./dez. 2008
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense de Direito Administrativo

Direção Geral:	Romeu Felipe Bacellar Filho
Direção Editorial:	Paulo Roberto Ferreira Motta
Direção Executiva:	Emerson Gabardo
Conselho de Redação:	Edgar Chiuratto Guimarães Adriana da Costa Ricardo Schier Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (Brasil)	Jorge Luís Salomoni - in memoriam (Argentina)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (Brasil)
Alice Gonzales Borges (Brasil)	José Carlos Abraão (Brasil)	Nelson Figueiredo (Brasil)
Antonello Tarzia (Itália)	José Eduardo Martins Cardoso (Brasil)	Odilon Borges Junior (Brasil)
Carlos Ari Sundfeld (Brasil)	José Luís Said (Argentina)	Pascual Caiella (Argentina)
Carlos Ayres Britto (Brasil)	José Mario Serrate Paz (Uruguai)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (Brasil)
Carlos Delpiazzi (Uruguai)	Juan Pablo Cajarville Peruffo (Uruguai)	Paulo Henrique Blasi (Brasil)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (Brasil)	Juarez Freitas (Brasil)	Paulo Neves de Carvalho - in memoriam (Brasil)
Celso Antônio Bandeira de Mello (Brasil)	Julio Rodolfo Comadira - in memoriam (Argentina)	Paulo Ricardo Schier (Brasil)
Clèmerson Merlin Clève (Brasil)	Luís Enrique Chase Plate (Paraguai)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (Brasil)
Clovis Beznos (Brasil)	Lúcia Valle Figueiredo (Brasil)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (Brasil)
Enrique Silva Cimma (Chile)	Manoel de Oliveira Franco Sobrinho - in memoriam (Brasil)	Rogério Gesta Leal (Brasil)
Eros Roberto Grau (Brasil)	Marçal Justen Filho (Brasil)	Rolando Pantoja Bauzá (Chile)
Fabricio Motta (Brasil)	Marcelo Figueiredo (Brasil)	Sérgio Ferraz (Brasil)
Guilhermo Andrés Muñoz - in memoriam (Argentina)	Márcio Cammarosano (Brasil)	Valmir Pontes Filho (Brasil)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Espanha)		Weida Zancaner (Brasil)
		Yara Stropa (Brasil)

A246 A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,
2003.

Trimestral

ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

ISSN 1516-3210

1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342

CDU: 33.342

© 2008 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda.
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisora: Lourdes Nascimento
Projeto gráfico e diagramação: Luis Alberto Pimenta
Bibliotecária: Leila Aparecida Anastácio - CRB 2513 - 6ª região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com a seguinte publicação:

- Revista da Faculdade de Direito

Constitucionalidade da Lei nº 9.131/95: Conselho Nacional de Educação e mantenedoras das Instituições de Ensino Superior particulares¹

Magno Federici Gomes²

Doutor em Direito pela Universidad de Deusto-Espanha. Mestre em Educação pela PUC Minas. Coordenador do Serviço de Assistência Judiciária da PUC Minas – unidade São Gabriel. Professor da PUC Minas. Professor Titular da Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen. Advogado.

Resumo: Objetiva-se, com o presente trabalho, o estudo da Lei nº 9.131, de 24 de novembro de 1995. Desse modo, foram analisadas a origem da referida norma educativa, sua classificação, disposições legais, a criação, a composição e as funções do Conselho Nacional de Educação (CNE), a relação jurídico-educacional entre as Instituições de Ensino Superior (IES) e suas respectivas entidades mantenedoras e, finalmente, a constitucionalidade dos elementos normativos desta lei. Este artigo é preponderantemente teórico-documental, sob uma perspectiva dogmática, empregada como forma de análise dos resultados. Concluiu-se que o governo de Fernando Henrique Cardoso (FHC) instituiu, para o ensino superior, uma política educacional baseada na avaliação, na qualidade da educação, na autonomia universitária, na melhoria do ensino e na ampliação do espaço das IES privadas, mediante Medidas Provisórias (MPVs) posteriormente convertidas na Lei nº 9.131/95. O Ministério da Educação (MEC) é auxiliado em suas atribuições pelo CNE. Trata-se de órgão regulador colegiado permanente e instituído por lei, com competência normativa, consultiva, deliberativa, de supervisão e assessoramento do referido Ministério. Pretende garantir a participação da sociedade no desenvolvimento da educação nacional, sem prejuízo de suas competências específicas. Sua importância salienta-se na coordenação da política nacional de educação, a cargo da União. Sua composição colegiada deveria garantir o comedido exercício do poder pelas autoridades públicas, assegurando aos administrados seus direitos fundamentais. Com a conversão da Medida Provisória (MPV) nº 1.890-64/99 na Lei nº 9.870/99, sanaram-se as inconstitucionalidades antes existentes na Lei nº 9.131/95, porque deixou de haver a necessidade de verificação dos critérios de urgência e relevância na edição de MPV, bem como por outros motivos aqui apresentados.

Palavras-chave: Direito constitucional. Direito administrativo. Direito educacional. Agência reguladora. Constitucionalidade da Lei nº 9.131/95.

1 Introdução

Objetiva-se, com o presente trabalho, o estudo da Lei nº 9.131, de 24 de novembro de 1995. Desse modo, serão analisadas a origem da referida norma

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

² E-mail: federici@pucminas.br

educativa, sua classificação, disposições legais, a criação, a composição e as funções do Conselho Nacional de Educação (CNE), a relação jurídico-educacional entre as Instituições de Ensino Superior (IES) e suas respectivas entidades mantenedoras e, finalmente, a constitucionalidade dos elementos normativos desta lei, sobre avaliação do rendimento escolar e institucional. Salienta-se que o âmbito e os limites do poder normativo do CNE, ou seja, de sua função regulamentar, não serão tratados neste artigo, em virtude da extensão da citada matéria e da necessidade de um trabalho específico para o estudo de tal problemática.

Para o ensino superior, o governo de Fernando Henrique Cardoso (FHC) instituiu uma política educacional baseada na avaliação, na qualidade da educação, na autonomia universitária, na melhoria do ensino e na ampliação do espaço das IES privadas do citado nível de educação, segundo Cunha³ e Ranieri,⁴ o que perdura até os dias atuais.

A referida política foi parcialmente instituída por força de Medidas Provisórias (MPVs), decorrentes da Medida Provisória (MPV) n° 938, de 16 de março de 1995,⁵ posteriormente convertida na Lei n° 9.131/95. Para comprovar tal alegação, basta analisar os arts. 3º, §1º,⁶ e 4º,⁷ da norma em questão, atualmente

³ CUNHA. O ensino superior no octênio FHC. *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 24, n. 82, p. 37-61, abr. 2003.

⁴ RANIERI, Nina Beatriz. *Educação superior, direito e estado*: na Lei de Diretrizes e Bases (Lei n° 9.394/96). São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, FAPESP, 2000. p. 139-140 e 183.

⁵ Da MPV n° 938/95 derivaram as MPVs n° 967, de 12 de abril de 1995, e 1.018, de 11 de maio de 1995, todas relacionadas com os "Exames Nacionais de Avaliação de Alunos em Final de Curso de Graduação".

⁶ Art. 3º Lei n° 9.131/95 – Com vistas ao disposto na letra e do §2º do art. 9º da Lei n° 4.024, de 1961, com a redação dada pela presente Lei, o Ministério da Educação e do Desporto fará realizar avaliações periódicas das instituições e dos cursos de nível superior, fazendo uso de procedimentos e critérios abrangentes dos diversos fatores que determinam a qualidade e a eficiência das atividades de ensino, pesquisa e extensão. §1º Os procedimentos a serem adotados para as avaliações a que se refere o *caput* incluirão, necessariamente, a realização, a cada ano, de exames nacionais com base nos conteúdos mínimos estabelecidos para cada curso, previamente divulgados e destinados a aferir os conhecimentos e competências adquiridos pelos alunos em fase de conclusão dos cursos de graduação.

