

FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL - UNIBRASIL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**O DIREITO À EDUCAÇÃO NO ÂMBITO DA RELAÇÃO ENTRE
ALUNOS E INSTITUIÇÕES PRIVADAS DE ENSINO SUPERIOR**

CIBELE MERLIN TORRES PORTO

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Curitiba
2013

CIBELE MERLIN TORRES PORTO

**O DIREITO À EDUCAÇÃO NO ÂMBITO DA RELAÇÃO ENTRE ALUNOS E
INSTITUIÇÕES PRIVADAS DE ENSINO SUPERIOR**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão em Direito, das Faculdades Integradas do Brasil, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska

Curitiba
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

CIBELE MERLIN TORRES PORTO

**O DIREITO À EDUCAÇÃO NO ÂMBITO DA RELAÇÃO ENTRE ALUNOS E
INSTITUIÇÕES PRIVADAS DE ENSINO SUPERIOR**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão em Direito, das Faculdades Integradas do Brasil, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska

Profa. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza

Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira

Curitiba
2013

Hoje eu falei para mim, jurei até, que esta não seria para você... E agora é!
(Clarice Falcão)

Ao *protagonista* da minha história,
pelo simples fato de dar razão a ela;
Aos incontáveis *personagens*, que
dão cor e graça à nossa história;
Aos *meus pais*, que me apoiaram na
escrita de mais um capítulo desse
romance em cadeia que é a vida.

AGRADECIMENTOS

Agradecer parece tarefa simples, porém, em razão de a gratidão perpassar por sentimentos sinceros, delicados e profundos, revela-se difícil *fotografá-los com palavras*. E, como dizia Carlos Drummond de Andrade, “lutar com palavras é a luta mais vã”. No entanto, superar esse desafio é necessário para que este trabalho se complete, muito embora as palavras contidas nessas poucas páginas não sejam suficientes para expressar toda a gratidão.

Gostaria, antes disso, dividir algo que foi muito especial para mim. Durante a jornada do mestrado tive a afortunada oportunidade de ter a companhia do meu marido, que – a princípio, relutantemente – cursou-o “comigo”, muito embora em outra instituição de ensino. Ele acompanhou cada passo dessa caminhada, ajudando nos momentos difíceis – como as desafiadoras apresentações da disciplina do Prof. Schier – e compartilhando os sentimentos mais gratificantes – como encontrar exatamente o livro que procurava escondido em um sebo. O fato de cursarmos o mestrado ao mesmo tempo também duplicou nossa chance de aprendizado, pois cada lição dava azo a longas discussões e, após cada aula, refletíamos sobre nossa própria ignorância e mais humildes nos tornávamos.

Assim, pelas *improváveis* lições experimentadas em conjunto, serei eternamente grata à peça essencial dessa caminhada e, sobretudo, da minha vida. Agradeço-lhe por se permitir conhecer e se surpreender pelos meandros da academia, quebrando talvez o primeiro de muitos paradigmas. Obrigada por seu apoio e peculiar paciência durante essa caminhada. Sem sua presença a elaboração deste trabalho teria sido mais difícil e *certamente* menos divertida. Obrigada por preencher a teia da minha vida.

Agradeço aos meus pais, pelo suporte incondicional durante toda a minha caminhada, sobretudo a acadêmica, mesmo muitas vezes não compreendendo minha incessante sede de conhecimento. A Michele e ao Bibbo, por sempre estarem de braços abertos e por terem me presenteado duas vezes, primeiro com a Raphaela, depois com a Giovanna.

Meu especial agradecimento ao meu orientador, Marcos Augusto Maliska, por sua presteza e notável pontualidade, bem como por todas as ponderações e sugestões oferecidas durante a redação desta dissertação. Com carinho, agradeço ao professor Paulo Schier, pela igualdade, pelas pertinentes e ponderadas críticas e pelos momentos descontraídos em que narrava memoráveis exemplos teóricos envolvendo sua família. À professora Estefânia Barboza, com quem tive (e tenho) a agradável oportunidade de compartilhar ideias e aprofundar conhecimentos no âmbito do Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional da Unibrasil – NUPECONST.

Agradeço também aos colegas de trabalho, Mauro Junior Seraphim e Suzana Sikora, pelo incentivo e apoio na execução deste trabalho, bem como pelas lições diárias que apenas a prática da advocacia nos ensina. E, também, aos estimados amigos que fiz nesta jornada: Rubia, Joelma, Adriana, Carmen e Gilberto, Ubirajara e Geisla, Ana Carolina e Eduardo.

Enfim, ao destino, que - com a ajuda de muitos - me trouxe até aqui.

“Se quisermos tornar verdadeiramente familiares coisas que parecem familiares, é preciso antes de mais nada fazê-las estranhas”.
(Zigmunt Bauman)

“Eoi o tempo que investiste em tua rosa que fez tua rosa tão importante.”
(Antoine de Saint-Exupéry)

RESUMO

O presente trabalho, impulsionado por angústias atreladas à interpretação do direito à educação no âmbito do ensino superior privado, tem por objetivo analisar os contornos desse direito, refletindo sobre suas características tanto na seara pública quanto na privada, bem como a vinculação da iniciativa privada à eficácia desse direito, permeando as condições legais, institucionais e financeiras indispensáveis à concretização do direito à educação no âmbito privado. Assim, na primeira parte examina-se a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, sua extensão e forma. Na segunda parte da investigação avaliam-se os traços gerais do ensino superior privado na ordem constitucional, abordando abertura constitucional que viabilizou a atuação das instituições particulares no segmento educacional, o direito à educação no contexto jusprivatista e o regime jurídico aplicável às relações existentes entre alunos e estabelecimentos de ensino. Na terceira parte trata-se do tema direito à educação na seara privada sob a perspectiva dos Tribunais. Conclui-se pela necessidade de reconhecimento, pelo Poder Judiciário, da importância da interpretação dos direitos fundamentais nos casos concretos, de modo a evitar que termos como direito à educação sejam banalizados ou considerados direitos absolutos.

Palavras-chave: direito à educação; instituições privadas; eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

ABSTRACT

This work, driven by worries tied to academic interpretation of the right to education under the private higher education, aims to examine the contours of that right, if that would reflect the same characteristics both in public and in private harvest, and would be in identical bindings Government and private enterprise. Enters is also in the legal, institutional and financial arrangements for the effectiveness of the right to education in the private sphere. Thus, the first part examines the effectiveness of fundamental rights in private relations, as well as the contents of some of these rights. In the second part of the investigation we evaluate the general characteristics of private higher education in the constitutional order, addressing the format and method of operation of private institutions, the right to education in the private context and the legal regime applicable to relationships between students and schools. In the third part of the research evaluates the right to education in private background from the perspective of the courts. It concludes the need for recognition, from the judiciary, the importance of the interpretation of fundamental rights in concrete cases, to move to avoid terms like right to education be trivialized or considered absolute.

Keywords: right to education; private institutions; effectiveness of fundamental rights in private relations.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	ENTRE VINCULAÇÃO VERTICAL E HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
2.1	A LIBERDADE DE ENSINAR E PESQUISAR COMO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA EXISTÊNCIA DE INSTITUIÇÕES PRIVADAS DE ENSINO E DA ABERTURA DA ORDEM CONSTITUCIONAL	34
2.2	LIBERDADE E IGUALDADE NO ÂMBITO DO ENSINO SUPERIOR PRIVADO	47
3.	TRAÇOS GERAIS DO ENSINO SUPERIOR PRIVADO NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	65
3.1.	INSTITUIÇÕES PRIVADAS DE ENSINO SUPERIOR.....	65
3.2.	OBJETO DO SERVIÇO EDUCACIONAL: COMO CONCRETIZAR O DIREITO À EDUCAÇÃO	84
3.3.	NATUREZA JURÍDICA DO SERVIÇO PRESTADO PELAS INSTITUIÇÕES PRIVADAS DE ENSINO SUPERIOR.....	97
4.	O DIREITO À EDUCAÇÃO NO ÂMBITO DO ENSINO SUPERIOR PRIVADO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO E DA INTERPRETAÇÃO DOS TRIBUNAIS	112
4.1.	CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	112
4.2.	ANÁLISE DE CASOS.....	119
4.2.1.	A ATUAÇÃO DOS ENTES PRIVADOS NO SEGMENTO DE ENSINO SUPERIOR INTERPRETADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	125
4.2.2.	A RECUSA EM RENOVAR A MATRÍCULA DE ALUNOS INADIMPLENTES: A INTERPRETAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	142
4.2.3.	O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS INFERIORES.....	156
4.2.3.	EXTRATO DA <i>RATIO DECIDENDI</i> DESENVOLVIDA PELOS TRIBUNAIS	166
5.	CONSIDERAÇÕES DERRADEIRAS	177

1 INTRODUÇÃO

O fundamental direito à educação é conclamado por muitos juristas e leigos como um direito absoluto, inviolável e irrestingível. De fato, não se pode negar a importância desse direito, seja para o indivíduo ou para a sociedade; seja no seu sentido amplo ou mais restrito (como o ensino); seja garantido pelo Estado ou pela família.

A educação, como prevê o texto constitucional, visa o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. O tripé teleológico parece evoluir no tempo com o ser humano, isto é, primeiro é necessário desenvolver-se, após prepara-se para o exercício da cidadania, para, enfim, ocupar espaço no mercado de trabalho. No entanto, essa ordem não é estática, posto a qualificação profissional também acarretar desenvolvimento pessoal. De qualquer sorte, independente de quem seja o responsável pela concretização do direito à educação – Estado, família ou sociedade -, tais objetivos devem ser perseguidos.

No entanto, é perceptível a incapacidade estatal para alcançar os escopos constitucionais para fins de assegurar a eficácia ao direito à educação, sobretudo em razão da (questionável) insuficiência de recursos para atender toda a demanda de educação. Reconhecendo tal limitação, bem como intuindo permitir maior liberdade na seara acadêmica, a Constituição abriu-se para a atuação das instituições privadas de ensino por intermédio da *prestação estatal normativa* consignada no artigo 209 da Constituição Federal.

Com isso, a atividade educacional passou a ser exercida pelas instituições privadas de ensino, porém seu exercício depende do cumprimento das normas gerais de ensino (art. 209, I, CF), da autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público (art. 209, II, CF), bem como deve nortear-se pelos princípios balizadores do ensino nacional, previstos no artigo 206 da Lei Fundamental. Essas são, portanto, as condições para a atuação da iniciativa privada no segmento educacional.

Em consequência, o direito à educação concretizado precipuamente no âmbito público, pelo Estado, poderá deslocar-se para a seara privada. Noutros

termos, em busca do ensino, os indivíduos poderão recorrer ao Estado ou às instituições privadas de ensino superior. Desse contexto, em que um particular assume responsabilidade essencial do Estado, deriva a relação entre estabelecimentos de ensino e estudantes. Com efeito, em razão da relevância do direito à educação e da importância de sua concretização, pode haver conflitos entre instituições particulares de ensino e seus discentes.

Para se chegar ao ponto nodal deste trabalho, é fundamental compreender o contexto em que ocorrem essas tensões, de modo a permitir a interpretação dos direitos fundamentais envolvidos nas relações manifestadas no âmbito do ensino superior privado. Para isso, enfatizar fatores importantes, como a natureza do serviço prestado pelo estabelecimento de ensino privado – sobretudo identificando as diferenças com o serviço educacional prestado pelo Estado - e os contornos do direito à educação, se mostra indispensável.

Intuindo, ainda, permitir uma melhor compreensão acerca do tema, abordar-se-á a tarefa do Poder Judiciário de buscar, nos casos concretos, a máxima eficácia dos direitos fundamentais, interpretando-os com responsabilidade e coerência, olhando para os posicionamentos pretéritos e pensando no reflexo de suas decisões nos casos futuros.

Essas breves considerações demonstram a complexidade em torno do assunto eficácia dos direitos fundamentais, sobremaneira no âmbito privado, em que se pretende compatibilizar a aplicação desses direitos com a autonomia privada.

Diante desse quadro, a presente dissertação erige como objetivos: (i) explicar os fundamentos teóricos acerca da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares; (ii) esclarecer as razões da abertura constitucional que permitiu a prestação do serviço educacional pelas instituições privadas; (iii) elucidar as feições que os estabelecimentos de ensino podem apresentar; (iv) buscar definir os contornos do regime jurídico a que se submete a iniciativa privada quando prestar serviço essencial, como é o ensino; (v) evidenciar a importância e a (in)coerência das decisões dos Tribunais; (vi) diferenciar a eficácia do direito à educação na seara pública e privada.

Para tanto, o trabalho foi dividido em três partes.

A primeira parte, composta por três pontos, será dedicada a esboçar a eficácia dos direitos fundamentais dos cidadãos quando vinculado a entes públicos

ou privados, a abertura constitucional para um ensino superior privado (liberdade de ensinar) e as manifestações do direito à liberdade (sexual, racial, religiosa) e à igualdade (de acesso e tratamento) no campo das instituições privadas de ensino.

A segunda parte ocupa-se dos traços gerais do ensino superior particular na ordem constitucional brasileira, os quais podem ser definidos por intermédio da exploração de temas como (a) instituições privadas de ensino superior, de modo a esclarecer as feições dessas pessoas jurídicas de direito privado; (b) direito à educação como objeto da prestação do serviço educacional particular; e (c) natureza jurídica do serviço prestado pelos estabelecimentos particulares.

O estudo se dirige, no último capítulo, ao estudo das decisões judiciais proferidas pelos Tribunais que, direta ou indiretamente, versaram sobre as matérias direito à educação e liberdade de atuação no segmento de prestação de ensino. Os pronunciamentos foram dissecados, a fim de buscar sua *ratio* ou, noutros termos, seus motivos determinantes. Procurou-se, ainda, nos argumentos externalizados pelos julgadores, identificar sob que perspectiva os direitos fundamentais manifestados nas relações entre acadêmicos e instituições de ensino são concebidos, ou seja, se prevalece (ou não) uma visão jusprivatista, o que levaria à predominância da aplicação de normas de Direito Privado.

Para análise dos casos concretos, adotaram-se a doutrina dos *precedentes* e a abordagem da eficácia dos direitos fundamentais sob a perspectiva de Virgílio Afonso da Silva, para quem todos os direitos fundamentais são passíveis de regulamentação ou restrição estatal e, sobretudo, dependem de condições – muitas vezes externas ao direito – para produzir efeitos. Com efeito, pretende-se lançar luzes sobre a importância do ônus argumentativo do Poder Judiciário, seja por intermédio da cobrança de um direito como integridade, de modo a garantir maior segurança jurídica e isonomia para a sociedade; seja admitindo-se a ideia de que todos os direitos fundamentais são restringíveis, desde que haja uma *fundamentação constitucional*. Noutros termos, a exigência de uma coerência no trato dos casos similares (ou que definam direitos análogos) aliada à demanda de uma justificativa constitucional para qualquer restrição de direitos fundamentais implicará a obrigação de os tribunais de fato enfrentarem os casos difíceis, fazendo com que os magistrados não mais se escondam atrás de figuras como limites iminentes ou conteúdos absolutos.

Após a consolidação de tais premissas, adentra-se na questão da eficácia do direito à educação no âmbito das instituições privadas de ensino, avançando sobre as condições indispensáveis para sua concretização.

Antes de começar a empreitada, convém trazer à baila que, do ponto de vista metodológico, o trabalho se baseou no método dedutivo como forma de abordagem, a partir de um enfoque procedimental monográfico. No tocante à técnica de pesquisa, pautou-se na bibliografia, nacional e estrangeira, já existente, bem como em artigos de revistas especializadas e textos colhidos na rede mundial de computadores, além de decisões proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário.

2 ENTRE VINCULAÇÃO VERTICAL E HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

O sujeito passivo dos direitos fundamentais², por excelência, sempre foi o Poder Público. Com o fim do absolutismo, instituíram-se os direitos de primeira dimensão³, também conhecidos como direitos da liberdade⁴, exigindo-se um Estado não (ou pouco) interventor nas relações privadas, marcando a passagem de um Estado Absoluto para um Estado de Direito.

Contudo, no século XIX, percebeu-se que a posição inerte do Estado poderia impactar no bem estar das pessoas, sobretudo com o advento da Revolução Industrial e das transformações sociais e econômicas desde lá decorrentes⁵. Nesse contexto, surgem os direitos prestacionais, ou seja, os que demandam uma atuação direta do Estado⁶, intervindo no domínio econômico em prol do bem estar do indivíduo. O ente estatal situa-se, então, em uma situação diametralmente oposta àquela dos direitos de primeira dimensão.

Nessa nova perspectiva evidenciam-se os direitos sociais, culturais e

¹ Utilizou-se a expressão “direitos fundamentais”, pois é a expressão utilizada pelo Poder Constituinte, conforme Título I, da Constituição de 1988. Os termos “direitos naturais” e “direitos humanos” não se mostram adequados para o propósito do presente estudo, pois não indicam os direitos positivados na Constituição, mas se referem aos direitos pré-positivos e suprapositivos, respectivamente.

² Apesar de ser um termo reiteradamente utilizado, porém, muitas vezes, de forma equivocada, convém defini-lo: “Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007. p. 55.

³ A expressão “geração” foi afastada para evitar a ideia de substitutividade, segundo a qual uma geração seria substituída pela posterior. Assim, o termo “dimensão” tem sido mais utilizado, pois uma “nova” dimensão não abandonaria a outra. Além disso, Dimoulis e Martins afirmam que “o termo ‘geração’ não é cronologicamente exato”, pois “pode-se indicar que já havia direitos sociais (prestações do Estado) garantidas nas primeiras Constituições e Declarações do século XVIII e de inícios do século XIX”. *Ibidem*, p. 35.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 563.

⁵ MENDONÇA, Andrey Borges de; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. In NOVELINO, Marcelo (Coord.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 296.

⁶ Cita-se aqui a doutrina tradicional, porém não se desconhece a visão de Jorge Reis Novais, defensor da ideia de que os direitos de liberdade também demandam uma prestação positiva do Estado. Segundo ele, “o condicionamento econômico e financeiros, que realmente existe, não é exclusivo dos direitos sociais, mas é algo com que têm de viver todos os direitos fundamentais, incluindo os tradicionais direitos de liberdade”. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 93.

econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividade, incluídos na intitulada segunda dimensão de direitos. Paulo Bonavides observa que esses direitos fundamentais passaram por um “período de baixa normatividade ou tiveram a eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos”⁷.

Por sua vez, os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade⁸, surgem em decorrência de alterações profundas na sociedade, novos problemas e preocupações mundiais, tais como a necessária noção de preservação ambiental e as dificuldades para proteção do consumidor. Segundo Bonavides, a teoria de Karel Vasak identificou um rol de direitos contidos nesta dimensão, a saber: “direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação”⁹.

A par das discussões acerca da impossibilidade de se sustentar a existência de uma nova dimensão dos direitos fundamentais, como o fez Ingo Wolfgang Sarlet ao considerar que “todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta e indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade)”¹⁰, para fins meramente ilustrativos, recorre-se novamente à posição de Paulo Bonavides, favorável ao reconhecimento da existência de uma quarta dimensão, destacando-se os direitos à democracia, informação e pluralismo¹¹. Merece menção, ainda, a quinta dimensão de direitos fundamentais que teria sido movida da terceira para a quinta dimensão com o intuito de assegurar ao direito à paz um lugar de destaque¹².

Da lição exposta, denota-se que no decorrer da história os direitos fundamentais tornaram-se mais complexos. Foram a princípio concebidos como direitos do indivíduo contra o Estado, porém tanto os particulares deixaram de atuar

⁷ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 564.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 49.

⁹ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 569. Note-se que Bonavides classifica, atualmente, o direito à paz como de quinta dimensão.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 50.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 570/574.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 51.

isoladamente – “à medida que se verifica a profunda diversificação e imbricação entre os interesses das pessoas e se multiplica a actividade dos partidos e dos grupos de interesse (...) que dispõem, cada vez mais, de elevado poder social e político”¹³ -, quanto algumas funções do Estado passaram a ser executadas também por entidades privadas, no sentido que “as entidades privadas passam a exercer tarefas de interesse colectivo ou determinam em termos fundamentais os comportamentos de indivíduos em diversas áreas sociais”¹⁴.

Nessa conjuntura, emerge o problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, ao ponto que se questiona se seria somente o Estado o sujeito passivo nessa relação. E os particulares, notadamente as instituições privadas de ensino superior e os acadêmicos, seriam obrigados a respeitar tais direitos em seus relacionamentos? Afinal, em outras palavras, quem deve respeitar os direitos fundamentais?¹⁵

No Brasil, a vinculação do Poder Público aos direitos fundamentais não está expressa na Constituição Federal de 1988¹⁶. O artigo 5º, § 1º, da Carta Magna¹⁷ restringiu-se a proclamar a imediata aplicabilidade das normas de direitos fundamentais. No entanto, a ausência de dispositivo legal regulamentando a vinculação dos entes públicos aos direitos fundamentais não significa necessariamente a desobrigação de concretizar tais direitos. Isso se deve, pois, no direito constitucional, “o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de

¹³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 243.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Ao estudar o tema sob a perspectiva alemã, Claus-Wilhelm Canaris pondera: “Em primeiro lugar: quem é o *destinatário* dos direitos fundamentais – apenas o Estado ou também os sujeitos jusprivatistas? Em segundo lugar: de quem é o comportamento *objeto de exame* realizado com base nos direitos fundamentais – o comportamento de um órgão ou o de um particular? E, por fim: em que *função* se aplicam os direitos fundamentais – como proibições de intervenção e direitos de defesa contra o Estado ou como mandos (deveres) de proteção?”. CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Op. Cit.*, p. 213.

¹⁶ Ao contrário da Constituição Portuguesa que, em seu artigo 18/1 expressamente previu a vinculação nos seguintes termos: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

¹⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível”¹⁸.

Desse modo, mesmo diante de uma norma considerada na classificação clássica de José Afonso da Silva de eficácia limitada¹⁹, o Poder Público está obrigado a tudo fazer para concretizar os direitos fundamentais (acepção positiva) e, da mesma forma, proibido de editar normas que atentem contra seu sentido e a finalidade²⁰ (sentido negativo).

No tocante às normas que versam acerca do tema educação, nota-se que enquanto o artigo 6º se limita a enunciá-lo como um direito social, nos artigos 205 a 208 encontram-se delineados seus contornos essenciais. Lançando um breve olhar sobre os citados dispositivos facilmente percebe-se “as contundentes distinções no que concerne à sua técnica de positivação, à sua função como direitos fundamentais, bem como – por via de consequência – quanto à sua eficácia”²¹. Enquanto o artigo 205 estabelece fins genéricos a ser alcançados e diretrizes a ser respeitadas pelo Estado e pela sociedade na realização do direito à educação, o artigo 207 se mostra “como típica garantia institucional fundamental, assegurando a autonomia universitária”²². A conjunção das diretrizes constitucionais relacionadas ao direito à educação e à atuação das instituições privadas de ensino superior viabiliza a concretização de direitos. Nesse contexto, os estabelecimentos privados de ensino, se apresentam vinculados à eficácia do direito em epígrafe.

No que diz respeito à conexão do Estado, por meio do Poder Legislativo, esta se caracteriza como uma limitação material da liberdade de conformação do legislador no âmbito de sua atividade regulamentadora e concretizadora. É dizer, em outras palavras, que as leis não podem ser contrárias às normas constitucionais, bem como que o legislador deve buscar o aperfeiçoamento da legislação existente, direcionada à eficácia de direitos fundamentais. Por fim, não se pode deixar de mencionar o alcance da eficácia vinculativa, que, deve albergar todos os atos normativos praticados por entidades públicas, assim como os atos editados por

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 366.

¹⁹ Sobre esta temática, que não comporta maior desenvolvimento aqui, consultar SILVA, José Afonso da Silva. *Aplicabilidade...*, p. 117-166.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 366.

²¹ *Ibidem*, p. 333/334.

²² *Idem*, p. 333/334.

entes privados por força de delegação ou outorga do Estado²³.

O Poder Executivo não escapa à lógica acima exposta, de modo que apresenta-se conectado aos direitos fundamentais de forma bastante extensa, atingindo não apenas as pessoas jurídicas de direito público, mas também as pessoas jurídicas de direito privado que, quando se relacionam com os particulares, dispõem de atribuições de natureza pública, como os agentes de entidades particulares investidos de autoridade por delegação pela União²⁴. Isso se percebe, por exemplo, no que se refere ao mandado de segurança. Compete à Justiça Federal²⁵ processá-lo e julgá-lo quando a autoridade apontada como coatora estiver no exercício de função delegada da União, como é o caso dos diretores ou dirigentes de instituições particulares de ensino, os quais são equiparados a autoridades federais²⁶. As pessoas jurídicas de direito público quando atuam na esfera privada, do mesmo modo, se vinculam aos direitos fundamentais. Com isso, intui-se evitar que os órgãos da administração venham a se furtar da obrigação de cumprimento das normas constitucionais apenas em razão de estar exercendo atividades de natureza privada. A amplitude da vinculação aos direitos fundamentais, nessa perspectiva, impossibilita a formação de uma reserva da atividade estatal fora da Constituição²⁷.

O Poder Judiciário, por sua vez, também se enlaça aos direitos fundamentais desde a forma da organização dos Tribunais até o procedimento judicial. Deste último, ressalta-se a função de *controle da constitucionalidade dos atos dos demais*

²³ Ibidem, p. 366.

²⁴ STJ - CC n.º 35.972/SP - Rel. p/ acórdão Min. Teori Zavascki - DJ 07.06.04. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012.

²⁵ CONFLITO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. MATRÍCULA EM INSTITUIÇÃO PARTICULAR DE ENSINO SUPERIOR. EXERCÍCIO DE FUNÇÃO DELEGADA DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL. (...) 3. Versando a causa sobre o indeferimento de matrícula em estabelecimento particular de ensino superior, este estará no exercício de função delegada da União, devendo a ação ser ajuizada perante a Justiça Federal. (STJ - CC 40.512/SC - Rel. Min. Luiz Fux - DJ 05.04.04. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012). "(...) 8. Nos processos em que envolvem o ensino superior, são possíveis as seguintes conclusões: a) mandado de segurança - a competência será federal quando a impetração voltar-se contra ato de dirigente de universidade pública federal ou de universidade particular; ao revés, a competência será estadual quando o mandamus for impetrado contra dirigentes de universidades públicas estaduais e municipais, componentes do sistema estadual de ensino;" (STJ - CC 108.466/RS - Rel. Ministro CASTRO MEIRA - DJ 01.03.2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012).

²⁶ "(...) c) *Mandados de segurança* : nestas ações, a regra é que competirá à Justiça Federal conhecê-las, quando a autoridade coatora for federal, assim se considerando como tal o agente de instituição particular de ensino superior, investido de delegação pela União." (STJ - CC 72.981/MG - CC 72.981/MG - DJ 16.04.07. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012).

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 369.

órgãos estatais. Em matéria de educação, há o caso de legislações estaduais²⁸ que estabelecem o abono de faltas para alunos adventistas, as quais, além de conflitar com a Lei Federal Nº 9.394/96 (LDB), que disciplina as diretrizes e bases da educação nacional, podem ser consideradas inconstitucionais, haja vista a competência da União para legislar sobre a matéria. Neste caso, se provocado, compete ao Judiciário, exercendo o controle difuso da constitucionalidade da referida legislação estadual, apontar transgressão de competência legislativa para tratar de questões relativas às diretrizes e bases da educação nacional (artigo 22, inciso XXIV, CF); com fundamento nos incisos VI e VIII do artigo 5.º, da Carta Magna, constatar o impedimento do Estado de criar vínculos com princípios religiosos, pois poderia abrir um precedente para, reciprocamente, permitir que o Estado se intrometa e comprometa a liberdade de crença; e com respaldo no artigo 19, da Constituição de 1988, dispositivo em que o caráter laico²⁹ do Estado é especialmente percebido - por vedar o Poder Público de manter ou subvencionar cultos religiosos ou igrejas, estando, do mesmo modo, impedido de embarçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança³⁰ -, frisar a impossibilidade de vinculação religiosa do ente estatal.

No entanto, a vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais vai além do controle de constitucionalidade, estendendo-se à função de definir o “conteúdo e sentido ‘correto’ dos direitos fundamentais”³¹. Para o presente trabalho é de fundamental importância a demarcação do conteúdo de alguns direitos, sobremaneira o conteúdo do direito à educação (artigo 6º-CF) e da liberdade de ensino (artigo 209-CF), haja vista buscar-se permear a educação no contexto da ordem constitucional, o que não se mostra tarefa fácil, pois “o problema da fixação

²⁸ A título ilustrativo, cite-se a Lei Ordinária Estadual do Paraná n.º 11.662/97 e a Lei Estadual de São Paulo n.º 12.142/2005 (objeto da ADI n.º 3.714, de relatoria do ministro Carlos Britto).

²⁹ Segundo Emerson GARCIA, um Estado é considerado laico quando “passa ao largo da realidade religiosa subjacente ao meio social e elimina, *a priori*, qualquer influência do poder espiritual no ambiente político”. E complementa: a “laicidade guarda similitude com neutralidade, indicando a impossibilidade de a estrutura estatal de poder possuir uma ‘fé oficial’, privilegiando-a em detrimento das demais”. Pode-se, então, dizer que um Estado laico separa a religião de outras questões, sobretudo as políticas. GARCIA, Emerson. *A Religião entre a Pessoa Humana e o Estado de Direito*. In NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional*. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010. p. 243.

³⁰ *Ibidem*, p. 248.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 372/373.

de seu núcleo essencial manifesta-se com particular agudeza, já que este direito fundamental, consoante já demonstrado, se encontra previsto em diversos dispositivos constitucionais, constituindo, em verdade, um complexo de posições jurídicas fundamentais da mais variada natureza³². Disso decorre “a necessidade de delimitar-se o alcance das reformas constitucionais no âmbito de cada norma especificamente considerada”³³, devendo buscar “o núcleo essencial da autonomia universitária (artigo 207 da CF), ou mesmo da liberdade de ensinar e aprender (artigo 206, inc. II, da CF)”³⁴.

Além da demarcação do conteúdo, cabe ainda aos Tribunais interpretar e aplicar as leis em conformidade com os direitos fundamentais, “inclusive, a Jurisdição cível, esfera na qual – ainda que numa dimensão diferenciada – também se impõe uma análise da influência exercida pelos direitos fundamentais sobre as normas de direito privado”³⁵. Cite-se como exemplo decisão do Superior Tribunal de Justiça, órgão máximo da Jurisdição infraconstitucional, que determinou a imediata implantação do salário-maternidade a uma trabalhadora rural diarista com base nos seguintes argumentos:

(...) 4. O Superior Tribunal de Justiça reconhece haver um núcleo de direitos invioláveis essenciais à dignidade da pessoa humana, que constitui fundamento do Estado Democrático de Direito. Direitos fundamentais correlatos às liberdades civis e aos direitos prestacionais essenciais garantidores da própria vida não podem ser desprezados pelo Poder Judiciário. Afinal, “a partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais” (REsp 1.041.197/MS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16.9.2009).³⁶

Com isso, nota-se que a vinculação aos direitos fundamentais do Poder Judiciário vai além do Corte Constitucional, abrangendo os órgãos judiciais como um todo, no intuito de conferir-lhes máxima efetividade.

Portanto, respondendo ao questionamento inicial quanto à eficácia dos direitos

³² Ibidem, p. 432.

³³ Idem.

³⁴ Idem. p. 432.

³⁵ Ibidem, p. 373.

³⁶ STJ - RESP 1309137/MG - Rel. Ministro Herman Benjamin - DJ 22/05/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012.

fundamentais nas relações entre o Estado e os particulares, a despeito de não haver previsão expressa no texto constitucional, impõe-se aos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) a aplicação imediata dos direitos fundamentais. Resta, então, saber se os direitos fundamentais também exercem sua eficácia vinculante no âmbito das relações jurídicas entre particulares.

Antes de adentrar no tema, convém tecer alguns comentários quanto à terminologia utilizada pela doutrina. O assunto tem sido chamado pelos juristas de eficácia privada, eficácia externa, eficácia em relação a terceiros, “indirecta”³⁷ ou horizontal³⁸ dos direitos fundamentais. No entanto, verifica-se um dissenso quanto à nomenclatura apropriada, havendo críticas relativas, por exemplo, ao último termo, pois “*la relacion entre una persona o entidad que ejerce una autoridad privada y quien está sometido a ella no es precisamente horizontal*”³⁹, como se pode observar nas relações trabalhistas e consumeristas, em que é “comum vermos uma relação de verticalidade entre os sujeitos da relação jurídica privada, que muito se aproxima das firmadas entre o poder público e o particular”⁴⁰. Em outras palavras, a expressão ‘eficácia horizontal’ “não dá conta das situações de manifesta desigualdade de poder entre indivíduos e portadores de poder social”⁴¹, casos em que pode existir a imposição de uma vontade em detrimento da outra parte da relação jurídico-privada, assumindo a relação feição verticalizada, similar às relações entre os particulares e o poder público.

Por sua vez, a expressão “eficácia externa”, segundo o Ingo Wolfgang Sarlet, também não seria a mais adequada, pois “não estaria em causa verdadeiramente um terceiro nível eficaz (tendo em conta que os direitos ou operam nas relações indivíduo-Estado ou na esfera das relações das pessoas privadas entre si)”⁴².

Para além do debate quanto à melhor terminologia a ser utilizada, o qual aqui não se pretende aprofundar, o cerne da questão paira na vinculação e na extensão (amplitude e intensidade) aos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

³⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos... In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Op. Cit., p. 251.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 374.

³⁹ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales: la Teorias y la Practica. In TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Atlas, 2006. p. 221.

⁴⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Op. Cit. In NOVELINO, Marcelo. Op. Cit., p. 297.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 374.

⁴² Idem.

Este tema não se mostra pacífico, tanto que, aliás, ao contrário do direito português⁴³, o ordenamento pátrio não trata da matéria de maneira expressa, o que só evidencia a divergência de posicionamentos entre constituições nacionais^{44,45}.

Com efeito, persistem dúvidas em torno de alguns pontos centrais, dentre eles: se os particulares estão obrigados a respeitar os direitos fundamentais⁴⁶ e, caso seja afirmativa a resposta, como e de que forma se dará a eficácia, ou seja, se de maneira direta ou meramente indireta. E, ainda, se a vinculação das entidades privadas assume a mesma feição dos poderes públicos, bem como se a expressão 'entidades privadas' se refere a cada particular ou apenas engloba determinados particulares.

Para responder a primeira pergunta - se os particulares estão obrigados a respeitar os direitos fundamentais - urge analisar se, diante do ordenamento jurídico pátrio, há a possibilidade de aplicação desses direitos⁴⁷ no âmbito das relações jurídico-privadas. Conforme exposto entretantes, a Constituição Federal de 1988 silenciou quanto à vinculação dos particulares. No entanto, a despeito da omissão

⁴³ Muito embora a Constituição portuguesa, no preceito nº 1 do artigo 18º, prever a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, José Carlos Vieira de Andrade *não* o considera suficiente para a resolução do problema, pois "não se diz *em que termos* se processa essa vinculação e, designadamente, não se estabelece que a vinculação seja idêntica àquela que obriga as entidades públicas". Some-se a isso, a falta de clareza no "sentido a dar à palavra 'entidades': se ela se refere a todos e quaisquer indivíduos ou apenas a pessoas colectivas ou individuais 'poderosas'". ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos... In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Op Cit., p. 249.