§2º O Ministério da Educação e do Desporto divulgará, anualmente, o resultado das avaliações referidas no *caput* deste artigo, inclusive dos exames previstos no parágrafo anterior, informando o desempenho de cada curso, sem identificar nominalmente os alunos avaliados.

§3º A realização de exame referido no §1º deste artigo é condição prévia para obtenção do diploma, mas constará do histórico escolar de cada aluno apenas o registro da data em que a ele se submeteu.

§4º Os resultados individuais obtidos pelos alunos examinados não serão computados para sua aprovação, mas constarão de documento específico, emitido pelo Ministério da Educação e do Desporto, a ser fornecido exclusivamente a cada aluno.

§5º A divulgação dos resultados dos exames, para fins diversos do instituído neste artigo, implicará responsabilidade para o agente, na forma da legislação pertinente.

§6º O aluno poderá, sempre que julgar conveniente, submeter-se a novo exame, nos anos subsequentes, fazendo jus a novo documento específico.

§7º A introdução dos exames nacionais, como um dos procedimentos para avaliação dos cursos de graduação, será efetuada gradativamente, a partir do ano seguinte à publicação da presente Lei, cabendo ao Ministro de Estado da Educação e do Desporto determinar os cursos a serem avaliados (BRASIL, 1995) (Revogado pela Lei n° 10.861/04).

⁷ Art. 4º Lei n° 9.131/95 – Os resultados das avaliações referidas no §1º do art. 2º serão, também, utilizados pelo Ministério da Educação e do Desporto para orientar suas ações no sentido de estimular e fomentar

revogados pela Lei nº 10.861, de 14 de abril de 2004 (Lei do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior — SINAES), que criaram os exames nacionais de avaliação de discentes formados em cursos de graduação,⁸ como forma de avaliar, parcialmente, as IES, seus cursos e a qualidade do ensino ministrado.

Ademais, o art. 1º Lei nº 9.131/95 determinou a alteração dos arts. 6º, 7º, 8º e 9º, da Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961, derogando a antiga Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) em matéria fundamental, isto é, diretriz, para aumentar as atribuições do Ministério da Educação (MEC), substituindo o Conselho Federal de Educação (CFE) pelo CNE e declinando as competências deste último órgão. Neste ponto, a Lei nº 9.131/95 teve natureza formal e basilar de diretrizes e bases da educação nacional, ou seja, norma geral configuradora de princípio educacional, antes mesmo da LDB que viria a ser aprovada em 1996 (Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996). Tais “modificações sobrepuseram o MEC ao Conselho, subordinando-o ao ministro de Estado da Educação por meio da exigência de homologação de todas as suas decisões”.^{9 10}

Os arts. 1º e 2º da Lei nº 9.131/95 estabelecem as atribuições do MEC e do CNE, a composição e funcionamento do referido Conselho, as competências de suas respectivas Câmaras [Câmara de Educação Básica (CEB) e Câmara de Educação Superior (CES)] e a necessidade de homologação de pronunciamentos e deliberações do Conselho Pleno e das CEB e CES, pelo Ministro da Educação. Cabe destacar que as competências específicas de tais órgãos não são objeto do presente estudo, tendo em vista a íntima relação com as funções normativas do Poder Público, o que deve ser analisado em trabalho próprio.

Os arts. 5º, 6º e 7º da Lei nº 9.131/95 resolvem questões relativas à extinção do CFE e ao regime de transição ao CNE. Portanto, revogam as competências antes fixadas na lei, extinguindo os mandatos dos antigos conselheiros do CFE. Ademais e até a efetiva instalação do CNE, a sua competência foi exercida exclusivamente pelo Ministro da Educação da época, exigindo-se providências por parte da União, a fim de assegurar a referida instalação. Os processos administrativos que tramitavam perante o CFE seriam transferidos ao CNE, desde que os

iniciativas voltadas para a melhoria da qualidade do ensino, principalmente as que visem a elevação da qualificação dos docentes (BRASIL, 1995) (Revogado pela Lei nº 10.861/04).

⁸ Também conhecidos por “Provões”, na linguagem corrente da época.

⁹ RANIERI. *Educação superior, direito e estado*, p. 140.

¹⁰ A mesma autora (2000, p. 140, nota 14) dá exemplos em que a confirmação do Ministro da Educação era obrigatória, durante a vigência da Lei nº 4.024/61. Com exceção da chancela dos currículos mínimos de ensino médio e superior (art. 9º Lei nº 4.024/61) e do reconhecimento de universidades (o que demandava a expedição de decretos, nos termos do art. 47 Lei nº 5.540/68), que tratavam de decisões de mérito, todas as demais diziam respeito a questões administrativas (v.g. aprovação do regimento do CFE, recursos administrativos de candidatos ao magistério federal, incorporação de estabelecimentos ao sistema federal, prévia previsão orçamentária e o funcionamento de faculdades isoladas de ensino superior).

requerentes interessados o solicitassem no prazo de 30 dias, contados da vigência plena da Lei nº 9.131/95, sob pena de extinção por desinteresse. Além disso, convalidaram-se os atos praticados em função das MPVs nº 1.126, de 26 de setembro de 1995, nº 1.094, de 25 de agosto de 1995, nº 1.018, de 11 de maio de 1995, e nº 967, de 12 de abril de 1995, todas decorrentes da MPV nº 938/95, que acabou por instituir a própria Lei nº 9.131/95.

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

2 Evolução histórica do Conselho Nacional de Educação

Cury¹¹ apresenta sinteticamente os marcos históricos que levaram à criação do atual CNE. Em 1891, proclamada a República brasileira, a instrução pública ficou a cargo do Ministério da Instrução Pública, Correios e Telégrafos, instituído pelo Decreto nº 346, de 19 de março de 1890, quando Benjamin Constant era titular do posto. O referido Ministério deixou de existir com o advento da Lei nº 23, de 30 de outubro de 1891, nos termos de seu art. 10. Em data anterior, 02 de janeiro de 1891, o General Manoel Deodoro da Fonseca, então Chefe do Governo Provisório, expediu o Decreto nº 1.232-G, para instituir o Conselho de Instrução Superior e aprovar o seu regulamento interno.

Com a formulação do Código de Ensino, em 1901, que pretendia reparar os defeitos da norma anterior, julgava-se “ter sido convertida a liberdade de freqüência em licença de vadiar”.¹² Portanto, o Código de Ensino tentou criar, sem sucesso, normas suaves, posto que uniu a livre freqüência à livre docência, que garantia ao discente a escolha de seu professor, que poderia ser qualquer cidadão, desde que habilitado a ensinar nos estabelecimentos oficiais. No que concerne à Reforma Rivadávia, de 1911, instalou-se outro período educacional, compreendido entre 1911 e 1931, por força do Decreto nº 8.659, de 05 de abril de 1911. Tal norma estabeleceu o Conselho Superior de Ensino, para efetuar a transição dos cursos superiores oficiais para as corporações autônomas e o sistema de acesso à educação superior, chamado vestibular. Com isso e nos institutos oficiais, a livre freqüência não foi suficiente para a necessidade de expansão do ensino superior, fazendo com que o Decreto nº 8.659/11 procedesse à equiparação dos institutos particulares aos oficiais. Ademais, abriu à iniciativa privada a

¹¹ CURY. Conselhos de Educação: fundamentos e funções. *Revista Brasileira de Política e Administração da Educação (RBPAAE)*, p. 41-67. Salienta-se que este artigo é o marco teórico desta parte do estudo em questão.

¹² CURY. Conselhos de educação, p. 45.

distribuição do ensino, findando com o monopólio dos estabelecimentos oficiais. Desse modo, determinou-se que as instituições federais de ensino seriam transformadas em corporações autônomas (art. 2º), instalando o Conselho Superior de Ensino para a administração das mencionadas entidades. Entre as atribuições do novo conselho encontravam-se a gestão superior e a intermediação entre o Poder Público e as instituições de ensino.

Com isso, a desoficialização do ensino e a liberdade na criação de escolas foram políticas públicas consideradas fracassadas, ensejando o retorno à oficialização. Face ao exposto, Carlos Maximiliano expediu o Decreto nº 11.530, de 18 de março de 1915, pelo qual reorganizou o ensino secundário e superior. Quando a educação estava sob a jurisdição do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, a Lei nº 4.632, de 06 de janeiro de 1923, permitiu ao Presidente da República reestruturar o Conselho Superior de Ensino e o Conselho Universitário, criando o Conselho Nacional de Instrução, cujas competências focavam o desenvolvimento e melhora do ensino público no Brasil, segundo art. 3º, inciso XII, alínea “b”, Lei nº 4.632/23. A citada reforma foi levada a cabo pelo Decreto nº 16.782, de 13 de janeiro de 1925, que transformou o Conselho Superior de Ensino, originado em 1911, em Conselho Nacional de Ensino (CNEEn). Criou, ainda, o Departamento Nacional de Ensino, na qualidade de órgão executivo do novo conselho e supervisor da autonomia das escolas.

A “Revolução de 1930” substituiu o CNEEn pelo antigo CNE, mediante a regulamentação do Decreto nº 19.850, de 11 de abril de 1931, durante o governo provisório de Getúlio Vargas, que foi instalado em 20 de junho de 1931, por Francisco Campos, Ministro da Educação e Saúde Pública da época. Na vigência da Constituição de 1934, em seu art. 152, parágrafo único, constitucionalizou-se o CNE, que foi operacionalizado pela Lei nº 174/36, aprovada pelo Congresso Nacional, e definido como órgão consultivo e colaborador do Executivo. Como consequência, ensejou a “dignidade constitucional de um Conselho, diferentemente dos outros similares existentes, desde a Velha República, comumente criados por Leis ordinárias ou mesmo Decretos”.¹³

Após a Constituição de 1946, a Lei nº 4.024/61 extinguiu o antigo CNE e instituiu, em substituição, o CFE, segundo os seus arts. 8º e 9º. Além disso, previa-se a existência de Conselhos Estaduais de Educação (CEEs) também munidos de

¹³ CURY. Conselhos de educação, p. 46.

poder normativo, tendo em vista os arts. 5º,¹⁴ 9º, alínea “p”, §2º,¹⁵ 10 e seu parágrafo único,¹⁶ 35 e seus §§,¹⁷ 40,¹⁸ 87,¹⁹ 96, alíneas “a” e “b”,²⁰ e 100, alínea “b”,²¹ Lei nº 4.024/61. O art. 71 Lei nº 5.692/71 outorgou competência aos Conselhos Estaduais para delegarem parcela de suas atribuições aos Conselhos Municipais de Educação, quando houvesse prévia autorização de funcionamento aos últimos, o que se manteve sob a égide da Lei nº 7.044/82.

Com o advento da Lei nº 9.394/96 (LDB), por força do art. 22, inciso XXIV, Constituição da República de 1988 (CR/88), os arts. 8º e 9º LDB recepcionaram o CNE, constituído pela Lei nº 9.131/95, cabendo aos demais entes federados

¹⁴ Art. 5º Lei nº 4.024/61 – São assegurados aos estabelecimentos de ensino públicos e particulares legalmente autorizados, adequada representação nos conselhos estaduais de educação, e o reconhecimento, para todos os fins, dos estudos neles realizados (Revogado pela Lei nº 9.394/96) (BRASIL, 1961).

¹⁵ Art. 9º Lei nº 4.024/61 – Ao Conselho Federal de Educação, além de outras atribuições conferidas por lei, compete:

p) manter intercâmbio com os conselhos estaduais de educação;

§2º A autorização e a fiscalização dos estabelecimentos estaduais isolados de ensino superior caberão aos conselhos estaduais de educação na forma da lei estadual respectiva (Revogado pela Lei nº 9.131/95) (BRASIL, 1961).

¹⁶ Art. 10 Lei nº 4.024/61 – Os Conselhos Estaduais de Educação organizados pelas leis estaduais, que se constituírem com membros nomeados pela autoridade competente, incluindo representantes dos diversos graus de ensino e do magistério oficial e particular, de notório saber e experiência, em matéria de educação, exercerão as atribuições que esta lei lhes consigna (Redação dada pela Lei nº 5.855/72).

Parágrafo único. As funções exercidas nos Conselhos referidos neste artigo são consideradas de relevante interesse, e os funcionários públicos federais que as exercerem, na qualidade de Conselheiros, terão abonadas as suas faltas ao serviço durante o período das reuniões dos respectivos Conselhos (Incluído pela Lei nº 5.855/72) (Revogado pela Lei nº 9.394/96) (BRASIL, 1961).

¹⁷ Art. 35 Lei nº 4.024/61 – Em cada ciclo haverá disciplinas e práticas educativas, obrigatórias e optativas (Revogado pela Lei nº 5.692/71).

§1º Ao Conselho Federal de Educação compete indicar, para todos os sistemas de ensino médio, até cinco disciplinas obrigatórias, cabendo aos conselhos estaduais de educação completar o seu número e relacionar as de caráter optativo que podem ser adotadas pelos estabelecimentos de ensino (Revogado pela Lei nº 5.692/71).

§2º O Conselho Federal e os conselhos estaduais, ao relacionarem as disciplinas obrigatórias, na forma do parágrafo anterior, definirão a amplitude e o desenvolvimento dos seus programas em cada ciclo (Revogado pela Lei nº 5.692/71) (BRASIL, 1961).

¹⁸ Art. 40 Lei nº 4.024/61 – Respeitadas as disposições desta lei, compete ao Conselho Federal de Educação, e aos conselhos estaduais de educação, respectivamente, dentro dos seus sistemas de ensino (Revogado pela Lei nº 5.692/71) (BRASIL, 1961): [...]

¹⁹ Art. 87 Lei nº 4.024/61 – A competência do Conselho Universitário em grau de recurso será exercida, no caso de estabelecimentos isolados, estaduais e municipais pelos conselhos estaduais de educação; e, no caso de estabelecimentos federais, ou particulares, pelo Conselho Federal de Educação (Revogado pelo Decreto-Lei nº 464/69) (BRASIL, 1961).

²⁰ Art. 96 Lei nº 4.024/61 – O Conselho Federal de Educação e os conselhos estaduais de educação na esfera de suas respectivas competências, envidarão esforços para melhorar a qualidade e elevar os índices de produtividade do ensino em relação ao seu custo (Revogado pela Lei nº 9.394/96):

a) promovendo a publicação anual das estatísticas do ensino e dados complementares, que deverão ser utilizados na elaboração dos planos de aplicação de recursos para o ano subsequente (Revogado pela Lei nº 9.394/96);

b) estudando a composição de custos do ensino público e propondo medidas adequadas para ajustá-lo ao melhor nível de produtividade (Revogado pela Lei nº 9.394/96) (BRASIL, 1961).

²¹ Art. 100 Lei nº 4.024/61 – A transferência de alunos, de uma para outra instituição de qualquer nível de ensino, inclusive de país estrangeiro, será permitida de conformidade com os critérios que forem estabelecidos (Redação dada pela Lei nº 7.037/82)

b) pelos Conselhos Estaduais de Educação, quando se tratar de instituições estaduais e municipais (Incluída pela Lei nº 7.037/82) (Revogado pela Lei nº 9.394/96) (BRASIL, 1961);

a instituição de órgãos normativos para seus sistemas de ensino. Dessa forma, “por força de suas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas, por continuidade do que era exigido pelo art. 10 da Lei nº 4.024/61, no caso dos Estados, tais órgãos se denominam Conselhos (Estaduais/Municipais/Distritais) de Educação”.²²

3 Composição e funções do Conselho Nacional de Educação

Dito isso, o MEC é auxiliado em suas atribuições pelo CNE, em conformidade com o art. 6º, §1º, Lei nº 4.024/61, e com o art. 9º, §1º, Lei nº 9.394/96. Trata-se de órgão permanente²³ e instituído por lei, com competência normativa,²⁴ consultiva, deliberativa,²⁵ de supervisão e assessoramento do referido Ministério. Pretende garantir a participação da sociedade no desenvolvimento da educação nacional (art. 7º, Lei nº 4.024/61), sem prejuízo das competências específicas, atribuídas pelo art. 6º, Decreto nº 5.773/06. Sua importância (art. 7º, §1º, Lei nº 4.024/61) salienta-se na coordenação da política nacional de educação, a cargo da União. De maneira que o atual CNE foi criado pela Lei nº 9.131/95, que alterou dispositivos da Lei nº 4.024/61, fazendo parte da administração pública direta do MEC, sendo órgão público colegiado, com funções normativas, repita-se, de acordo com os arts. 8º, §1º, e 9º, §1º, LDB, devendo seguir os princípios previstos no art. 37, *caput*, CR/88. Como consequência, não integra a administração pública indireta por não ser fundação ou autarquia (art. 37, inciso XIX, CR/88).