⁴⁴ Outro indício da controvérsia relacionada à matéria pode ser extraído da leitura dos votos proferidos no Recurso Extraordinário 201.819-8/RJ. E, ainda, como acertadamente ponderou Ingo Sarlet, não se deve esquecer "de que mesmo no que diz com a vinculação das entidades públicas a abrangência e forma desta eficácia vinculante revelam uma miríade de aspectos específicos, dentre os quais não são poucos os que ainda aguardam por uma solução consensual na esfera doutrinária e jurisprudência". SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 377.

⁴⁵ Como pontuou Claus-Wilhelm Canaris ao tratar sobre o tema, "a solução dos problemas de cunho material, concretos e individuais, continua sendo em larga escala uma questão a ser solvida no âmbito do respectivo direito nacional". CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. Cit. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Op. Cit., p. 220.

⁴⁶ Esta questão foi formulada por José Joaquim Gomes Canotilho nos seguintes termos: "Em termos tendenciais, o problema pode enunciar-se da seguinte forma: as normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias (e de direitos análogos) devem ou não ser obrigatoriamente observadas e cumpridas pelas pessoas privadas (individuais e coletivas) quando estabelecem relações jurídicas com outros sujeitos jurídicos privados?". (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 1151).

⁴⁷ Assim como o fez Ingo Wolfgang Sarlet, há que se delimitar o problema que será objeto de estudo. Excluem-se da discussão todos os direitos fundamentais que, por sua natureza, têm por destinatário única e exclusivamente os órgãos estatais. Como, por exemplo, os direitos políticos. Da mesma forma, afastam-se os direitos fundamentais que, em virtude de sua formulação, se dirigem diretamente aos particulares, tal como o direito à inviolabilidade de domicílio. Nestes casos não há dúvidas quanto à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 377.

do texto constitucional, há diversos argumentos a favor⁴⁸ da possibilidade de amarrá-los⁴⁹.

O primeiro deles advém do próprio texto constitucional. Em seu artigo 5º, parágrafo 1º - dispositivo que induz também a vinculação dos poderes públicos -, a Constituição prevê que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, sem distinguir os destinatários do ali estabelecido.

Some-se a isso, e este seria o segundo argumento, o fato de a dignidade da pessoa humana ser um dos fundamentos da República Federativa do Brasil⁵⁰, logo, pode-se afirmar que a norma insculpida no artigo 5º, parágrafo 1º, está implicitamente a reconhecer a dignidade da pessoa humana “como fundamento da nossa República Federativa, determinando que o Poder Público e os particulares extraiam, na medida do possível, das normas que veiculam direitos fundamentais a sua maior eficácia possível no caso concreto”⁵¹.

Assim, diante da lacuna da Lei Fundamental pátria no tocante à aplicabilidade ou não dos direitos fundamentais nas relações privadas, o fundamento da dignidade da pessoa humana poderia suprir tal omissão. Por sua vez, como o anseio nacional, com diretrizes inclusive estabelecidas na Constituição Federal, é a eliminação das desigualdades, elevação da dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho e, em geral, a efetiva observância a todas as garantias fundamentais, de tais deveres o Estado não poderá furtar-se, assim como as instituições privadas de ensino superior ao assumirem a responsabilidade pelo pleno desenvolvimento da pessoa, por seu

⁴⁸ Não se pode deixar de citar parte do voto da ministra Ellen Gracie, quando relatora do Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ, em que se discutia a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Em seu voto, afastou a vinculação das particulares aos direitos fundamentais, pelas seguintes razões: “(...) a controvérsia envolvendo a exclusão de um sócia de entidade privada resolve-se a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor. Não tem, portanto, o aporte constitucional atribuído pela instância de origem, sendo totalmente descabida a invocação do disposto no artigo 5º, LV da Constituição para agasalhar a pretensão do recorrido de ingressar nos quadros da UBC”. (STF - RE 201819 - Rel. Ministro Ellen Gracie - Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes - DJ 27/10/2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012).

⁴⁹ Em outras palavras, é possível questionar: “(...) diante da omissão do texto constitucional, é possível vincular os particulares aos direitos fundamentais? Não temos dúvida que a resposta é afirmativa, apesar da omissão do texto constitucional”. MENDONÇA, Andrey Borges de; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Op. Cit. In NOVELINO, Marcelo. Op. Cit., p. 298

⁵⁰ No artigo 1º, da Carta Magna, após afirmar que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, a Constituição arrola quais são os fundamentos deste. Dentre eles, no inciso III do referido artigo, estabeleceu-se a “dignidade da pessoa humana”.

⁵¹ MENDONÇA, Andrey Borges de; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Op. Cit. In NOVELINO, Marcelo. Op. Cit., p. 298.

preparo para o exercício da cidadania e por sua qualificação para o trabalho (art. 205-CF).

Além disso, segundo lição de José Vieira de Andrade, os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais e por força da unidade do ordenamento jurídico, se aplicam relativamente a toda a ordem jurídica, inclusive privada, pois persiste a necessidade de os particulares se protegerem contra atos atentatórios aos direitos fundamentais provindos de outros indivíduos⁵². A proteção dos entes privados em suas relações, como se pode perceber, se mostra primordial. Tanto que a Constituição não rege apenas o comportamento do Estado; estabelece, outrossim, obrigações para os particulares.

No âmbito do ensino superior privado, pode-se mencionar que, a despeito de a ordem constitucional estabelecer que o “ensino é livre à iniciativa privada” (art. 209-CF), a Constituição impõe o cumprimento das normas gerais da educação nacional, as quais corroboram, de certa forma, para a concretização de alguns direitos fundamentais dos particulares – como o direito à educação, ao trabalho, à igualdade de permanência na escola -, visto os estabelecimentos de ensino serem obrigados legalmente a estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo; a formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e a colaborar na sua formação contínua; incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive; entre outras obrigações contidas no artigo 43, da LDB.

A liberdade individual, contudo, não carece apenas de proteção contra os poderes públicos, mas também (e, mais das vezes, sobretudo) contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores do poder social e econômico, já que é

⁵² “(...) em primeiro lugar, afirma-se que os direitos fundamentais como princípios constitucionais não podem deixar de aplicar-se em *toda* a ordem jurídica e, portanto, também na área do direito privado (princípio da unidade do ordenamento jurídico); em segundo lugar, põe sem relevo a necessidade de proteger os particulares não apenas perante o estado, mas também, pelo menos, perante os indivíduos ou entidades privadas que sobre eles exercem ou estão em condições de exercer verdadeiros poderes, jurídicos e de facto”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 274.

nesta esfera em que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas⁵³, como dão conta, entre tantos outros, os exemplos dos deveres de proteção dos consumidores e, pode-se citar ainda, a proteção à liberdade de ensino e pesquisa, a qual poderia eventualmente ser restringida pelo financiamento privado direto ou até mesmo indireto.

Outro argumento a favor da aplicação dos direitos fundamentais à relação entre os particulares seria o entendimento de a Constituição refletir não “apenas o que ‘é’, juridicamente, uma sociedade, mas também o que ‘pretende ser’, não apenas juridicamente, mas social, econômica e politicamente”⁵⁴. Partindo-se desta ideia e lembrando que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é construir uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal), é possível inferir que os direitos fundamentais vinculam também os particulares para fins de concretizar o que se ‘pretende ser’ e, nesse viés, até mesmo as instituições de ensino superior, partindo-se da ideia de “a educação, que apresenta como qualidade formal o *conhecimento*, é um fator decisivo para a transformação social”⁵⁵.

Para além dos argumentos favoráveis à eficácia dos direitos fundamentais entre particulares, no cenário norte-americano, sob o nome de *state action*, tem prevalecido a visão de que, via de regra, os direitos fundamentais positivados na Constituição não se estendem às relações privadas. Segundo Daniel Sarmento, para justificar essa posição, a doutrina “apoia-se na literalidade do texto constitucional norte-americano, que se refere apenas aos Poderes Públicos na maioria das suas cláusulas consagradoras de direitos fundamentais”⁵⁶. Apregoa-se também a preocupação com a autonomia privada⁵⁷, no sentido de que a liberdade poderia ser perdida se os indivíduos tivessem de conformar sua conduta às exigências

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 378.

⁵⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem Constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1999.p. 56.

⁵⁵ COCURUTTO, Ailton. *Os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Inclusão Social*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 59.

⁵⁶ SARMENTO, Daniel. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF*. Disponível em <<http://www.danielsarmento.com.br>>. Acesso em: 20.12.2012. p. 3.

⁵⁷ “Por *autonomia privada* pode entender-se – sem excessivas preocupações de afinamento conceitual – a possibilidade de os sujeitos jurídico-privados livremente governarem a sua esfera jurídica, conformando as suas relações jurídicas e exercendo as posições activas reconhecidas pela ordem jurídica – correspondendo esse conceito, *grosso modo*, também ao sentido etimológico da expressai”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos... In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Op. Cit., p. 324.

constitucionais. E, ainda, invoca-se justificativa atrelada ao federalismo, vez que compete aos Estados e não à União legislar sobre Direito Privado - a não ser quando a matéria envolva o comércio interestadual ou internacional. Com efeito, na trilha da teoria do *state action*, “preserva-se o espaço de autonomia dos Estados, impedindo que as cortes federais, a pretexto de aplicar a Constituição, intervenham na disciplina das relações privadas”⁵⁸. Nota-se, portanto, que a corrente contrária à eficácia dos direitos fundamentais nas relações jusprivatistas “*esgrimen como principal argumento de la irremisible degradación que sufriría el principio de la autonomía privada, criterio de referencia exclusivo y excluyente a la hora de enjuiciar la licitud de los actos privado*”⁵⁹.

Ante os fundamentos acima expostos, verifica-se a existência de argumentos a respaldar a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais estende-se às relações privadas. Assim, o problema não seria tanto se há ou não eficácia, mas qual a sua medida e forma. Passa-se, então, à segunda pergunta inicialmente proposta: como e de que forma se concebe a eficácia nas relações privadas?

Duas teorias procuram responder como se dá esta eficácia, a teoria da eficácia indireta ou mediata e a teoria da eficácia direta ou imediata⁶⁰. A diferença entre as duas teorias, basicamente, “é a imprescindibilidade ou não de intermediação legislativa para a concretização dos direitos fundamentais às relações privadas”⁶¹. Isso porque, na teoria da eficácia mediata os direitos fundamentais dependeriam da atuação do legislador para poderem ser aplicados. Enquanto, segundo a teoria da eficácia imediata os direitos fundamentais seriam aplicáveis independentemente da intermediação dos poderes públicos.

⁵⁸ Ibidem, p. 3-4.

⁵⁹ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *Eficacia Horizontal...* In TEPEDINO, Gustavo (Org.). Op. Cit., p. 225.

⁶⁰ “*Dada la confusión que reina en torno a este tema, conviene aclarar que la habitual contraposición entre eficacia mediata e inmediata, como si fueran conceptos excluyentes, es una falsa disyuntiva: admitir la posibilidad de una vigencia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones inter privado em determinados supuestos, no significa negar o subestimar el efecto de irradiación de esos derechos a través de la ley. Ambas modalidades son perfectamente compatibles: lo normal (y lo más conveniente también) es que sea el legislador el que concrete el alcance de los diferentes derechos em las relaciones de Derecho privado, pero cuando esa mediación no existe, em ausencia de ley, las normas constitucionales pueden aplicarse directamente*”. Ibidem, p. 232.

⁶¹ MENDONÇA, Andrey Borges de; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Op. Cit. In NOVELINO, Marcelo. Op. Cit., p. 302.

A doutrina oscila entre os que advogam uma ou outra tese. Para Durig, defensor da teoria da eficácia mediata (indireta), os direitos fundamentais “apenas poderiam ser aplicados no âmbito das relações entre particulares após um processo de transmutação, caracterizado pela interpretação e integração das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do Direito Privado à luz dos direitos fundamentais”⁶². As críticas a este posicionamento são no sentido de essa tese não responder qual solução adotar quando não existir nenhuma norma constitucional ou legal regulando a matéria e também não for possível se valer das cláusulas abertas do Direito Civil⁶³. Além disso, observa-se que o legislador está sujeito, muitas vezes, às mesmas limitações notadas na eficácia imediata – que se estudará a seguir –, como o dever de respeito às liberdades fundamentais intrínsecas ao Direito Privado⁶⁴.

Jorge Reis Novais sustenta que a “*potencialidade de vinculação directa das entidades privadas pelos direitos sociais é muito maior*”, embora, na compreensão do autor, mesmo aí só deva ser admitida no formato dos direitos de liberdade, com inúmeras reservas e condicionamentos. Ou seja, “*a não ser nas situações em que a própria Constituição remete expressamente para as entidades privadas a realização da prestação social e, nessa medida, as co-institui em destinatárias dos direitos sociais, a corresponsabilização social faz-se por meio da mediação do Estado, designadamente a realizada através da conformação legislativa ordinária de instituição de direitos e dever recíprocos*”⁶⁵. Por sua vez, Claus-Wilhelm Canaris, sob a perspectiva do direito alemão, sustenta que o Direito Privado possui uma tarefa autônoma com relação à Constituição, não apenas do ponto de vista histórico, porém também concernente ao conteúdo, “pois o Direito Privado, em regra, disponibiliza soluções muito mais diferenciadas para conflitos entre os sujeitos do

⁶² DURIG *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 379.

⁶³ MENDONÇA, Andrey Borges de; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Op. Cit. In NOVELINO, Marcelo. Op. Cit., p. 306.

⁶⁴ “*La ley es el instrumento más apropiado para esta función, el que ofrece más garantías, desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Obviamente, el legislador está sujeto, en esta operación de acomodación, a ciertas limitaciones. Aunque muchas veces no se repare en ello, la eficacia mediata, a través de la acción legislativa, está sujeta, en realidad, a los mismos límites que la hipotética eficacia inmediata. Ninguna ley puede suprimir las libertades básicas razonable entre el derecho los derechos o valores en conflicto. En cualquier caso, nadie discute la conveniencia de un desarrollo legislativo que fije las pautas para una correcta articulación entre el derecho de que se trate y los bienes o derechos con los que puede entrar en conflicto*”. UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales In SARLET, Ingo Wolfgang (Org). Op. Cit., p. 271.

⁶⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 58.

que a Constituição poderia fazer”⁶⁶. Com efeito, haveria uma “certa relação de tensão entre o grau hierárquico mais elevado da Constituição [referindo-se aos direitos fundamentais], por um lado, e a autonomia do Direito Privado, por outro”⁶⁷. Assim, de acordo com a opinião prevalente na Alemanha, somente o Estado seria o destinatário dos direitos fundamentais, inobstante também produzirem efeitos sobre as relações entre sujeitos jusprivatistas, porém apenas de forma mediata. Isso porque, se aplicada de maneira imediata implicaria, segundo o autor, proibições de intervenções no âmbito das relações de natureza privada e direitos de defesa em face de outros entes particulares. Em contrapartida, a aplicação mediata não impediria que a própria Constituição estabelecesse a aplicação imediata de um direito fundamental nas relações privadas⁶⁸.

A corrente oposta - teoria da eficácia imediata⁶⁹ – sustenta, com respaldo no princípio da unidade da ordem jurídica e da força normativa da Constituição, que os direitos fundamentais se aplicam diretamente sobre as relações privadas, logo, não se pode aceitar que o direito privado esteja à margem da ordem constitucional⁷⁰. Neste mesmo sentido, defende-se que a aplicação imediata seria o que melhor se coaduna com o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais⁷¹. Entretanto, como observou Robert Alexy, “efeito direto perante terceiros não pode significar que os direitos do cidadão em face do Estado sejam, ao mesmo tempo, direitos do cidadão contra outro cidadão”, haja vista que “um direito do cidadão contra o Estado não é um direito do cidadão contra outro cidadão” e, ainda, “não se pode querer obter um efeito direto por meio da simples troca de destinatário dos direitos do cidadão contra o Estado”⁷². Em razão disso, adiante, neste trabalho, se

⁶⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. Cit. In SARLET, Ingo (Org). Op. Cit., p. 206.

⁶⁷ Ibidem, p. 207.

⁶⁸ “Isso ocorreu na Alemanha no artigo 9º, inciso III, alínea 2, da LF, onde restou expressamente afirmada a nulidade de acordos para a restrição da liberdade de coalizão de empregados e empregadores, assim como a ilegalidade de medidas que visam a tais acordos”. Ibidem, p. 214.

⁶⁹ Jorge Reis Novais é um dos adeptos da tese da eficácia direta dos direitos fundamentais, tanto que refuta a afirmação de que existem direitos que apenas se dirigem aos órgãos estatais. Para ele, a constitucionalização de um direito implica a sua aplicação para todos. NOVAIS, Jorge Reis. *Trunfos contra a maioria*. Coimbra: Almedina, 2006.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 379.

⁷¹ MENDONÇA, Andrey Borges de; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Op. Cit. In NOVELINO, Marcelo. Op. Cit., p. 306.

⁷² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 538.

abordará a distinção entre a vinculação dos entes públicos e particulares aos direitos fundamentais.

Para além da dicotomia entre efeitos diretos ou indiretos, a dificuldade de compatibilizar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas com a autonomia privada persiste, “já que os direitos fundamentais, nessas relações, tendem a sufocar a autonomia privada se não houver uma forma de compreender ambos em harmonia”⁷³. Daniel Sarmento e Wilson Steinmetz propuseram-se a enfrentar a questão. No entanto, a solução para os autores encontra-se em local distinto. Para o primeiro, sobressai-se a assimetria nas relações entre particulares, enquanto para o segundo, o peso decisivo está na aplicação do princípio da proporcionalidade⁷⁴.

Por assimetria, Daniel Sarmento compreende como desigualdade fática entre os envolvidos. Segundo ele, quanto maior essa desigualdade, “mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada”⁷⁵. Porém, “numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito”⁷⁶. Do mesmo modo, quando se tratar de questão existencial, a autonomia privada também terá um peso maior do que nos casos atinentes a questões econômico-patrimoniais⁷⁷, intuindo, com isso, evitar um totalitarismo dos direitos fundamentais. Tal posicionamento não passa ileso a críticas, sobretudo concernente ao conceito de assimetria, no sentido de que esse seria estanque e reduziria a ‘assimetria’ à desigualdade material, apesar de, muitas vezes, “o jogo de forças no interior da relação (...) ser muito mais importante

⁷³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais e relações entre particulares*. Revista Direito GV. V. 1. n. 11 . p. 173-180. Maio/2005. p. 175.

⁷⁴ O pensamento de Robert Alexy não destoa, segundo ele: “É fácil refutar a objeção segundo a qual todo efeito direto conduziria a uma eliminação ou a uma restrição não aceitáveis da autonomia privada. A própria autonomia privada, e não apenas sua restrição, é objeto de garantias constitucionais e, com isso, de efeitos perante terceiros. É uma deficiência da discussão acerca dos efeitos perante terceiros que a questão da restrição à autonomia privada tenha ocupado com frequência, o primeiro plano e que sua proteção não tenha sido tratada como uma questão de igual importância. A forma pela qual se estabelecem as restrições às competências do direito privado é uma questão substancial e, no fim das contas, uma questão de sopesamento.” ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 540.

⁷⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 303.

⁷⁶ Idem, p. 303.

⁷⁷ Ibidem, p. 309.

do que a condição material dos envolvidos e não estar a ela necessariamente vinculado⁷⁸.

Wilson Steinmetz, por sua vez, defende que os direitos fundamentais e a autonomia privada⁷⁹ apresentam estrutura de princípios⁸⁰. Com efeito, defende que a compatibilização entre direitos fundamentais e autonomia privada somente pode ser levada a cabo por intermédio da aplicação do *princípio da proporcionalidade*. Nesse aspecto, seria necessário avaliar se a restrição contratual ao direito fundamental é *adequada, necessária e proporcional em sentido estrito*. Esse posicionamento, no entanto, apresenta certa fragilidade, segundo Virgílio Afonso da Silva, pois “exigir que os particulares adotem, nos casos de restrições a direitos fundamentais, apenas as medidas estritamente necessárias – ou seja, as menos gravosas – para o atingimento dos fins perseguidos” significa, em outras palavras, “retirar-lhes a autonomia de livremente dispor sobre os termos de seus contratos”⁸¹.

Sem adentrar no mérito das dissonâncias doutrinárias acerca do tema, não restam dúvidas quanto às discrepâncias entre indivíduos ou entidades nas relações privadas - problema que não se restringe às integrações entre os poderes públicos e os particulares. As diferenças entre particulares não são facilmente solucionadas,

⁷⁸ Virgílio Afonso da Silva cita como exemplo aqueles que participam de *reality shows*. Segundo ele, os participantes o fazem com base no exercício de sua autonomia da vontade, mas, apesar disso, esse exercício acarreta “restrições a direitos fundamentais, especialmente ao de privacidade”. A desigualdade material entre a emissora e os participantes, no exemplo, é inegável. “Isso não significa, contudo, que haja uma necessidade de intervir nessa relação para proteger direitos fundamentais restringidos: a desigualdade material não interfere, necessariamente, na *autenticidade das vontades*”. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais e relações...*, p. 176.

⁷⁹ Sendo que “o princípio da autonomia privada manifesta-se, com maior ou menor intensidade e com uma ou outra exceção, nos diferentes âmbitos materiais de regulação do direito privado”, de modo especial no âmbito dos contratos, em que se concretiza a liberdade contratual – “o nexo entre autonomia privada e liberdade contratual é tão forte que, não raras vezes, no discurso dos juristas, toma-se uma pela outra”. Houve, contudo, um progressivo aumento das restrições à autonomia privada – e, por consequência, à liberdade de contratar -, como a ampliação do elenco das cláusulas gerais, das quais fazem parte expressões como ‘ordem pública’, ‘excesso de poder’ e ‘finalidade social’, de modo a possibilitar ao intérprete-aplicador “introduzir, no sistema jurídico – isto é, pode judicializar – conteúdos metajurídicos limitativos da autonomia privada”. Infere, portanto, o Autor, que a “liberdade contratual encontra limites na lei – normas imperativas de conteúdo detalhado e nas cláusulas gerais – e na metodologia de conclusão de contratos de massa”. STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 191/193.

⁸⁰ Wilson Steinmetz parte da ideia de Alexy, segundo o qual princípios são mandamentos de otimização, ou seja, “são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 90.

⁸¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais e relações...*, p. 179.

posto não haver direitos absolutos⁸², sendo indispensável o equilíbrio entre os valores em conflito⁸³. Nessa senda, sustenta-se que “além de não ser possível enquadrar igualmente todos os atores privados no que diz com a sua posição peculiar no contexto da vinculação aos direitos fundamentais, a eficácia direta ou indireta apenas pode ser aferida à luz do caso concreto”⁸⁴.

Voltando-se às perguntas iniciais, falta responder se há diferença entre a vinculação aos direitos fundamentais nas relações privadas, quando comparadas com as relações com o ente estatal. E, ainda, quais seriam as referidas entidades privadas.

Quanto ao primeiro ponto, deduz-se que a eficácia nas relações entre particulares encontra limites “*específicos, derivados de los principios estructurales y los valores propios del Derecho privado*”⁸⁵, logo, não se pode simplesmente e incondicionalmente transpor os direitos fundamentais para as relações privadas, pois o que está em jogo é o “*frágil equilibrio entre estos derechos y libertades y el principio de autonomía negocial, sobre el que pivota todo el Derecho privado*”⁸⁶. Nesse viés, não se mostra adequado aplicar os direitos fundamentais a *todas* as relações privadas da mesma forma como ocorre com o Poder Público, daí sustentar “a doutrina majoritária que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais – em se tratando de detentores de poder social – será também equivalente à que se verifica no caso dos órgãos estatais”⁸⁷. Contudo, importante fazer alusão à possível brecha para que o Estado, por exemplo, exija dos empregadores que, ao contratar

⁸² Parte-se da ideia de “conteúdo essencial relativo dos direitos fundamentais”, defendida por Virgílio Afonso da Silva. Para os adeptos de um conteúdo essencial relativo, a definição do que é essencial depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto. Neste contexto, seria possível aceitar que a dignidade seja também objeto de sopesamento e tenha que ceder ante as circunstâncias de um caso concreto? Segundo o autor, sim... “parece-me possível sustentar que também a dignidade segue os mesmos caminhos de todos os princípios, e, portanto, tende a ter um conteúdo essencial relativo, a não ser nos casos em que a própria constituição, em normas com estrutura de regras, defina condutas absolutamente vedadas nesse âmbito” (como a vedação de tortura e o tratamento degradante). SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 196 – 201/202.

⁸³ “O problema da eficácia em relação a entidades privadas (...) se resolve nitidamente num específico ‘problema de colisão’” ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos... In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Op. Cit., p. 319.

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 380.

⁸⁵ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *?En qué medida...* In SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 288.

⁸⁶ Idem, p. 288.

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 381.

alguém, façam um processo seletivo para assegurar o princípio da isonomia⁸⁸, o que seria inviável, porque esse último princípio, no caso concreto mencionado, terá de coexistir com o princípio (implícito⁸⁹) da autonomia da vontade do empregador.

Concernente aos destinatários da vinculação dos direitos fundamentais na esfera privada, isto é, aos sujeitos passivos dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, a literatura jurídica divide-os entre: “as relações (manifestamente desiguais) que se estabelecem entre o indivíduo e os detentores do poder social”⁹⁰ e “as relações entre os particulares em geral, caracterizadas por virtual igualdade, já que situadas fora das relações de poder”⁹¹. Sobre o ponto, José Carlos Vieira de Andrade sustenta que, fora das situações envolvendo pessoas coletivas (ou, excepcionalmente, indivíduos) que disponham de poder especial sobre indivíduos – o qual “não terá de ser necessariamente um poder jurídico, se for um poder de facto inequívoco e objectivamente determinável”⁹² -, os particulares “não devem ser considerados *sujeitos passivos* dos direitos fundamentais, enquanto *direitos subjectivos*, com os *deveres típicos* correspondentes”⁹³.

⁸⁸ Situação semelhante foi enfrentada pelo Tribunal Superior do Trabalho, ao tratar das contratações de trabalhadores realizadas pelas instituições que compõe o ‘Sistema S’, a saber: “RECURSO DE REVISTA. SESC. SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS (SISTEMA S). INEXIGIBILIDADE DE CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE PESSOAL. Os integrantes do chamado -Sistema S-, que compõem os serviços sociais autônomos são pessoas jurídicas de direito privado e, por isso mesmo, não se sujeitam às restrições do inciso II e do § 2º do artigo 37 da Constituição Federal para admissão de pessoal. Precedentes. Recurso de revista não conhecido.”(RR - 156900-66.2008.5.11.0012 , Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 30/04/2012, 3ª Turma, Data de Publicação: 04/05/2012)

⁸⁹ Da leitura em conjuntos dos artigos 1º, inciso IV (livre iniciativa); 170, caput (ordem econômica); e 5º, caput (liberdade), todos da Constituição Federal, observa-se que a autonomia da vontade é assegurada implicitamente.

⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 381. Note-se que “hoy como ayer la realidad desmiente la existência de uma paridad jurídica em buena parte de las relaciones que entablan los sujetos privados”. UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *Eficacia Horizontal...* In TEPEDINO, Gustavo. Op. Cit., p. 221.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 381.

⁹² ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos... SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Op. Cit., p. 251.

⁹³ “Mantemos a opinião de que não é a existência de uma situação de ‘poder privado’ ou social que altera qualitativamente a situação, designadamente, quanto ao caráter jurídico-privado da actuação em causa e ao facto de a entidade em situação de poder igualmente ser titular de direitos fundamentais (circunstancia na qual reside a especificidade decisiva do problema em relação à eficácia dos direitos fundamentais perante entidades públicas). são, pois, compreensíveis as reservas quanto a uma eficácia vinculativa directa que dependa da existência de um tal ‘poder privado’, equiparando entidades privadas, que são também titulares de direitos fundamentais, ao Estado e outras entidades”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. Cit., p. 254 e 317.

Feitas as considerações de ordem teórica, cumpre trazer à baila marcante decisão do Pretório Excelso que enfrentou e debateu a temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas⁹⁴.

No julgamento do Recurso Extraordinário 201.819-8/RJ⁹⁵, a União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, recorreu de decisão que anulou exclusão de determinada pessoa de seu quadro de sócios, realizada sem

⁹⁴ Importante ressaltar que não foi a primeira vez que o Superior Tribunal Federal analisou a temática. Em outras oportunidades a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas já havia sido objeto de análise, mesmo que por vezes não com esta nomenclatura. A propósito, cite-se: REExt 106.222-8/RJ (a despeito de não adentrar o mérito, o Ministro Sepúlveda Pertence lamentou não poder enfrentar “a relevante questão de direitos fundamentais” suscitadas no caso concreto), REExt 158.215-4/RS, REExt 161.243-6/DF.

⁹⁵ Eis a ementa do acórdão proferido pelo Superior Tribunal Federal: “SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.” (STF - RE 201819 - Rel. Ministro Ellen Gracie - Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes - DJ 27/10/2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012).

assegurar o direito à ampla defesa, apesar de esta possibilidade de exclusão neste formato estar prevista no estatuto.

Do voto da relatora do caso, Ministra Ellen Gracie, extrai-se, por relevante ao presente estudo, o seguinte trecho:

A controvérsia envolvendo a exclusão de um sócio de entidade privada resolve-se a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor. Não tem, portanto, o aporte constitucional atribuído pela instância de origem, sendo totalmente descabida a invocação do disposto no art. 5º, LV da Constituição para agasalhar a pretensão do recorrido de reingressar nos quadros da UBC. Obedecido o procedimento fixado no estatuto da recorrente para a exclusão do recorrido, não há ofensa ao princípio da ampla defesa, cuja aplicação à hipótese dos autos revelou-se equivocada, o que justifica o provimento do recurso.⁹⁶

O Ministro Gilmar Mendes, então, pediu vista dos autos por entender se tratar de um caso típico de aplicação de direitos fundamentais às relações privadas, um assunto que, nas palavras dele, “necessariamente, deve ser apreciado sob a perspectiva de uma jurisdição de perfil constitucional”⁹⁷. Na sequência, prolatou voto contrário à Relatora, no sentido de assegurar a necessidade de obediência ao princípio fundamental da ampla defesa na expulsão do sócio. Das reflexões expostas pelo Ministro em seu voto, a propósito, destacam-se:

É preciso acentuar que, diferentemente do que ocorre na relação direta entre o Estado e o cidadão, na qual a pretensão outorgada ao indivíduo limita a ação do Poder Público, a eficácia mediata dos direitos fundamentais refere-se primariamente a uma relação privada entre cidadãos, de modo que o reconhecimento do direito de alguém implica o sacrifício de faculdades reconhecidas a outrem. Em outros termos, a eficácia mediata dos direitos freqüentemente está relacionada com um caso de colisão de direitos: A posição jurídica de um indivíduo em face de outro somente pode prevalecer na medida em que se reconhece a prevalência de determinados interesses sobre outros.

É possível afirmar, então, diante do precedente mencionado, que a Corte Máxima já se deparou com situações concretas em que é preciso refletir sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, indicando uma tendência que vai ao encontro do posicionamento doutrinário favorável à vinculação dos particulares, a despeito da ausência de previsão expressa no texto constitucional.

Nas relações jurídico-educacionais a aplicação dos direitos fundamentais também pode gerar controvérsias. E mesmo nos casos em que parece indiscutível uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, resta ainda a questão

⁹⁶ STF - RE 201819/RJ – 2ª Turma – Rel. Min. Ellen Gracie – DJU 27.10.2006 - p. 581.

⁹⁷ STF - RE 201819/RJ – 2ª Turma – Rel. Min. Ellen Gracie – DJU 27.10.2006 - p. 584.

atinente ao seu formato. No âmbito das instituições de ensino superior deve-se buscar a máxima efetividade dos direitos dos estudantes, porém, isso nem sempre é possível, como em algumas situações envolvendo a liberdade de crença, tema que será mencionado mais adiante.

Pode-se falar, ainda, na eficácia dos direitos fundamentais na relação entre estudante e professor. Em casos de processos disciplinares por ato de indisciplina dos alunos, discute-se, por exemplo, a possibilidade de divulgação em edital do nome do discente que agrediu verbalmente um docente. Estar-se-ia, neste caso, diante do direito à vida privada do acadêmico *versus* a dignidade do educador, a qual, diante de uma agressão verbal, certamente foi desrespeitada.

Por fim, não se pode deixar de mencionar a possível eficácia (direta ou indireta) dos direitos fundamentais nas relações entre professor e estabelecimento de ensino, mormente quando envolve a temática liberdade de ensinar e pesquisar. Nessa situação, as instituições de ensino, dotadas de algum poder econômico, podem, de forma proposital ou não, interferir na escolha do objeto de estudo ou na forma de condução de uma determinada pesquisa. Desta forma, para maior eficácia do direito fundamental à liberdade acadêmica, as entidades de ensino particular não podem se utilizar do financiamento direto ou indireto para limitar tal liberdade, os apoios financeiros dos estabelecimentos de ensino devem, sob uma perspectiva constitucional, visar à máxima concretização em seu âmbito. A propósito, essa é uma das finalidades da abertura do ensino superior à livre iniciativa (não apenas suprir uma deficiência estatal), como será possível observar no item a seguir.

2.1 A liberdade de ensinar e pesquisar como fundamento constitucional da existência de instituições privadas de ensino e da abertura da ordem constitucional

Por qual razão surgiram as instituições privadas de ensino superior no Brasil?

A doutrina não é pacífica a respeito deste tema. Por um lado, existe a crença de que as universidades surgiram para suprir um déficit estatal no âmbito educacional. Por outro, há quem defenda a superação da ideia de que o ensino privado no Brasil surgiu, ao longo da história deste País, unicamente para suplência ao dever do Estado como provedor de ensino para todos, obrigatório, de qualidade e gratuito.

A par das duas visões lançadas sobre o ensino privado brasileiro, as quais mais adiante serão objeto de análise neste estudo, para melhor compreensão das razões do crescimento do segmento privado na área da educação, indispensável se faz uma breve contextualização histórica da expansão dessas instituições no território nacional.

A educação escolar (ainda não relacionada ao ensino superior) no Brasil nasceu na iniciativa privada, quando os Franciscanos fundaram, na Bahia, o primeiro estabelecimento de ensino em terras de Santa Cruz⁹⁸. Nesse contexto, não causa estranheza que a origem do ensino privado brasileiro tenha sido responsabilidade da escola confessional. Note-se que nessa fase inicial da colonização a educação das escolas católicas era gratuita, suas estruturas eram mantidas com recursos da própria Igreja, ainda que, por vezes, contassem com o apoio do Estado⁹⁹.

No entanto, apesar do caráter público da educação, a Companhia de Jesus ocupou-se, em grande parte, da educação das elites¹⁰⁰. Quanto às suas influências, a despeito de certa visão negativa atinente à pedagogia dos jesuítas (escolástica), a presença deles consolidou “a resistência à hegemonia do Estado na educação por meio de uma organização escolar fora de seu controle”¹⁰¹. É possível, portanto, inferir um embrião da autonomia das instituições de ensino. Em 1759, os jesuítas foram expulsos do Brasil pelo Marques de Pombal, restando uma enorme lacuna na vida educacional das colônias. Assim, na tentativa de supressão, sob a gestão de Pombal, por intermédio do Alvará Régio de 28 de junho de 1759, criou-se a Direção Geral, uma espécie de Ministério da Educação para a Colônia, que ficou responsável pela estruturação e organização da educação no Brasil¹⁰².

⁹⁸ “Sendo os colégios e escolas levados por elementos da Igreja financiados pela Coroa, devido ao padroado, podemos dizer que, deste período até a expulsão dos jesuítas, realizou-se no Brasil uma experiência de educação pública e gratuita, embora não estatal”. ALVES, Manoel. *A histórica contribuição do ensino privado no Brasil*. Educação, Porto Alegre, v. 32, n. 1, p. 71-78, jan./abr. 2009. p. 71.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 72.

¹⁰⁰ “(...) a vocação dos Jesuítas não era, certamente, a de se ocupar da educação primária ou profissional, mas da educação das classes dirigentes, aristocráticas, baseada no ensino das humanidades clássicas”. AZEVEDO, Fernando de. *A cultura brasileira*. 4. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1964. p. 534.

¹⁰¹ ALVES, Manoel. *Op. Cit.*, p. 72.

¹⁰² Da leitura das Instruções do Alvará Régio de 1759 percebe-se claramente o objetivo que norteou a reforma no sistema educacional da Colônia, “a preocupação era formar o perfeito nobre, simplificando os estudos, abreviando o tempo do aprendizado de latim, facilitando os estudos para o ingresso nos cursos superiores”, e, ainda, “propiciar o aprimoramento da língua portuguesa, diversificar o conteúdo, incluir a natureza científica e torná-los mais práticos”. SECO, Ana Paula. AMARAL, Tânia

Durante um longo período de tempo verifica-se um quadro de marasmo educacional, lapso temporal de menor atividade da iniciativa privada na história educacional brasileira, que só viria a mudar com a decretação do Ato Adicional à Constituição (em 1834)¹⁰³, o qual influenciou sobremaneira a evolução da Educação no Brasil.

Em 1854, o Imperador aprova a Lei de Liberdade de Ensino, complementando o Ato Adicional de 1834, que regulamentava a Constituição de 1824. Neste contexto, consolidou-se a livre iniciativa na educação por meio de uma escola privada autônoma em relação ao Estado, acentuando a sua expansão¹⁰⁴. Dentre os valores liberais difundidos, destacou-se a educação voltada para o público feminino que era, até então, em sua quase totalidade, analfabeto. Nota-se, portanto, sob o viés apontado acima, que o ensino privado não apenas supria as deficiências estatais, como também (e, para alguns doutrinadores, sobretudo) inaugurou novas possibilidades, tanto para um novo público (como o feminino), quanto em termos pedagógicos, permitindo um ensino mais enriquecedor. Dissemina-se, assim, por intermédio de um ensino privado - de certo modo, autônomo - a ideia de pluralidade de integrantes e de conhecimento, algo inovador se comparado ao ensino superior público colocado à disposição até aquele momento.

Os ideais liberais também influenciaram a consolidação do ensino superior privado. Nessa conjuntura, em 1879, foi decretada uma reforma do ensino. Dentre as inovações trazidas pelo Decreto nº 7.247¹⁰⁵, destaca-se os seguintes dispositivos: (i) “é livre o ensino privado e secundário (...) e superior em todo o Império” (artigo

Conceição Iglesias. *Marques de Pombal e a Reforma Educacional Brasileira*. Disponível em: http://www.histedbr.fae.unicamp.br/navegando/periodo_pombalino_intro.html#_ftn8. Acesso em: 05.08.2012. (s/ página). Parafrazeando Manoel Alves, a “intenção era modernizar a educação da elite colonial para que ela pudesse servir melhor aos interesses e projetos da exploração da Metrópole Portuguesa”. Ibidem, p. 73.

¹⁰³ LEI Nº 16 DE 12 DE AGOSTO DE 1834. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-1834.htm. Acesso em: 05.08.2012. Com o Ato Adicional, ocorre a descentralização, passando o ensino superior a guiar o rumo do ensino secundário, visto como preparatório ao ingresso nas faculdades. Alguns Colégios foram criados e concebidos pelo poder público como estabelecimentos modelos para a educação nacional, aptos a habilitar os estudantes para os exames superiores. Ibidem, p. 74.

¹⁰⁴ Assim, “[o] ensino privado prossegue a sua expansão não somente pela má qualidade da escola pública, mas, sobretudo, por um amplo entendimento da sociedade de que a escola particular lhes oferecia perspectiva educacional culturalmente enriquecida, universalizada e prenehe de valores liberais”. Idem.

¹⁰⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 7.247, de 19 de abril de 1879. Trata da Reforma do Ensino Primário e Secundário do Município da Corte e o Superior em todo o Império. Disponível em: http://www.histedbr.fae.unicamp.br/revista/edicoes/34/doc01a_34.pdf. Acesso em: 05.08.2012.

1º)¹⁰⁶; (ii) “é permitida a associação de particulares para fundação de cursos onde se ensinam as matérias que constituem o programa de qualquer curso oficial de ensino superior. O Governo não intervirá na organização dessas associações.” (artigo 21); (iii) desobrigou os alunos acatólicos a frequentar a aula de instrução religiosa (artigo 4º, § 1º). Ficou, dessarte, instituído o pluralismo educacional, bem como a ampliação da liberdade de ensino no Brasil.

As reformas seguintes não modificaram de maneira significativa o sistema de ensino.

A Constituição promulgada em 1934 consolidou alguns posicionamentos já estabelecidos em ordenamentos anteriores, ao estipular expressamente que a liberdade de ensino seria um dos norteadores do plano nacional de educação (artigo 150, parágrafo único, alínea c); ao manter o ensino religioso facultativo e “ministrado de acordo com os princípios da confissão religiosa do aluno” (artigo 153); ao reconhecer os estabelecimentos particulares de ensino “somente quando assegurarem a seus professores a estabilidade, enquanto bem servirem, e uma remuneração condigna” (artigo 150, parágrafo único, alínea f)¹⁰⁷. E, ainda, o referido texto constitucional inovou ao dispor que as instituições “particulares de educação, gratuita primária ou profissional, oficialmente considerados idôneos, serão isentos de qualquer tributo” (artigo 154), definindo o que se conhece hoje como imunidade tributária; e ao garantir expressamente a liberdade de cátedra (artigo 155).

O texto constitucional seguinte, de 1937, permitiu a destinação de recursos financeiros do Erário para a manutenção das escolas particulares. Porém, a escassez de recursos não permitiu a implementação desta medida. Nesse mesmo

¹⁰⁶ Apesar da permissão legal, “havia o empecilho do reduzido número de formandos, pois quem teria a ousadia de abrir uma escola superior em um país cujo índice de pessoas formadas no nível secundário era insignificante? Percebe-se, portanto, que a demanda é um fator decisivo na fecundação das IES particulares, visto que o ensino superior particular é todo aquele que depende majoritariamente da cobrança de mensalidades, visando auto sustentabilidade”. CONSELHO, Deise Elen Abreu do Bom; BESSA, Pedro Pires. *Ensino Superior no Brasil: histórico e desafios*. Disponível em:

<http://www3.mg.senac.br/NR/rdonlyres/eqqcsmybxfmyfq5kq3bpqd7pplftb76aww24x4griymjsunbt6goq5w3qdubmetjzpswcfba5o72d/deise.PDF>. Acesso em: 20.08.2012. p. 6.

¹⁰⁷ Note que, apesar de a Constituição permitir a atuação dos entes privados no ramo educacional, não os coloca promotores ou incentivadores da efetivação do direito à educação. Tanto que, aliás, o artigo 149-A, prevê, *in litteris*: “Art 149 - A educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos, (...)”. Já o artigo 205, da Constituição Federal de 1988, aponta ser a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, sendo promovida e incentivada com a colaboração da sociedade. Neste caso, a universidade está incluída na sociedade, pois são instituições tão responsáveis pelo desenvolvimento da pessoa quanto o Estado e a família.

período, também surgiu a Escola Nova¹⁰⁸, uma geração de educadores, de caráter liberal, que defendia um ensino público de qualidade e laico¹⁰⁹, logo, um movimento contrário ao ensino privado.

Apesar desse movimento, a Constituição de 1946 manteve os direitos adquiridos anteriormente pelos estabelecimentos privados de ensino superior¹¹⁰. E, logo em seguida, em 1961, foi editada a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 4.024/61), que

(...) dá às escolas maior autonomia na sua organização administrativa, disciplinar e didática, desafiando o ensino privado a se reorganizar, questionando o modelo educacional vigente e propugnando uma educação alter-nativa aos modelos tradicional e técnico-desenvolvimentista. A renovação dos estabelecimentos de ensino estende-se a todo setor privado. Durante a ditadura militar é possível continuar com a renovação pedagógica.¹¹¹

Na sequência, buscou-se fomentar universidades que articulassem ensino e pesquisa, seguindo recomendações da chamada “Reforma de 1968”. Com efeito, houve um aumento do custo da manutenção do ensino público, de modo a limitar a sua expansão e, ao mesmo tempo, contribuir para o crescimento do setor privado. Para o sociólogo Carlos Benedito Martins, a Reforma de 1968 produziu efeitos paradoxais. Por um lado, modernizou uma parte significativa das universidades federais e estaduais; por outro, permitiu o surgimento de “instituições organizadas a partir de estabelecimentos isolados, voltados para a mera transmissão de conhecimentos de cunho marcadamente profissionalizante e distanciados da atividade de pesquisa, que pouco contribuem com a formação de um horizonte intelectual crítico para a análise da sociedade brasileira e das transformações de nossa época”¹¹².

¹⁰⁸ A Escola Nova também tentou articular “o ensino com o processo de desenvolvimento da ciência, ao passo que o chamado método tradicional o articulava com o produto da ciência”. Segundo Dermeval Saviani, “com essa maneira de interpretar a educação, a Escola Nova acabou por dissolver a diferença entre pesquisa e ensino, sem se dar conta de que, assim fazendo, ao mesmo tempo que o ensino era empobrecido, se inviabilizava também a pesquisa”. SAVIANI, Dermeval. *Escola e Democracia*. 41. ed. Campinas: Autores Associados, 2009. p. 42/43.

¹⁰⁹ A laicidade marca um caminho em direção à separação de Igreja e do Estado.

¹¹⁰ “Art 167 - O ensino dos diferentes ramos será ministrado pelos Poderes Públicos e é livre à iniciativa particular, respeitadas as leis que o regulem.” Constituição Federal de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm. Acesso em: 05.08.2012.

¹¹¹ ALVES, Manoel. *A histórica contribuição do ensino privado no Brasil...* p. 75.

¹¹² MARTINS, Carlos Benedito. *A Reforma Universitária de 1968 e a Abertura para o Ensino Superior Privado no Brasil*. Educ. Soc., Campinas, vol. 30, n. 106, p. 15-35, jan./abr. 2009. Disponível em: <http://www.cedes.unicamp.br>. p. 17.

Assim, a falta de investimentos no ensino público, o desenvolvimento econômico do País e a crescente demanda por mão de obra qualificada propiciaram o crescimento do ensino superior privado no Brasil. Nesse contexto, pode-se afirmar que o ensino superior privado emergiu para complementar o ensino público. Porém, não se restringiu a isso, pois se apresentou “como um setor internamente heterogêneo”¹¹³. É dizer: o setor privado absorveu estudantes de diferentes origens e estratos sociais, bem como atendeu ao aumento da demanda.

Quanto à qualidade de ensino, em alguns casos, por conta de envolver recursos privados e de a gestão orientar-se pela rentabilidade dos investimentos econômicos, o setor privado se apresenta “mais dinâmico no atendimento à demanda da clientela, característica essa que o permite obter um crescimento mais rápido”¹¹⁴, porém, ao mesmo tempo, isso pode significar o comprometimento da qualidade acadêmica¹¹⁵. A queda na qualidade, a despeito de ser uma tendência possível decorrente do aumento da demanda, não é uma consequência imediata e irrefutável. Observando-se, por exemplo, os resultados do Exame Nacional de Desempenho de Estudantes (Enade) - que avalia o rendimento dos alunos dos cursos de graduação, ingressantes e concluintes, em relação aos conteúdos programáticos dos cursos em que estão matriculados -, nota-se diversas instituições no âmbito privado que preenchem satisfatoriamente e com qualidade os requisitos de ensino e pesquisa¹¹⁶.

A par dos pontos negativos relacionados à eventual queda da qualidade do ensino superior privado em decorrência da pretensão de atender a demanda

¹¹³ MARTINS, Carlos Benedito Martins. Resenha do livro: “Helena SAMPAIO. *O ensino superior no Brasil: o setor privado*. São Paulo, Fapesp/Hucitec, 2000. 408 páginas”. *RBCS Vol. 17 no 48 fevereiro/2002*. p. 199.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 201.

¹¹⁵ “O ensino superior privado que surgiu após a Reforma de 1968 tende a ser qualitativamente distinto, em termos de natureza e objetivos, do que existia no período precedente. Trata-se de outro sistema, estruturado nos moldes de empresas educacionais voltadas para a obtenção de lucro econômico e para o rápido atendimento de demandas do mercado educacional. Esse novo padrão, enquanto tendência, subverteu a concepção de ensino superior ancorada na busca da articulação entre ensino e pesquisa, na preservação da autonomia acadêmica do docente, no compromisso com o interesse público, convertendo sua clientela em consumidores educacionais”. Segundo o sociólogo, o ensino privado distanciou-se do objetivo acadêmico, voltado para o ensino e pesquisa, tendo como objetivo a obtenção de lucros. Com efeito, a qualidade de ensino caiu e permitiu o surgimento de meros consumidores educacionais, despreocupados com a condição do ensino. MARTINS, Carlos Benedito Martins. Resenha do livro: “Helena SAMPAIO... p. 201.

¹¹⁶ Em 2011, das 27 instituições que tiveram nota cinco (a nota máxima no ENADE), 16 são públicas e 11 são privadas. Disponível em: <http://g1.globo.com/vestibular-e-educacao/noticia/2011/11/373-das-instituicoes-de-ensino-superior-estao-abaixo-da-media.html>. Acesso em: 05.08.2012.

educacional em massa, não se pode negar o benefício que representa para a educação nacional e para o País, o princípio democrático da liberdade de ensino¹¹⁷ e da livre iniciativa na educação, sob o ponto de vista da concretização de direitos fundamentais no âmbito do ensino superior privado.

Na Carta de 1988, em seu artigo 206, incisos II e III, a liberdade de ensinar é tratada como um princípio balizador do ensino.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

(...)

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

Tal princípio poderá ser extraído tanto da leitura do inciso II, que versa basicamente sobre a liberdade de ensinar e pesquisar, como do inciso III, dispositivo que define o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas também como um dos norteadores do ensino ministrado em território nacional. E, ainda, por consagrar a liberdade de aprendizado, de ensino, de pesquisa e de divulgação do pensamento, tratando-se de autêntico direito de liberdade, gera, desde já, direitos subjetivos para os particulares¹¹⁸.

Esta liberdade é denominada por Ronald Dworkin de 'liberdade acadêmica'. Segundo ele, no decorrer da história houve duas concepções de tal liberdade. A primeira, isolava as instituições de ensino superior das entidades políticas e econômicas. A segunda, separava os acadêmicos dos administradores das universidades. Com isso, a liberdade acadêmica visa a resultados com menor influência política ou ideológica. Todavia, o autor citado não descarta que essa liberdade pode, por vezes, ser restringida, considerando que os recursos das "universidades são limitados e não devem ser desperdiçados com aqueles que vão ocupar seu tempo desenvolvendo argumentos para provar uma falsidade evidente

¹¹⁷ Há posicionamentos contrários, como o de Carlos Alberto Martins, que afirmou: "Além de introduzir uma mentalidade empresarial no ensino superior, importaram também o controle de comportamento, com o qual estavam habituados a tratar os professores de seus colégios, e estabeleceram estreita vigilância ideológica no interior de suas instituições, impedindo a emergência da produção de um conhecimento crítico em seus estabelecimentos". MARTINS, Carlos Benedito. A Reforma Universitária de 1968 e a Abertura para o Ensino Superior Privado no Brasil... p. 23.

¹¹⁸ Por essas razões, Ingo W. Sarlet afirma que tal liberdade (de aprendizado, etc.) é plenamente justificável. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 334.

ou pesquisando coisa que não tem o mínimo interesse”¹¹⁹. Apesar disso, não nega que um projeto considerado falso pode, no decorrer do tempo, se revelar verdadeiro e crucial¹²⁰. Percebe-se, portanto, que a liberdade acadêmica apesar de garantida, não apresenta, em abstrato, um contorno definido.

Nesse aspecto, Marcos Maliska cita caso julgado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão que, ao decidir sobre a possibilidade de o Estado proibir a realização de uma prece em escola pública não confessional, “assegurou que os Arts. 4 I e II da Lei Fundamental alemã [que prevêm, em síntese, a liberdade de crença e a liberdade de realização de cultos, respectivamente] incluem o direito dos pais de transmitir a seus filhos (somente) aquelas convicções religiosas ou ideológicas que eles considerarem corretas”¹²¹. Em contrapartida, em outro dispositivo da Lei Fundamental alemã, está prevista a responsabilidade estatal para com a educação escolar. Com isso, infere-se que o Estado pode “perseguir seus próprios objetivos, em princípio independente dos pais”¹²². Porém, “a missão geral do Estado de formação e educação das crianças não é subordinada, mas se encontra no mesmo patamar do direito de educar dos pais”¹²³. Noutros termos, “de superioridade absoluta não goza nem o direito dos pais, nem a missão educacional do Estado”¹²⁴ ou, poder-se-ia ainda dizer, a liberdade de definição dos conteúdos dos cursos e dos objetivos do ensino.

Traçadas algumas breves linhas a respeito da liberdade de ensino e pesquisa dos docentes (entenda-se: de ensinar, de se expressar no âmbito da academia), a Constituição Federal de 1988 alberga a liberdade de atuação no ensino às entidades privadas, decorrência da previsão do artigo 209-CF:

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.

¹¹⁹ DWORKIN, Ronald. *O Direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 397.

¹²⁰ Ibidem, p. 390/415.

¹²¹ MALISKA, Marcos Augusto. *Educação, Constituição e Democracia*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Org.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. p. 797/798.

¹²² Idem.

¹²³ Idem.

¹²⁴ Idem.

A abertura do ensino à iniciativa privada traz uma ampla gama de possibilidades de concretização do texto constitucional, no entanto não exclui possível conflito entre o conteúdo de direitos fundamentais em jogo ou, ainda, de direitos fundamentais e outros direitos, tanto no sentido vertical (nas relações entre Estado *versus* estudantes e instituições de ensino), quanto horizontal (entre os acadêmicos e os estabelecimentos privados de ensino superior).

Em precedência à abordagem ao tema da abertura constitucional decorrente da liberdade de ensino à iniciativa privada, é fundamental esclarecer de que Constituição se está a tratar, isto é: de um instrumento possuidor de uma força normativa, consoante defendeu Hesse¹²⁵; ou de uma mera folha de papel, que não reflete os fatores reais de poder, formadores da “Constituição real”, como disseminou Lassale¹²⁶.

Para este último, a Constituição real - resultado dos fatores reais de poder - e a jurídica - documento formal - estão em uma relação de cooperação, condicionando-se mutuamente, porém não dependem uma da outra. Ao contrário do defendido por Lassale, Hesse acredita que a Constituição jurídica tem um significado específico e autônomo, distinguindo-se da Constituição real. Para ele, a “Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia”¹²⁷.

Tal constatação leva, segundo Hesse, a outro questionamento, relacionado às possibilidades e aos limites da concretização do texto constitucional frente à realidade. Em paráfrase: “a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva”¹²⁸. Nota-se, portanto, a presença de uma indispensável ligação entre o texto (Constituição jurídica) e a dinâmica realidade social (Constituição real). Neste panorama, infere-se que muito embora a Constituição não possa, por si só, concretizar direitos, ela pode impor tarefas a serem realizadas, fazendo emergir daí sua força normativa.

No entanto, a Constituição não pode assentar-se em uma estrutura unilateral se quiser manter sua força normativa, sobretudo em uma sociedade em permanente

¹²⁵ KONRAD, Hesse. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre. Fabris, 1991.

¹²⁶ LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.

¹²⁷ KONRAD, Hesse. *A força normativa...*, p. 16.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 18.

mudança. Para preservar sua força normativa, deve incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura contrária ou “minoritária”¹²⁹. Aqui, de certa forma, reside a chamada ‘abertura da Constituição para dentro’. O conceito de abertura, como ponderou Marcos Maliska, “além de indicar um elemento fundamental da existência da ordem constitucional no contexto de uma rede de Constituições, também serve para caracterizar as Constituições de sociedades pluralistas”¹³⁰. Desse modo, a ordem constitucional não apenas garante o pluralismo, mas se abre para ele. A evolução deste pensamento se deve à compreensão de que as sociedades não são mais sociedades homogêneas, mas, sim, sociedades plurais marcadas pela diversidade.

A sociedade atual busca a igualdade e a liberdade material (além da meramente formal), a afirmação das particularidades e, com isso, fatalmente, traz-se à tona a questão do limite da abertura da Constituição. Isto é, até que ponto a igualdade prevista no ordenamento constitucional poderia coexistir com a diversidade, ou ainda, como seria possível conformar elementos a fim de criar uma unidade (característica eminente do ordenamento constitucional) em uma sociedade pluralista, como configurar um código único dentre uma infinidade de códigos sociais existentes. Segundo Marcos Maliska, “[p]luralismo e Constituição estão em relação de dependência, de modo que tanto o Pluralismo não existe sem Constituição, quanto a Constituição enquanto possibilidade de afirmação do Princípio da Isonomia não existe sem diversidade”¹³¹. Assim, a despeito da latente diferença entre igualdade e diversidade, não se pode descartar a ideia de acoplamento, em que o pluralismo se sujeita à unidade para que seja garantido.

Neste contexto, cumpre indagar, pois, até que ponto a abertura é segura¹³², ou seja, não coloca em risco a unidade e a estabilidade da Constituição¹³³?

¹²⁹ Termo impreciso, visto que não se quer referir somente aos numericamente em desvantagem, porém a todos aqueles que não conseguem ser representados adequadamente no jogo político.

¹³⁰ MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da Constituição. Abertura. Cooperação. Integração*. Trabalho de Pós-Doutorado realizado junto ao Instituto Max Planck de Direito Público Estrangeiro e Direito Internacional de Heidelberg, Alemanha. (Mimeo). p. 01.

¹³¹ Ibidem, p. 06.

¹³² Marcos MALISKA, citando John RAWLS, pondera que “há limites na própria ordem constitucional para a existência (da) pluralidade, pois doutrinas abrangentes desarrazoadas, mesmo insanas, devem ser contidas, de maneira que não corroam a unidade e a justiça da sociedade”. MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da Constituição. Abertura. Cooperação. Integração*. Trabalho de Pós-Doutorado realizado junto ao Instituto Max Planck de Direito Público Estrangeiro e Direito Internacional de Heidelberg, Alemanha. (Mimeo). p. 07.

A religião é um exemplo da complexidade social brasileira¹³⁴, que exige uma abertura da Constituição para as suas particularidades, sob pena de ser professada apenas uma fé em todo território nacional, o que certamente poderia implicar uma confusão entre Estado e Igreja. Todavia, não parece ser esta a intenção da República brasileira. Tanto que, aliás, o artigo 19, inciso I¹³⁵, da Constituição Federal, consagra o princípio da laicidade do Estado.

Assim como a religião, a evolução do ensino superior privado, no Brasil, emergiu com a abertura do ordenamento supremo pátrio, o qual previu que o ensino é livre à iniciativa privada. Seja pela insuficiência do Estado em atender à demanda por falta de recursos, seja para fins de permitir maior liberdade acadêmica, desvinculada das ideias estatais, no decorrer dos anos, a participação dos estabelecimentos de ensino superior privado consolidou-se – pois em legislações pretéritas já havia possibilidade de atuação das entidades privadas, mesmo que de maneira tímida.

A fenda constitucional que permitiu a atuação das instituições privadas de ensino superior resultou na maior eficácia do direito à igualdade (artigo 5º, caput), à educação (artigo 6º, caput) e ao trabalho (artigo 6º, caput) nas relações entre particulares. Ao mesmo tempo, aumentou a possibilidade de acesso à cultura, à educação e à ciência (artigo 23, inciso V). Não seria demasiado afirmar que contribuiu também para o afastamento do “véu da ignorância absoluta”, permitindo ao indivíduo “a compreensão do mundo” e a “liberdade (real) de autodeterminação e de formatar sua própria existência”, o que passa pelo princípio da dignidade humana, que “indubitavelmente pressupõe certo grau de autonomia do indivíduo, no

¹³³ Com bem observou Konrad Hesse, a “estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição”. KONRAD, Hesse. *A força normativa...*, p. 18.

¹³⁴ Segundo os dados estatísticos do Censo Demográfico de 2000, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 73,8% da população declara-se católica, 15,41% evangélica, 7,4% sem religião e 3,4% são adeptos de outras religiões - somatório das minorias religiosas (4.935.138), com “não determinadas” (357.648) e “sem declaração” (383.953). Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/populacao/religiao_Censo2000.pdf. Acesso em 27.02.2012.

¹³⁵ “Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;”

sentido de ser capaz de conduzir a sua própria existência, de tal sorte que a liberdade pessoal – (...) – constitui exigência indeclinável da própria dignidade”¹³⁶.

E, ainda, a Constituição Federal de 1988, ao reconhecer o pluralismo, rompeu com o princípio da homogeneidade, buscando igualdade de oportunidades com respeito à diversidade. Nessa quadratura, o ensino superior privado contribuiu ao permitir maior o acesso às universidades para as mulheres, bem como às pessoas que não tinham tempo disponível durante o dia, abrindo-se cursos noturnos, por exemplo. Por consequência, oportunizou ascensão social – partindo da ideia de que cursar o ensino superior significou (e ainda significa) chance de ascensão social.

O conteúdo do artigo 205, da Carta de 88, vai ao encontro da ideia de abertura, pois, apesar de prever que a educação é um dever do Estado¹³⁷ e da família – “não havendo propriamente hierarquia entre as duas formas de educação”¹³⁸, porém ambas devem estar vinculadas aos valores constitucionais fundamentais -, estende a responsabilidade pela promoção e incentivo da educação à sociedade. Dentre as instituições sociais não se pode descartar a influência dos estabelecimentos de ensino superior privado no desenvolvimento da pessoa, no preparo para o exercício da cidadania¹³⁹ e na qualificação para o trabalho. Assim, a abertura prevista no artigo 205, desdobrando o fomento e, pode-se dizer, o encargo pela efetivação do direito à educação, também contribui para a máxima concretização desse direito fundamental e outros correlatos¹⁴⁰ – voltados “à

¹³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 349.

¹³⁷ Incluem-se, nessa seara, segundo Zigmund Bauman, os legisladores. Para ele, “a educação significava um projeto de tornar a formação do ser humano uma responsabilidade plena e exclusiva da sociedade como um todo, em especial de seus legisladores. A ideia de educação significava o direito e o dever do Estado de forma (mais bem expresso no conceito alemão de *Bildung*) seus cidadãos e guiar sua conduta. Representava o conceito e a prática de uma sociedade administrada.” BAUMAN, Zigmunt. *Legisladores e Intérpretes*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 102.

¹³⁸ MALISKA, Marcos Augusto. *Educação, Constituição...* In SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Op. Cit., p. 798.

¹³⁹ “Cidadania, nos dias de hoje, não mais pode ser concebida de forma restrita e como a possibilidade de ‘participação política por meio de voto, que pressupunha a alfabetização do eleitor’. A visão é muito mais ampla e genérica, uma vez que, este requisito, a partir da atual Constituição não mais vigora, posto que é facultativo o voto para o analfabeto. Atualmente, cidadania requer um cidadão que conheça e lute por seus direitos, e que também tenha ciência de suas obrigações e de seus deveres.” FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. *Temas de Direito à Educação*. São Paulo: Escola Superior do Ministério Público, 2010. p. 12.

¹⁴⁰ Da leitura do dispositivo 205-CF, extraem-se três finalidades à formação educacional: (i) desenvolvimento individual, (ii) preparo para a cidadania e (iii) qualificação para o trabalho.

realização da vida social digna e feliz”¹⁴¹, considerando que a felicidade na vida social somente é atingida mediante o binômio “educação e trabalho”.

Importante consignar a opinião de Ingo Sarlet, que identifica nos dispositivos 205 a 208 normas constitucionais integrantes da essência do direito fundamental à educação, reputando os demais (artigos 209 e seguintes) como “normas de cunho organizacional e procedimental, com *status* jurídico-positivo idêntico ao das demais normas constitucionais”¹⁴², elucidando, ainda, “que nem todas as normas integrantes do capítulo da ordem social, apenas pelo fato de guardarem relação direta com determinado direito fundamental social, passam a compartilhar a fundamentalidade formal e material deste”¹⁴³.

Dessume-se, portanto, que ao se abrir “para dentro”, a Constituição possibilitou a concretização de direitos fundamentais, fez do ordenamento constitucional mais do que uma simples folha de papel e permitiu maior eficácia horizontal dos direitos fundamentais, nas relações entre instituições de ensino superior e estudantes¹⁴⁴. No entanto, essa vinculação entre particulares no âmbito da educação, bem como a conexão entre o Estado e os estabelecimentos de ensino superior também podem implicar a afronta a direitos fundamentais, cabendo à ordem constitucional compatibilizar os diversos interesses em jogo¹⁴⁵ e aos atores sociais compreender essa condição¹⁴⁶, tema que será objeto de maior desenvolvimento ao abordar-se alguns casos concretos (Capítulo 4).

¹⁴¹ COCURUTTO, Ailton. Op. Cit., p. 25.

¹⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 333.

¹⁴³ Idem.

¹⁴⁴ Entretanto, não se pode deixar de analisar com acuidade as consequências dessa abertura, a fim de não transformar a educação em mera mercadoria. “No contexto mercadológico, a educação é tratada como serviço, em vez de bem público, direito de todos, como afirma a Constituição no art. 205. e a privatização da prestação desses serviços, quando exercidos com finalidade lucrativa, transforma a ‘educação’ em *mercadoria*, negociada e posta à disposição dos consumidores em um mercado lucrativo”. CLARK, Givani; NASCIMENTO, Samuel Pontes. *Política Econômica Privatizante: o Caso da Educação Superior Brasileira*. In: Direito econômico e ação estatal na pós-modernidade. Coord. SOUZA, Washington Peluso Albino de Souza; CLARK, Giovani. São Paulo: LTr, 2011. p. 72.

¹⁴⁵ Vislumbra-se, bem na verdade, uma forma de cooperação: “(...) necessidade de interação entre o Poder Judiciário, outros órgãos estatais e a sociedade civil, apontam para a oportunidade das concepções que propõe a instauração de uma espécie de diálogo institucional, que, embora não posso, ao nosso sentir, justificar uma exclusão do controle judicial, à feição de uma nova doutrina da separação dos Poderes, apresenta a faceta positiva, desde que bem manejado, de, mediante o aproveitamento máximo das capacidades institucionais de cada ator envolvido, auxiliar na promoção da máxima efetividade dos direitos fundamentais”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Ibidem*, p. 362.

¹⁴⁶ MALISKA, Marcos Augusto. *Fundamentos da Constituição. Abertura. Cooperação. Integração*. Trabalho de Pós-Doutorado realizado junto ao Instituto Max Planck de Direito Público Estrangeiro e Direito Internacional de Heidelberg, Alemanha. (Mimeo). p. 29.

Nos casos concretos, caberá ao Poder Judiciário avaliar, motivada e coerentemente, os direitos que devem preponderar, não se olvidando da abertura constitucional, porém se atendo ao limite desta fenda, intuindo manter o acoplamento entre unidade (igualdade) e diversidade (pluralismo). Será preciso analisar qual o limite da liberdade de ensino (artigo 209-CF). Por outro lado, ficará a dúvida sobre o que é possível em nome do direito à educação (artigo 6º-CF) ou do direito do consumidor da prestação de serviço educacional. Somando-se esses fatores, restará saber, no caso concreto, qual o limite entre a tênue linha existente entre a livre iniciativa das instituições de ensino e o direito dos estudantes.

2.2 Liberdade e igualdade no âmbito do ensino superior privado

Antes de adentrar nas questões atinentes ao ensino superior privado, convém definir de que liberdade e igualdade se intenta abordar no presente estudo, de modo a não esvaziar o conceito - tratando-o de forma muito genérica ou restringindo-lhe excessivamente -, mas dando-lhe a dimensão e amplitude que efetivamente tem¹⁴⁷.

Note-se serem diversas as liberdades fundamentais. A título ilustrativo, cite-se a liberdade de expressão (artigo 5º, IX e 220-CF), liberdade de consciência e de crença (artigo 5º, VI-CF), acadêmica (artigo 206-CF), a liberdade para os particulares atuarem no âmbito no ensino superior (artigo 209-CF), liberdade de associação (artigo 5º, inciso XVII-CF)¹⁴⁸, liberdade de imprensa (artigo 139, III-CF). No âmbito dos estabelecimentos de ensino é possível identificar a manifestação de todas essas liberdades, algumas de forma mais preponderante, porém no contexto do ensino superior privado por certo apresentam contornos diferentes, muitas vezes por dividirem espaço (contexto) com outros direitos fundamentais.

Ademais, seja por seu objeto ou por seu modo de exercício, as classificações e conceituações das liberdades se mostram insatisfatórias ou pouco colaboram. Isso se deve, de certo modo, à interdependência e à indivisibilidade das liberdades.

¹⁴⁷ PINSKY, Jaime. *Cidadania e Educação*. São Paulo: Contexto, 1998. p. 17/18.

¹⁴⁸ A liberdade de associação, de reunião e de manifestação podem ser consideradas “liberdades coletivas”, ou seja, “são as que podem ser exercidas apenas quando várias pessoas (critério objetivo) estão de acordo com o exercício (critério subjetivo de consentimento mútuo ou partilhado)”. Tais liberdades apresentam o ponto comum de constituir modalidades de expressão de opinião. ISRAEL, Jean Jacques. *Direito das Liberdades Fundamentais*. Barueri: Manole, 2005. p.39.

Parafraseando Jean-Jacques Israel, “as liberdades são um bloco; ao mesmo tempo, elas são complementares e se enriquecem mutuamente”¹⁴⁹.

Ultrapassando as classificações das liberdades, não se pode negar que a liberdade corresponde a uma faculdade de agir e de se autodeterminar, porém, ao mesmo tempo, esse direito não será efetivo se não houver possibilidade de protegê-lo dos atentados que poderiam cometer contra ele¹⁵⁰. O termo liberdade remete à ideia de autonomia do indivíduo, a qual deve ser respeitada, dentro dos limites das situações concretas. Isso significa que, por algumas vezes, a liberdade do indivíduo pode não prevalecer, preponderando outro direito fundamental¹⁵¹.

Quanto à igualdade, essa seria o caminho para a liberdade. Como previa a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, “os homens nascem livres e permanecem livres e iguais em direitos”. Igualdade pode então ser compreendida como não subordinação, fundamentando a liberdade individual. Nesse contexto, a educação garante maior efetividade ao direito à liberdade, pois visa a garantir que todos os indivíduos possam competir de maneira autônoma (livre) e em igualdade de condições¹⁵², tanto no mercado do trabalho, quanto naquilo em que este guarda relação com o mundo universitário. E, mais do que isso, contribui para a formação não apenas de um profissional, mas de um cidadão.

Assim, conectam-se o ensino, a liberdade e a igualdade, podendo-se afirmar, inclusive, sem receio de errar, que não há liberdade sem igualdade (jurídica)¹⁵³. Nessa relação triangular, o ensino superior privado, no decorrer de sua história, já demonstrou sua importância, pois, a partir dos estabelecimentos das instituições particulares, mais mulheres tiveram acesso ao ensino superior, bem como os trabalhadores que, em geral, apenas tinham disponibilidade no período noturno. Vislumbra-se, portanto, maior diversidade no âmbito privado de educação superior.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 43.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 429.