No ordenamento jurídico brasileiro, a regra geral é a existência de atos administrativos normativos executivos, subordinados à lei originária prévia, com algumas exceções, entre elas os arts. 51, inciso IV, 52, inciso XIII, 84, inciso VI, alínea “a”, e 96, inciso I, alínea “b”, todos da CR/88. Nesse sentido:

[...] Há que se lembrar que, em matéria de telecomunicações e de petróleo, as Emendas Constitucionais nº 8/95 e 9/95 alteraram, respectivamente, a redação dos artigos 21, XI, e 177, §2º, III, para prever a promulgação de lei que disponha sobre a exploração dessas atividades e a instituição de seu

²² CURY. Conselhos de educação, p. 46.

²³ De acordo com o art. 16, inciso VII, Lei nº 9.649/98.

²⁴ Trata-se da competência responsável pela expedição de atos administrativos normativos. “*Atos administrativos normativos* são aqueles que contêm um comando geral do Executivo, visando à correta aplicação da lei. O objetivo imediato de tais atos é explicitar a norma legal a ser observada pela Administração e pelos administrados. Esses atos expressam em minúcia o mandamento abstrato da lei, e o fazem com a mesma normatividade da regra legislativa, embora sejam manifestações tipicamente administrativas. A essa categoria pertencem os *decretos regulamentares* e os *regimentos*, bem como as *resoluções, deliberações*” [...] (MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*, p. 161; no mesmo sentido DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 184 e 216; CAUPERS. *Introdução ao direito administrativo*, p. 207-209).

²⁵ Cury (2006) relaciona a função deliberativa com a atribuição na “emissão de Pareceres” (CURY. Conselhos de educação, 2006, p. 50, nota 23).

órgão regulador.²⁶ Com base nesses dispositivos, foram criadas a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel (Lei nº 9.472, de 26-12-96) e a Agência Nacional do Petróleo – ANP (Lei nº 9.478, de 6-8-97). Além disso, leis ordinárias foram criando outras agências reguladoras, algumas com funções ligadas a concessões, como é o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel (Lei nº 9.427, de 26-12-96), outras com funções de polícia em áreas específicas, a exemplo da Agência Nacional de Águas – ANA (Lei nº 9.984, de 17-7-2000), Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa (Lei nº 9.782, de 26-1-99), Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei nº 9.961, de 29-1-2000), além de agências criadas nos âmbitos estadual e municipal. Isso significa que esses órgãos reguladores exercerão função normativa, porém dentro dos limites do princípio da legalidade [...].²⁷

A estrutura do CNE está indicada no art. 8º Lei nº 4.024/61, com redação dada pelo art. 1º Lei nº 9.131/95, bem como a forma de escolha dos conselheiros, a composição das respectivas câmaras e a duração dos mandatos. Trata-se, então, “de um órgão público, permanente, criado por lei, integrante do poder executivo, com composição formalmente adequada, com finalidades claras e com abertura para o controle jurisdicional de suas decisões”.²⁸ Ressalta-se a existência de vários segmentos da sociedade na estrutura do CNE, compondo-se pelos Secretários de Educação do MEC²⁹ e de outras entidades federadas, professores, gestores de instituições de ensino, reitores e diretores de IES, discentes e representantes da comunidade científica, desde que tenham reputação ilibada e que já tenham prestado serviços relevantes à educação, cultura e ciência. Tentar-se-á, ademais, representar todas as regiões do Brasil e as várias modalidades de ensino, garantindo, formalmente, a possibilidade de participação da sociedade no desenvolvimento da educação nacional (art. 7º, *caput*, Lei nº 4.024/61, com redação dada pelo art. 1º Lei nº 9.131/95, e Decreto nº 3.295, de 15 de dezembro de 1999).³⁰

²⁶ É sabido que o exercício de funções normativas pela Administração Pública, direta ou indireta, não é algo inovador no ordenamento jurídico brasileiro, antes mesmo das Emendas Constitucionais nº 8/95 e 19/98. Exemplifica-se a referida afirmação com as hipóteses da Comissão de Valores Mobiliários, com o Conselho Monetário Nacional (Lei nº 6.385/76) e com o Conselho Nacional de Petróleo (Decreto-Lei nº 538/38).

²⁷ DI PIETRO. *Direito administrativo*, p. 89.

²⁸ CURY. *Conselhos de Educação*, p. 44.

²⁹ Leia-se o Secretário de Educação Fundamental, na CEB, e o Secretário de Educação Superior, na CES, como membros *ex officio*.

³⁰ Destaca-se que o Decreto nº 3.295, de 15 de dezembro de 1999, estabelece os procedimentos de escolha e nomeação dos membros das Câmaras do CNE, por parte do Presidente da República. A escolha de, no mínimo, metade dos conselheiros que comporão cada Câmara será procedida por consulta a entidades da sociedade civil, coordenada pelo MEC (art. 2º Decreto nº 3.295/99). As entidades consultadas elaborarão lista tríplice a ser remetida ao MEC, juntamente com o currículo dos indicados (§1º, art. 2º Decreto nº 3.295/99). Ademais, quando possuírem área de atuação em ambas as Câmaras, poderão apresentar lista para cada uma delas (§2º, art. 2º Decreto nº 3.295/99). O MEC preparará lista única para cada Câmara, submetendo-as ao Presidente da República, que escolherá e nomeará os conselheiros, levando em conta, ademais dos requisitos de idoneidade e de relevância nos serviços prestados à educação, a necessidade de estarem representadas todas as regiões do País e as diversas modalidades de ensino (art. 3º Decreto nº 3.295/99).

Em termos gerais, a competência das CEB e CES, do CNE, objetiva a coordenação da política nacional sobre a educação básica, compreendendo-se todas as modalidades de ensino a ela inerentes e constantes no Capítulo II da LDB, e sobre a educação superior, constante no Capítulo IV da referida norma, sem prejuízo de outras diversas disposições esparsas, respectivamente, em conformidade com as previsões dos §§1º e 2º, do art. 9º Lei nº 4.024/61, com redação formulada pelo art. 1º Lei nº 9.131/95. Dessa forma:

Um Conselho de Educação é, antes de tudo, um órgão público voltado para garantir, na sua especificidade, um direito constitucional da cidadania. Eis porque um conselheiro, membro desse órgão, ingressa no âmbito de um interesse público cujo fundamento é o direito à educação das pessoas que buscam a educação escolar. A educação escolar regular, distinta da educação livre, é regular porque está *sub lege* e seus certificados e diplomas possuem validade oficial. Suas funções, voltadas para essa finalidade, são um múnus público, e devem ser levadas adiante por um órgão colegiado, formado por membros que se reúnem em uma colegialidade, horizontalmente organizada. Sob coordenação não hierárquica, todos os membros se situam no mesmo plano concorrendo, dentro da pluralidade própria de um Conselho, para a formação de uma vontade majoritária ou consensual do órgão.³¹

Finalmente, cabe ressaltar a importância do CNE no sistema educacional brasileiro, sendo uma agência reguladora³² indispensável ao incremento e melhora do ensino nacional. Sua composição deveria garantir o comedido exercício do poder pelas autoridades públicas, assegurando aos administrados seus direitos fundamentais. Dentre esses direitos, encontra-se o fornecimento da educação, um direito individual e social. Em um Estado Democrático de Direito, nada mais justo de que este se submeta ao exercício do dever de respeitar os cidadãos, na titularidade de seus direitos individuais e coletivos, em que todos os atos estatais devem ser controlados e fiscalizados, posto que o poder emana do povo e, em seu nome, é exercido, demonstrando, ainda, a prevalência do ordenamento jurídico posto. Por sua vez, ao se relativizar “a participação da sociedade na Administração, não se incorre apenas em desrespeito ao Estado Democrático de Direito, mas penaliza-se duplamente a própria sociedade”.³³ Dessa forma, faz-se necessário aprofundar-se, em outro momento mais oportuno, na questão referente aos limites do poder normativo do CNE, a fim de que se confira maior segurança jurídica aos cidadãos e à própria sociedade, como um todo.