¹⁵¹ A relação entre direitos fundamentais aqui exposta tem por base teórica a teoria externa, no formato em que foi apresentado por Virgílio Afonso da Silva, em que o “direito definitivo não é – ao contrário do que defende a teoria interna – algo definido internamente e *a priori*. Somente nos casos concretos, após o sopesamento ou, e for o caso, aplicação da regra da proporcionalidade, é possível definir o que definitivamente vale”. SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais...*, p. 140.

¹⁵² “Entendo, pois, que o processo educativo é passagem da desigualdade à igualdade. Portanto, só é possível considerar o processo educativo em seu conjunto como democrático sob a condição de se distinguir a democracia como possibilidade no ponto de partida e a democracia como realidade no ponto de chegada”. SAVIANI, Dermeval. Op. Cit., p. 70.

¹⁵³ ISRAEL, Jean Jacques. Op. Cit., p.74.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação¹⁵⁴ (Lei nº. 9.394, de 20 de dezembro de 1996) veio ao encontro desse pensamento, chegando a repetir textos de dispositivos constitucionais, consolidando como princípios basilares do ensino, a propósito: a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola¹⁵⁵; liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber; pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas; respeito à liberdade e apreço à tolerância.

No dia-a-dia das instituições de ensino privado é possível verificar a eficácia dos direitos fundamentais à liberdade e à igualdade nas relações entre alunos, professores e estabelecimento escolar, desde o início até a conclusão do curso de graduação. Isso porque, desde o *processo seletivo* para ingressar na universidade (conhecido como vestibular) até a *emissão do diploma* – documento que oficializa o término da relação da universidade com o aluno –, direitos fundamentais coexistem e, por mais das vezes, confrontam-se.

Durante o processo seletivo (vestibular), muito embora o candidato ainda não faça parte do quadro de alunos da universidade, deve-se buscar a igualdade de condições para o acesso, assim como respeitar a liberdade e apreciar a tolerância, pois é importante “levar em consideração a realidade fática que envolve os alunos, de modo a propiciar seja a escola um ambiente de inclusão e de respeito às diferenças”¹⁵⁶.

Para garantir a igualdade de acesso, por exemplo, as instituições de ensino superior têm regras, geralmente estabelecidas em edital, as quais devem ser seguidas por todos os candidatos, em respeito aos princípios norteadores dos certames, a saber: o princípio da legalidade e da isonomia. Porém, na mesma medida, caso o estudante se enquadre em uma das categorias de pessoa com deficiência, consoante Decreto nº 3.289/99 (que regulamenta a Lei nº 7853/89, a qual dispõe sobre a Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência e consolida as normas de proteção), os estabelecimentos de ensino

¹⁵⁴ Daqui para frente, quando em referência à Lei de Diretrizes e Bases da Educação, utilizar-se-á a sigla LDB.

¹⁵⁵ “O princípio geral de igualdade norteador da Constituição encontra no âmbito do direito à educação um princípio específico, o da igualdade de acesso e permanência na escola”. MALISKA, Marcos Augusto. Educação Universitária, Igualdade e Diferença: análise de uma medida de inclusão social. In SILVEIRA, Vladimir Oliveira da (Org.). *Educação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 349.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 350.

devem garantir o direito dos alunos com deficiência à “prova adaptada” e ao “apoio necessário”, inclusive tempo adicional para a realização das avaliações – como a prova do vestibular -, mediante pedido prévio (artigo 27, do referido Decreto). As instituições de ensino disponibilizam desde tempo maior de prova e avaliação ampliada, até ledores e escrevedores, se for o caso. Outra situação que pode ser enfrentada pelos estabelecimentos de ensino no momento da realização da prova do vestibular é a presença de alunas, adeptas da religião muçulmana, usando véu. Neste caso fica a dúvida se o direito à liberdade religiosa deve preponderar sobre o dever do estabelecimento de ensino de zelar pela segurança, transparência e garantia da isonomia no certame, posto o véu poder ser utilizado como um instrumento para obter vantagens (informações) no decorrer da avaliação (vulgarmente conhecida como ‘cola’).

Ainda no momento do ingresso, considera-se outra característica peculiar de alguns alunos, as altas habilidades e/ou superdotação¹⁵⁷. Concernente a esse assunto, a despeito de a Lei de Diretrizes e Bases da Educação prever como requisitos fundamentais ao ingresso no ensino superior a aprovação em processo seletivo e a necessidade de conclusão do ensino médio¹⁵⁸, convém ponderar que o Poder Judiciário, quando da análise de pedidos de matrícula no ensino superior sem a conclusão do ensino médio, entende impossível a matrícula, exceto em casos

¹⁵⁷ Conceito de altas habilidades/ superdotação para o Conselho Nacional de Educação (Resolução CNE/CEB nº 2, de 11 de setembro de 2001): “Art. 5º Consideram-se educandos com necessidades educacionais especiais os que durante o processo educacional apresentarem: (..)III – altas habilidades/superdotação, grande facilidade de aprendizagem que os leve a dominar rapidamente conceitos, procedimentos e atitudes. (..)

Art. 8º As escolas da rede regular de ensino devem prever e prover na organização de suas classes comuns: (..) IX – atividades que favoreçam, ao aluno que apresente altas habilidades/superdotação, o aprofundamento e enriquecimento de aspectos curriculares, mediante desafios suplementares nas classes comuns, em sala de recursos ou em outros espaços definidos pelos sistemas de ensino, inclusive para conclusão, em menor tempo, da série ou etapa escolar, nos termos do Artigo 24, V, “c”, da Lei 9.394/96. (..)”

¹⁵⁸ A conclusão do ensino médio deve ser comprovada. Sobre o assunto, pode-se refletir “em que medida a negativa de matrícula, por ausência de documento indispensável (art. 44 inciso II, da LDB), atenta ou não contra o princípio da igualdade de acesso? Esta questão é frequente, já que as Universidades não exigem no vestibular, o documento que comprova a conclusão do ensino médio. Mesmo sendo constatada a capacidade do aluno, aprovado no processo de seleção, este não terá direito à matrícula pois a legislação é infraconstitucional, que regulamenta o direito de acesso ao terceiro grau, é clara quanto à exigência de conclusão do ensino médio ou equivalente. Tratar o aluno de forma diversa é dar-lhe flagrante privilégio, o que fere o princípio da igualdade de acesso. Poderá ele garantir sua vaga até futura apresentação de certidão que comprove a conclusão do ensino médio? A resposta é também negativa, uma vez que a apresentação dos documentos será limitada a um prazo e a não apresentação deste dá, automaticamente direito de matrícula ao outro candidato”. MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação...*, p. 174.

excepcionais. Todavia, com base no artigo 44, inciso II, da LDB, é possível inferir que nem mesmo os superdotados teriam direito ao ingresso sem conclusão, pois a mesma legislação, no artigo 59, inciso II¹⁵⁹, estabelece a possibilidade de "aceleração para concluir, em menor tempo, o programa escolar para os superdotados". Portanto, deduz-se que inclusive os alunos com maiores habilidades teriam que concluir o ensino médio, mesmo que de forma mais acelerada, para ingressar no ensino superior, de modo a preencher o requisito legal previsto no artigo 44.

No sentido da inclusão dos deficientes (e por extensão, dos superdotados, no que couber) registra-se também uma evolução tanto da legislação específica como das disposições referentes à Educação Especial na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (a LDB - Lei nº 9.394/1996) e no Plano Nacional de Educação (Lei nº 10.172/2001). Em síntese, são muitos os dispositivos legais de amparo à categoria, em geral e no tocante à área da educação¹⁶⁰. Especificamente quanto ao

¹⁵⁹ Observe-se que a LDB prevê, no artigo 59, inciso II: “Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com necessidades especiais: (...) II - terminalidade específica para aqueles que não puderem atingir o nível exigido para a conclusão do ensino fundamental, em virtude de suas deficiências, e *aceleração para concluir em menor tempo o programa escolar para os superdotados;*”

¹⁶⁰ Os principais são citados a seguir:

- Lei nº 7.853/89. Dispõe sobre o apoio às pessoas com deficiências, sua integração social, assegurando o pleno exercício de seus direitos individuais e sociais.
- Decreto nº 1.744/95 - Regulamenta o benefício de prestação continuada devido à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, de que trata a Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e dá outras providências.
- Lei nº 9.394/96. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.
- Decreto nº 3.298/99. Regulamenta a Lei no. 7.853/89, que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção e dá outras providências.
- Portaria MEC nº 1.679/99. Dispõe sobre os requisitos de acessibilidade a pessoas portadoras de deficiências para instruir processos de autorização e de reconhecimento de cursos (superiores) e de credenciamento de instituições (de ensino superior).
- Lei nº 10.048/00. Dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e dá outras providências.
- Lei nº 10.098/00. Estabelece normas gerais e critérios básicos para promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida e dá outras providências.
- Lei nº 11.129/05. Institui o Programa Nacional de Inclusão de Jovens - ProJovem; cria o Conselho Nacional da Juventude CNJ e a Secretaria Nacional de Juventude; altera as leis nos 10.683, de 28 de maio de 2003, e 10.429, de 24 de abril de 2002; e dá outras providências.
- Decreto nº 5.773/06. Dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e seqüenciais no sistema federal de ensino.
- Decreto no 6.253/07. Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, regulamenta a Lei no 11.494, de 20 de junho de 2007, e dá outras providências.
- Decreto nº 6.571/08. Dispõe sobre o atendimento educacional especializado, regulamenta o parágrafo único do art. 60 da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e acrescenta dispositivo ao Decreto no 6.253, de 13 de novembro de 2007.

ensino superior, convém citar a Resolução 02/81¹⁶¹, do Conselho Federal de Educação, a qual autoriza a concessão de dilatação de prazo de conclusão do curso de graduação¹⁶² aos alunos portadores de deficiência física, afecções congênitas ou adquiridas.

Após o ingresso do estudante, as instituições de ensino superior também se deparam com situações em que é preciso refletir sobre os interesses em jogo e buscar a melhor solução, a fim de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No âmbito do ensino superior privado, quanto às questões raciais, não se vislumbra a aplicação do “sistema de cotas”¹⁶³, o qual foi recentemente declarado constitucional. Todavia, partindo-se da premissa de que as normas internas que regem a vida acadêmica são inerentes à autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial conferida às universidades pela Constituição Federal (artigo 207-CF), a reserva de vagas para os alunos provenientes do ensino

¹⁶¹ RESOLUÇÃO Nº 2, de 24 de Fevereiro de 1981. CONSELHO FEDERAL DE EDUCAÇÃO. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/res2.pdf>. Acesso em: 17.08.2012.

¹⁶² A respeito do prazo para conclusão da graduação, não se pode deixar de mencionar que o intitulado “jubramento”, entendido como o desligamento ou afastamento de aluno de Instituição de Ensino (IES) por ter ultrapassado o prazo máximo permitido para a conclusão do curso, foi introduzido no direito brasileiro por meio da Lei n.º 5.789/1972, que dava nova redação ao artigo 6º do Decreto-lei n.º 464/1969, que estabelece normas complementares à Lei nº 5.540, de 28 de novembro de 1968, e dá outras providências. A Lei n.º 9.394/1996 (LDB), em seu artigo 92, revogou expressamente a Lei n.º 5.540/1968 e também as demais leis e decretos-lei que a modificaram (entre os quais a Lei e o Decreto-lei acima referidos) e quaisquer outras disposições em contrário. Nesse sentido, no plano das normas gerais do Direito Educacional brasileiro, não há mais qualquer base legal para desligar estudantes, no âmbito da educação superior, tendo por base o argumento de que ultrapassaram o prazo máximo para a conclusão dos cursos aos quais estariam vinculados, porém permanece a autonomia das instituições de ensino para estabelecer esses prazos. A legislação que trazia essa obrigatoriedade de desligamento, como dito anteriormente, foi revogada pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Destaque-se também o Parecer CNE /CES n.º 184/2006, na proposta de Resolução que o integra, institui as cargas horárias mínimas para os cursos de graduação, bacharelados, na modalidade presencial. Todavia, não fixa prazos, nem mínimos e nem máximos, para a duração desses mesmos cursos.

¹⁶³ Vulgarmente denominada de ‘lei de cotas’. Importante frisar que até 2012 não havia uma lei formal autorizando ou determinando a criação da ação afirmativa de reserva de cotas, o que se deu com a publicação da Lei n. 12.711/2012, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio. A disponibilização de vagas para estratos sociais específicos foi, inclusive, objeto de análise do STF no Recurso Extraordinário (RE) 597285, oportunidade em que o ministro Lewandowski observou que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/96) deixou para as universidades o estabelecimento dos critérios que devem ser utilizados na seleção dos estudantes, tendo em vista a repercussão desses critérios sobre o ensino médio. O ministro destacou que a lei tem amparo no artigo 207 da Constituição Federal que garante às universidades autonomia didático-científica. Para ele, cada universidade procura “atender as metas estabelecidas na Constituição no que diz respeito ao atingimento de uma sociedade mais justa, mais fraterna e mais solidária”. STF – RE 597285 – Rel. Ministro Ricardo Lewandowski – DJ 09/10/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 18.ago.2012.

público e/ou para candidatos autodeclarados negros, que tenham cursado integralmente o ensino fundamental e médio em instituições públicas de ensino não seria ilegítima, pois o estabelecimento de ensino estaria apenas fazendo uso de tal autonomia. A concessão de vagas pelo 'sistema de cotas', assim, é uma opção das instituições de ensino (privadas ou não), não havendo imposição legal nesse sentido. A política de cotas é uma iniciativa de cunho institucional incentivada pelo Governo Federal, de modo que as universidades possuem autonomia para a definição de suas políticas afirmativas, inclusive em relação à adoção de sistemas de cotas¹⁶⁴.

Superadas as questões que versam sobre preconceito de raça, convém mencionar, de forma breve - haja vista que adentrar profundamente neste tema demandaria outro trabalho -, situações que as instituições de ensino vivenciam relativas à sexualidade, envolvendo o direito à liberdade sexual e à igualdade de acesso e permanência na escola. Dois são os casos que merecem destaque: (i) a utilização do nome social (e não civil) por travestis e transexuais no âmbito da universidade (notadamente no diário de classe), bem como a possibilidade de emissão de documentos com o nome social (como o diploma); e (ii) a permissão para que travestis usem o banheiro do sexo oposto¹⁶⁵ ou a existência de um banheiro específico.

Com base no texto constitucional, sobretudo nos artigos 3º, IV e 206, I, que tratam, respectivamente, dos objetivos da República Federativa do Brasil e das políticas, a serem adotadas pelo Estado, para promoção do acesso e permanência dos alunos na escola, algumas instituições de ensino superior já decidiram incluir o nome social de estudantes nos registros escolares internos¹⁶⁶. A importância dessa

¹⁶⁴ No caso *Regents of the University v. Bakke*, 438 U.S. 262 (1978) a Corte americana teve a oportunidade de examinar a constitucionalidade de um plano de ação afirmativa e do uso do fator racial para a seleção de alunos, reconhecendo, inclusive, que o fator raça pode ser sim considerado um elemento favorável no processo de admissão de alunos em estabelecimento do ensino superior. RODRIGUES, Eder Bomfim. *Igualdade e Ações Afirmativas nos Estados Unidos e no Brasil*. In: Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. NOVELINO, Marcelo. (Org.). Op. Cit., p. 216.

¹⁶⁵ Sobre o assunto, ver: <http://direito.folha.uol.com.br/1/post/2012/01/laerte-e-os-banheiros.html>. Acesso em: 18.08.2012.

¹⁶⁶ "Note-se que somente será possível identificar a pessoa pelo seu nome social quando o documento a ser expedido for exclusivamente de uso interno da Universidade, por exemplo, a lista de chamada. Em todos os demais documentos que implicarem em relação externa à Universidade, por exemplo, Certificados, Diploma, Bolsas que impliquem abertura de conta corrente em Banco etc., a

medida é explicitada pela Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade do Ministério da Educação no Parecer Técnico nº. 141, de 27 de novembro de 2009, emitido com o intuito de responder à solicitação da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Travestis e Transexuais- ABGLT ao Conselho Nacional de Educação – CNE de manifestação favorável à medida de adoção do nome social em registros escolares:

A medida (inclusão do nome social nos registros escolares) visa evitar constrangimentos como, por exemplo, chamar por um nome masculino uma pessoa que tem aparência feminina, além de coibir a evasão escolar, muito freqüente entre travestis e transexuais. "Eles deixam o estudo não porque não querem, mas porque as escolas se fecharam", avalia Keila Simpson, presidente da Articulação Nacional dos Travestis e Transexuais e Transgêneros (Antra). Segundo dados da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT), a evasão escolar entre travestis e transexuais no Brasil chega a 73%¹⁶⁷.

Por sua vez, o Ministério Público do Estado do Paraná, respondendo a consulta do Conselho Estadual de Educação sobre a legalidade da adoção do nome social de Travestis e Transexuais em documentos escolares, concluiu, no Parecer do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Proteção à Educação (CAOPEduc) nº. 04, de 18 de junho de 2009, que:

(...) diante da urgência em instituírem-se políticas consubstanciadas em práticas que conduzam à minimização e, quiçá, à erradicação do preconceito, assegurando-se às pessoas dignidade em suas relações sociais, aqui especialmente consideradas as relações escolares, com o objetivo transversal no combate à evasão provocada pela exclusão, garantindo a permanência com sucesso no sistema educacional é recomendável a inclusão do nome social adotado em razão da orientação sexual e identidade de gênero pelos cidadãos com 18 anos completos nos registros estritamente internos das escolas¹⁶⁸.

Diferente conduta – de autorizar a utilização do nome social - não se poderia esperar do Poder Público, sobretudo em razão da importância do nome designativo para a individualização do sujeito no contexto social. Por outro lado, o Estado não

identificação a ser utilizada deve ser o nome civil". MALISKA, Marcos Augusto. *Educação Universitária...* In SILVEIRA, Vladimir Oliveira da (Org.). op. Cit., p. 353.

¹⁶⁷ BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. Parecer 141/09. Relator: Rodrigo de Oliveira Junior. 27 nov. 2009. Disponível em: <http://www.abglt.org.br/docs/MEC%20SECAD%20Parecer%20141%202009.pdf>. Acesso em: 01.02.2013.

¹⁶⁸ BRASIL. Ministério Público do Paraná. Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Proteção à Educação. Parecer 04/2009. Relator: Hirmínia Dorigan de Matos Diniz. 21 set. 2009. Disponível em: http://www.nre.seed.pr.gov.br/paranavai/arquivos/File/Equipe%20de%20ensino/ParecerCAOPEduc_nome_social.pdf. Acesso em: 01.02.2013.

pode desconsiderar a pertinência do nome para o direito público, notadamente relacionado a questões de segurança e estabilidade das relações jurídicas¹⁶⁹.

Assim sendo, no tocante à possibilidade de emissão de documentos, ainda não é possível, exceto após a autorização judicial para mudança do registro público, o que tem sido permitido pelo Poder Judiciário. A propósito, cite-se, a título ilustrativo, trecho de decisão do Superior Tribunal de Justiça que autorizou, com respaldo em princípios constitucionais, a alteração do registro civil no tocante ao nome e ao sexo de um transexual que foi submetido à cirurgia de redesignação sexual:

- Deve, pois, ser facilitada a alteração do estado sexual, de quem já enfrentou tantas dificuldades ao longo da vida, vencendo-se a barreira do preconceito e da intolerância. O Direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida, notadamente no que concerne à identidade sexual, cuja realização afeta o mais íntimo aspecto da vida privada da pessoa. E a alteração do designativo de sexo, no registro civil, bem como do prenome do operado, é tão importante quanto a adequação cirúrgica, porquanto é desta um desdobramento, uma decorrência lógica que o Direito deve assegurar.

- Assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolida, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alcançando sua autonomia privada em patamar de igualdade para com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna.

- De posicionamentos herméticos, no sentido de não se tolerar “imperfeições” como a esterilidade ou uma genitália que não se conforma exatamente com os referenciais científicos, e, conseqüentemente, negar a pretensão do transexual de ter alterado o designativo de sexo e nome, subjaz o perigo de estímulo a uma nova prática de eugenia social, objeto de combate da Bioética, que deve ser igualmente combatida pelo Direito, não se olvidando os horrores provocados pelo holocausto no século passado. Recurso especial provido.¹⁷⁰

¹⁶⁹ Não se pode desconsiderar o fato de “que a escolha do nome traz pertinência tanto ao direito público como ao privado. Se, pelo lado do direito público, o Estado encontra no nome um feito importante para a segurança e estabilidade das relações jurídicas com a possibilidade de identificação das pessoas; já pelo lado do direito privado o fator nome é primordial para o exercício espontâneo de direito e obrigações. Assim sendo, pode-se dizer que o nome designativo do ser humano é importantíssimo para a sua individualização na sociedade, fazendo parte da sua personalidade jurídica e indicando sua procedência familiar”. SPÍDOLA, Fernanda Duarte; TAUIL, Ivo Marcos de Oliveira. *O nome como direito personalíssimo e uma expressão do princípio constitucional da dignidade humana*. In: Direitos fundamentais e cidadania. FACHIN, Zulmar. (Coord.); Acilino Rodrigues Carvalho... [et al]. São Paulo: Método, 2008. p. 72.

¹⁷⁰ STJ - RESP 1008398/SP - Rel. Ministro Nancy Andrighi - DJ 18/11/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 12 dez.2012.

Não entender juridicamente possível o pedido de mudança de registro civil significa, em outras palavras, postergar o exercício do direito à identidade pessoal e subtrair do indivíduo a prerrogativa de adequar o registro do sexo à sua nova condição física, impedindo, assim, a sua integração na sociedade¹⁷¹. Nessa conjuntura e sob o prisma constitucional, é preciso refletir sobre o direito à permanência dos estudantes travestis e transexuais no ensino superior por meio da construção de um ambiente que acolha a identidade desta população e valorize a diversidade enquanto estratégia fundamental de combate às diversas formas de preconceito e discriminação.

No que atine à disponibilização de um banheiro específico para os travestis nas instituições escolares há opiniões controvertidas, pois essa medida pode, para alguns, não representar um passo adiante na consolidação dos direitos de cidadania das minorias¹⁷² sexuais, mas, sim, refletir uma visão equivocada e discriminatória da diversidade sexual. Desse modo, para fins de evitar maiores constrangimentos, se alguém biologicamente do sexo masculino adotar uma identidade feminina, talvez o mais apropriado seja incluí-lo no grupo das meninas e autorizar a utilização do banheiro feminino¹⁷³.

As diferenças, porém, não se restringem a questões relacionadas à raça e sexo no âmbito do ensino superior privado. Há desigualdade também econômico-financeira, o que as instituições, da mesma forma, buscam dirimir. Para isso, aderem a programas sociais (como o Programa Universidade para Todos), disponibilizam

¹⁷¹ “O homem, ser social, constrói a sua interação homem-mundo e a sua identidade por meio de um processo educativo que, ao longo do tempo, se realiza em ambiente estruturado e formal: a escola, instituição em constante crise”. BARUFFI, Helder. A Educação como direito fundamental: um princípio a ser realizado. In FACHIN, Zulmar (Coord.). *Direito Fundamentais e Cidadania*. São Paulo: Método, 2008. p. 84.

¹⁷² Convém ressaltar que o termo “minorias” não reflete sempre o oposto a maiorias *numéricas*. Cite-se, por exemplo, a África do Sul no tempo do *apartheid*, situação em que os negros eram o estrato social menos representativo, a despeito de sua maioria numérica. Desta forma, o critério numérico pode ser insuficiente para determinar o conceito de minoria, “sendo a exclusão social e a falta de participação nas decisões políticas o melhor critério de definição”. LOPES, Ana Maria D`Avila. A participação política das minorias no Estado democrático de direito brasileiro. In: LIMA, Martonio Mont' Alverne; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Org.). *Democracia, Direito e Política: Estudos Internacionais em Homenagem a Friedrich Muller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 89.

¹⁷³ Tem-se notícia de uma escola na Tailândia que criou um banheiro para transexuais, pois os meninos que se comportavam como meninas se sentiam constrangidos em utilizar o banheiro feminino, do mesmo modo que as meninas se sentiam desconfortáveis com os ‘meninos’ dentro do mictório feminino. Disponível em: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/asia-pacific/7529227.stm>. Acesso em: 18.08.2012.

crédito educacional (seja por linhas de crédito das próprias instituições ou pelo Fundo de Financiamento Estudantil - FIES¹⁷⁴), bem como realizam vestibular social para a concessão de bolsas a famílias com menor poder aquisitivo. Portanto, para concretização do direito à educação; para garantir a igualdade de acesso e, sobretudo, de permanência; e visando à liberdade do indivíduo, vislumbra-se a cooperação entre o Estado e a Sociedade, representada, neste caso, pelas instituições privadas de ensino superior.

Ainda sobre a igualdade de tratamento no âmbito dos estabelecimentos de ensino superior, importante mencionar os pedidos de tratamentos diferenciados feitos por alunos disléxicos, notadamente para realizar provas com auxílio. A legislação brasileira, especificamente sobre assunto, não garante o direito de fazer prova oral, ter um tempo maior para realização de provas ou de que ele não possa ser reprovado. A LDB prevê o atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino (artigo 4º, inciso III, LDB). Enquanto, a Constituição da República, em seu artigo 208, dispõe, de forma similar, o dever de Estado garantir atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino. Percebe-se, portanto, não existir imposição legal para a dispensa de tratamento diferenciado para os alunos disléxicos. Todavia, caso o estudante se enquadre em uma das categorias de pessoa com deficiência, consoante Decreto nº 3.289/99 (que regulamenta a Lei nº 7853/89, a qual dispõe sobre a Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência e consolida as normas de proteção), o aluno, sob o aspecto *eminente legal*, teria direito à “prova adaptada” e “apoio necessário”, inclusive tempo adicional para a realização das avaliações, mediante pedido prévio (artigo 27, do referido Decreto). Entretanto, a ausência de dispositivo legal expresso não impede que, em determinadas situações, possibilite tratamentos diferenciados a fim de dar maior eficácia de direitos fundamentais, como o direito à permanência no ambiente educacional.

¹⁷⁴ “O Fundo de Financiamento Estudantil(Fies) é um programa do Ministério da Educação destinado a financiar a graduação na educação superior de estudantes matriculados em instituições não gratuitas. Podem recorrer ao financiamento os estudantes matriculados em cursos superiores que tenham avaliação positiva nos processos conduzidos pelo Ministério da Educação”. Disponível em: <http://sisfiesportal.mec.gov.br/fies.html>. Acesso em: 17.08.2012.

A educação se mostra, portanto, como um direito complexo, por ser “objeto de várias pretensões de direitos: dos alunos (branco, negro, mestiços e amarelos; dos pobres e dos ricos, de todas as minorias), dos pais, dos governos, das religiões, dos educandos”¹⁷⁵, sendo necessário, portanto, que as instituições privadas de ensino superior busquem garantir a maior eficácia a todas essas pretensões, as quais podem, algumas vezes, ser divergentes.

Os estabelecimentos de ensino não se restringem a buscar a concretização do direito à igualdade de acesso, tratamento e permanência no âmbito escolar, mas, também, o direito à liberdade, em suas diversas facetas¹⁷⁶. Porém, quando o assunto é liberdade de crença, isso nem sempre é possível, haja vista a eventual prevalência de outros direitos fundamentais. O exemplo clássico é do estudante adepto da Igreja Adventista do Sétimo Dia, cuja doutrina veda o trabalho secular no sábado dito “natural” (vai do pôr-do-sol da sexta-feira ao pôr-do-sol do sábado imediatamente seguinte), que requer o abono de faltas das aulas ministradas na sexta-feira à noite e no sábado pela manhã.

A despeito do prejuízo pedagógico, decorrente do fato de eventualmente o aluno adventista não assistir a essas disciplinas, importante mencionar que o abono de faltas, legalmente, só é admitido em três situações, a saber:

- alunos reservistas: “Todo convocado matriculado em Órgão de Formação de Reserva que seja obrigado a faltar a suas atividades civis, por força de exercício ou manobras, ou reservista que seja chamado, para fins de exercício de apresentação das reservas ou cerimônia cívica, do Dia do Reservista, terá suas faltas abonadas para todos os efeitos”, consoante Decreto-lei nº 715, de 30.07.69”;

- aluno com representação na CONAES (Comissão Nacional de Avaliação da Educação Superior): Lei nº 10.861, de 2004, que institui o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – Sinaes, art. 7º, § 5º: “As instituições de educação superior deverão abonar as faltas do estudante que, (...), tenha participado de reuniões da CONAES em horário coincidente com as atividades acadêmicas”;

- estudante que integra representação desportiva nacional: “Art. 85. Os sistemas de ensino da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como as instituições de ensino superior, definirão normas específicas para verificação do rendimento e o controle de frequência dos estudantes que integram representação desportiva nacional, de forma a

¹⁷⁵ BARUFFI, Helder. Op. Cit. In FACHIN, Zulmar (Coord.). Op. Cit., p. 85.

¹⁷⁶ “A pluralidade de idéias e de concepções pedagógicas está compreendida na liberdade de ensinar e divulgar o pensamento. O tratamento a parte, dado pela Constituição, não possui o objetivo de tratá-la de outra forma, mas de realçar seu comprometimento com o pluralismo, tão duramente combatido na recente História nacional”. MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2001. p. 179.

harmonizar a atividade desportiva com os interesses relacionados ao aproveitamento e à promoção escolar.” (Lei Ordinária nº 9.615/98).

A Lei de Diretrizes e Bases, a respeito da necessidade de frequência dos estudante, dispõe em seu artigo 47, § 3º, *litteris*: “É obrigatória a frequência de alunos e professores, salvo nos programas de educação a distância”. Assim, do ponto de vista estritamente legal, não seria possível atender ao pedido de um acadêmico adepto da religião adventista. De qualquer sorte, desconsiderando a ausência de previsão legal, poder-se-ia falar (e são esses os argumentos comumente apresentados ao Poder Judiciário) em violação ao direito à liberdade de crença e ao direito à educação. No entanto, o Conselho Nacional de Educação, bem como o Poder Judiciário não vislumbram a questão sob esse viés – de afronta à liberdade de crença -, mas, sim, uma ofensa ao direito de igual acesso e permanência no ensino superior.

O parecer CNE/CES 224/2006 do Ministério da Educação expôs a inexistência de amparo legal, logo, não haveria obrigação legal para o abono de faltas por motivo de convicções religiosas. O parecer CNE/CES 336/2000 tratou da possibilidade de criação de uma turma especial para alunos adeptos da religião adventista. O voto da relatora, atinente ao assunto, restou assim consignado: “a iniciativa de compor turmas específicas destinadas a alunos adventistas representaria uma espécie de reserva de vagas, o que fere o princípio da igualdade de condições de acesso e permanência na escola, consagrado no artigo 206, da Constituição”¹⁷⁷.

Para Marcos Maliska, a questão da prevalência da liberdade religiosa seria uma questão de opção, ou seja, deve-se analisar se o estudante optou por estudar no período noturno ou se o curso que pretendia frequentar estava sendo ofertado unicamente nesse período. No primeiro cenário, o direito à liberdade religiosa não poderia prevalecer; no segundo, ao contrário, deveria preponderar a liberdade religiosa em detrimento da isonomia de acesso e permanência na escola. De certa forma, pondera o autor, “na segunda hipótese, fazendo parte a liberdade religiosa da

¹⁷⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. Parecer 336/00. Relator: Eunice R. Durham. 16 jun. 2000. Processo n. 23000.000798/2000-01, p. 2, 2000.

personalidade da pessoa, a isonomia de acesso na escola importa na consideração da diferença, ou seja, importa considerar a opção de crença e respeitá-la”¹⁷⁸.

Quanto à interpretação da questão pelo Poder Judiciário, convém citar precedente bastante interessante, resultado do julgamento da Apelação no. 717.574-5, originária da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, conduzido pela relatoria do Desembargador Edson Ferreira, o qual avaliou o pedido, aviado em mandado de segurança, para que o impetrante pudesse realizar provas de um determinado curso superior em dias não coincidentes com aqueles de guarda religiosa, bem como para que pudesse apresentar trabalhos alternativos em substituição à presença em aula. Nesta oportunidade, asseverou o Relator, acompanhado à unanimidade, “que a liberdade de crença e religião, assegurada pela Constituição, impõe obrigação negativa, universal de respeito aos locais de culto e suas liturgias, mas não permite impor obrigação positiva de adequação a preceitos religiosos alheios”. Além disso, a imposição legal de tratamento diferenciado aos alunos que seguem uma ou outra seita religiosa, na visão dos julgadores, infringiria a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial resguardada às universidades, conforme dispõe o artigo 207 do texto constitucional, motivo pelo qual denegou a segurança pretendida pelo então impetrante.

Desse modo, em situações de alunos que pleiteiam o abono de faltas por convicções religiosas, percebe-se que o tratamento igualitário e a autonomia da universidade prevalecem em detrimento da liberdade de crença dos estudantes, sobretudo quando o aluno tiver opção de escolher onde e em que horário pretende estudar¹⁷⁹. Assim, tem-se a máxima efetividade do direito ao tratamento isonômico e à igualdade de permanência nos estabelecimentos de ensino e, de certa forma, a não imposição de nenhuma convicção – indispensável, sobretudo, em um Estado laico¹⁸⁰.

¹⁷⁸ MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação...*, p. 98.

¹⁷⁹ “Situação diferente ocorre quando ao aluno não é dada opção, em que a negativa reveste-se de verdadeira violação do direito de liberdade religiosa”. *Ibidem*, p. 99.

¹⁸⁰ “A educação deve ser obrigatória a fim de lutar contra a ignorância, (...) e laica a fim de não impor nenhuma convicção”. ISRAEL, Jean Jacques. *Op. Cit.*, p.519.

Das facetas da liberdade no âmbito do ensino superior privado, além da liberdade de crença, manifesta-se, também, de forma bastante significativa, a liberdade “acadêmica”¹⁸¹ ou “de instrução”¹⁸²:

A garantia da maior efetividade deste direito decorre da autonomia didático-científica as universidades (art. 207-CF), de modo que “resta claro que as Universidades possuem autonomia para elaborarem (*sic*) os programas dos seus cursos como acharem adequado à formação profissional e acadêmica dos alunos”. Desse modo, “salvo ilegitimidade constatável no seu exercício, aquele poder normativo emprestado às instituições universitárias deve ser acolhido”¹⁸³.

Esta modalidade de liberdade (acadêmica) pode apresentar limites de caráter ordinário, decorrentes “do conflito entre direitos ou entre um direito e um bem juridicamente protegido pela Constituição”¹⁸⁴, bem como limites decorrentes do ambiente social, no sentido de que “deve ter em vista os desafios de cada sociedade e a necessidade de que o enfrentamento e a superação deles depende em grande medida de uma adequada prática pedagógica”¹⁸⁵.

A liberdade de ensinar se expressa de forma bastante clara na elaboração dos currículos das instituições de ensino superior, impedindo, de certo modo, que “o Estado imprima diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas”¹⁸⁶.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional nº. 4.024/61, em seu art. 9º, posteriormente também a Lei de Reforma Universitária 5.540/68, no art. 26, estabeleciam que ao então Conselho Federal de Educação (hoje Conselho Nacional de Educação) incumbia a fixação dos currículos mínimos dos cursos de graduação, válidos para todo o País, os quais foram concebidos com diversos objetivos, dos quais destacam-se: (a) facilitar as transferências entre instituições, sem causar

¹⁸¹ DWORKIN, Ronald. Op. Cit., p. 397.

¹⁸² ISRAEL, Jean Jacques. Op. Cit., p. 506.

¹⁸³ TRF4, AC 5013992-14.2012.404.7100, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, D.E. 01/08/2012.

¹⁸⁴ MALISKA, Marcos Augusto. *Educação, Constituição...* In SOUZA NETO (Org.), Op. Cit., p. 798. Por exemplo, “levante-se a hipótese de professora do ensino fundamental que utiliza um método de alfabetização não apropriado para as crianças. Está ela utilizando-se da liberdade de ensinar, ou seja, liberdade de transmitir o conhecimento que, na hipótese, reveste-se de um método de alfabetização. Por certo, ela terá o seu direito de liberdade limitado pelas disposições acerca da proteção da criança”. MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação...*, p. 178.

¹⁸⁵ MALISKA, Marcos Augusto. *Educação, Constituição...* In SOUZA NETO (Org.). Op. Cit., p. 799.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 798.

demora na integralização do curso no estabelecimento de destino ou a perda do tempo dedicado ao estudo na universidade de origem; (b) assegurar uniformidade mínima profissionalizante a todos quantos colassem grau profissional; (c) observar normas gerais válidas para o País, de tal maneira que ao estudante se assegurasse, como “igualdade de oportunidades”, o mesmo estudo, com conteúdos similares e até com idêntica duração e denominação, em qualquer instituição.

Entretanto, o modelo de currículos mínimos, por seu elevado detalhamento de disciplinas e cargas horárias a serem obrigatoriamente cumpridas, sob pena de não ser reconhecido o curso, ou de até não ser autorizado, inibia as instituições de inovar projetos pedagógicos. Com efeito, não mais permitiam o alcance da qualidade desejada, visto ficarem descontextualizados no espaço (no sentido de estudos relacionados à localização da instituição) e no tempo (eis que os estabelecimentos de ensino ficavam receosos em implantar mudanças, atualizações necessárias em decorrência das alterações sociais no tempo). Em outras palavras, o modelo de currículos mínimos, dificultava a inovação e a diversificação na preparação ou formação do profissional apto para a adaptabilidade, estagnando o conhecimento.

Em contraposição ao modelo anterior, foram estabelecidos princípios para o estabelecimento das Diretrizes Curriculares Nacionais, como, por exemplo: (i) assegurar às instituições de ensino superior ampla liberdade na distribuição da carga horária, assim como na especificação das unidades de estudos a serem ministradas; (ii) incentivar uma sólida formação geral (menos específica), necessária para que o futuro graduado possa vir a superar os desafios de renovadas condições de exercício profissional e de produção do conhecimento, permitindo variados tipos de formação e habilitações diferenciadas em um mesmo programa. Para isso, seria necessário, também, estimular práticas de estudos independentes, visando a uma progressiva autonomia profissional e intelectual do aluno, afastando-se da ideia de formações acadêmicas iguais¹⁸⁷ que, na prática, não garantia igualdade de oportunidades. Essa deve ser compreendida tanto como “a oportunidade para desenvolver suas capacidades por meio da educação formal como a possibilidade

¹⁸⁷ “O reconhecimento da liberdade de ensino resulta na consagração do pluralismo escolar. Pelo fato de o Estado reconhecer a várias escolas o direito de ensinar e de instruir (...)”. ISRAEL, Jean Jacques. Op. Cit., p.514.

de usufruir dessas capacidades”¹⁸⁸. Nesse aspecto, a igualdade somente pode ser alcançada se a sociedade assim desejar e “não apenas o governo estiver disposto a persegui-la”¹⁸⁹.

Esse novo método tem, portanto, o objetivo de garantir maior diversidade de carreira, privilegiando “as competências intelectuais que reflitam a heterogeneidade das demandas sociais”¹⁹⁰, bem como atendendo às necessidades diferenciais de cada segmento e às peculiaridades das regiões nas quais se inserem¹⁹¹. E, ainda, ensejou a liberdade de as instituições elaborarem seus projetos pedagógicos, conferindo-lhes uma maior autonomia¹⁹² para contribuir.

Infere-se, nessa quadratura, maior efetividade da liberdade acadêmica (pedagógica) no âmbito do ensino superior privado, com menor intervenção do Estado na formação dos currículos das instituições de ensino privado, de certo modo a impedir que “o Estado imprima diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas”¹⁹³. Por via reflexa, aumenta a autonomia do aluno, logo, há, ainda, a concretização de seu direito à liberdade e, de certo modo, à igualdade, posto que um currículo não padronizado (igual para todas as instituições) poderá atender ao pluralismo escolar e às diferenças necessidades da sociedade.

A Carta Magna, com indiscutíveis avanços, prescreveu, em seu artigo 22, inciso XXIV, que compete à União legislar sobre “diretrizes e bases da educação nacional”. Assim o fez, ao editar, em 20 de dezembro de 1996, a nova LDB (Lei nº 9.394/96), contemplando que as instituições de ensino superior assumirão a ousadia da criatividade na elaboração de seus currículos escolares. Nesta flexibilização (inovadora se comparada com a LDB anterior), a atual LDB marcou a autonomia das instituições e dos sistemas de ensino. Com isso, houve uma ação conjugada e

¹⁸⁸ MALISKA, Marcos Augusto. *Educação Universitária...* In SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. (Org.). Op. Cit., p. 349.

¹⁸⁹ MALISKA, Marcos Augusto. *Educação, Constituição...* In SOUZA NETO (Org.). Op. Cit., p. 792.

¹⁹⁰ Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12986. Acesso em: 18.08.2012.

¹⁹¹ Pode-se dizer que seriam as “exigências do meio” mencionadas no artigo, 53, inciso IV, da atual LDB.

¹⁹² Tratando desde assunto, porém se referindo à França, Jean Jacques Israel afirma que “a liberdade de ensino pressupõe, primeiro, a admissão do princípio segundo o qual todo particular deve ser livre para ensinar o que ele quiser segundo os métodos que lhe convier”. No entanto, há uma condição: “de que esse ensino respeite a moral, a Constituição e as leis, o único controle exercido pelo Estado se refere, então, aos títulos requeridos pelo mestre, à qualificação moral dos candidatos e à segurança das dependências”, não inclui, portanto, entre as atribuições do Estado, a criação de currículos mínimos. ISRAEL, Jean Jacques. Op. Cit., p. 506).

¹⁹³ MALISKA, Marcos Augusto. *Educação, Constituição...* In SOUZA NETO (Org.). Op. Cit., p. 798.

cooperativa, entre o Poder Público e os estabelecimentos de ensino, fazendo com que o disposto no artigo 205 da Constituição Federal (“com a colaboração da sociedade”) e no artigo 211 (“em regime de colaboração”) se concretizasse e a educação se tornasse mais dinâmica e condizente com as demandas sociais em constante mutação, sem deixar de lado a eficácia dos direitos fundamentais à liberdade e à igualdade no âmbito das instituições particulares de ensino superior.

3. TRAÇOS GERAIS DO ENSINO SUPERIOR PRIVADO NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A investigação pretendida neste trabalho sobre *serviço educacional no âmbito privado* tem como ponto de partida a Constituição Federal de 1988. Com isso, intui-se averiguar a forma de atuação dos estabelecimentos particulares, perpassando pelo seu papel na concretização do direito à educação. Para tanto, em razão de a prestação de serviço educacional conter, de certa maneira, o raio de eficácia do direito fundamental à educação, faz-se necessário estudar as instituições privadas de ensino, os contornos do direito à educação no contexto privado e, por fim, o regime jurídico aplicável às relações entre os estabelecimentos de ensino e os estudantes.

3.1. Instituições de ensino superior privadas

Ao falar sobre o direito à educação não se pode furtar de reconhecer o papel indispensável dos agentes sociais na formação do indivíduo, sejam eles o Estado, a família ou a sociedade. No âmbito social, identificam-se duas perspectivas: a primeira, mais genérica, vinculada à sociedade como um ambiente de desenvolvimento dos indivíduos, e a segunda, atrelada à prestação do serviço educacional por instituições privadas. Permite-se destacar neste tópico, conquanto a importância dos demais atores sociais, o papel das instituições de ensino superior privadas¹⁹⁴, posto fazer parte do objeto precípua deste trabalho.

Inconcussa se apresenta a importância da educação e do serviço de ensino, seja para a sociedade, para o Estado ou para o próprio indivíduo. Contudo, não obstante se tratar de um serviço fundamental do Estado, a Constituição Federal, no artigo 206, inciso III, consignou como princípio basilar do ensino a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino, o qual ficou mais denso com a previsão contida no dispositivo 209, que proclama a liberdade de ensino à iniciativa, desde que cumpridas as normas gerais da educação nacional e a autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

¹⁹⁴ MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação...*, p. 158.

Tal abertura para atuação do setor privado em atividade essencial, no entanto, não afasta a responsabilidade primordial do Estado em concretizar o direito à educação¹⁹⁵, ao contrário, é uma forma de o ente público buscar sua máxima eficácia, ante o reconhecimento da impossibilidade de cumpri-lo integralmente¹⁹⁶. Porém, quando o legislador constituinte permitiu a prestação do serviço educacional pela iniciativa privada, condicionando-o, pode-se dizer que reconheceu também seu dever de regulamentação – ao mencionar a necessidade de cumprimento das normas gerais da educação –, assim como de fiscalização – visto vincular a abertura ao setor privado à autorização e à avaliação do Poder Público.

Desse modo, identifica-se que, para buscar a máxima eficácia do direito à educação no âmbito do ensino superior, o Estado possui diferentes frentes de atuação, voltadas à expansão da oferta do ensino e da sua democratização. Uma delas é a prestação do serviço pelo próprio ente estatal¹⁹⁷, por intermédio do aumento de vagas nos estabelecimentos oficiais (artigo 206 inciso IV da CF) ou de políticas afirmativas – meio de, corrigindo injustiças sociais, facilitar o acesso de camadas historicamente desprivilegiadas a níveis mais elevados de ensino¹⁹⁸. A segunda seria no âmbito privado, mas fomentado pelo ente estatal, ou seja, propondo programas de financiamento ou de renúncia de receita¹⁹⁹, como “política de cotas por critérios raciais e socioeconômicos e de programas como o FIES

¹⁹⁵ “Apesar de tratar-se de um dos serviços essenciais do Estado pode ser prestado também pela iniciativa privada, entretanto isto não afastará a responsabilidade primordial do Estado em efetivá-lo, sem a necessidade de mediação legal”. COSTA, Denise Souza. *Direito Fundamental à Educação, Democracia e Desenvolvimento Sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 68.

¹⁹⁶ “A verdade é que o legislador constituinte contou com uma realidade praticamente insofismável, a de que a oferta de ensino pelo Estado e seus organismos não conseguiria, ao menos em considerável lapso temporal, atender à grande demanda decorrente da tentativa de universalização da educação e do ensino. Fazia-se, como se faz, necessária a imensa contribuição a ser dada pela iniciativa privada”. ANDRADE, Cássio Cavalcante. *Direito educacional – interpretação do direito constitucional à educação*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 92.

¹⁹⁷ “Ora, uma escola pública, gratuita, obrigatória e radicalmente democrática precisa de um aparato estatal de igual maneira forte para que possa sustentá-la. Acontece que em face da dinâmica mundializada do capital, segundo a estrutura que apresenta, os Estados se mostram relativamente fracos.” SOUZA JUNIOR, Justino de. *Marx e a crítica da educação: da expansão liberal-democrática à crise regressivo-destrutiva do capital*. Aparecida, SP: Idéias & Comercial Letras, 2010. p. 189.

¹⁹⁸ A título ilustrativo, cite-se a intitulada “lei de cotas”, Lei n. 12.711/12, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências.

¹⁹⁹ Para Geraldo Ataliba, citado por Roque Antonio Carraza, o disposto no artigo 150, inciso VI, ‘c’, da CF tem por objetivo a colaboração das entidades particulares. Segundo ele, “quer a Constituição não só incentivar pessoas privadas a que criem instituições de educação e assistência suprimindo as deficiências da ação estatal, aperfeiçoando-a ou melhorando-a, como ainda visa a assegurar que essas entidades existam desembaraçadamente, inclusive quanto a encargos tributários”. CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 732.

(programa de Financiamento Estudantil), PROUNI (Programa Universidade para Todos)²⁰⁰. A terceira seria a efetivação por intermédio da atuação direta das instituições privadas de ensino, competindo ao Estado autorizar o exercício da atividade, normatizá-la e fiscalizá-la²⁰¹.

Muito embora a iniciativa privada possa explorar o serviço educacional, essa deve ocorrer de maneira supletiva, secundária e condicionada, ante a obrigação prioritária (e inafastável) de ofertá-lo ser do próprio Estado, somado aos requisitos dispostos no preceito constitucional 209²⁰². Noutra cariz, ainda que o ensino seja um dever e uma atividade típica do Estado, as entidades privadas podem também prestá-lo mediante a autorização e a avaliação do Poder Público e o atendimento das normas gerais de educação, sobretudo quando o Estado não dispõe de recursos suficientes para atender a toda a demanda²⁰³. Nesse contexto, as entidades privadas teriam a função²⁰⁴ de colaborar com o Estado²⁰⁵.

Para formalizar seu exercício, as instituições podem constituir pessoas jurídicas de direito privado, na forma de associações, sociedades, fundações, organizações religiosas, partidos políticos ou empresas individuais de

²⁰⁰ ANDRADE, Cássio Cavalcante. Op. Cit., p. 89/90.

²⁰¹ Para Jaime Pinsky, no Brasil as coisas acontecem ao contrário, vale dizer, “privatizamos a educação e saúde, privatizamos saneamento básico e segurança, privatizamos transporte, direitos ao lazer e até espaços públicos, e hesitamos em privatizar empresas que poderiam ser gerenciadas com mais eficiência pela iniciativa privada. Não entendo bem por que todo o povo deve pagar com os impostos, os salários, mordomias, clubes e aposentadorias especiais de funcionários de estatais, mesmo as raras que operam no azul. Por outro lado, temos a saúde agonizante, a educação falida, cidades inteiras sem esgotos e água tratada, espaços públicos incorporados por particulares e lazer quase inacessível à maioria da população”. PINSKY, Jaime. Op. Cit., p.117.

²⁰² “A obrigação prioritária de ofertá-lo é do próprio Estado, em que pese a Constituição Federal franquear a sua prestação também à iniciativa privada. Com efeito, o ensino público possui preferência constitucional. Em que pese a Magna Carta diga que a iniciativa privada pode explorá-lo, dita iniciativa é sempre supletiva, secundária e condicionada, como se observa de seus artigos 209 e 213”. SOUZA, Motauci Ciocchetti de. *Direito Educacional*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010. p. 13.

²⁰³ MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação...*, p. 189/190.

²⁰⁴ Jorge Miranda, citado por Marcos Augusto Maliska, aponta outro vértice da liberdade de ensino para a iniciativa privada, no sentido de a atuação do setor privado permitir a criação de escolas com programas educacionais distintos das escolas do Estado. Destarte, os cidadãos teriam a possibilidade de escolher a escola com base no método ou programa de ensino que está a procura. O autor, portanto, diferencia o ensino privado do ensino livre, pois o ensino público, posto a possibilidade de diferenciar seus programas, também é livre. Jorge Miranda *apud* MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação...*, p. 190.

²⁰⁵ Nesse sentido, pondera Roque Antonio Carraza que não se deve perder de “vista que as instituições educacionais sem fins lucrativos foram declaradas imunes à tributação por meio de impostos justamente pelo relevantíssimo papel que cumprem, ou seja, pela colaboração que emprestam ao Estado no atendimento ao chamado ‘interesse público primário’ (Renato Alessi), consistente, no caso, no resguardo de valores da formação didático-cultural do povo”. CARRAZA, Roque Antonio. Op. Cit., p. 737.

responsabilidade limitada²⁰⁶. Quanto ao exercício da atividade educacional, importa, neste ponto, esclarecer sua natureza - civil ou empresarial (comercial) -, considerando o seu objeto – educação – e a legislação pertinente.

Sobre o assunto Fábio Ulhoa Coelho pondera que a *atividade empresarial* é uma atividade econômica voltada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços (CC, art. 966), logo, busca gerar lucro para quem a explora, sendo que esse poderá ser um meio para alcançar outras finalidades (como as entidades filantrópicas) ou o objetivo do serviço²⁰⁷. Em contrapartida, o *regime jurídico civil*, excluído da disciplina juscomercialista, pode ser configurado em quatro hipóteses: (i) quando a atividade não se enquadra no conceito legal de empresário²⁰⁸; (ii) profissionais intelectuais; (iii) empresários rurais e (iv) cooperativas. Esses profissionais exploram, dessarte, atividades econômicas civis, não sujeitas ao Direito Comercial.

Desse modo, em que pese “o entendimento que afasta o regime jurídico comercial da natureza jurídica dos estabelecimentos de ensino privado pareça ser o que melhor se adapta ao conjunto de elementos que compõe o cenário constitucional da educação”^{209,210}, a própria legislação (artigo 20 inciso I da LDB) e

²⁰⁶ Interpretação do dispositivo 19, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, que prevê: “As instituições de ensino dos diferentes níveis classificam-se nas seguintes categorias administrativas: I - públicas, assim entendidas as criadas ou incorporadas, mantidas e administradas pelo Poder Público; II - privadas, assim entendidas as mantidas e administradas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado”, cumulada com o artigo 44, do Código Civil de 2002, o qual define as pessoas jurídicas de direito privado.

²⁰⁷ “Religiosos podem prestar serviços educacionais (numa escola ou universidade) sem visar especificamente o lucro. É evidente que, no capitalismo, nenhuma atividade econômica se mantém sem lucratividade e, por isso, o valor total das mensalidades deve superar o das despesas também nesses estabelecimentos. Mas a escola ou universidade religiosas podem ter objetivos não lucrativos, como a difusão de valores ou criação de postos de emprego para os seus sacerdotes. Neste caso, o lucro é *meio* e não *fim* da atividade econômica”. COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 17^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 13.

²⁰⁸ Art. 966, do Código Civil: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

²⁰⁹ O autor, ainda, acrescenta: “o fundamento constitucional da participação das entidades privadas na prestação de ensino, enfim, a verdadeira e indiscutível natureza pública do ensino e o seu caráter complexo, que ultrapassa os limites do mercado e das atividades mercantis voltadas ao lucro, aos fins, à atividade produtiva a legislação atual (nova LDB), ao prever a existência de instituições particulares de ensino em sentido estrito, possibilitou a abertura do setor de serviços de ensino à atividade comercial”. MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação...*, p. 192.

²¹⁰ “A exploração econômica do ensino superior faz parte de um amplo processo de ‘mercantilização da educação’, o que está em desacordo com a Constituição, uma vez que esta, ao dispor sobre a educação, não a constituiria ‘mercadoria’, mas, sim, instrumento para o ‘pleno desenvolvimento da

sua interpretação doutrinária possibilitaram a configuração de natureza comercial ao ensino privado²¹¹.

A LDB categorizou os estabelecimentos privados²¹² em quatro: (a) particulares em sentido estrito, assim entendidas as que são instituídas e mantidas por uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado que não apresentem as características dos incisos abaixo; (b) comunitárias, assim entendidas as que são instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas, inclusive cooperativas educacionais – inclusive de professores e alunos -, sem fins lucrativos, que incluam na sua entidade mantenedora representantes da comunidade; (c) confessionais, assim entendidas as que são instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas que atendem a orientação confessional e ideologia específicas e ao disposto com relação às instituições comunitárias; (d) filantrópicas, na forma da lei²¹³.

As primeiras – particulares em sentido estrito²¹⁴ -, por exclusão, são compreendidas “como as que são instituídas e mantidas por uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado que não apresentem as características de

peessoa’ (CF, art. 205)”. CLARK, Giovani; NASCIMENTO, Samuel Pontes. Op. Cit., In SOUZA, Washington Peluso Albino de (Coord.). Op. cit., p. 72.

²¹¹ “A partir da promulgação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDC, em 1996 (Lei n. 9.394/96), as autoridades governamentais firmaram o entendimento de que a iniciativa privada não deveria apenas se limitar à *subsidiariedade* ao atuar na educação superior, mas deveria, sim, inserir-se num contexto de *mercado*, sendo possível inclusive a atuação com fins lucrativos”. No entanto, para os autores, “a Constituição jamais autorizou, na ótica de uma interpretação sistemática, que se fizesse da educação uma atividade econômica propriamente dita”. *Ibidem*, p. 65 e 71.

²¹² “As instituições públicas dividem-se conforme o ente político que as mantém, já as instituições privadas organizam-se entre as que possuem fins lucrativos e as sem fins lucrativos. Quanto aos entes federativos, as instituições estão classificadas em federais, estaduais e municipais”. TRINDADE, André; JUNIOR, Edval Luiz Mazzari. *Autonomia universitária e direito educacional*. In TRINDADE, André (Coord.). *Direito universitário e educação contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 46.

²¹³ Lei 12.101/09, que dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social; regula os procedimentos de isenção de contribuições para a seguridade social; altera a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993; revoga dispositivos das Leis nos 8.212, de 24 de julho de 1991, 9.429, de 26 de dezembro de 1996, 9.732, de 11 de dezembro de 1998, 10.684, de 30 de maio de 2003, e da Medida Provisória no 2.187-13, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12101.htm. Acesso em: 08.01.2012.

²¹⁴ “(...) preservando-se a lucidez da classificação da LDB (art. 20 e incisos) acordante com o Código Civil atual (art. 44 e incisos), entende-se que instituições de ensino ‘privadas’ são aquelas mantidas por associações, sociedades, fundações, organizações religiosas e partidos políticos. Logo, as mantenedoras que não apresentarem as características de ‘comunitárias’, ‘confessionais’ e ‘filantrópicas’, na forma descrita pela LDB (art. 20, II, III e IV), devem, então, ser consideradas ‘particulares em sentido estrito’ (conforme LDB, art. 20, I), sejam elas associações, fundações ou partidos políticos (Código Civil, art. 44)”. CLARK, Giovani; NASCIMENTO, Samuel Pontes. Op. Cit., In SOUZA, Washington Peluso Albino de (Coord.). Op. cit., p. 67.

entidades comunitárias, confessionais ou filantrópicas”²¹⁵. Essa categoria, via de regra²¹⁶, está excluída da eventual destinação de recursos, nos termos do artigo 213 da CF²¹⁷. As confessionais, por sua vez, são, com base no exposto acima, instituições comunitárias que seguem determinada orientação confessional ou ideologia específica, sendo necessária “a inclusão, em sua entidade mantenedora, de representantes da comunidade”²¹⁸. Enfim, as filantrópicas são entidades relacionadas a ações humanitárias e de caridade. Essas três últimas categorias – comunitárias, confessionais e filantrópicas -, de acordo com o texto constitucional (art. 213), poderão receber recursos públicos mediante a comprovação da finalidade não lucrativa e aplicação de seus excedentes financeiros em educação, bem como, no caso de encerramento das atividades, assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público.

Atinente à *renúncia de receitas*, denota-se a ausência de vinculação com a classificação da entidade privada. Explica-se. A *destinação de recursos públicos*, em conformidade com o disposto no artigo 213 da CF, depende da categoria da entidade privada (comunitária, confessional ou filantrópica); da comprovação da finalidade não lucrativa e da aplicação dos excedentes financeiros em educação; e, em caso de encerramento das instituições, a destinação dos recursos para estabelecimento da mesma natureza. Enquanto a *renúncia de receitas*,

²¹⁵ MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2001. p. 194.

²¹⁶ Para Marcos Augusto Maliska falar em entidades particulares em sentido estrito e recursos públicos (nos termos do art. 213, CF) leva a um questionamento: “o §2º do art. 213 da CF está vinculado ao *caput* quanto ao fato de as atividades universitárias de pesquisa e extensão a que se refere somente poder receber apoio financeiro do poder público se tais forem entidades comunitárias, confessionais ou filantrópicas? A redação do *caput*, salvo melhor juízo, tende a vincular somente o § 1º, pois este faz referência direta aos recursos que trata o artigo. Já o §2º parece tratar de assunto diverso, relacionado à pesquisa e à extensão, que assumem relevância por si só, pois estão além do ensino e merecem a devida atenção do Poder Público. Neste sentido, uma entidade privada (em sentido estrito) de ensino superior, com uma proposta de pesquisa ou extensão pode vir a pleitear apoio financeiro do poder público, após este que estará vinculado não às atividades que, em geral, são desenvolvidas no estabelecimento, mas, diretamente, ao projeto apresentado, à proposta de pesquisa ou extensão apresentados”. MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação...*, p. 194.

²¹⁷ Art. 213, CF: Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação; II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.

²¹⁸ MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação...*, p. 195.

especificamente relacionada à imunidade tributária²¹⁹, ao contrário, considera imune as instituições “sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei”²²⁰. Recorre-se, então, ao Código Tributário Nacional para concluir. Esse estabelece, no artigo 14, que condições para gozar da imunidade prevista no dispositivo 150 da CF são: a não distribuição de qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título²²¹; a aplicação integral, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais; e a manutenção da escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão. Sobremais, a imunidade está restrita às finalidades essenciais da instituição de ensino (art. 150, §4º, da CF).

Portanto, tanto na Constituição Federal (art. 150), quanto no Código Tributário Nacional (art. 14), não há qualquer menção à categoria da instituição de ensino para fins de ser considerada imune²²², ao contrário do que ocorre com a destinação de recursos públicos (art. 213, CF)²²³.

As instituições de ensino superior também podem ser classificadas de acordo com suas *prerrogativas acadêmicas*, em conformidade com o Decreto n. 5.773/06, que dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de

²¹⁹ Em termos gerais, “a imunidade tributária é, assim, a qualidade da situação que não pode ser atingida pelo tributo, em razão da norma constitucional que, à vista de alguma especificidade pessoal ou material dessa situação, deixou-a fora do campo sobre que é autorizada a instituição do tributo”. AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 151.

²²⁰ Art. 150, CF: Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI - instituir impostos sobre: (...) c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

²²¹ Segundo Luciano Amaro, “a *inexistência de fim lucrativo* (exigida pela Constituição) foi corretamente traduzida pelo art. 14 do Código Tributário Nacional, ao estabelecer a *não-distribuição de patrimônio ou renda*. Com efeito, quando se fala em entidade sem fim lucrativo, quer-se significar aquela cujo criador (ou instituidora, ou mantenedor, ou associado, ou filiado) não tenha fim de lucro para si, o que, obviamente, não impede que a entidade aufera resultados positivos (ingressos financeiros, eventualmente superiores às despesas) na sua atuação”. AMARO, Luciano. Op. Cit., p. 156.

²²² “Registramos, de logo, que apenas as *características intrínsecas* das instituições de educação, reveladoras da ausência de fins lucrativos, podem ser levadas em conta pela *lei* que fixa os *requisitos* (art. 150, IV, “c”, *in fine*, da CF) à fruição desta imunidade. Não as *características extrínsecas*, vale dizer, que não se referem à comprovação da ausência de fins lucrativos”. CARRAZA, Roque Antonio. Op. Cit., p. 737.

²²³ Em outras palavras, “ao contrário ao disposto no art. 213 *caput* da CF a destinação de recursos públicos às escolas privadas para fins de imunidade tributária independe da classificação da entidade privada nos termos da LDB, uma vez que os requisitos para a concessão da imunidade estão condicionados à análise probatória e não a condicionantes *a priori*, tem em vista a natureza jurídica em específica da instituição”. MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2001. p. 196.

instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino. Esse diploma legal estabelece três espécies de instituições de ensino superior, a saber: *faculdades*, *centros universitários* e *universidades*²²⁴.

As instituições são credenciadas originalmente como *faculdades* (art. 13, §1º²²⁵). O credenciamento como universidade ou centro universitário, com as consequentes prerrogativas de autonomia, depende do credenciamento específico de instituição já credenciada, em funcionamento regular e com padrão satisfatório de qualidade (art. 13, §2º).

As *universidades*, por sua vez, se caracterizam pela indissociabilidade²²⁶ das atividades de ensino, de pesquisa e de extensão²²⁷, consistindo em instituições pluridisciplinares de formação dos quadros profissionais de nível superior, de pesquisa, de extensão e de domínio e cultivo do saber humano, que se caracterizam por: produção intelectual institucionalizada mediante o estudo sistemático dos temas e problemas mais relevantes, tanto do ponto de vista científico e cultural, quanto regional e nacional; um terço do corpo docente, pelo menos, com titulação acadêmica de mestrado ou doutorado; um terço do corpo docente em regime de tempo integral²²⁸.

²²⁴ “Cumprir destacar que, embora o texto legal traga somente três espécies de instituições de ensino superior, na prática, existem outros tipos que estão de acordo com o Decreto n. 3.860/01. Embora este último decreto esteja revogado, a nomenclatura por ele inserida continua vigente, conforme explicita o Parecer CNE/CES nº. 218/2006, homologado pelo Ministro da Educação em 14/09/2006: ‘As instituições credenciadas como Faculdades Integradas, Instituto Superior de Educação, Faculdades de Tecnologia, Faculdades Associadas, Escolas Superiores ou denominação semelhante são consideradas para os fins de organização e prerrogativas acadêmicas como faculdades e a elas são equiparadas para os fins do que dispõe o Decreto nº 5.773/2006”. TRINDADE, André; JUNIOR, Edval Luiz Mazzari. Op. Cit., *In* TRINDADE, André. Op. Cit., p. 47.

²²⁵ Art. 13, Decreto n. 5.773/06: O início do funcionamento de instituição de educação superior é condicionado à edição prévia de ato de credenciamento pelo Ministério da Educação. § 1º A instituição será credenciada originalmente como faculdade.

²²⁶ Nos termos do artigo 207, CF: As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

²²⁷ “O ensino é base da formação dos profissionais que atuarão diretamente na Educação. A pesquisa, nesse caso, tem como função construir e adensar os conhecimentos e os saberes a respeito da Educação, além de auxiliar na construção teórica de um alicerce a ser utilizado pelos profissionais da área em seu dia a dia de trabalho. Também implica o estudo de processos educacionais de maneira ampla. A extensão deveria ser como uma ponte entre a universidade e a comunidade”. LIBLIK, Ana Maria Petraitis; PETRAITIS, Rosa Artini; LIBLIK, Laima Irene. *Contextos educacionais: por uma educação íntegra e integradora de saberes*. Curitiba: Ibpex, 2011. p. 158.

²²⁸ Reza o artigo 52, da LDB.

Por fim, os *centros universitários* caracterizam-se como instituições de ensino superior pluricurriculares, abrangendo uma ou mais áreas do conhecimento, que se caracterizam pela excelência do ensino oferecido, comprovada pela qualificação do seu corpo docente e pelas condições de trabalho acadêmico oferecidas à comunidade escolar²²⁹.

De qualquer modo, independente da classificação (particular em sentido estrito, comunitária, confessional ou filantrópica; faculdade, centro universitário ou universidade) e também desconexa da sua natureza (civil ou comercial), as exigências para atuação no setor privado de ensino são as mesmas para todos os estabelecimentos²³⁰.

A primeira condição prevista no artigo 209 inciso I da CF exige o atendimento às normas gerais da educação nacional²³¹. Essas podem ser compreendidas como os princípios constitucionais consignados no artigo 206, bem como a vinculação “a toda legislação que disponha sobre educação e tenha incidência sobre as atividades educacionais que desenvolvem”²³². Cite-se, a título exemplificativo, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/96), que dentre diversas obrigações, impõe às instituições de ensino superior o dever de admitir nos cursos de graduação apenas estudantes que concluíram o ensino médio e foram aprovados em processo seletivo (vestibular) – (art. 44), devendo o resultado ser divulgado nos termos da lei²³³; ou, ainda, o dever de aceitar transferências, em determinados

²²⁹ BRASIL. Ministério da Educação e Cultura. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/>. Acesso em: 08.01.2012.

²³⁰ “Ocorre que, lamentavelmente, desconsiderou-se a completa ausência de expressões relativas à finalidade lucrativa de instituições de educação na LDB. A ideia de exploração empresarial da educação nasceu para o mundo jurídico-legal através do Decreto Presidencial n. 2.207/97. Na verdade, o que a LDB prescreve é uma distinção entre as instituições mantidas pelo setor privado, classificando-as como (i) *particulares em sentido estrito*, (ii) *comunitárias*, (iii) *confessionais* e (iv) *filantrópicas*”. Com isso, segundo os autores, “em momento algum, ao descrever cada uma dessas categorias, a LDB autoriza a exploração do ensino com fins lucrativos”. CLARK, Giovani; NASCIMENTO, Samuel Pontes. Op. Cit., *In* SOUZA, Washington Peluso Albino de (Coord.). Op. cit., p. 66.

²³¹ Para André Trindade, o ensino superior brasileiro está estabelecido por um “conjunto de normas e regras contidas, basicamente, na Constituição Federal, nas Leis n.ºs 9.394/96, 9.131/95, 9.192/95 e no Decreto nº 5.773/06. Além dessas, existem também diversas resoluções, portarias, deliberações, entre outros atos normativos que tratam e regulam o sistema de ensino superior brasileiro”. TRINDADE, André; JUNIOR, Edval Luiz Mazzari. Op. Cit., *In* TRINDADE, André. Op. Cit., p. 45.

²³² MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2001. p. 197.

²³³ Art. 44, parágrafo único, LDB: Os resultados do processo seletivo referido no inciso II do caput deste artigo serão tornados públicos pelas instituições de ensino superior, sendo obrigatória a divulgação da relação nominal dos classificados, a respectiva ordem de classificação, bem como do

casos, não obstante a inexistência de vagas (art. 49²³⁴). Mencione-se, ainda, a Lei n. 9.870/99, que dispõe sobre o valor total das anuidades escolares e dá outras providências. Muito embora seja bastante controvertido o assunto atinente à matéria regulada pela norma - de educação ou de direito civil, o que poderia induzir a conclusão de ser ou não uma norma geral da educação -, referido diploma legal estabelece a impossibilidade de aplicação de penalidades pedagógicas²³⁵ - vale dizer, suspensão de provas escolares ou retenção de documentos escolares, por exemplo - pelas instituições de ensino em razão do inadimplemento das mensalidades por parte dos acadêmicos (art. 6º).

O segundo requisito para a atuação do setor privado no segmento de ensino está registrado no início do inciso II, do artigo 209, da CF, qual seja: a autorização. Importa destacar, desde logo, que essa não se confunde com concessão ou permissão. Como bem observou Denise Souza Costa, “o direito à educação está contido entre os serviços essenciais que devem ser exercidos pela Administração Pública, mas que podem também ser delegados à livre iniciativa, devido ao fato de a Constituição excepcionar o comando geral do artigo 175”²³⁶. Identifica-se, portanto, no artigo 209 uma exceção ao estabelecido no artigo 175, da CF²³⁷.

Até porque, aliás, a autorização possui características distintas das formas de delegação - concessão e permissão. Note-se que essas últimas têm pontos em comum, quais sejam: “a) ambas constituem modalidade de prestação indireta de serviço público; b) ambas são passíveis de licitação prévia; e c) ambas surgem no mundo jurídico mediante um *contrato*”²³⁸. A distinção entre os mencionados institutos – permissão e concessão -, por sua vez, reside no fato de a permissão poder ser precária, vale dizer, pode ser extinta pelo Poder Público a qualquer tempo sem que a permissionária tenha direito a qualquer indenização; a permissão pode ser

cronograma das chamadas para matrícula, de acordo com os critérios para preenchimento das vagas constantes do respectivo edital.