³¹ CURY. Conselhos de Educação, p. 41-42.

³² Em conformidade com a evolução histórica, o CNE foi o primeiro órgão regulador do ordenamento jurídico brasileiro, anterior ao Conselho Nacional de Petróleo (Decreto-Lei nº 538/38).

³³ RANIERI. *Educação superior, direito e estado*, p. 179, parte final da nota 41.

4 Relação entre IES privadas e entidades mantenedoras

O regime jurídico das IES particulares³⁴ guarda, primeiramente, identidade com a natureza jurídica da entidade mantenedora,³⁵ ou seja, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado que financiam e administram as primeiras, de acordo com o art. 19, inciso II, LDB. Do mesmo modo, o art. 20 LDB, quando classifica as IES particulares, segundo a composição dos membros de sua mantenedora, apresentando os pressupostos que devem ser cumpridos pela última. Tais elementos ensejam:

[...] a preocupação da LDB com a atividade econômica na área educacional, exercida, no geral, de forma complementar, por dois entes distintos: uma pessoa física ou jurídica, com capacidade econômico-financeira, titular do patrimônio (a mantenedora), e outra pessoa jurídica, prestadora de serviços, que congrega a capacidade física instalada e os recursos humanos disponíveis (a mantida).³⁶

Ainda para Ranieri,³⁷ a divisão entre as atividades de ensino e gestão institucional foi criada no ordenamento jurídico brasileiro pelo art. 21 Lei nº 4.024/61,³⁸ abandonado, posterior e implicitamente, pelos arts. 4º³⁹ e 11, alínea “a”,⁴⁰ Lei nº 5.540/68. Não obstante, os arts. 19 e 20 LDB retomaram o paradigma

³⁴ A IES privada mantida é “instituição sem personalidade jurídica, denominada no direito como ‘ente despersonalizado’, que oferece ensino, pesquisa e extensão, mantida por uma entidade com personalidade jurídica (Mantenedora)” (MURIEL. *Plano de desenvolvimento institucional – PDI: análise do processo de implantação*, p. 68, nota 3).

³⁵ Trata-se da “entidade que mantém Instituições de Ensino, sendo juridicamente responsável por esta e se relacionando com ela por intermédio de uma Diretoria ou órgão semelhante. Não interfere em questões da administração acadêmica da Instituição de Ensino, mas em questões relativas à administração financeira” (MURIEL. *Plano de desenvolvimento institucional – PDI...*, p. 68, nota 2).

³⁶ RANIERI. *Educação superior, direito e estado*, p. 194.

³⁷ RANIERI. *Educação superior, direito e estado*, p. 194-195.

³⁸ Art. 21 Lei nº 4.024/61 – O ensino, em todos os graus, pode ser ministrado em escolas públicas, mantidas por fundações cujo patrimônio e dotações sejam provenientes do Poder Público, ficando o pessoal que nelas servir sujeito, exclusivamente, às leis trabalhistas (Revogado pela Lei nº 5.692/71).

§1º Estas escolas, quando de ensino médio ou superior, podem cobrar anuidades, ficando sempre sujeitas a prestação de contas, perante o Tribunal de Contas, e a aplicação, em melhoramentos escolares, de qualquer saldo verificado em seu balanço anual (Revogado pela Lei nº 5.692/71).

§2º Em caso de extinção da fundação, o seu patrimônio reverterá ao Estado (Revogado pela Lei nº 5.692/71).

§3º Lei especial fixará as normas da contribuição destas fundações, organização de seus conselhos diretores e demais condições a que ficam sujeitas (Revogado pela Lei nº 5.692/71) (BRASIL, 1961).

³⁹ Art. 4º Lei nº 5.540/68 – As universidades e os estabelecimentos de ensino superior isolados constituir-se-ão, quando oficiais, em autarquias de regime especial ou em fundações de direito público e, quando particulares, sob a forma de fundações ou associações (Revogado pela Lei nº 9.394/96) (BRASIL, 1968).

⁴⁰ Art. 11 Lei nº 5.540/68 – As universidades organizar-se-ão com as seguintes características (Revogado pela Lei nº 9.394/96):

- a) unidade de patrimônio e administração;
- b) estrutura orgânica com base em departamentos reunidos ou não em unidades mais amplas;
- c) unidade de funções de ensino e pesquisa, vedada a duplicação de meios para fins idênticos ou equivalentes;
- d) racionalidade de organização, com plena utilização dos recursos materiais e humanos;
- e) universalidade de campo, pelo cultivo das áreas fundamentais dos conhecimentos humanos, estudados em si mesmos ou em razão de ulteriores aplicações e de uma ou mais áreas técnico-profissionais;

instituído em 1961, em função dos efeitos decorrentes da dualidade entre mantenedora e mantida e a obrigatoriedade de identidade de naturezas jurídicas, entre elas, civil ou empresarial (arts. 7º-A, 7º-B, 7º-C e 7º-D Lei nº 9.131/95, com redação dada pela Lei nº 9.870/99), ou seja, em virtude das “implicações fiscais e previdenciárias que decorrem da existência, ou não, de finalidade lucrativa nas instituições de educação”,⁴¹ delimitando a incidência da imunidade tributária (art. 150, inciso VI, alínea “c”, e seu §4º, CR/88) e da isenção de contribuições à seguridade social (art. 195, §7º, CR/88).⁴² De maneira que não há óbice legal para que sejam exercidas, em apenas uma entidade, todas as atribuições administrativas, econômicas e de ensino, relativas à atividade educacional, desde que o regime jurídico, civil ou empresarial, esteja expresso nos atos constitutivos das IES. Caso haja separação das atividades, a lei determina que a mantenedora e a mantida possuam a mesma natureza,⁴³ embora sejam pessoas jurídicas diferentes, “para que da bipartição não se” beneficie “a entidade mantenedora de uma aparente finalidade não lucrativa”,⁴⁴ mandamento cuja base legal está nos arts. 170, parágrafo único, 209, *caput* e inciso I, CR/88, 19 e 20 LDB.

Como consequência, o processo de instituição e avaliação das IES, inclusive os procedimentos de credenciamento e recredenciamento, estão atrelados à finalidade lucrativa ou não das instituições, mediante definição preliminar na sua criação, conforme art. 7º-B, parágrafo único, Lei nº 9.131/95, com redação dada pela Lei nº 9.870/99.

5 Da constitucionalidade do art. 7º-B, inciso V, Lei nº 9.131/95

Por sua vez, a Lei nº 9.131/95, em sua redação original, não possuía qualquer regulamentação sobre a relação entre as IES privadas e suas entidades mantenedoras, o que também se aplica à LDB, ressalvada a previsão genérica dos arts. 19 e 20 LDB.

f) flexibilidade de métodos e critérios, com vistas às diferenças individuais dos alunos, às peculiaridades regionais e às possibilidades de combinação dos conhecimentos para novos cursos e programas de pesquisa (BRASIL, 1968).

⁴¹ RANIERI. *Educação superior, direito e estado*, p. 195.