²³⁴ Art. 49, LDB - As instituições de educação superior aceitarão a transferência de alunos regulares, para cursos afins, na hipótese de existência de vagas, e mediante processo seletivo. Parágrafo único. As transferências *ex officio* dar-se-ão na forma da lei.

²³⁵ Permite-se afirmar que este – penalidades pedagógicas – seria o assunto mais relevante relativo ao tema educação contido na Lei n. 9.870/99. Os demais artigos versam sobre matérias notadamente de direito civil.

²³⁶ COSTA, Denise Souza. Op. Cit., p. 69.

²³⁷ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

²³⁸ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 17.

precedida de qualquer modalidade de licitação, enquanto a concessão é sempre antecedida de concorrência – nos casos de privatização de serviços públicos federais, poderá ser precedida de leilão -; enfim, a permissão pode ser outorgada a pessoas físicas, na medida em que a concessão é outorgada para pessoa jurídica ou consórcio de empresas.

A autorização do serviço educacional privado, no entanto, independe de procedimento licitatório, surge no mundo jurídico por intermédio de um ato administrativo e pode ser concedida – leia-se: autorização concedida e não no sentido de ‘concessão’ -, conforme exposto alhures, às pessoas jurídicas de direito privado. E, ainda, diferente do que ocorre com as empresas particulares delegatárias de serviço público, as instituições de ensino privadas são *autorizadas* a prestar serviço, logo, submetem-se ao regime de Direito Privado, por exercer atividade privada – autorizada pelo ente público e não delegada por ele²³⁹. Há também outra distinção relevante entre autorização e delegação: diferente dessa, aquela não pode ser retirada do ente autorizado por ato discricionário do Poder Público²⁴⁰.

Inobstante a atividade educacional privada dependa da autorização do ente estatal e não seja por ele delegado, não se pode deixar de mencionar que as instituições de ensino também exercem *outras* funções delegadas – não

²³⁹ “A delegação é o ato administrativo pelo qual a Administração transfere transitoriamente a particular o exercício do direito à exploração de serviço público. O Poder Público trespassa apenas o exercício da atividade, mantendo sua titularidade. Tal aspecto já prenuncia seu regime jurídico. O Estado nunca aliena os interesses públicos: admite-se apenas que transfira, temporariamente, o exercício das competências voltadas à sua implementação, sem abrir mão delas. Por isso, a delegação instaura vínculo especial entre Administração e administrado, sujeito a rompimento na dependência do apontado interesse público. A empresa particular delegatária prestará o serviço sob o regimento de direito público, justamente por estar exercendo atividade estatal, não atividade privada”. SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direitos público*. 5ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2010. p. 83.

²⁴⁰ Nesse sentido, “conquanto os Tribunais falem de *delegação*, consequência, talvez, de uma certa tradição já há muito sedimentada, entendemos que o instituto jurídico que se mostra presente na hipótese é o da *autorização*, como nos revela a própria Constituição (inciso II, do artigo 209), mas também o conjunto de circunstâncias que informam a inteligência constitucional no sentido de se fazer afigurado um esquema de colaboração entre Estado e sociedade (da qual fazem parte os entes privados oferecedores de ensino), cabendo àquele o papel de autorizador, mediante o entendimento das condições fixadas em lei, e, por via oblíqua, de supervisor, fiscalizador, controlador e policiador das atividades decorrentes do ato de autorização, sem, todavia, configurar relação verticalizada e hierarquizada de poder, como sucede com a *delegação*, na qual impõe, quase sempre, dita relação, em que o delegante pode, a qualquer momento, mediante postura discricionária, retirar o poder antes transferido ao delegado”. ANDRADE, Cássio Cavalcante. *Direito educacional – interpretação do direito constitucional à educação*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 94.

propriamente a prestação de serviço educacional em si. Nesse sentido, pode-se citar, a título ilustrativo, a outorga do grau ou a expedição de diplomas²⁴¹.

Permite-se, então, concluir que os estabelecimentos privados de ensino funcionam sob autorização – e não delegação (concessão ou permissão) – do ente estatal, exceto no tocante a alguns atos, de natureza pública, que podem ser compreendidos como delegados pelo Estado (expedição de diplomas, conferência de graus etc.)²⁴².

Contudo, o Estado não assume somente os papéis de fomentador da educação (autorizando a colaboração das instituições privadas, como reza o artigo 209 da Constituição) ou de prestador de educação (o que faz, geralmente, por meio de instituições públicas de ensino), mas também de *fiscalizador*, pois, como de forma percuciente pontuou Marcos Maliska, o alargamento da rede privada de ensino superior “torna imprescindível a atuação fiscalizadora do Poder Público, sob pena da formação de inúmeros profissionais desqualificados e sem as mínimas condições de adentrar ao mercado de trabalho ou mesmo de prestar seus serviços adequadamente”²⁴³.

Observe-se que o acompanhamento da qualidade da prestação do serviço se mostra pertinente em qualquer serviço²⁴⁴, sobretudo, no serviço educacional²⁴⁵,

²⁴¹ “Essa conclusão não exclui a aceitação de que os estabelecimentos particulares, embora sua atividade própria de ensino não constitua uma delegação do Poder Público, possam ser tidos como destinatários de tal delegação quanto a determinados aspectos de sua atividade, como por exemplo, a expedição de diplomas e outros atos produtores de efeitos jurídicos, reconhecidos pelas Leis do País. Nesse sentido, conhecem-se decisões judiciais, inclusive do egrégio Supremo Tribunal Federal, admitindo mandado de segurança contra os estabelecimentos de ensino particular”. FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A importância do direito educacional*. Mensagem: Revista do Conselho de Educação do Ceará. Fortaleza, n. 8, 1982-1983. p. 31.

²⁴² ANDRADE, Cássio Cavalcante. Op. Cit., p. 204.

²⁴³ MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2001. p. 198.

²⁴⁴ Atinente à teoria da qualidade sob uma perspectiva geral, recomenda-se a leitura da obra Manual de Direito do Consumidor, especificamente a parte redigida por Antônio Herman V. Benjamin. BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 125/135.

²⁴⁵ “É inquestionável a vontade do legislador, constitucional e legal, de imprimir padrões de satisfação óptima das necessidades colectivas, embora tal desígnio se fique, muitas vezes, pela manifestação da intenção, por força do esforço financeiro que certos níveis de qualidade implicam. Paradoxalmente, todavia, o custo imediato que certas medidas podem implicar – v.g., redução da *ratio* professor/aluno, com a conseqüente necessidade de contratar mais professores, construir mais escolas, dotá-las de mais equipamento... – traduzir-se-ia numa mais-valia num futuro próximo, na medida em que tal mudança geraria uma maior proximidade entre o docente e o aluno, a possibilidade de dedicar mais atenção a cada aluno, enfim, uma maior personalização do ensino que reverteria numa maior motivação e em melhores resultados de aprendizagem. Infelizmente, a pressão da contenção orçamental e a eleição de outros interesses públicos como prioridades fazem dispersar

imerso em interesses de relevância estatal e social. No Brasil, a avaliação de qualidade é regrada pela Lei n. 10.861/04, que instituiu o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAES²⁴⁶, o qual tem o objetivo de assegurar um processo nacional de avaliação das instituições de educação superior, dos cursos de graduação e do desempenho acadêmico de seus estudantes²⁴⁷. A avaliação dos alunos é bastante pertinente, até porque a qualidade da prestação não se afere de forma unidirecional, mas, como pontua Carla Amado Gomes, se avalia de maneira bidirecional, pois “é o produto da transmissão do saber pelo professor e do processamento intelectual desse saber pelo aluno”²⁴⁸.

No entanto, notadamente com relação à qualidade, não se pode deixar de registrar que existem diversos significados para o termo e os critérios de aferição se multiplicam, logo, atingir a qualidade *máxima* se torna de difícil consecução, bem como que a efetivação da qualidade está vinculada à condição financeira²⁴⁹ das instituições privadas de ensino superior – as quais, em boa parte, dependem, como dito antes, do recebimento das mensalidades escolares para sua manutenção.

Assim sendo, a fiscalização realizada por meio da avaliação da qualidade do ensino pelo Poder Público seria a terceira condição de funcionamento das instituições privadas de ensino superior, conforme disposto no inciso II, *in fine*, do

a atenção da absoluta essencialidade do bom funcionamento do sistema educativo com vista à sustentabilidade da democracia e da economia do Estado. A qualidade do ensino só *rende* a médio e longo prazo, o que constitui um factor de desmobilização da generalidade dos governantes”. GOMES, Carla Amado. Direito e deveres dos alunos nas escolas públicas de ensino superior: existe um direito à qualidade de ensino? In HOMEM, António Pedro Barbas (org.). *Temas de Direito da Educação*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 72.

²⁴⁶ 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 (art. 1º, §1º, da Lei n. 10.861/04).

²⁴⁷ Destaque-se que a avaliação, realizada por meio de exames nacionais, conforme reconheceu o Supremo Tribunal Federal, não fere a autonomia universitária. Segundo o Ministro-relator Carlos Velloso, “a autonomia universitária não pode impedir seja o ensino por ela ministrado fiscalizado pelo poder público, dado que essa fiscalização tem base na Constituição (C.F., art. 206, VII; art. 209, I e II; art. 210)”. (STF – ADI 1511 – Rel. Ministro Carlos Velloso – DJ 06/06/2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 09 jan.2012. p. 92)

²⁴⁸ GOMES, Carla Amado. Op. Cit. In HOMEM, António Pedro Barbas (org.). Op. Cit., Coimbra: Almedina, 2006. p. 75.

²⁴⁹ “Obviamente que constituiria uma enorme melhoria da qualidade de ensino dos alunos a instalação de aparelhos de ar condicionado nas salas de aula, a instalação de candeeiros de luz presencial nas carteiras, a redução do número de alunos por turma a 10, a existência de espaços verdes nos recreios, a garantia da impermeabilidade da escola face a elementos estranhos e potencialmente perigosos... mas isso seria uma escola de sonho”. Ibidem, p. 76.

artigo 209, da Constituição. Contudo, “isso sequer é novidade, porque sempre foi assim, sempre houve inspetores de ensino junto às escolas privadas, para verificar se o ensino prestado correspondia às exigências da legislação do ensino”²⁵⁰.

Poder-se-ia mencionar, ainda, a existência de um quarto requisito para a existência das instituições de ensino superior privadas, qual seja: *capacidade de autofinanciamento*, conforme dispõe o artigo 7º, inciso III, da LDB – os dois incisos antecedentes do artigo 7º da LDB repetem o previsto no artigo 209 da Constituição. Ora, muito embora o autofinanciamento transborde o texto constitucional – especialmente as disposições do artigo 209 -, não se pode deixar de observar que a capacidade de *autofinanciamento* é, na verdade, uma *condição* de abertura e funcionamento intrínseca a qualquer atividade exercida pela iniciativa privada. Especificamente no caso da prestação de serviço educacional, os recursos para a manutenção dos estabelecimentos advêm, em grande maioria, do recebimento das mensalidades pagas diretamente pelos acadêmicos, exceto as receitas (ou ausência de despesas) decorrentes de programas governamentais (como o PROUNI e o FIES) ou das verbas públicas direcionadas a entidades comunitárias, confessionais ou filantrópicas (art. 213, CF).

Impende, ainda, mencionar alguns princípios gerais do ensino norteadores das atividades exercidas pelas instituições públicas e privadas de educação superior, previsto no artigo 206, da Constituição Federal, que permitem a consecução prática dos objetivos de natureza educacional.²⁵¹

O primeiro deles, o princípio da igualdade de condições de acesso e permanência, em termos gerais implica o estabelecimento de “critérios gerais e não discriminatórios”, ou seja, “não se pode admitir qualquer tipo de apadrinhamento ou distribuição de benefícios”²⁵². Além disso, esse ponto vai para além da problemática formal da educação e do ensino, sendo necessário “ir mais longe, porque, sem uma

²⁵⁰ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 812.

²⁵¹ “A consecução prática dos objetivos da educação, consoante o art. 205 – (...) -, só se concretizará em um sistema educacional democrático, em que a organização da educação formal (via escola) concretize o *direito ao ensino*, informado por princípios com eles coerentes, que realmente foram acolhidos pela Constituição”, como são os dispostos no artigo 206. SILVA, José Afonso da. *Comentário...*, p. 801.

²⁵² MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2001. p. 174.

profunda mudança nas relações econômico e sociais, essas ofertas, por mais importantes que sejam, acabam não passando de paliativos”²⁵³.

O segundo princípio - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber – foi objeto de análise no capítulo anterior, sendo oportuno neste ponto apenas mencionar, para evitar tautologias, que não há distinção desse princípio no contexto privado se comparado com o público. Nesse dispositivo a Constituição consagra, noutros termos, a liberdade de transmissão do conhecimento atrelada ao exercício do magistério²⁵⁴, vale ressaltar que “trata-se do reconhecimento da liberdade de uma classe de especialistas na comunicação do conhecimento, que são os *professores*”. Na visão de José Afonso da Silva, o enunciado no art. 206, inciso II, “compreende as duas dimensões do conhecer: a *subjetiva* e a *objetiva*”. Na primeira, “dá-se a relação dos sujeitos do conhecimento envolvendo a liberdade de *transmitir o conhecimento*, que cabe ao professor, e o *direito de receber o conhecimento* ou *de buscá-lo*, que cabe a alunos e pesquisadores”. Enquanto na segunda, “encontra-se a *liberdade de o professor escolher o objeto relativo do ensino a transmitir*. Dizemos ‘objeto relativo’ porque sua liberdade, aqui, fica condicionada aos currículos escolares e aos programas oficiais de ensino (art. 209)”²⁵⁵.

O terceiro princípio está, de certa maneira, inserido no segundo. Estabelece o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, assim como a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino. Num Estado Social Democrático de Direito que reconhece as diferenças regionais e sociais, a escola se torna um ambiente propício para a “educação plural, que respeita o direito do outro, a educação da tolerância”²⁵⁶. Uma sociedade plural demanda uma escola no mesmo sentido, aberta em suas propostas pedagógicas, possíveis de adaptação conforme as exigências sociais e regionais. Observe-se, no entanto, que o legislador constituinte não optou pelo termo pluralismo de instituições educacionais, pendendo

²⁵³ SILVA, José Afonso da. SILVA, José Afonso da. *Comentário...*, p. 802.

²⁵⁴ “Ainda entre várias formas de liberdade de expressão do pensamento está a liberdade de ensino, isto é, poder o mestre ensinar aos seus discípulos o que pensa, não podendo ser coagido a ensinar o que os outros pensam ser correto. A Constituição reconhece expressamente a liberdade de comunicação de conhecimento no exercício do magistério (art. 206, II)”. (FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 38ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 331)

²⁵⁵ SILVA, José Afonso da. SILVA, José Afonso da. *Comentário...*, p. 802.

²⁵⁶ MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2001. p. 181

para “o privatismo, na medida em que ‘coexistência de instituições públicas e privadas de ensino’ tende a igualar os dois tipos”. Noutros, termos, ao prever coexistência e não pluralismo, sustenta-se que não existe *pluralismo de instituições*, o que, segundo José Afonso da Silva não se apresenta verdadeiro. Para ele, “optar por uma sociedade *pluralista* significa acolher uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinômicos”, os quais somados ao solidarismo (art. 3º, I, da CF) visam a “evitar os antagonismos irreduzíveis que destroem o princípio pluralista”. Nesse sentido, a Constituição abarca um “pluralismo social, pluralismo político (art. 1º da CF), pluralismo partidário (art. 17), pluralismo econômico (livre iniciativa e livre concorrência – art. 170), pluralismo de ideias e de instituições de ensino (art. 206, III), pluralismo cultural, que se infere dos arts. 215 e 216, e pluralismo de meios de informação (art. 220, caput, e parágrafo 5º)”. Por fim, “a Constituição consagra, como um de seus princípios fundamentais, o *princípio pluralista* – o que vale dizer que se encaminha para a construção de uma *Democracia pluralista*”²⁵⁷, inclusive de instituições de ensino²⁵⁸.

A valorização dos profissionais de ensino seria o quarto princípio, previsto no artigo 206, inciso V, da CF. Muito embora o dispositivo constitucional mencione os termos concurso público e rede pública, não se pode afastá-lo da seara privada, pois esses profissionais merecem prestígio, incentivo e motivação, independente de prestarem serviço para a iniciativa privada ou para o Poder Público. Desse modo, condições adequadas - instalações físicas, instrumentos colocados à disposição do professor, como livros, por exemplo - de trabalho são indispensáveis, inclusive, como reconhecimento da importância dessa atividade para qualidade no ensino.

A propósito, qualidade de ensino é o quinto princípio, o qual está vinculado com uma das condições do exercício da atividade educacional no âmbito privado (art. 209, II, da CF – avaliação da qualidade pelo Poder Público). Nesse sentido, pode-se afirmar acerca da garantia de qualidade, que se trata de um balizador da prestação de serviço de ensino, bem como condição de sua continuidade. Sublinhe-

²⁵⁷ SILVA, José Afonso da. *Comentário...*, p. 803.

²⁵⁸ Anote-se, a propósito, a lição de Lonnie D. Kliver, nas palavras de Zigmund Bauman: “O pluralismo é a existência de múltiplas estruturas de referencia, cada qual com seu próprio esquema de compreensão e seus próprios critérios de racionalidade. O pluralismo é a existência de múltiplas estruturas de referencia, cada qual com seu próprio esquema de compreensão e seus próprios critérios de racionalidade. Pluralismo é a coexistência de posições comparáveis e rivais que não se podem conciliar. Pluralismo é o reconhecimento de que diferentes pessoas e diferentes grupos vivem, literalmente, em mundo diferentes”. BAUMAN, Zigmunt. *Legisladores...*, p. 178.

se, por pertinente, que “o padrão de qualidade do ensino depende de fatores intrínsecos e de fatores extrínsecos”. Os primeiros estão vinculados “à organização dos estabelecimentos escolares, que não de estar aparelhados com o instrumental adequado a cada tipo de habilitação que oferecem”, de modo a albergar “a boa formação dos profissionais de ensino em cada uma dessas etapas, mas também requer a permanente atenção dos Poderes Públicos para com as condições materiais das escolas, como a informatização dos estabelecimentos de ensino”²⁵⁹. Os segundos, por sua vez, representam a predisposição dos alunos para o aprendizado, o que depende, por mais das vezes, das condições econômicas das famílias, no sentido de dispor uma boa alimentação e material escolar, por exemplo.

Infere-se, portanto, que a Constituição concedeu à iniciativa privada a possibilidade de prestar o serviço educacional, cumpridas as condições previstas no artigo 209 e obedecidos os princípios constitucionais consignados no artigo 206.

De qualquer sorte, não deixa de ser uma liberdade de atuação no *mercado* de ensino educacional que, não fossem as condicionantes - artigo 209, sobretudo, a necessidade de autorização do Poder Público, e os princípios norteadores do ensino (art. 206) -, enquadrar-se-ia no campo da livre iniciativa, disposta no artigo 170²⁶⁰ da Constituição. As instituições privadas de ensino superior, nesse contexto, revestem-se de características da ordem econômica, muito embora o legislador constituinte tenha optado em incluir o exercício da atividade educacional na seara da Ordem Social (oportuno lembrar que o artigo 209 está contido no Título VIII, Da Ordem Social²⁶¹). Note-se que a liberdade de iniciativa econômica privada²⁶², nos termos do

²⁵⁹ SILVA, José Afonso da. *Comentário...*, p. 805.

²⁶⁰ “Em suma, o que o art. 170 faz é *obrigar, impor, exigir* que a ordem econômica e social se estruture e se realize de maneira a tender aos objetivos assinalados. Igualmente *obriga, exige, impõe* que a busca destas finalidades obrigatórias se faça *por meio de certos caminhos, também obrigatórios*: aqueles estampados nos incisos referidos, os quais são erigidos ao nível de *princípios*” (MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Eficácia...*, p. 32). Desse modo, além dos ditames da justiça social, a ordem econômica deve ser guiada, segundo previsão do texto constitucional, pelos princípios vetores contidos no artigo 170, da CF.

²⁶¹ A respeito da passagem da ordem econômica para a ordem social, Eros Roberto Grau pondera: “Assim, a passagem de uma ordem para outra envolveria a ruptura das estruturas da primeira. Esta suposição subjaz nas afirmações de que à ordem jurídica liberal sucede uma ordem jurídica intervencionista. E, ainda que isso, muitas vezes, não seja explicitamente declarado, o que marcaria essa sucessão seria a ampliação dos contornos da ordem jurídica liberal, decorrente da regulação da ordem econômica”. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 63.

²⁶² “A *liberdade de iniciativa* envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato. Consta do art. 170, como um dos esteios da ordem econômica, assim como de seu parágrafo único, que *assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica*,

artigo 170, conforme leciona José Afonso da Silva²⁶³, somente é legítima, num contexto constitucional, se exercida no interesse da justiça social²⁶⁴, logo, será ilegítima “enquanto exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário”²⁶⁵. Não apresentando, portanto, neste ponto, diferença com a liberdade concedida pelo constituinte aos estabelecimentos de ensino superior (art. 209, CF), a qual também deve atender aos ditames da justiça social. Além disso, o fato de o princípio da livre-iniciativa estar inserido no plano constitucional na parte dedicada à Ordem Econômica²⁶⁶, também não esvaziou seu conteúdo social (o qual José Afonso da Silva colocou, inclusive, como uma condição de legitimidade da atividade).

Assim sendo, denota-se que a diferença relevante reside notadamente nas condições previstas nos incisos dos artigos 206 – princípios balizadores do ensino – e 209 – cumprimento das normas gerais da educação e necessidade de autorização e controle de qualidade pelo Poder Público²⁶⁷.

Com efeito, permite-se afirmar que a liberdade de atuação da iniciativa privada seria, *a priori*, irrestrita, exercendo-se ou não atividade educacional. Contudo, na seara educacional, a Constituição impõe às instituições o dever de seguir as normas educacionais ditadas pelo ente estatal e determina que a abertura

independente de autorização de órgãos públicos, salvo casos previstos em lei”. SILVA, José Afonso da. *Curso de...*, p. 771.

²⁶³ Não é outro o entendimento de Celso Antonio Bandeira de Mello, o qual concluir sua obra intitulada “Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais” afirmando que “por força do art. 170 da Carta Constitucional, toda a ordenação jurídica do país assim como todos os atos concretos do Poder Público interferentes com a ordem econômica e social, para serem legítimos, deverão estar comprometidos com a realização da Justiça Social”. MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Eficácia...*, p. 55.

²⁶⁴ Nesse sentido, escreve Marcos Maliska que “uma sociedade de convivência pacífica somente é possível com justiça social e isso implica no reconhecimento, por parte de cada um, de que todos possuem o direito à existência mínima digna”. MALISKA, Marcos Augusto. *Educação, Constituição e Democracia*. pp. 789-800. In: *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. p. 791.

²⁶⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de...*, p. 772.

²⁶⁶ “Analisado porém com alguma percuciência o texto, o leitor verificará que o art. 170 da Constituição, cujo enunciado é, inquestionavelmente, normativo, assim deverá ser lido: as relações econômicas – ou a atividade econômica – deverão ser (estar) fundadas na valorização o trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim delas, relações econômicas ou atividade econômica) assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social (...).” GRAU, Eros Roberto. *Op. Cit.*, p. 66.

²⁶⁷ Poder-se-ia afirmar que inclusive essa faceta de fiscalização da educação – contida na expressão “controle de qualidade” – se enquadraria em uma forma de uma das funções do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, nos termos do artigo 174, da CF, o qual estabelece, *litteris*: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

e a manutenção do funcionamento do estabelecimento dependerão da autorização e do controle de qualidade pelo Poder Público, bem como estabelece princípios norteadores. Vale dizer: o próprio texto constitucional estabelece como se dará a *atuação*²⁶⁸ do Estado com relação à atividade exercida pelos estabelecimentos de ensino privado.

Com isso, tanto a iniciativa privada quanto o Estado atuam, respectivamente, na atividade ou em sua regulação conhecedores de seu formato, ou seja: a primeira, atendendo às condições constitucionais; o segundo, regulando a atividade conforme os contornos também definidos na Carta Magna (pelos artigos 206 e 209, ambos da CF). Dessa maneira, respeita-se a liberdade das instituições privadas, ante ao cumprimento do dever de abstenção ou não intromissão do Estado, não colocando obstáculos políticos e jurídicos ao exercício da atividade educacional. E, na mesma medida, regula o exercício da liberdade de ensino (art. 209, CF), “dando cumprimento ao imperativo constitucional de reconhecimento e de fiscalização do ensino particular e cooperativo nos termos da lei”²⁶⁹.

Assim sendo, infere-se que as instituições de ensino privado, em razão de sua natureza mercantil²⁷⁰ (e não civil), a atuação por intermédio de autorização (e

²⁶⁸ Não obstante a discussão atinente ao enquadramento do serviço educacional privado como serviço público – o que será objeto de análise no item 3 deste capítulo -, Eros Roberto Grau, a despeito de considerar inócua a diferenciação, distingue intervenção de atuação estatal nos seguintes termos: “(...) o Estado não pratica intervenção quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública. Por isso mesmo dir-se-á que o vocábulo intervenção é, no contexto, mais correto que a expressão atuação estatal: intervenção expressa atuação estatal em área de titularidade do setor privado; atuação estatal, simplesmente, expressa significado mais amplo. Pois é certo que essa expressão, quando não qualificada, conota inclusive atuação na esfera do público”. GRAU, Eros Roberto. Op. Cit., p. 91-92.

²⁶⁹ Todos estes direito e faculdades constituem liberdades e valem, em primeiro lugar, na sua dimensão primária de direitos negativos, isto é, de direitos perante o Estado, impondo-lhe um dever de abstenção ou não intromissão no seu exercício. Ou seja, o Estado deve, desde logo, abster-se de colocar obstáculos políticos e jurídicos ao seu exercício. as não se esgota nisso, o Estado deve intervir positivamente, de forma a possibilitar e regular o exercício daquelas liberdades, designadamente, dando cumprimento ao imperativo constitucional de reconhecimento e de fiscalização do ensino particular e cooperativo nos termos da lei. A Constituição, ao garantir não só a existência, mas também o reconhecimento do ensino particular impõe ao Estado o dever de criar e garantir as condições de exercício da liberdade de ensino, enquanto liberdade de criação de escolas e liberdade de gestão e manutenção das escolas, possibilitando assim uma maior liberdade de escolha pelos alunos ou pelos pais de projectos educativos alternativos e diferentes”. ANDRADE, Vieira de. *O papel do ensino privado na actual Constituição Portuguesa*. In HOMEM, António Pedro Barbas. Op. Cit., p. 15.

²⁷⁰ Diga-se, não puramente mercantil, pois, como posto Lívio Goellner Goron, “a educação, em termos gerais, é um bem público e quando prestada por instituições particulares converte-se em serviço de utilidade pública demandando, por isso, das entidades que a prestam uma postura que não seja meramente mercantilista”. GORON, Lívio Goellner. *Serviços educacionais e direito do consumidor*. In: Direito & Justiça. Porto Alegre, v. 38, n. 2, p. 192-199, jul./dez.2012. p. 193.

não delegação – concessão ou permissão), e, ainda, por conta do disposto no artigo 209 da Constituição, têm liberdade (nos termos do artigo 170, da CF) para se estabelecer – não no sentido comercial de estabelecimento -, desde que atendidas as normas gerais da educação nacional, sejam autorizadas e avaliadas pelo Poder Público (art. 209, CF) e prestem o serviço educacional com base nos princípios previstos no artigo 206. Desse modo, a regulação pelo ente estatal existirá (e, no caso da educação, reconhece-se que deve haver), porém também deve atender às condições constitucionais previstas nos incisos I e II, do artigo 209, da CF, sob pena de a interferência legislativa – ou até do Poder Judiciário quando da interpretação do texto legal – transbordar o texto constitucional, podendo, inclusive, desestimular a oferta privada do ensino (situação em que haveria, na verdade, um esvaziamento do texto constitucional).

3.2. Objeto do serviço educacional: como concretizar o direito à educação

Antes de adentrar no tema do direito à educação, importa esclarecer que o presente estudo não pretende enveredar por investigações de cunho sociológico ou pedagógico, apesar de possíveis menções a esse respeito, a fim de proporcionar uma melhor compreensão do que se pretende apresentar.

Mostra-se fundamental, do mesmo modo, desde logo, distinguir os termos educação²⁷¹ e ensino²⁷².

O primeiro – educação - traduz “o processo por meio do qual o ser humano desenvolve suas capacidades física, mental, moral e espiritual etc., e que pode ser aplicado nos mais diversos ambientes (...), por diferentes métodos que não necessariamente os de ensino”²⁷³. Trata-se de direito contínuo e permanente, pois

²⁷¹ “O direito da educação é um domínio ainda dominado pela imprecisão dos conceitos utilizados, como educação, ensino, instrução, aprendizagem.” HOMEM, António Pedro Barbas. *Fontes do direito da educação na União Européia*. In HOMEM, António Pedro Barbas (org.). op. Cit., p. 25.

²⁷² Alguns autores utilizam o termo “instrução”: “A noção de educação mostra-se mais ampla e abrangente do que a de *instrução*. O escopo da educação – assim defenido pelo art. 205 da CF/1988 – consiste em proporcionar ao aluno a qualificação necessária à prestação do trabalho e à preparação para o exercício da cidadania, permitindo o desenvolvimento das aptidões, potencialidades e da própria personalidade do educando”. GORON, Lívio Goellner. *Serviços educacionais e direito do consumidor*. In: *Direito & Justiça*. Porto Alegre, v. 38, n. 2, p. 192-199, jul./dez.2012. p. 193.

²⁷³ O autor se refere ao ambiente cultural, familiar, escolar, religioso, profissional, etc. E, nesse sentido, acrescenta: “A pessoa humana é educada no seio de sua família, quando, pela convivência e observação dos ascendentes, apreende modelos de conduta que lhe serão úteis em face de diversos

“começa com o nascimento da criança, momento em que se encontra particularmente afeta à família, prosseguindo durante toda a existência da pessoa humana, sendo posta sob a forma de experiências de vida e transmissão de valores culturais e sociais”²⁷⁴. Enquanto o segundo – ensino – pode ser compreendido como um aspecto da educação, “caracterizada pela transmissão objetiva, dirigida e metodizada de conteúdos educativos, e desenvolvido, quase sempre, no ambiente escolar”. Noutros termos, a educação formal²⁷⁵ denomina-se ensino. Desse modo, o ensino se apresenta como uma forma de educar, ou seja, um instrumento da educação ou, ainda, uma das facetas dessa²⁷⁶. Indo mais além nessa esteira, denota-se que o presente trabalho, a par de aludir às outras faces da *educação*, focará no *ensino*, posto ter por objetivo abordar o serviço prestado pelas instituições privadas de ensino superior.

Analisando algumas normas que regulamentam o ensino, infere-se, por mais das vezes, o emprego inadequado dos termos educação e ensino, como observa Nina Beatriz Ranieri:

Como ocorre por todo o texto da lei, os vocábulos ‘educação’, ‘ensino’ e os adjetivos que deles derivam são empregados sem maiores preocupações técnicas. Nalgumas vezes como sinônimos (v.g., ao se referir indistintamente à instituições de ensino e instituição de educação superior, cf. artigos 44, I e III; 49, 50, 51, etc.; a sistemas de ensino e a instâncias educacionais, no artigo 8º etc.); noutras, como noções complementares, etapas de um mesmo processo (v.g. a educação superior tem por finalidade [...] comunicar o saber através do ensino, cf. inciso IV do citado artigo 43)²⁷⁷.

Superada a questão terminológica, apresenta-se essencial apontar que o *ensino* é abordado – direta ou indiretamente - ao longo de toda a textura constitucional. Sendo possível citar uma lista de preceitos abordando o assunto, a

grupos, além do familiar. Na igreja, as instruções transmitidas pelos líderes religiosos (ou membros mais experientes) estabelecem um contínuo processo de formação moral, o que se dá pelas visitas aos cultos e palestras. Nos museus, por exemplo, interage-se com o passado mediante o contato do educando com partes da realidade neles depositadas. No ambiente de trabalho, as pessoas são convocadas, pela prática, a um crescente aperfeiçoar de suas habilidades”. ANDRADE, Cássio Cavalcante. Op. Cit., p. 47.

²⁷⁴ SOUZA, Motauri Ciocchetti de. Op. Cit., p. 09.

²⁷⁵ “A propósito, temos a denominada educação informal, advinda da própria dinâmica da vida em sociedade”. Por sua vez, a educação formal consiste no ensino “transmitido nos bancos escolares, desde seu nível básico até o ciclo da pós-graduação”. Ibidem, p. 13.

²⁷⁶ ANDRADE, Cássio Cavalcante. Op. Cit., p. 47.

²⁷⁷ RANIERI, Nina Beatriz. *Educação Superior, direito e Estado: na lei de diretrizes e bases (Lei n. 9394/97)*. São Paulo: Edusp, Fapesp, 2000. p. 166-167.

saber: o art. 5º, IV²⁷⁸, que resguarda a manifestação do pensamento; o art. 6º²⁷⁹, o qual elenca os direitos sociais; artigos 23²⁸⁰ e 24²⁸¹, os quais versam sobre competência; 205 a 213 (Da Ordem Social). A partir do dispositivo 205, passa-se a definir os responsáveis pela implementação do direito à educação, instituições que deverão nortear-se pelos princípios previstos no artigo 206²⁸², entrementes mencionados.

No tópico anterior, abordaram-se os responsáveis pela efetivação do direito à educação com foco na atuação da iniciativa privada enquanto instituição de ensino superior privada. Assim, este ponto, buscar-se-á esclarecer em que consiste o direito à educação, quais os *efeitos desejados* – como concretizar esse direito, segundo a Constituição -, bem como qual a sua extensão – seja no âmbito da prestação do serviço pelo poder público, seja pelo ente privado. Então, no próximo item, analisar-se-á a relação entre os estabelecimentos privados de ensino e os acadêmicos.

Como dito alhures, a educação não se reduz apenas a uma formação, porém se trata de uma “condição formadora necessária ao próprio desenvolvimento natural”. Segundo Jean Piaget, citado por Marcos Maliska, “o indivíduo não poderia adquirir suas estruturas mentais mais essenciais sem uma contribuição exterior, a exigir um certo meio social de formação, e que em todos os níveis (...) o fator social ou educativo constitui uma condição de desenvolvimento”²⁸³. Noutros termos, a educação não se reduz ao ensino ministrado no âmbito escolar.

²⁷⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

²⁷⁹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

²⁸⁰ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...)V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

²⁸¹ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...)IX - educação, cultura, ensino e desporto; (...)XV - proteção à infância e à juventude;

²⁸² A saber: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII - garantia de padrão de qualidade. VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

²⁸³ Jean Piaget *apud* MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2001. p. 156/157.

Nessa esteira, Rosilene Maria Sólón Fernandes Martins defende que o direito à educação seria, antes de tudo, um *direito natural*, pois “todo ser quer atingir o seu pleno desenvolvimento”²⁸⁴. No entanto, somente por intermédio da educação que o indivíduo conseguiria descobrir seu fim último e tentar atingir a felicidade²⁸⁵. Noutro viés, Regina Maria Fonseca Muniz enxerga na educação uma projeção do direito da personalidade e do direito à vida²⁸⁶. A educação, sob essa perspectiva, se apresentaria como um instrumento para efetivação ou garantia de outros direitos, podendo-se afirmar a existência de uma complementaridade entre direitos fundamentais²⁸⁷.

A Constituição, por sua vez, categoriza o direito à educação como social²⁸⁸, ao lado da saúde, da alimentação, do trabalho, da moradia, do lazer, da segurança, da previdência social, da proteção à maternidade e à infância, e da assistência aos desamparados²⁸⁹. O direito à educação está situado no Capítulo II, intitulado “Dos Direitos Sociais”. No entanto, importa esclarecer as características que fazem com que esse direito seja considerado social ou, ainda, parafraseando Jorge Reis Novais, elucidar a seguinte questão: “de que falamos quando falamos em direitos

²⁸⁴ MARTINS, Rosilene Maria Sólón Fernandes. *Direito à educação: aspectos legais e constitucionais*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p. 85.

²⁸⁵ E, acrescenta: “O direito do autor, por exemplo, considerado com um direito de personalidade absoluto, necessário, essencial e inato, não procederia sem uma educação adequada. Os grandes pensadores da história, antigos e modernos, só conseguiram repassar seus ensinamentos para a humanidade à custa de uma educação aprimorada. (...) Por essas razões, o direito à educação não pode ser considerado apenas como um direito social ou um direito à prestação positiva do Estado, mas como um direito inerente ao ser humano, parte de sua vida e indissociável dela”. MARTINS, Rosilene Maria Sólón Fernandes. *Direito à educação: aspectos legais e constitucionais*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p. 85.

²⁸⁶ MUNIZ, Regina Maria Fonseca. *O direito à educação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 136.

²⁸⁷ Sobre a complementaridade dos direitos de primeira e segunda geração, Maria Paula Dallari Bucci leciona: “Já os direitos sociais (...) são, se assim se pode dizer, direitos-meio, isto é, direitos, cuja principal função é assegurar que toda pessoa tenha condições de gozar os direitos individuais de primeira geração. Como poderia, por exemplo um analfabeto exercer plenamente o direito à educação. (...) Como se pode ver, os direitos sociais, ditos de segunda geração, que mais precisamente englobam os direitos econômicos, sociais e culturais, foram formulados para garantir, em sua plenitude, o gozo dos direitos de primeira geração”. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 3.

²⁸⁸ “O direito fundamental à educação está inserido na Constituição Federal como direito subjetivo público de segunda geração, cuja fundamentabilidade formal nasce no Estado Social e qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos. Por prerrogativa constitucional, trata-se de um direito de cunho prestacional, sendo assim, condiciona a Administração Pública no indeclinável dever jurídico de realizá-lo, por meio de políticas públicas, desenvolvidas de acordo com os ditames constitucionais, criando condições objetivas que propiciem aos destinatários desse direito o pleno acesso ao sistema educacional e ao ensino de qualidade”. COSTA, Denise Souza. *Op. Cit.*, p. 59.

²⁸⁹ Artigo 6º, da CF.

sociais?”²⁹⁰. De acordo com o referido autor, a adjetivação “social” decorre de uma assunção, por parte do Estado, do comprometimento com a resolução da questão social²⁹¹. Com essa dimensão, o termo ‘social’ decorre de uma concepção de Estado “que se *contrapõe* ou *sucede* a uma outra ‘liberal’ e, no mesmo sentido, os direitos sociais se contrapõem aos direitos de liberdade como *fruto* da nova concepção do Estado e do seu relacionamento com os indivíduos que estão sob sua jurisdição”²⁹².

Entretanto, apesar de a “evolução geracional” dos direitos fundamentais acompanhar e decorrer da evolução do Estado – de liberal para social -, não há uma marca histórica do *nascimento* dos direitos sociais – após os direitos de liberdade. Parte da doutrina ocupa-se da diferença estrutural ou de natureza jurídica²⁹³ entre referidos direitos. Jorge Reis Novais, por exemplo, contrapõe direitos sociais aos direitos de liberdade, especialmente intuindo superar a ideia de que aqueles possuem apenas uma dimensão positiva - no sentido de que dependem da atuação do Estado – e esses últimos encontram-se em uma dimensão negativa – demandando apenas abstenção do ente estatal²⁹⁴.

Com relação ao direito à educação, para além da previsão constitucional expressa, denota-se que esse se reveste das qualidades próprias dos direitos sociais, como a *universalização*²⁹⁵ - no sentido de ser um direito de todos, não

²⁹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais...*, p. 36/64.

²⁹¹ O tema da questão social se desenvolveu nos séculos XIX e XX e, depois, do Estado social a que os direitos sociais estão intimamente ligados. *Ibidem*, p. 13.

²⁹² *Ibidem*, p. 20.

²⁹³ Nesse sentido, pondera Jorge Reis Novais: “temos direitos de liberdade e alguns direitos sociais no Estado liberal e temos igualmente os dois tipos de direitos no Estado social, pois que aquilo que os distingue de um ponto de vista jurídico-constitucional não é uma dada marca histórica de *nascimento*, mas uma eventual diferença estrutural ou de natureza jurídica”. *Ibidem*, p. 21.

²⁹⁴ “Assim, ter em conta a distinção significa que, mesmo quando se considere ser a dimensão positiva de promoção a principal dimensão dos direitos sociais, ela não esgota o conteúdo deste tipo de direitos, pelo que a discussão sobre a natureza jusfundamental dos direitos sociais seria unilateral e redutoramente orientada se não tivesse em conta o conjunto das virtualidades jurídicas que se abrigam no âmbito normativo das disposições constitucionais sobre direitos sociais”. *Ibidem*, p. 64.

²⁹⁵ Sobre a universalização, Cássio Cavalcante Andrade pondera: “Vimos, na viagem histórica realizada, que a educação já fora declaradamente um privilégio de poucos. Em dias atuais, ainda convivemos, em termo pragmáticos (e referido problema não é recorrente somente entre Estados carentes ou em curso de desenvolvimento, mas também entre os desenvolvidos, mudando unicamente a intensidade como se mostra, aqui e acolá, o problema), com uma educação que ainda é emoldurada num quadro de privilégios. Hoje, mas do que oferecer educação a todos, o desafio é oferecer (ou garantir que se ofereça) educação de qualidade a todos, realidade que fora captada pelo legislador constituinte como podemos notar nos artigos 206, VII, e 209, II, da Constituição Federal”. Menciona, ainda que o “Estado deve passar a representar o instrumento mais persuasivo no sentido de criar condições que possam senão, de pronto, estancar referidas diferenças [decorrentes da condições econômicas dos indivíduos], diminuí-las crescentemente até ser atingido o ponto ótimo,

apenas de alguns, mais carentes²⁹⁶, conforme se depreende do art. 205, da CF²⁹⁷. Isso decorre do fato de os direitos sociais demandarem diferentes deveres, afetos a pessoas menos ou mais abastadas, como o dever *de respeitar*, de proteger e *de promover*. Nessa esteira, oportuno recorrer-se à lição de Jorge Reis Novais:

O Estado tem, por exemplo, como correlativo do direito ao ensino ou à educação, o dever de respeitar o acesso individual de todos ao bem educação. Está obrigado a respeitar o direito de todos, de uma criança rica ou de uma criança pobre. *O Estado não pode impedir o acesso de um filho de um milionário a esse bem, está obrigado a respeitá-lo e mais, a protegê-lo de eventuais ameaças*. Se não o respeitar, se não proteger – sendo este dever também de execução diferenciada em função de condições, circunstâncias e necessidades de protecção específicas -, viola o direito de tal criança à educação ou ao ensino. Já, porém, quando se trata do dever estatal de promoção do acesso individual à educação correlativo do mesmo direito, essa obrigação de promoção é intrinsecamente diferenciada, ou seja, se é certo que a obrigação de o Estado promover o acesso é geral e universal, já, numa situação de escassez de recursos, a modalidade concreta e a forma como repercute em cada indivíduo está essencialmente ligada, por força da observância do princípio constitucional da igualdade, à necessidade, diferente, de ajuda estatal que cada um apresenta²⁹⁸.

Dessarte, todos têm direito à educação, porém, para usufruir desse direito alguns cidadãos demandam do Estado a protecção de sua liberdade de escolha da instituição de ensino - apresentando-se como uma faceta da liberdade de ensino²⁹⁹-;

que é a efetiva pulverização universal do direito à educação com qualidade”. ANDRADE, Cássio Cavalcante. Op. Cit., p. 88.

²⁹⁶ Tais direitos revestem-se “do direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas criadas pelos poderes públicos, bem como do direito de igual quota-parte (participação) nas prestações fornecidas, por estes serviços, à comunidade”. E, acrescenta que, na medida em que esses direitos, sobretudo, “os dependentes de condições econômicas favoráveis, são concretizados, não podem sofrer retrocesso, ou seja, não podem deixar de ser fornecidos pelo Estado nem, tão pouco, terem sua quantidade de serviço diminuída”. Porém, caso isso ocorra, “os cidadãos podem recorrer ao judiciário para reclamar a manutenção do nível de realização”. Tratando dos direitos derivados a prestações, a partir da visão de Canotilho. Segundo esse autor, os direitos fundamentais se subdividem em direitos derivados a prestações e direitos originários a prestações. No dizer de Canotilho, citado por Maliska, “a partir da garantia Constitucional de certos direitos, se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos”. MALISKA, Marcus Augusto. *O direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2001. p. 145 e 148.

²⁹⁷ Aqui se está a tratar da universalização do direito, independente da previsão constitucional. Isso porque, segundo o artigo 208, somente o ensino médio tenderia à universalização, assunto que será aprofundado no item 4.2.4..

²⁹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais...*, p. 49.

²⁹⁹ “Sinteticamente, tendo em conta o enquadramento normativo acima referido pode dizer-se que a liberdade de ensino para além de incluir naturalmente o direito de acesso à escola (a qualquer escola), implica a liberdade de escolha da escola, seja da escola mais adequada ao projecto educativo que se pretenda ou que os pais pretendam para os filhos menores (escolha da escola que julguem mais adequada à sua educação ou formação intelectual, cultural, cívica, moral, religiosa, etc.), seja da escola que, na perspectiva da pessoa, propicia formação científica e profissional que se pretende (que se projecta na liberdade de escolha de curso ou de área científica); e compreende ainda as liberdades na escola (em especial, as liberdades de professores e alunos na escola,

enquanto outros indivíduos, por outro lado, exigem a promoção desse direito, por intermédio da disponibilização de estabelecimentos escolares, por exemplo. De qualquer forma, o direito à educação se apresenta como um direito de todos, porém o dever estatal de *proteção* e *promoção* desse direito pode diversificar-se conforme a disponibilidade e as opções do Estado e os recursos dos particulares.

Outro contorno dos direitos sociais previsto no direito à educação diz respeito ao fato de os direitos sociais serem concebidos como *direitos face ao Estado*³⁰⁰, o que poderia acarretar despesas para o Poder Público. Atinente ao custo desses direitos (dimensão positiva), esse deve ser pago pelo Estado, porém, “em última análise, o Estado *cobra* essa factura aos pagadores de impostos, ou seja, de outros particulares”³⁰¹. Nesse contexto, Jorge Reis Novais infere que o direito social também seria um direito contra os particulares e não apenas contra o Estado. Contudo, não se pode olvidar que o Estado é obrigado a cumprir com a prestação e será em face dele que os particulares deverão reivindicar seus direitos.

Daí emerge a seguinte questão: o direito à educação no âmbito privado seria um direito social, inobstante a dimensão positiva desses direitos, que demanda prestação estatal? Em qualquer caso, inobstante aparente a “*contrapartida na relação jurídica que tem como objecto o direito social*” advir de “*um particular ou uma empresa privada, na realidade é o Estado, já que o objecto do direito social em questão é, primariamente, a prestação normativa a que se obriga, ou seja, a aprovação da norma*”³⁰². Noutros termos, compete ao ente estatal, no caso do

associadas à autonomia do estabelecimento)”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O papel... In* HOMEM, Antonio Pedro Barbas (coord.). Op. Cit., p. 14/15.

³⁰⁰ Essa característica, como já dito entretantes, não é uma característica exclusiva dos direitos sociais, pois o Estado tem o mesmo dever de proteção, face a ameaças ou agressões provindas de entidades privadas, no tocante ao “direito à saúde (direito social) ou do direito à integridade física (direito de liberdade), do direito à inviolabilidade de domicílio (direito de liberdade) ou do direito à habitação (direito social), da liberdade de aprender e ensinar (direito de liberdade) ou do direito ao ensino (direito social)”. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais...*, p. 55.

³⁰¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais...* p. 56.

³⁰² “Em rigor, essa conclusão coloca-nos formalmente num dilema: ou nos obrigaria a reformular aquela primeira definição em que elegemos como objecto principal do dever estatal uma prestação fáctica, ou nos obrigaria a excluir este tipo de direitos da consideração como direitos sociais. No entanto, optamos conscientemente por não *aceitar* o dilema, seja pela citada associação ineliminável desta prestação normativa à conseqüente prestação fáctica, seja pelo carácter marginal e específico deste tipo de direitos no conjunto dos direitos sociais. No fundo, estaríamos enredados num preciosismo analítico que nos abrigaria a considerar, por exemplo, o direito a um salário mínimo ou a férias pagas na função pública como direito social e o mesmo direito na actividade privada como direito de liberdade...”. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais...* p. 57.

ensino superior privado, a *prestação normativa*³⁰³, isto é, compete ao Poder Público prever a atuação do setor privado no segmento de educação, o que o fez, no caso brasileiro, por intermédio da abertura constitucional contida no artigo 209, ao dispor que o serviço de ensino seja por uma entidade privada prestado - não sendo função exclusiva do Estado -, bem como é dever do Estado acompanhar a qualidade da atividade, estabelecendo, por exemplo, critérios de aferição dessa³⁰⁴.

Desse modo, percebe-se que, muito embora o direito à educação apresente facetas de direito de liberdade – como a liberdade de aprender e ensinar, a liberdade de escolher o estabelecimento de ensino ou um determinado currículo acadêmico de preferência do estudante para sua formação ou, ainda, a liberdade de contratar uma instituição de ensino privada -, o direito à educação sob sua dimensão principal ou o direito a título principal, ou seja, o que é essencial à sua constituição³⁰⁵, reveste-se de natureza de direito social. Nesse viés, a estrutura típica dos direitos de liberdade apresentada no direito à educação revela-se acessória ou instrumental.

Pertinente também diferenciar o *direito à educação* do *direito ao acesso ao ensino superior*, pois não há de se confundir aquele (que possui objeto amplíssimo) com este. No Brasil, inobstante o direito à educação estar consignado em todas as Constituições, somente a Carta Constitucional de 1988 veio a tratar sobre o direito

³⁰³ Os direitos a prestações, segundo José Carlos Vieira de Andrade, “impõem ao Estado o *dever de agir*, quer seja para protecção dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais contra a actividade (excepcionalmente, a omissão) de terceiros, quer seja para promover ou garantir as condições materiais ou jurídicas de gozo efectivo desses bens jurídicos fundamentais. Em qualquer dos casos o direito pode ser a prestações materiais (intervenção policial ou prestação de ensino ou cuidados médicos) ou jurídicas (emissão de normas penais ou regulamentação das relações de trabalho ou do arrendamento para habitação)”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. Cit., p. 192.

³⁰⁴ “Quanto à eficácia do direito à educação, ou seja, para a obtenção de resultados constitucionais adequados, capazes de concretizá-lo, é indispensável, que se tenham critérios razoáveis de aferição dos resultados, com o objetivo de se constatar se estes foram realmente atingidos e, conseqüentemente, serem estabelecidas novas metas e programas sociais. A sistematização de metas e indicadores da realização de direitos sociais passa, necessariamente, por um compreensão das diversas dimensões dos direitos sociais, como no controle no orçamento público e dos critérios das decisões administrativas, chegando a uma reflexão sobre a ética dos recursos escassos, em conformidade como os princípios da transparência e da moralidade”. COSTA, Denise Souza. Op. Cit., p.180.

³⁰⁵ Jorge Reis Novais refere-se à distinção determinante entre o que ele chama de “direito como um todo e cada uma das faculdades pretensões ou deveres particulares que o integram”. Para o autor português, “no direito como um todo é possível destacar, se bem que bem sempre com o mesmo grau de evidência, uma direito ou uma pretensão que constitui o essencial ou o sentido primário da garantia proporcionada pela norma de direito fundamental e relativamente à qual as outras faculdades, deveres ou pretensões, igualmente integrantes do direito como um todo, assumem uma função acessória ou instrumental”. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais...* p. 51.

de acesso ao ensino superior³⁰⁶. Note-se que o “direito de acesso ao ensino corresponde a uma das facetas do direito à educação, que engloba além de direitos sociais, também de direitos individuais, as liberdades e as garantias atreladas à sua satisfação”³⁰⁷, assim como demanda uma prestação estatal (seja com a construção de universidades, seja com o estabelecimento de uma norma - imposição legiferante para a viabilidade da prestação). Desse modo, “na medida em que o Estado não tem como suprir a demanda de vagas no ensino superior há de se buscar vias alternativas para que não ocorra violação ao direito de acesso ao ensino superior”³⁰⁸, como o Programa Universidade para Todos – PROUNI. Neste caso, a proteção e o fomento estatal assumirão “*carácter meramente compensatório, cujo escopo máximo é evitar o esvaziamento do direito fundamental de acesso ao ensino superior (mínimo existencial), sendo asseguradas às universidades particulares condições mínimas*”³⁰⁹ para manutenção dos acadêmicos em cursos que apresentem serviço com certa qualidade.

Com efeito, pode-se afirmar que o direito de acesso significa a existência (ou disponibilidade) de vagas, caso o indivíduo seja aprovado no processo seletivo (oportunidade em que comprovará sua capacidade, conforme estabelece a parte final do inciso V, artigo 208, da CF). Neste caso, programas governamentais (como o citado PROUNI) possibilitam a oferta de vagas em estabelecimentos particulares, além das vagas disponíveis nas universidades públicas, de modo a concretizar o direito de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, instrumento para a eficácia do direito ao acesso à educação no âmbito superior.

³⁰⁶ As Constituições anteriores não trouxeram nenhum artigo tratando sobre a matéria ou utilizaram, indiscriminadamente, a expressão ensino superior, sem abordar o tema de forma profunda.

³⁰⁷ MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. *O Direito Fundamental de Acesso ao Ensino Superior: a “estatização” de vagas nas universidades particulares*. In HOMEM, António Pedro Barbas (org.). Op. Cit., p. 106.

³⁰⁸ MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. *O Direito Fundamental de Acesso ao Ensino Superior...* p. 121.

³⁰⁹ “O acesso ao ensino superior público não pode ocorrer, exclusivamente, através de universidade pública, cabendo ao Estado garantir, quando necessário, através dos meios adequados, a concretização do direito de acesso ao ensino superior nas instituições particulares, buscando uma harmonização ou concordância prática quando das colisões entre os princípios que o norteiam”. MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. *O Direito Fundamental de Acesso ao Ensino Superior...* p. 122 e 126.

Compreendido o direito à educação como um direito social, seja no setor público ou setor privado, passa-se a estudar os efeitos desejados com tal direito, isto é, quais seus objetivos.

O artigo 205, da CF, é claro ao dispor que a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Do referido dispositivo, de plano, extraem-se os responsáveis por garantir o direito à educação: (i) o Estado, (ii) a família e (iii) a sociedade, todos de forma distinta.

Quanto ao primeiro, nas linhas acima ficou clara a função estatal, seja promovendo, seja protegendo o direito em questão. Notadamente no âmbito do ensino superior prestado pelo setor privado, o Estado assume o papel de colaborador, supervisor e avaliador³¹⁰. Com relação às atribuições da família atinentes à educação, essas podem ser compreendidas como o direito de *escolher o ensino* que será ministrado aos seus filhos, bem como o dever de *assegurar-lhes educação*. E, ainda, pode-se destacar outro aspecto do dever familiar, o dever jurídico de educar seus filhos³¹¹, conforme se depreende dos artigos 205; 208, §3º³¹²; 227³¹³ e 229³¹⁴ da CF. No que tange ao papel da sociedade, Marcos Maliska aponta dois aspectos: um, atrelado à possibilidade de atuação do setor privado (objeto de análise no item anterior); dois, vinculado à sociedade como um “lugar em

³¹⁰ Como dito alhures, o “Estado não assume apenas os papéis de fomentador da política educacional e de agente prestador de educação (o que faz, geralmente, por meio de instituições públicas de ensino), mas também de autorizador da exploração, pela iniciativa privada, do ensino, como aliás, reza o artigo 209 da Constituição, já que adotado o sistema híbrido de seu oferecimento, com participações pública e privada conforme principiou a parte final do inciso III, do artigo 206, da Constituição. Neste caso, a própria Constituição”. ANDRADE, Cássio Cavalcante. Op. Cit., p. 91.

³¹¹ Segundo Marcos Augusto Maliska, “o verbo ‘dever’ deve ser compreendido como algo mais que ter direito. Desta forma, os pais não somente possuem o direito de educar os filhos e de determinar o gênero de educação a ser dado a eles, como possuem o dever de exercê-lo”. MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2001. p. 159.

³¹² Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...)§ 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.

³¹³ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

³¹⁴ Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

que a educação e seus atributos são desenvolvidos, ou seja, a sociedade como o lugar das oportunidades”³¹⁵.

Esses seriam, então, os atores sociais responsáveis pela concretização do direito à educação, a quem competiria buscar, de acordo com o previsto no artigo 205, o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, objetivos reproduzidos no artigo 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Depreende-se, pois, três “supedâneos teleológicos da educação”³¹⁶, que vão além de garantir a possibilidade de leitura ou escrita, base que continuará a ser descortinada no artigo 206 seguinte, dispositivo que elenca os princípios norteadores do ensino, como a igualdade (inciso I), a liberdade (inciso II), o pluralismo e a coexistência (inciso III), a gratuidade do ensino público (inciso IV), a valorização dos profissionais da educação escolar (inciso V), a gestão democrática do ensino público (inciso VI), a garantia do padrão de qualidade (inciso VII) e o piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública (VIII).

O primeiro objetivo, elencado pelo texto constitucional, a ser atingido seria o pleno desenvolvimento da pessoa. Porém, esse não se limita ao alcance de condições exigidas pela sociedade³¹⁷, pelo mercado ou pela realidade exterior³¹⁸, pois o “ser humano é fonte inesgotável de crescimento e expansão no plano intelectual, físico, espiritual, moral e social”³¹⁹. Nessa trilha, “a educação deve ter como escopo o oferecimento de condições formais e materiais para o

³¹⁵ MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2001. p. 158.

³¹⁶ ANDRADE, Cássio Cavalcante. Op. Cit., p. 91.

³¹⁷ “A educação assumiu muitas formas no passado e se demonstrou capaz de adaptar-se à mudança das circunstâncias, de definir novos objetivos e elaborar novas estratégias. Mas, permitam-me repetir: a mudança atual não é igual às que se verificaram no passado. Em nenhum momento crucial da história da humanidade os educadores enfrentaram desafio comparável ao divisor de águas que hoje nos é apresentado. A verdade é que nós nunca estivemos antes nessa situação. Ainda é preciso aprender a arte de viver num mundo saturado de informações. E também a arte mais difícil e fascinante de preparar seres humanos para essa vida”. (BAUMAN, Zigmunt. *44 Cartas do Mundo Líquido Moderno*. O mundo inóspito à educação? (3). Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 125)

³¹⁸ “*El conocimiento, más que un médio para saber, es un instrumento para convivir. Su función más importante no consiste en reflejar una supuesta verdad objetiva, adecuando nuestras percepciones a la realidad exterior, sino en convertirse en el dispositivo más poderoso a la hora de configurar un espacio democrático de vida común entre los seres humanos. Y es que nuestros principales problemas colectivos no so, contra lo que suele afirmarse, problemas de voluntad, de falta de decisión o de inmoralidade; deberíamos considerarlos también fracasos cognoscitivos o que tienen su origen en una organización deficiente del conocimiento desde el punto de vista de su legitimidad democrática*”. INNERARITY, Daniel. *La democracia del conocimiento: por una sociedad inteligente*. Barcelona: Espasa Libros, 2011. p. 11.

³¹⁹ COSTA, Denise Souza. Op. Cit., p. 23.

desenvolvimento pleno destas inúmeras capacidades, em busca do aprimoramento individual, em condições de liberdade e dignidade³²⁰. A educação, com efeito, seria um instrumento fomentador da cidadania, outro alvo do direito à educação³²¹.

Por intermédio do desenvolvimento do indivíduo e para o exercício da cidadania, factível em razão da educação³²², “o indivíduo compreende o alcance de suas liberdades, a forma de exercício de seus direitos e a importância de seus deveres, permitindo a sua integração em uma democracia efetivamente participativa³²³. Por isso, a educação é um dos pressupostos para exercício da cidadania e, por consequência, da democracia, “investindo o cidadão com o poder de fazer as melhores escolhas para além de eleger os seus governantes³²⁴, como opinar na elaboração das escolhas coletivas que servirão de base das políticas públicas³²⁵, por exemplo.

A respeito da vinculação do direito à educação ao exercício das liberdades, denota-se, como afirmou Norberto Bobbio, ser apenas aparente a contradição entre direitos sociais e de liberdade, eis existir, de fato, uma relação de complementaridade, no sentido de que os direitos sociais são a condição para o exercício dos direitos de liberdade, pois “só podem ser assegurados garantindo-se a cada um o mínimo de bem-estar econômico que permite uma vida digna³²⁶”.

Infere-se, portanto, uma ligação significativa entre o preparo para o desenvolvimento da personalidade, que consiste em “em formar indivíduos capazes

³²⁰ Idem.

³²¹ “Observa-se que há uma nova visão da educação decorrente das constantes mudanças operadas na sociedade, sendo incontroverso que esta é um requisito indispensável ao exercício da cidadania”. Idem.

³²² Como ponderou Marcos Maliska, “cada vez mais, a educação passará a ocupar uma posição de destaque nas questões de ordem pública, pois é a escola – não exclusivamente, mas em cooperação com a família – que dá os contornos da vida cidadã”. MALISKA, Marcos Augusto. *Educação Universitária, Igualdade e Diferença: análise de uma medida de inclusão social*. pp. 343-356. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. (Org.). *Educação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 343.

³²³ COSTA, Denise Souza. Op. Cit., p. 23

³²⁴ Ibidem, p. 86.

³²⁵ Políticas públicas configuram decisões de caráter geral que apontam rumos e linhas estratégicas de atuação governamental, reduzindo os efeitos da descontinuidade administrativa e potencializando os recursos disponíveis ao tornarem públicas, expressas e acessíveis à população e aos formadores de opinião as intenções do governo no planejamento de programas, projetos e atividades. Nesse sentido, “as políticas orientam a ação estatal, diminuindo os efeitos de um dos problemas constitutivos do regime democrático: a descontinuidade administrativa, decorrente da renovação periódica dos governantes” (SCHMIDT, João Pedro. *Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos*. in *Direitos sociais & políticas públicas*, tomo 8. p. 2312).

³²⁶ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 106/107.

de autonomia intelectual e moral e respeitadores dessa autonomia em outrem”³²⁷, e outro aspecto do direito à educação, o preparo para a cidadania, a qual deve ser compreendida como a participação ativa do cidadão³²⁸. Permite-se dizer que a cidadania possui três características centrais, a saber: “a *identidade*, ou seja, cada pessoa sendo livre e autônoma (...); a *integração social*, uma vez que o indivíduo deve sentir e saber de sua importância perante a comunidade e, por último, a *superação*, traduzida na vontade de buscar algo a mais”³²⁹.

Ou ainda, como expõe Jaime Pinsky, deve consistir em uma gama de direitos, deveres e atitudes “relativos ao cidadão, aquele indivíduo que estabeleceu um contrato com seus iguais para a utilização de serviços em troca de pagamento (taxas e impostos) e de sua participação, ativa ou passiva, na administração comum”. Na prática, “cidadania pode ser qualquer atitude cotidiana que implique a manifestação de uma consciência de pertinência e de responsabilidade coletiva”³³⁰. Para isso, a educação deve propiciar autonomia ao indivíduo para buscar o conhecimento, não se reduzindo ao seu mero acesso ao ensino, pois “a democracia é, segundo princípio fundamental, assunto de cidadãos emancipados, informados, não de uma massa de ignorantes”³³¹. Desse modo, a democracia tem a cidadania como base.

³²⁷ PIAGET *apud* MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2001. p. 160.

³²⁸ “O conceito atual de cidadania – que define cidadão apenas como titular de direitos e não de deveres – deve ser superado para uma ideia de participação mais ativa dos cidadãos não constituição de uma sociedade mais justa”. Nesse sentido, “a cidadania deve ser concebida como um direito, sendo que, simultânea e paralelamente, a noção de dever deve ser inserida no seu conteúdo, já que não existem direitos sem os seus correlatos deveres” LOPES, Ana Maria D’Avila. Op. Cit. In LIMA, Martonio Mont’ Alverne; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Org.). Op. Cit., p. 84 e 87.

³²⁹ SOUZA, André Barbieri. *A necessária reinvenção da cidadania: uma fundamental construção social*. In: Direitos fundamentais e cidadania. In FACHIN, Zulmar (Coord.). Op. Cit., p. 31.

³³⁰ “Nesse sentido, exercer a cidadania tanto é votar como não emporcalhar a cidade, respeitar o pedestre nas faixas de trânsito (haverá algum cidadão motorista?) e controlar a emissão de ruídos”. PINSKY, Jaime. Op. Cit., p. 18/19. Ser cidadão é participar e a participação é um instrumento poderoso, pois eleva a dignidade e “lhe abre possibilidades de desenvolvimento e realização”. KLIKSBURG, Bernardo. Como por em prática a participação? Algumas questões estratégicas. in *Gestão pública e participação*, Salvador: Fundação Luis Eduardo Magalhães, 2005. p. 96.

³³¹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução portuguesa por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 133. Conforme leciona Marcos Augusto Maliska, “o legítimo poder democrático é exercido quando a sociedade é composta por cidadãos ativos, cidadãos que exercem plenamente a sua cidadania, que não deve ser compreendida em um sentido formal e abstrato, mas como um conjunto de fatores que possibilita o controle do poder pela participação ativa dos envolvidos”. MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2001. p. 161.

O terceiro e último escopo do direito à educação, segundo o artigo 205, refere-se à *qualificação para o trabalho*. No âmbito da sociedade, considerando a prestação do serviço educacional pelo setor privado, observa-se a contribuição para a consecução desse objetivo por intermédio do ensino ministrado. Contudo, na seara do Estado e da família, exceto no tocante à prestação do serviço público em instituições estatais, a qualificação para o trabalho poderia ser compreendida como direito às *condições* de qualificação para o trabalho. Em outras palavras, caberia ao Estado e à família, nesse aspecto, no cumprimento de seu dever de garantir a educação, disponibilizar instrumentos ou formas – seja por intermédio de uma prestação normativa ou até mesmo uma prestação pecuniária (um auxílio da família ou um financiamento estatal, por exemplo) - para que o cidadão concretize essa faceta do direito à educação, qualificando-se para o exercício de uma atividade profissional³³².

Assim, considerando a forma de atuação e a responsabilidade das instituições privadas de ensino superior (item 3.1.), bem como a natureza do direito à educação e seus escopos constitucionais – definidos na parte final do artigo 205, da CF (item 3.2) -, no próximo tópico abordar-se-á a natureza da relação estabelecida entre os estabelecimentos de ensino e os estudantes, na busca da concretização de seu direito à educação superior. Com isso, tentar-se-á definir o regime jurídico a que está submetida essa relação que tem por objeto direito essencial, segundo disposição constitucional.

3.3. Natureza jurídica do serviço prestado pelas instituições de ensino superior privadas

Após esclarecer o contexto constitucional em que estão inseridas as instituições privadas de ensino superior, sua forma de atuação e as funções do

³³² Note-se que, em uma visão marxista, uma medida fundamental para que a escola cumprisse papel importante era justamente a *articulação das atividades de trabalho e educação*. “Segundo Marx, essa articulação elevaria o proletariado acima das classes aristocrática e burguesa, pois a união desde cedo entre trabalho e educação seria um ganho real na formação dos trabalhadores, na medida em que significaria uma unidade entre atividades intelectuais e manuais. Para o autor alemão, a condição de engajamento dos trabalhadores nos processos produtivos, todo o seu desenvolvimento prático, uma vez aliado ao conhecimento dos fundamentos científicos e tecnológicos da produção, mais o conhecimento de línguas, literaturas, história, etc. elevariam o espírito proletário. A complementação desse processo educativo seria dada pela totalidade da práxis revolucionária no cotidiano das lutas e das atividades auto-educativas das lutas sociais”. SOUZA JUNIOR, Justino de. Op. Cit., p. 177/178.

Estado com relação à liberdade de ensino (especificamente fazendo referência ao dispositivo 209 da Constituição), assim como definir os contornos do direito à educação e o que legislador constituinte pretende com sua eficácia – objetivo a ser atingido, conforme artigo 205, da CF -, buscar-se-á, neste tópico, delinear a natureza da relação jurídica existente entre estabelecimentos de ensino e seus acadêmicos, pública ou privada. A importância de compreender essa relação reside no fato de a natureza dessa – pública ou privada – interferir no *regime jurídico* que será adotado para interpretar as situações afetas a instituições privadas de ensino e acadêmicos.

Para definir a natureza da atividade em tela, deve-se, desde logo, esclarecer se o *serviço educacional superior privado* poderia ser classificado como um *serviço público*, pois, caso assim seja, apresentaria o que Celso Antônio Bandeira de Mello denominou de “*traço formal* indispensável, que lhe dá justamente caráter de noção jurídica, consistente em um *específico regime de Direito Público*”³³³. Assim, se a prestação educacional privada for serviço público, inexoravelmente terá de se nortear por alguns princípios, como o da permanência (ou da continuidade), da generalidade (ou da igualdade), da eficiência (também conhecido por ‘mutabilidade’), da modicidade (atinentes às tarifas) e o da cortesia (traduz-se em bom tratamento para o público)^{334 335}. Caso contrário, ou seja, não se configurando serviço público, a

³³³ “(...) o único objeto que o juiz, o advogado, o intérprete do sistema em geral procuram é o conjunto de regras que regula determinada situação ou hipótese. Segue daí que de nada lhes adianta qualquer conceito, categoria ou noção, por mais aliciente que seja, se não lhes fornecer a indicação dos princípios e regras pertinentes à solução de questões jurídicas”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 661/662.

³³⁴ Esses são os requisitos do serviço público na lição de Hely Lopes Meirelles: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 356/357. No entanto, não se pode deixar de mencionar que outros autores, como Jean Rivero, Jean Waline, Georges Vedel e Pierre Devolve, apontam como princípios do serviço público os da mutabilidade, continuidade e igualdade. Alguns agregam ainda o princípio da gratuidade (como Jean De Soto). MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 664/665.

³³⁵ No entender de Celso Antônio Bandeira de Mello, os princípios norteadores do serviço público – se constituem no aspecto formal do conceito e compõe, portanto, seu regime jurídico – são os seguintes: 1) *dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação*, seja diretamente, nos casos em que é prevista a prestação direta, seja indiretamente, mediante autorização, concessão ou permissão, nos casos em que permitida tal modalidade, que, de resto, é a regra geral. Segue-se que, se o Estado omitir-se, cabe, dependendo da hipótese, ação judicial, para compeli-lo a agir ou responsabilidade por danos que tal omissão haja causado. 2) *princípio da supremacia do interesse público*, em razão do que, tanto no concernente à sua organização quanto no relativo ao seu funcionamento, o norte obrigatório de quaisquer decisões atinentes ao serviço serão as conveniências da coletividade; *jamaiz os interesses secundários do Estado ou os dos que ajam sido investidos no direito de prestá-los*, daí advindo, conseqüentemente, o 3) *princípio da adaptabilidade*, ou seja, sua utilização e modernização, conquanto, como é lógico, dentro das possibilidades econômicas do Poder Público; 4) *princípio da universalidade*, por força do qual o serviço é indistintamente aberto à generalidade do público; 5) *princípio da impessoalidade*, do que decorre a inadmissibilidade de discriminações entre os usuários;

atividade de ensino no setor privado dirigir-se-á pelas normas de Direito Privado – sem desconsiderar, é claro, o cumprimento das normas gerais da educação, a autorização e fiscalização estatal (artigo 209, da CF), bem como a observância dos direitos fundamentais³³⁶.