⁴² A Lei nº 9.732/98, em art. 4º, outorgou aplicabilidade ao referido dispositivo constitucional, nos seguintes termos: “as entidades sem fins lucrativos educacionais e as que atendam ao Sistema Único de Saúde, mas não pratiquem de forma exclusiva e gratuita atendimento a pessoas carentes, gozarão da isenção das contribuições de que tratam os arts. 22 e 23 da Lei nº 8.212, de 1991, na proporção do valor das vagas cedidas, integral e gratuitamente, a carentes e do valor do atendimento à saúde de caráter assistencial, desde que satisfaçam os requisitos referidos nos incisos I, II, IV e V do art. 55 da citada Lei, na forma do regulamento” (BRASIL, 1998), sem prejuízo do recolhimento da contribuição social do salário-educação, nos termos do Decreto nº 3.142/99 e das Leis nº 9.424/96 e nº 9.766/98.

⁴³ Entenda-se identidade de naturezas jurídicas.

⁴⁴ RANIERI. *Educação superior, direito e estado*, p. 196.

Como consequência, a Lei nº 9.131/95 teve a inserção de um art. 8º em seu texto, mediante a edição da MPv nº 1.477-35, de 15 de abril de 1997, a fim de disciplinar as entidades mantenedoras das IES particulares. Salienta-se que a MPv nº 1.477, cuja versão original manteve-se inalterada até a 34ª reedição, tratava do reajuste anual das mensalidades escolares. O referido art. 8º Lei nº 9.131/95 foi modificado pela MPv nº 1.477-39, de 08 de agosto de 1997, que também acrescentou os arts. 9º, 10 e 11 na mesma lei, todos sobre o assunto em questão. Com a MPv nº 1.477-47, de 27 de março de 1998, somente a numeração dos arts. 8º, 9º, 10 e 11 Lei nº 9.131/95 foi alterada, passando a ser arts. 7º-A, 7º-B, 7º-C e 7º-D, respectivamente. Em 14 de dezembro de 1998, a MPv nº 1.733-56 repetiu integralmente a MPv nº 1.477-55, de 19 de novembro de 1998, idêntica à MPv nº 1.477-47, que convalidou os atos respaldados por seu conteúdo e a revogou. Por sua vez, a MPv nº 1.890-64, de 28 de julho de 1999, deu a redação atual dos arts. 7º-A, 7º-B, 7º-C e 7º-D Lei nº 9.131/95, em razão de sua conversão em lei federal, efetivada pela Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999.

O art. 7º-A, *caput* e seu parágrafo único, Lei nº 9.131/95, estabelecem a possibilidade de as pessoas jurídicas de direito privado, mantenedoras das IES particulares, serem constituídas nas formas previstas em lei, com natureza civil ou empresarial. Fixam, ainda, a obrigação de comunicação das alterações estatutárias, na forma da lei, ao MEC, para que o Ministério tome eventuais providências. O art. 7º-B Lei nº 9.131/95⁴⁵ formula os parâmetros para se classificar as mantenedoras das IES não lucrativas, bem como da eventual “instituição que não tenha cindido as suas atividades educacionais e administrativas”,⁴⁶ vinculando o credenciamento ou o recredenciamento das mesmas ao cumprimento integral de tais normas. Já o

⁴⁵ Art. 7º-B Lei nº 9.131/95 – As entidades mantenedoras de instituições de ensino superior, sem finalidade lucrativa, deverão:

I - elaborar e publicar em cada exercício social demonstrações financeiras, com o parecer do conselho fiscal, ou órgão similar;

II - manter escrituração completa e regular de todos os livros fiscais, na forma da legislação pertinente, bem como de quaisquer outros atos ou operações que venham a modificar sua situação patrimonial, em livros revestidos de formalidades que assegurem a respectiva exatidão;

III - conservar em boa ordem, pelo prazo de cinco anos, contado da data de emissão, os documentos que comprovem a origem de suas receitas e a efetivação de suas despesas, bem como a realização de quaisquer outros atos ou operações que venham a modificar sua situação patrimonial;

IV - submeter-se, a qualquer tempo, a auditoria pelo Poder Público;

V - destinar seu patrimônio a outra instituição congênera ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades, promovendo, se necessário, a alteração estatutária correspondente;

VI - comprovar, sempre que solicitada pelo órgão competente:

a) a aplicação dos seus excedentes financeiros para os fins da instituição de ensino;

b) a não-remuneração ou concessão de vantagens ou benefícios, por qualquer forma ou título, a seus instituidores, dirigentes, sócios, conselheiros ou equivalentes.

Parágrafo único. A comprovação do disposto neste artigo é indispensável, para fins de credenciamento e recredenciamento da instituição de ensino superior (Incluído pela Lei nº 9.870/99) (BRASIL, 1995).

⁴⁶ RANIERI. *Educação superior, direito e estado*, p. 200.

art. 7º-C Lei nº 9.131/95 determina que as mantenedoras de IES comunitárias, confessionais e filantrópicas, ou constituídas como fundações, não terão finalidade lucrativa, fazendo jus à imunidade tributária, sem prejuízo do cumprimento integral do art. 7º-B Lei 9.131/95. Por fim, o art. 7º-D Lei nº 9.131/95 determina a obrigatoriedade das mantenedoras das IES privadas, com fins lucrativos, em elaborar balanços financeiros por contadores, economistas ou administradores, devidamente habilitados, sobre cada exercício social.

Ranieri⁴⁷ critica, veementemente, a forma de regulamentação dos dispositivos ora estudados, referentes às entidades mantenedoras, posto que os mesmos violaram flagrantemente os limites do ordenamento jurídico, constitucional e infraconstitucional, “sendo paradigmático da atuação atabalhoada do Executivo federal em matéria regulamentar de ensino superior”.⁴⁸ Além das inúmeras alterações da Lei nº 9.131/95, manejadas por medidas provisórias, “sem qualquer preocupação com a segurança jurídica ou a certeza do Direito” que “não se caracterizavam como de urgência e relevância”⁴⁹ (art. 62 CR/88), os Decretos nº 2.207/97 (que regulamentava os arts. 19, 20, 45, 46 e §1º, 52, parágrafo único, 54 e 88 LDB) e 2.306/97 (que regulamentava os arts. 16, 19, 20, 45, 46 e §1º, 52, parágrafo único, 54 e 88 LDB, bem como o art. 10 MPv nº 1.477-39/97), na parte que complementavam a questão em tela e em outras providências, extrapolaram os limites do poder normativo,⁵⁰ por criarem normas originárias e por exorbitarem a matéria educacional, ao estabelecerem restrições de índole cível às mantenedoras de IES particulares.

A título de exemplo, o art. 7º-B, inciso V, Lei nº 9.131/95 era ilegal em contraposição ao antigo art. 22 Código Civil/1916 (CC/16),⁵¹ atual art. 61 Código Civil/2002 (CC/02), já que demandava alteração estatutária para satisfação do preceito, em violação ao “princípio da autonomia da vontade, corolário do

⁴⁷ RANIERI. *Educação superior, direito e estado*, p. 196-206.

⁴⁸ RANIERI. *Educação superior, direito e estado*, p. 196.

⁴⁹ RANIERI. *Educação superior, direito e estado*, p. 198.

⁵⁰ Sobre o âmbito e limites da função regulamentar, por meio de atos administrativos normativos, destaca-se brevemente que [...] “tais atos, conquanto normalmente estabeleçam regras gerais e abstratas de conduta, não são leis em sentido formal. São leis apenas em sentido material, vale dizer, provimentos executivos com conteúdo de lei, com matéria de lei. Esses atos, por serem gerais e abstratos, têm a mesma normatividade da lei e a ela se equiparam para fins de controle judicial, mas, quando, sob a aparência de norma, individualizam situações e impõem encargos específicos a administrados, são considerados de efeitos concretos e podem ser atacados e invalidados direta e indiretamente por via judicial comum, ou por mandado de segurança, se lesivos de direito individual líquido e certo” (MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*, p. 161-162; no mesmo sentido MEIRELLES. *Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”*, p. 37-38).

⁵¹ Art. 22 CC/16 – Extinguindo-se uma associação de intuítos não econômicos, cujos estatutos não disponham quanto ao destino ulterior dos seus bens, e não tendo os sócios adotado a tal respeito deliberação eficaz, devolver-se-á o patrimônio social a um estabelecimento municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes.

princípio da legalidade e da liberdade de associação (artigo 5º, *caput* e XVII, da CF)”.⁵² Assim, Ranieri⁵³ apontou a inconstitucionalidade do art. 7º-B Lei nº 9.131/95 e de vários dispositivos do Decreto nº 2.306/97 (arts. 6º, 7º, 13, 14, §1º), hoje revogados, por contrariarem o princípio da estrita legalidade (art. 37, *caput*, CR/88), da não intervenção no funcionamento das associações (art. 5º, inciso XVIII, CR/88), da livre iniciativa na ordem econômica, prévia autorização (art. 170, *caput* e seu parágrafo único, CR/88), do cumprimento das nacionais normas gerais educacionais (art. 209, inciso I, CR/88) e da autonomia universitária (art. 207 CR/88).

No momento em que formulou suas críticas, Ranieri⁵⁴ tinha parcial razão. Todavia, com a revogação do Decreto nº 2.306/97 e com a conversão da MPv nº 1.890-64/99, na Lei nº 9.870/99, sanaram-se as inconstitucionalidades antes alegadas, porque deixou de existir a exorbitância do exercício do poder regulamentar e a necessidade de verificação dos critérios de urgência e relevância na edição de MPv.

Não é possível, ademais, concordar com a alegação de inconstitucionalidade do art. 7º-B, inciso V, Lei nº 9.131/95, por violação do princípio da autonomia da vontade (art. 5º, *caput* e inciso XVII, CR/88), da não interferência da Administração Pública no funcionamento das associações (art. 5º, inciso XVIII, CR/88) e da livre iniciativa na ordem econômica (art. 170 CR/88), pelos seguintes motivos: em primeiro lugar, o princípio da autonomia da vontade não foi contrariado por não ter sido limitada a liberdade de associação e porque a lei prevaleceria sobre qualquer estatuto, não havendo necessidade de se modificar a referida disposição.⁵⁵ Em segundo lugar, não houve interferência do Poder Público no funcionamento das associações, somente intervenção na sua extinção ou dissolução, o que manteve a plena liberdade das mantenedoras de IES não lucrativas no curso de suas atividades. Em terceiro lugar, com relação à livre iniciativa na ordem econômica, existe limitação constitucional no parágrafo único, do art. 170 CR/88 (norma de eficácia contida),⁵⁶ qual seja, a necessidade, prevista em lei, no caso os arts. 16, inciso II, e 46 LDB, de autorização de funcionamento

Parágrafo único. Não havendo no Município ou no Estado, no Distrito Federal ou no Território ainda não constituído em Estado, em que a associação teve sua sede, estabelecimento nas condições indicadas, o patrimônio se devolverá à Fazenda do Estado, à do Distrito Federal, ou à da União (BRASIL, 1916) (DINIZ. *Código civil anotado*, p. 40).

⁵² RANIERI. *Educação superior, direito e estado*, p. 201-202.

⁵³ RANIERI. *Educação superior, direito e estado*, p. 201-205.

⁵⁴ RANIERI. *Educação superior, direito e estado*, p. 201-205.

⁵⁵ Seria considerada, portanto, contrária a lei e o estatuto deixaria de ter aplicação no ponto oposto.

⁵⁶ Para se aprofundar no tema da aplicabilidade das normas constitucionais, ver SILVA. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 81-164. Assim, as normas constitucionais de eficácia contida são aquelas que,

e reconhecimento de cursos de IES superiores, sabendo que a finalidade primordial das associações seria manter financeiramente tais instituições, o que as vincula indiretamente ao cumprimento integral do ordenamento educacional, constante na Lei nº 9.394/96.

Poderia, sim, dizer que houve contradição com o art. 22 CC/16 e, conseqüentemente, violação ao art. 22, inciso I, CR/88 (usurpação da competência do Congresso Nacional para legislar em matéria de direito civil), o que também deixou de ser uma verdade após a aprovação da Lei nº 9.870/99, que converteu a MPv nº 1.890-64/99 em lei ordinária. Assim, com o advento da Lei nº 9.870/99, que introduziu os arts. 7º-A, 7º-B, 7º-C e 7º-D na Lei nº 9.131/95, criou-se uma incompatibilidade entre o art. 7º-B, inciso V, Lei nº 9.131/95 e o art. 22 CC/16, denominada antinomia jurídica própria.⁵⁷ Para solucionar tal conflito de normas, o critério hierárquico não serviria, posto que ambas são leis ordinárias. O cronológico, também, não poderia ser empregado, pois ensejaria a derrogação⁵⁸ do CC/16, o que não seria conveniente ao ordenamento jurídico, por deixar sem normatização todas as associações sem fins lucrativos não abrangidas pela Lei nº 9.131/95. Dessa forma, o parâmetro da especialidade seria o mais apropriado para resolver a antinomia, pois se trata de norma específica aplicável às mantenedoras de IES privadas sem fins lucrativos, integrantes do sistema federal de ensino, prevalecendo, então, o art. 7º-B, inciso V, Lei nº 9.131/95, com redação dada pela Lei nº 9.870/99, para tais entidades, sem prejuízo da vigência plena do art. 22 CC/16, na qualidade de norma geral as outras associações de índole não econômica. Mesmo após a ab-rogação⁵⁹ do CC/16 pelo CC/02, a mesma interpretação seria aplicável, com vigência irrestrita do art. 7º-B, inciso V, Lei nº 9.131/95, com redação dada pela Lei nº 9.870/99, sobre o art. 61 CC/02, para as mantenedoras de IES não lucrativas. Nesse sentido, “em regra, o critério da especialidade prevalece sobre o cronológico”.⁶⁰

apesar de possuírem aplicação imediata e direta, podem ser restringidas por leis infraconstitucionais e, por isso, possuem aplicação não integral, pois deixam competência redutível discricionária ao Poder Público, nos termos de tais regras (por exemplo, o art. 5º, inciso XIII, CR/88).

⁵⁷ “A antinomia ocorre quando duas normas regulam uma mesma situação de maneira diversa” (NOVELINO. *Direito constitucional*, p. 75). Para que haja antinomia, dois requisitos são necessários: que as normas pertençam ao mesmo ordenamento jurídico e que detenham idêntico âmbito de validade, ou seja, espacial, temporal, material e pessoal. Os critérios de solução são: “I) hierárquico (*lex superior derogat inferiori*) (art. 102, incisos I, alínea “a”, e III, CR/88); II) cronológico (*lex posterior derogat priori*) (art. 2º, §1º, Decreto-lei nº 4.657/42 – Lei de Introdução ao Código Civil (LICC); e, III) da especialidade (*lex specialis derogat generalis*)” (art. 2º, §2º, LICC) (NOVELINO. *Direito constitucional*, p. 75-76).

⁵⁸ Entenda-se revogação parcial.

⁵⁹ Entenda-se revogação total.

⁶⁰ NOVELINO. *Direito constitucional*, p. 76.

6 Considerações finais

O governo de FHC instituiu, para o ensino superior, uma política educacional baseada na avaliação, na qualidade da educação, na autonomia universitária, na melhoria do ensino e na ampliação do espaço das IES privadas do citado nível de educação, mediante MPVs posteriormente convertidas na Lei nº 9.131/95.

Ademais, o art. 1º Lei nº 9.131/95 determinou a alteração dos arts. 6º, 7º, 8º e 9º, da Lei nº 4.024/61, derrogando a antiga LDB em matéria fundamental e, por isso, neste ponto, teve natureza formal e basilar de diretrizes e bases da educação nacional, antes mesmo da aprovação da atual LDB (Lei nº 9.394/96), que acabou por recepcionar a primeira lei ordinária.

O MEC é auxiliado em suas atribuições pelo CNE. Trata-se de órgão regulador colegiado permanente e instituído por lei, com competência normativa, consultiva, deliberativa, de supervisão e assessoramento do referido Ministério. Pretende garantir a participação da sociedade no desenvolvimento da educação nacional, sem prejuízo de suas competências específicas. Sua importância salienta-se na coordenação da política nacional de educação, a cargo da União.

Ressalta-se a importância do CNE no sistema educacional brasileiro, sendo agência reguladora indispensável ao incremento e melhora do ensino nacional. Sua composição deveria garantir o comedido exercício do poder pelas autoridades públicas, assegurando aos administrados seus direitos fundamentais. Dentre esses direitos, encontra-se o fornecimento da educação, um direito individual e social. Em um Estado Democrático de Direito, nada mais justo de que este se submeta ao exercício do dever de respeitar os cidadãos, na titularidade de seus direitos individuais e coletivos, em que todos os atos estatais devem ser controlados e fiscalizados, posto que o poder emana do povo e, em seu nome, é exercido, demonstrando, ainda, a prevalência do ordenamento jurídico posto.

O regime jurídico das IES particulares guarda, primeiramente, identidade com a natureza jurídica da entidade mantenedora, ou seja, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado que financiam e administram as primeiras, de acordo com o art. 19, inciso II, LDB. Como consequência, o processo de instituição e avaliação das IES, inclusive os procedimentos de credenciamento e reconhecimento, estão atrelados à finalidade lucrativa ou não das instituições, mediante definição preliminar na sua criação, conforme art. 7º-B, parágrafo único, Lei nº 9.131/95, com redação dada pela Lei nº 9.870/99.

Com a conversão da MPV nº 1.890-64/99 na Lei nº 9.870/99, sanaram-se as inconstitucionalidades antes existentes na Lei nº 9.131/95, porque deixou de haver a necessidade de verificação dos critérios de urgência e relevância na edição

de MPv. Tal afirmativa não abrange o poder normativo do CNE, que deve ser analisado, em outro momento mais oportuno, para outorgar maior segurança jurídica aos cidadãos e à própria sociedade, como um todo.

Além disso, o art. 7º-B, inciso V, Lei nº 9.131/95, é constitucional, por vários motivos. Em primeiro lugar, o princípio da autonomia da vontade não foi contrariado por não ter sido limitada a liberdade de associação e porque a lei prevalece sobre qualquer estatuto de pessoa jurídica de direito privado. Em segundo lugar, não houve interferência do Poder Público no funcionamento das associações, somente intervenção na sua extinção ou dissolução, o que mantém a plena liberdade das mantenedoras de IES não lucrativas no curso de suas atividades. Em terceiro lugar, com relação à livre iniciativa na ordem econômica, existe limitação constitucional no parágrafo único, do art. 170 CR/88, qual seja, a necessidade, prevista em lei, no caso os arts. 16, inciso II, e 46 LDB, de autorização de funcionamento e reconhecimento de cursos de IES superiores, sabendo que a finalidade primordial das associações seria manter financeiramente tais instituições, o que as vincula indiretamente ao cumprimento integral do ordenamento educacional, constante na Lei nº 9.394/96.

Finalmente, a contradição legal existente entre o art. 7º-B, inciso V, Lei nº 9.131/95 e o art. 61 CC/02 é solucionada pelo critério da especialidade das leis, pois se trata de norma específica aplicável às mantenedoras de IES privadas sem fins lucrativos, integrantes do sistema federal de ensino, prevalecendo, então, o art. 7º-B, inciso V, Lei nº 9.131/95, com redação dada pela Lei nº 9.870/99, para tais entidades, sem prejuízo da vigência plena do art. 61 CC/02, na qualidade de norma geral as outras associações de índole não econômica.

Abstract: It is desired, with the present work, the study of the Law nº 9.131, 24 of November of 1995. That way, the legal origin of the referred educative norm, its classification, dispositions, the creation, the composition and the functions of the National Council of Education (CNE), the legal-educational relation between the Institutions of Higher Education (IES) and their respective organizations of maintenance and, finally, the constitutionality of the normative elements of this law have been analyzed. One is a preponderantly theoretical-documentary work, in a dogmatic perspective, employee as form of analysis of the results. One has concluded which the government of Fernando Henrique Cardoso (FHC) instituted, for higher education, an educational policy based on the evaluation, the quality of the education, the university autonomy, the improvement of education and the extension of the space of the deprived IES, by means of Decree-Law (MPvs) later turned the Law nº 9.131/95. The Ministry of Education (MEC) is helped in its attributions by the CNE. One is a regulated organ permanent and created by law, with normative, consultative, deliberative competition,

of supervision and advising of the referred Ministry. It wishes to guarantee the participation of the society in the development of the national education, without damage of its specific functions. Its importance is put of relief in the coordination of the national policy of education, in charge of the Union. Its composition would have to guarantee the moderate exercise of the power by the public authorities, assuring to people its fundamental rights. With the conversion of Decree-Law (MPv) nº 1.890-64/99, in the Law nº 9.870/99, before healed to existing unconstitutionality in the Law nº 9.131/95, because it let exist the necessity of verification of the urgency criteria and relevance in the edition of MPv and by other reasons presented/displayed here.

Keywords: Constitutional Law. Administrative Law. Educational Law. Regulated Agency. Constitutionality of the Law nº 9.131/95.

Referências

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

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

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 04 set. 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. *Diário Oficial*, Brasília, 9 set. 1942.

BRASIL. Decreto nº 2.207, de 15 abr. 1997. Regulamenta, para o Sistema Federal de Ensino, as disposições contidas nos arts. 19, 20, 45, 46 e §1º, 52, parágrafo único, 54 e 88 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 16 abr. 1997.

BRASIL. Decreto nº 2.306, de 19 ago. 1997. Regulamenta, para o Sistema Federal de Ensino, as disposições contidas no art. 10 da Medida Provisória nº 1.477-39, de 08 de agosto de 1997, e nos arts. 16, 19, 20, 45, 46 e §1º, 52, parágrafo único, 54 e 88 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 20 ago. 1997.

BRASIL. Decreto nº 3.295, de 15 dez. 1999. Dispõe sobre os procedimentos para escolha e nomeação de membros das Câmaras que compõem o Conselho Nacional de Educação, de que trata o art. 8º da Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961, com a redação dada pela Lei nº 9.131, de 24 de novembro de 1995, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 16 dez. 1999.

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

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

BRASIL. Lei nº 5.540, de 28 nov. 1968. Fixa normas de organização e funcionamento do ensino superior e sua articulação com a escola média, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 23 nov. 1968 (retificada em 3 dez. 1968).

BRASIL. Lei nº 5.692, de 11 ago. 1971. Fixa Diretrizes e Bases para o ensino de 1º e 2º graus, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 12 ago. 1971.

BRASIL. Lei nº 7.044, de 18 out. 1982. Altera dispositivos da Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971, referentes a profissionalização do ensino de 2º grau. *Diário Oficial*, Brasília, 19 out. 1982.

BRASIL. Lei nº 9.131, de 24 nov. 1995. Altera dispositivos da Lei nº 4.024, de 20 dez. 1961, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 25 nov. 1995.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 dez. 1996. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. *Diário Oficial*, Brasília, 23 dez. 1996.

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

BRASIL. Lei nº 9.732, de 11 dez. 1998. Altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 14 dez. 1998.

BRASIL. Lei nº 9.870, de 23 nov. 1999. Dispõe sobre o valor total das anuidades escolares e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 24 nov. 1999 (ed. extra).

BRASIL. Lei nº 10.861, de 14 abr. 2004. Institui o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAES – e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 15 abr. 2004.

CAUPERS, João. *Introdução ao direito administrativo*. 5. ed. Lisboa: Âncora, 2000. 328p.

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

CURY, Carlos Roberto Jamil. Conselhos de Educação: fundamentos e funções. *Revista Brasileira de Política e Administração da Educação (RBP AE)*, Porto Alegre, v. 22, n. 1, p. 41-67, jan./jun. 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995. 1174p.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. 733p.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. 280p.

MURIEL, Roberta. *Plano de desenvolvimento institucional – PDI: análise do processo de implantação*. Brasil: Hoper, 2006. 184p.

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

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

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 280p.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GOMES, Magno Federici. Constitucionalidade da Lei nº 9.131/95: Conselho Nacional de Educação e mantenedoras das Instituições de Ensino Superior particulares. *A&C- Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 34, p. 207-226, out./dez. 2008.