Nessa esteira, o problema interpretativo passa pela compreensão do que se deva entender por serviço público, para então avançar sobre o ponto seguinte: a prestação de serviço no âmbito do ensino superior privado se trata de serviço público?

A questão é bastante controversa e aqui, de forma alguma, ousar-se-ia elucidá-la por completo em tão poucas tintas. Todavia, é importante tentar adentrar, ainda que superficialmente, nos contornos do problema, se não para solucioná-lo, ao menos para inferir não se tratar de ponto pacífico. Ao fim e ao cabo, intenta-se esclarecer a relevância dos reflexos dessa classificação na relação entre alunos e instituições de ensino.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, serviço público trata-se de prestação oferecida aos “*administrados em geral, de utilidades ou comodidades materiais* (como água, luz, água, gás, telefone, transporte coletivo etc.) singularmente fruíveis pelos administrados que o *Estado assume como próprias*”, em razão de serem reputadas “*imprescindíveis, necessárias ou apenas correspondentes a conveniências básicas da Sociedade, em dado tempo histórico*”³³⁷. Eros Roberto Grau, por sua vez, assevera que serviço público, “na noção que dele podemos enunciar, é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao

6) *princípio da continuidade*, significando isto a impossibilidade de sua interrupção e o pleno direito dos administrados a que não seja suspenso ou interrompido. O 7) *princípio da transparência*, impositivo da liberação a mais ampla possível ao público em geral do conhecimento de tudo o que concerne ao serviço e à sua prestação, aí estando implicado o 8) *princípio da motivação*, isto é, o dever de fundamentar com largueza todas as decisões atinentes ao serviço; 9) *princípio da modicidade das tarifas*; deveras, seu Estado atribui tão assinalado relevo à atividade a que se conferir tal qualificação, por considerá-la importante para o conjunto de membros do corpo social, seria rematado dislate que os integrantes dessa coletividade a que se destina devessem, para desfrutá-lo, pagar importâncias que os onerassem excessivamente e, pior que isto, que os marginalizassem.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 666/667.

³³⁶ “*Porque uno de los riesgos inherentes a estas operaciones de camuflaje (cuando el Estado, no viste de uniforme, sino que decide ir de civil) es el de permitir que determinados servicios se presten sin sujeción a los principios y límites propios del Derecho público (básicamente, la observancia de los derechos fundamentales y del principio de igualdad)*”. UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *Eficacia Horizontal...* In TEPEDINO, Gustavo (Org.). Op. Cit., p. 224.

³³⁷ *Ibidem*, p. 662/663.

desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit)” ou, em outras palavras, é a “atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima)”³³⁸.

Não obstante os conceitos doutrinários, Hely Lopes Meirelles pontua que não se pode indicar, na doutrina, as atividades que constituem serviço público, pois o conceito varia conforme as exigências sociais de cada época. No mesmo passo, não se pode afirmar que serviço público é assim classificado por sua essencialidade³³⁹ – leia-se: atividades vitais -, posto existirem atividades dispensáveis pela sociedade que são realizadas pelo Estado como serviço público³⁴⁰. E, ainda, não é *atividade em si* – como a prestação de serviço educacional - que tipifica o serviço público,

(...) visto que algumas podem ser exercidas pelos cidadãos, como objeto da iniciativa privada, independentemente de delegação estatal, dos serviços gerais de assistência técnica de televisores, de veículos, de entrega de mercadorias, que são prestados ao público em geral e a quem deles necessita mas, embora satisfaçam a interesses da coletividade, *não se caracterizam como serviços públicos exatamente porque não são submetidas (as atividades) a um regime jurídico de direito público, ainda que possam estar sujeitas a fiscalização, controle ou, mesmo, autorização*, que, no caso, não tem natureza de delegação justamente por não se tratar de serviço público, constituindo, sim, emanação do poder de polícia³⁴¹.

Quanto à titularidade estatal para fins de classificação do serviço público, Celso Antônio Bandeira de Mello distingue a titularidade do *serviço* da titularidade da *prestação do serviço*. Para ele, a titularidade do serviço público sempre será do Estado, ao passo que a prestação poderá se dar por meio do particular e/ou outras pessoas de direito público interno ou da administração indireta, por meio da *autorização*, permissão ou concessão. Contudo, “é óbvio que nos casos em que o Poder Público não detém exclusividade do serviço, não caberá imaginar esta

³³⁸ GRAU, Eros Roberto. Op. Cit., p. 135.

³³⁹ Em sentido contrário, afirma Antônio Carlos Cintra do Amaral: “Outro equívoco é falar-se em serviço público *essencial*. A prestação dos serviços é *dever* do Poder Público, que pode prestá-los direta ou indiretamente. Se um determinada atividade foi definida pelo ordenamento jurídico como ‘serviço público’, ela é essencial à comunidade. Não há serviços públicos *essenciais* e serviços públicos *não-essenciais*. Nem serviços públicos *mais essenciais* e *menos essenciais*. O Poder Público tem o dever de prestar, adequada e continuamente, todos os serviços públicos, como tais definidos pelo ordenamento jurídico. Pode simplesmente optar entre a prestação direta e indireta”. AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Op. Cit., p. 18.

³⁴⁰ A título exemplificativo, no Brasil, a Loteria Federal e a Loteria Esportiva. MEIRELLES, Hely Lopes. Op. Cit., p. 351.

³⁴¹ Idem.

outorga, pois quem o desempenhe prescinde dela para o exercício da atividade em questão”³⁴².

Assim, partindo-se da premissa de que será serviço público o prestado pelo Estado por intermédio de autorização e não há lógica em depender de autorização se o serviço não for de prestação estatal exclusiva³⁴³, a prestação de serviço educacional no âmbito privado apresenta características de questionável enquadramento no campo do serviço público. Isso porque, segundo o texto constitucional, *o ensino privado depende de autorização do Poder Público, em contrapartida, não se trata de atividade exclusiva do Estado*. Tanto que, na interpretação do Ministro Paulo Brossard, o artigo 209, da CF, em outras palavras, estabelece “que o ensino não é privilégio nem monopólio do Estado”, ao contrário, “assegurando a livre iniciativa privada, a Constituição está a afirmar que o ensino público não é exclusivo”³⁴⁴.

A propósito, convém, ainda, mencionar que Carlos Ari Sundfeld, em razão da titularidade, distingue serviços *públicos* de serviços *sociais*. Esses são, “à semelhança dos serviços públicos, atividades cuja realização gera utilidades ou comodidades, que os particulares fruem direta ou individualmente”. Entretanto, “diferenciam-se daqueles por não serem de titularidade estatal”. Entre os serviços sociais (e não públicos) estariam “os serviços de educação (CF, arts. 205 a 208, e 210 a 214)”. Daí, segundo acrescenta o autor, decorre uma importante consequência: “quando prestados pelo Poder Público, submetem-se ao regime de direito público; quando prestados pelos particulares, sujeitam-se ao regime de direito privado”³⁴⁵; em razão de os serviços sociais serem, ao mesmo tempo, atividade

³⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 669.

³⁴³ Para Eros Roberto Grau, o serviço público delegado (entenda-se: concedido ou permitido) indica que a sua prestação não é exclusiva do Estado, mas preferencial: “A prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podemos afirmar que o serviço público é um tipo de atividade econômica. Serviço público é o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público. Não exclusivamente, note-se, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão. Daí poderemos também afirmar que o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica está para o setor privado”. GRAU, Eros Roberto. Op. Cit., p. 101.

³⁴⁴ STF – ADI 319 – Rel. Ministro Moreira Alves – DJ 30/04/1993. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 83-84.

³⁴⁵ “A prestação de tais serviços é dever inafastável do Estado, tendo os indivíduos o direito subjetivo de usufruí-los. O objetivo do Constituinte ao outorgar tais competências ao Poder Público não foi o de reservá-las, mas sim o de obrigar ao seu exercício. Os particulares exploram os serviços sociais independente de qualquer delegação estatal. Tais serviços se desenvolvem, portanto, em setores não

estatal e atividade dos particulares³⁴⁶. Portanto, para Carlos Ari Sundfeld, a prestação de serviço educacional por um ente privado se caracteriza como serviço social³⁴⁷ e submete-se ao regime de direito privado.

Some-se aos argumentos acima expostos – no sentido de prevalecer o regime privado no serviço educacional particular -, o fato de a relação de serviço público distinguir-se da relação de consumo existente entre instituições privadas de ensino e acadêmicos³⁴⁸. No primeiro, o Poder Público presta o serviço diretamente ou repassa tal obrigação via concessão ou permissão. Neste caso, a permissionária ou “concessionária é *obrigada* a prestar o serviço cujo *exercício* lhe foi atribuído, mas o poder concedente continua com o *dever* constitucional de prestá-lo”. E, em caso de inadimplemento pela permissionária ou concessionária “gera sua *responsabilidade* perante o usuário, mas também *responsável* é, solidariamente, o poder concedente, na medida em que mantém a titularidade do serviço concedido”³⁴⁹. Por outro lado, na relação entre estabelecimento privado de ensino e alunos, o prestador obriga-se a atender o consumidor³⁵⁰, tendo o Poder Público o

reservados ao Estado, mas livres aos particulares.” SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direitos público*. 5ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2010. p. 84.

³⁴⁶ Seria o que Antônio Carlos Cintra do Amaral denominou de “um terceiro grupo de atividades”, como “as relativas à saúde e à educação, é atribuído simultaneamente ao Poder Público e à iniciativa privada”. AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Op. Cit., p. 17.

³⁴⁷ Em outras palavras, porém denominando os contratos de prestação de serviço social de “plurilaterais”, Jaime Pinsky afirma que a “diferença de espírito, digamos assim, entre os contratos bilaterais e plurilaterais (também chamados sociais ou associativos) é enorme. Naqueles impera o interesse individual dos contratantes, cada um procurando beneficiar-se à custa do outro: o vendedor valoriza ao máximo a coisa que vende e o comprador esforça-se por pagar o menor preço. Nos contratos sociais, ao contrário, as partes não se colocam nunca como antagônicas, objetivando extrair a máxima vantagem do negócio, mas põem-se uma ao lado da outra, procurando conjugar esforços em vista do objetivo comum”. PINSKY, Jaime. Op. Cit., p. 09.

³⁴⁸ Saliente-se que não se descarta o fato de a relação entre concessionário ou permissionário e usuário poder configurar relação de consumo (assim como, relação de serviço público). No entanto, a intenção é destacar a diferença da responsabilidade das partes (Estado, ente privado e usuário/consumidor) nas duas situações citadas – relação entre alunos e instituições de ensino. Aponte-se, ainda, que não se desconhece posicionamentos judiciais que consideram a relação de serviço público como de natureza de consumos, bem como posicionamentos contrários, como de Antonio Carlos Cintra do Amaral, que defende ser o “tratamento dado ao usuário de serviço público pela Constituição e pela lei” diverso “do dispensado ao consumidor”, em razão de a Carta Magna tratar os dois assuntos em dispositivos distintos. Some-se também o fato de a Emenda Constitucional 19/1998 determinar que o Congresso deverá elaborar “lei de defesa do usuário de serviços públicos”. Para ele, “isso equivale ao reconhecimento implícito de que essa defesa é juridicamente diversa da ‘defesa do consumidor’, já regulada pela Lei 8.078/1990”. Ibidem, p. 117.

³⁴⁹ Ibidem, p. 115.

³⁵⁰ Saliente-se que há controvérsias atinentes à aplicação do Código de Defesa do Consumidor à relação pedagógica entre instituições privadas de ensino superior e alunos, nesse sentido: “Admitindo-se que a relação pedagógica em sala de aula não comporta regulação direta pelo Código de Defesa do Consumidor, como se constituísse, ela própria, uma relação de consumo, não se pode

dever de regular a relação contratual entre eles, protegendo a parte mais fraca – sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. Na prestação do serviço pelo ente privado, o inadimplemento acarreta a responsabilidade do fornecedor, não havendo responsabilidade estatal pelo cumprimento das obrigações, sendo essa a diferença mais relevante.

Por sua vez, para Eros Roberto Grau, não importa quem preste os chamados serviços públicos – União, Estados-membros e Municípios ou *particulares*. Serviços de educação e saúde, “em qualquer hipótese, quer sejam prestados pelo Estado, quer por particulares, configuram *serviço público – serviço público não privativo*”³⁵¹. Para ele, seria insustentável o raciocínio de que os serviços possuídos de substrato de atividade econômica quando desenvolvidos pelo Estado seriam serviço público; quando pelo setor privado³⁵², caracterizar-se-ia tal desenvolvimento, então, como modalidade de atividade econômica em sentido estrito. O equívoco decorre, segundo ele, de premissa errônea, ou seja, a de que a mesma atividade caracteriza ou deixa de caracterizar serviço público conforme esteja empreendida pelo Estado ou pelo setor privado. Nesse contexto, tanto o serviço de educação quanto de saúde prestado pelo ente privado seria serviço público e, por isso mesmo, segundo Eros Roberto Grau, “é que os arts. 209 e 199 declaram expressamente serem livres à iniciativa privada a assistência à saúde e ao ensino – não se tratassem saúde e ensino de serviço público razão não haveria para as afirmações dos preceitos constitucionais”³⁵³.

negar, por outro lado, que os eventos que ocorrem em sala de aula podem *repercutir, mesmo que indiretamente*, na relação de consumo, que vincula o aluno ou o seu responsável à instituição de ensino”. GORON, Lívio Goellner. *Serviços educacionais e direito do consumidor*. In: Direito & Justiça. Porto Alegre, v. 38, n. 2, p. 192-199, jul./dez.2012. p. 195.

³⁵¹ GRAU, Eros Roberto. Op. Cit., p. 123.

³⁵² Segundo José Afonso da Silva, as normas constitucionais têm “o significado jurídico de elevar a educação à categoria de serviço público essencial, que ao Poder Público impende possibilitar a todos – de onde a preferência constitucional pelo ensino público, pelo quê a iniciativa privada, nesse campo, embora livre, é, no entanto, secundária e condicionada (arts. 209 e 213)”. SILVA, José Afonso da. *Comentário...*, p. 801.

³⁵³ “Cumprir distinguir, desde logo, os serviços públicos privativos dos serviços públicos não privativos. Entre os primeiros, aqueles cuja prestação é privativa do Estado (União, Estado-membro ou Município), ainda que admitida a possibilidade de entidades do setor privado desenvolvê-los, apenas e tão-somente, contudo, em regime de concessão ou permissão. Entre os restantes – serviços públicos não privativos – aqueles que em edições anteriores deste livro equivocadamente afirmei terem por substrato atividade econômica que tanto pode ser desenvolvida pelo Estado, enquanto serviço público, quanto pelo setor privado, caracterizando-se tal desenvolvimento, então, como modalidade de atividade econômica e sentido estrito. Exemplos típicos de serviços públicos não privativos manifestar-se-iam nas hipóteses de prestação do serviço de educação e saúde. O raciocínio assim desenrolado era evidentemente errôneo, visto ter partido de premissa equivocada,

Para configurar o serviço educacional privado como serviço público, poder-se-ia cogitar, ainda, que a autorização seria uma modalidade de delegação de serviço público³⁵⁴. Contudo, tal premissa não afastaria a discussão, inclusive mencionada em tópico pretérito, em que se destacou que o artigo 175 da CF, trata de delegação e se restringiu a tratar sobre concessão e permissão. Além disso, diferente do que ocorre na delegação, na autorização não há transferência da execução de serviços a particulares, mediante regulamentação e controle do Poder Público, existe somente a regulamentação (por meio das normas gerais da educação) e o controle do Estado (fiscalizando e autorizando o exercício da atividade). Ademais, o ente estatal permanece exercendo sua função – não deixando de atuar ou reduzindo o âmbito de desenvolvimento da atividade educacional por conta da atuação privada. Desse modo, para fins de enquadrar a atividade privada de educação como serviço público, tentar considerar a autorização (art. 209, II, da CF) como um ato de delegação não parece ser um caminho sem obstáculos.

Outro ponto que merece alusão refere-se ao *regime jurídico* como ponto de partida para a conceituação de serviço público. Eros Roberto Grau considera “inteiramente equivocada a tentativa de conceituar-se *serviço público* como atividade sujeita a *regime de serviço público*”³⁵⁵, pois implicaria o privilégio da forma em detrimento do conteúdo. Noutros termos, “a atividade fica sujeita a um determinado regime jurídico porque é serviço público e não o inverso”³⁵⁶. Na contramão desse pensamento, Celso Antônio Bandeira de Mello defende a existência de serviço público “se o regime de sua prestação for o regime administrativo, ou seja, se a prestação em causa configurar atividade administrativa pública, em uma palavra,

ou seja, a de que a mesma atividade caracteriza ou deixa de caracterizar serviço público conforme esteja empreendida pelo Estado ou pelo setor privado. Isso, como se vê, é inteiramente insustentável. Assim, o que torna os serviços públicos não privativos distinto dos privativos de os primeiros poderem ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização, ao passo que os últimos apenas poderão ser prestados pelo setor privado sob um desses regimes”. GRAU, Eros Roberto. Op. Cit., p. 123.

³⁵⁴ “Nessa linha, sob pena de negar o núcleo dos incisos [art. 21, inciso XI e XII, da CF], não há negar que a Constituição prevê três modalidades de delegação: concessão, permissão e autorização”. A delegação “é utilizada para o transpasse da *execução de serviços* a particulares, mediante regulamentação e controle do Poder Público. A delegação é essencial para a legalidade da prestação por parte do particular, sob pena de se tornar ‘clandestina’, isto é, sem a indispensável regulamentação e controle público”. MEIRELLES, Hely Lopes. Op. Cit., p. 431.

³⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. Op. Cit., p. 117.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 136.

*atividade prestada sob o regime de Direito Público*³⁵⁷. Com ele, encontram-se diversos doutrinadores³⁵⁸. Com efeito, partir do regime jurídico não aponta a resposta relativa à questão se ensino superior privado seria ou não um serviço público.

Enfim, para definir serviço público, seria possível recorrer ao entendimento segundo o qual compete à lei³⁵⁹ ou à Constituição Federal, as quais expressam a vontade soberana do Estado³⁶⁰, qualificando o serviço como *público*³⁶¹.

Como pondera Antônio Carlos Cintra do Amaral, “o conceito de ‘serviço público’ é um conceito jurídico-positivo”, ou seja, “*serviço público* é o que o ordenamento jurídico de um dado país diz que é”, logo, “no Brasil serviço público é o que o Direito Brasileiro define como tal”³⁶². Noutros termos, compete à Constituição Federal atribuir determinadas atividades ao Poder Público. Assim, “serão *obrigatoriamente* serviços públicos (obviamente quando volvidos à satisfação da coletividade em geral) os arrolados como de competência das entidades públicas”³⁶³. Por múltiplas razões, as normas definem certas atividades como serviços públicos: seja para ordenar o aproveitamento de “recursos finitos (como os hidroelétricos), controlar a utilização de materiais perigosos (como os potenciais nucleares), favorecer o rápido desenvolvimento nacional, *realizar a justiça social*, manter a unidade do país, e assim por diante”³⁶⁴.

³⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 668.

³⁵⁸ Gastón Jezé, Bernard Chenot, Cretella Jr (*apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 668).

³⁵⁹ “Este é outro problema a enfrentar. Pode o Estado, a seu alvedrio, qualificar novas atividades como serviços públicos, bastando, para tanto, que isto seja feito por lei? Parece-nos que não. Embora, como dito, não haja limites precisos que separem a atividade econômica propriamente dita de serviço público, isto não quer dizer que o fato de provir de manifestação de competência legislativa baste para qualificar determinada atividade econômica como serviço público, sob pena de comprometermos a interpretação do art. 173 a CF, que, como dito, fez questão de reafirmar a atuação excepcional do Estado na exploração direta da atividade econômica”. ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Breves considerações sobre a intervenção do Estado no domínio econômico e a distinção entre atividade econômica e serviço público. SPARAPANI, Priscila; ADRI, Renata Porto (Coord.). *Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 24.

³⁶⁰ “Além disso, a alusão a atividades econômicas que não podem ser serviço público (atividade econômica em sentido estrito) evidencia a impossibilidade de o legislador, discricionariamente, qualificar qualquer parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público”. GRAU, Eros Roberto. *Op. Cit.*, p. 135.

³⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. Cit.*, p. 352.

³⁶² AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Op. Cit.*, p. 17.

³⁶³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 674.

³⁶⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direitos público*. 5ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2010. p. 84.

Atinente ao ensino superior, não há dúvidas quanto à sua importância e aos seus nobres objetivos (ar. 205, da CF), o que justificaria a opção do legislador constituinte em classificá-lo como um serviço público. Todavia, não se pode deixar de mencionar que existem outras atividades com objetivos tão relevantes quanto os dos serviços públicos que não são assim denominados. A título ilustrativo, cite-se, a propósito, o direito ao livre exercício de qualquer atividade econômica, o qual também deve se pautar nos ditames da justiça social e, quando da prestação do serviço, em regra geral³⁶⁵, não será denominado de serviço público.

Com relação à atribuição do ente responsável pelo serviço, concernente à matéria *ensino superior*, pode-se citar o artigo 23, inciso V, da Constituição Federal, que prevê a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para proporcionar os *meios de acesso à cultura, à educação e à ciência*. Com relação à educação *em geral*, não especificamente ao ensino superior, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, caracterizaram-se como serviço público os estampados nos dispositivos 205³⁶⁶ e 208^{367 368}.

³⁶⁵ Diz-se “em regra geral”, pois a prestação do serviço educacional também pauta-se na liberdade da iniciativa privada, porém é considerado por boa parte da doutrina – Eros Roberto Grau, Hely Lopes Meirelles - como serviço público.

³⁶⁶ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

³⁶⁷ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.

³⁶⁸ “No que concerne à esfera federal, é o que se passa com o serviço postal e o Correio Aéreo Nacional (art. 21, X, da Constituição), com os serviços de telecomunicações, serviços de radiofusão sonora – isto é, rádio – e de sons e imagens – ou seja, televisão, serviços e instalações de energia elétrica e aproveitamento energético dos custos d’água, navegação aérea, aeroespacial, infraestrutura aeroportuária, transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de mais de um Estado ou Território, transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, exploração dos portos marítimos, fluviais e lacustres (art. 21, XII, letras ‘a’ a ‘f’), seguridade social (art. 194), serviços de saúde (art. 196), assistência social (art. 203) e educação (art. 205 e 208)”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 674.

No que concerne especificamente ao ensino superior, dos citados artigos, é possível extrair o dever (amplo e não específico) do Estado para com a educação (art. 205) e, do inciso V, do art. 208, o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um, que pode ser compreendido como o ensino superior³⁶⁹. Assim, o ensino superior seria objeto do artigo 205, por se tratar de educação em geral, e do artigo 208, por versar sobre o acesso ao ensino superior.

Quanto ao disposto no inciso V, do artigo 208, destaca-se que o texto constitucional não coloca que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia *de educação superior*, mas de *acesso*, diferente do que ocorre com o direito à educação básica³⁷⁰. Tal distinção – entre educação básica obrigatória e ensino superior não universal – decorre das “desigualdades naturais entre os homens (de aptidões, de vocações, de interesses)”³⁷¹ e reconhecer essas diferenças vai ao encontro do princípio da igualdade. Desse modo, as capacidades devem ser apuradas mediante avaliações. Nesse contexto, “o vestibular torna-se a principal forma de ingresso na universidade, pois é através dele que o conhecimento do candidato é aferido”³⁷² e a legitimidade para ocupar um assento universitário é garantida.

Importante, neste ponto, retomar a *diferença* entre direito à educação e direito ao acesso ao ensino superior, sendo este *apenas* uma das facetas daquele, que consiste basicamente no direito ao ingresso, a qual dependerá da capacidade do indivíduo para o seu preenchimento e da existência de vagas – competindo ao Estado disponibilizar as vagas (no ensino público ou em instituições privadas, por

³⁶⁹ “O dispositivo refere-se à educação superior, na extensão dada pelo art. 44 da LDB”. E, acrescenta: “o Estado compromete-se com a educação superior, no limite da capacidade intelectual individual, o acesso, indiscutivelmente, deve levar em conta a isonomia Constitucional e os processos legítimos previamente disciplinados em leis e nos estatutos das universidades (art. 51 da LDB)”. MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2001. p. 230 e 233.

³⁷⁰ “No ensino fundamental a oferta gratuita de ensino pelo Estado é reputada obrigatória para todos aqueles que não tenham condições de custeá-lo (art. 208, I, da CF/1988); no ensino médio, colocando-se um passo atrás, a Constituição contempla a *progressiva* universalização do acesso, como um *mandamento de otimização* (inc. II); na esfera do ensino superior, por último, não há previsão acerca de uma oferta estatal universal”. GORON, Lívio Goellner. *Serviços educacionais e direito do consumidor*. In: *Direito & Justiça*. Porto Alegre, v. 38, n. 2, p. 192-199, jul./dez.2012. p. 193.

³⁷¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 392.

³⁷² MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2001. p. 233.

intermédio de programas governamentais). Nesse sentido, aliás, o artigo 23, inciso V, da CF, prevê ser de competência comum dos entes federativos proporcionar os *meios de acesso* à cultura, à *educação* e à ciência.

Desse modo, considerando a atribuição constitucional de definir o que é serviço público, o que o faz ao estabelecer a competência das entidades públicas (União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios), e os dispositivos constitucionais que versam sobre o direito à educação notadamente no ensino superior (artigos 23, 205 e 208, da CF) observa-se que seria *questionável* a classificação da prestação do serviço *educacional* privado como serviço público, pois não resta consignado de forma clara no texto constitucional a obrigação estatal de garantir o acesso dos cidadãos ao ensino superior. Esse dependerá da capacidade de cada um e da existência de vagas. Não há obrigação de disponibilização vagas condizentes com o número de indivíduos capacitados – com base em uma nota mínima, por exemplo -, nem uma tendência à universalização – com o aumento progressivo de vagas.

Percebe-se, portanto, não ser inconcussa a classificação do ensino superior prestado pelo setor privado como serviço público - o que faria com que o regime jurídico aplicado às relações entre instituições de ensino e alunos fosse eminentemente de Direito Público, logo, aplicar-se-iam os princípios atinentes ao serviço público (como o da continuidade, da igualdade, da eficiência, da modicidade das tarifas e o da cortesia, na classificação de Hely Lopes Meirelles).

Na hipótese de enquadramento da prestação do serviço educacional privado como serviço público, poder-se-ia refletir na aplicação do princípio da modicidade das tarifas. Ora, no âmbito do ensino superior privado não se emprega, ao menos não categoricamente, esse princípio – que exige *tarifas* razoáveis -, haja vista que o preço é estipulado e definido pelas instituições de ensino. A regulamentação estatal é vinculada ao *reajuste* das mensalidades escolares, mas não propriamente às tarifas – a lei 9.870/99 regula expressamente a majoração das mensalidades, estipulando que o reajuste deverá tomar por base o valor total anual praticado no ano imediatamente anterior, acrescido de montante proporcional à variação de custos a título de pessoal e de custeio. Com isso, há o cumprimento do *dever de transparência* estampado no Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, *caput*) e, ao

mesmo passo, um certo afastamento da perspectiva de o serviço educacional privado ser classificado como serviço público.

Por outro lado, pode-se advogar a aplicação do princípio da continuidade às instituições privadas de ensino nas situações de encerramento das atividades, oportunidade em que deverão comunicar ao Ministério da Educação para que haja a cessação dos efeitos do ato autorizativo, a transferência dos alunos matriculados e a diplomação dos alunos concluintes, de modo a garantir a ininterrupção dos estudos ou a conclusão. Porém, sob outro viés, não se pode olvidar que “não cabe impor ao estabelecimento privado a obrigação de fornecer ensino privado de forma indeterminada ao aluno que por ele não paga, ao mesmo tempo em que não pode o aluno restar prejudicado pela interrupção abrupta do ciclo pedagógico”³⁷³. Nesse panorama, a Lei n. 9.870/99 proíbe penalidades pedagógicas – suspensão de provas, retenção de documentos – em razão do inadimplemento, bem como prevê que o desligamento do aluno, por inadimplemento³⁷⁴, somente poderá ocorrer no final do ano letivo ou, no ensino superior, ao final do semestre letivo quando a instituição adotar o regime didático semestral. Assim, “fica plenamente caracterizado, portanto, o caráter ininterrupto da prestação educacional *dentro do ano ou do semestre letivo*, como é próprio da concepção mitigada que se tem em vista”³⁷⁵, o que justificaria a adoção de uma “*continuidade mitigada*”³⁷⁶.

Muito embora o ensino atraia alguns princípios norteadores do serviço público – como da igualdade (art. 206, inciso I, da CF), do padrão de qualidade (art. 206, inciso VII, da CF), da cortesia -, não é possível concluir sem sombra de dúvidas que ensino privado justapõe-se à estrutura do serviço público. A relação existente entre alunos e instituições privadas no âmbito do ensino superior submete-se a uma pluralidade de normas, muitas vezes de competência controvertida (educação ou consumo?). O controle do preço das mensalidades – por intermédio da regulação do reajuste (Lei n. 9.870/99) - e a proibição de desligamento de acadêmico inadimplente no curso do semestre ou ano letivo materializa, de forma mais branda,

³⁷³ GORON, Lívio Goellner. *Serviços educacionais e direito do consumidor*. In: Direito & Justiça. Porto Alegre, v. 38, n. 2, p. 192-199, jul./dez.2012. p. 197.

³⁷⁴ Saliente-se, por oportuno, que a Lei n. 8.987/95, a qual dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, prevê no artigo 6º, parágrafo 3º, inciso II, que não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

³⁷⁵ GORON, Lívio Goellner. *Serviços educacionais e direito do consumidor...* p. 198.

³⁷⁶ GORON, Lívio Goellner. *Serviços educacionais e direito do consumidor...* p. 198.

a *noção* de modicidade e continuidade do serviço educacional. Na visão de Nina Beatriz Ranieri, “a natureza pública da atividade educacional na esfera privada determina a derrogação parcial de prerrogativas inerentes ao regime privatístico por normas de direito público”, por conta da “prevalência da finalidade pública sobre o interesse particular, *muito embora ambos se confundam em face dos fins da atividade educacional*”³⁷⁷³⁷⁸.

Poder-se-ia, ainda, segmentar o regime em decorrência do exercício de *atos delegados* - como a outorga do grau, a emissão dos diplomas -, os quais seriam identificados com o regime de Direito Público; dos atos realizados com base na relação contratual - como a suspensão do contrato em razão do inadimplemento das mensalidades -, os quais seriam regidos pelo Direito Privado, visto se tratar de vínculo obrigacional e individual (e não coletivo ou social, como o serviço público).

Ao que parece, o mais adequado na perspectiva da máxima eficácia dos direitos fundamentais, seria um regime jurídico *híbrido*, com contornos de Direito Privado e Público concomitantemente, em que se respeitaria a natureza privada das instituições particulares de ensino superior, nos termos do artigo 209, da CF; sua natureza (não meramente) mercantil. E, ainda, concernente ao direito à educação (art. 6º e 205, da CF), em razão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, competiria também às instituições de ensino a sua concretização, porém sob o regime *híbrido*, que permitiria a aplicação dos princípios empregados ao serviço público de maneira atenuada.

Entende-se que a relação entre instituições de ensino e alunos deve ser vista e analisada tanto pelos estabelecimentos privados e pelos acadêmicos, como pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário³⁷⁹ por esse prisma, sob pena de a interferência dos poderes estatais extrapolar a liberdade de ensino (art. 209, CF), assim como as atribuições dos estabelecimentos particulares de ensino superior

³⁷⁷ RANIERI, Núbia Beatriz. *Educação superior brasileira: reforma e diversificação institucional*. São Paulo: EDUSP: FAPESP, 2000. p. 134.

³⁷⁸ Atinente à finalidade pública, note-se que “o principal objetivo da relação educacional é a formação do aluno, o que é seu direito individual”, assim, “o interesse público é que a educação fornecida pelas IES seja de qualidade, tornando efetivo o processo de ensino e de aprendizagem no nível superior”. (GOMES, Magno Federici. *Educação superior privada como serviço de utilidade pública*. In: Ensaio: aval. pol. públ. Educ. Rio de Janeiro, v. 17, n. 63, p. 263-292, abr./jun.2009. p. 275).

³⁷⁹ A forma de se conceber a natureza do serviço prestado pelas instituições de ensino superior, bem como o regime jurídico adotado pode interferir na interpretação das situações envolvendo alunos e estabelecimentos particulares de ensino, logo, na interpretação judicial das normas (legais e contratuais) que regulam essa relação.

(inc. I e II, art. 209, da CF), podendo acarretar a redução da colaboração dos entes privados neste segmentos, bem como reduzir a eficácia do direito à educação nessa seara – assunto que será abordado também no Capítulo IV deste trabalho.

4. O DIREITO À EDUCAÇÃO NO ÂMBITO DO ENSINO SUPERIOR PRIVADO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO E DA INTERPRETAÇÃO DOS TRIBUNAIS

4.1. Considerações introdutórias

No âmbito do ensino superior privado é possível observar a manifestação de diversos direitos fundamentais. Dos mais evidentes, haja vista o objetivo precípua das escolas privadas, como o direito à educação, aos mais (aparentemente) imprevisíveis, como o direito à liberdade sexual. No contexto universitário, há uma gama bastante diversificada de interesses que convivem simultaneamente e devem manter-se em equilíbrio a fim de permitir o diálogo diário entre seus partícipes – sejam alunos, pais, professores e/ou dirigentes.

Todavia, nem sempre a relação na seara da academia é pacífica e ausente de controvérsias. Em diversas situações, direitos fundamentais encaram-se e dificilmente recuam de forma amistosa, oportunidade em que, por mais das vezes, competirá ao Poder Judiciário intervir com o intuito de buscar uma solução para a controvérsia posta, sempre tendo em vista a importância da maior eficácia dos direitos fundamentais em conflito.

A partir daí, a primeira pergunta a ser respondida seria qual a melhor forma de atuação do Poder Judiciário? Ou, ainda, porém em outras palavras, o que se espera do Poder Judiciário? Apenas a solução da questão controvertida, um posicionamento que resguarde a segurança jurídica das partes e/ou um pronunciamento que poderá refletir em casos futuros em decorrência de sua similitude fático-jurídica? A segunda, então, seria como dar maior eficácia a direitos fundamentais igualmente protegidos pela Carta da República?

As perguntas acima são bastante complexas e certamente demandariam diversos estudos para respondê-las de forma exaustiva. Porém, como o objeto do presente trabalho não é exatamente a atuação do Poder Judiciário, mas sim a eficácia de alguns direitos fundamentais expressos no âmbito do ensino superior, restringir-se-á então a apontar alguns caminhos que a doutrina vem trilhando para que as decisões sigam em direção à maior satisfação dos direitos fundamentais em conflito nos casos concretos.

Evidencia-se que se forem respeitados o princípio da igualdade e a segurança jurídica, independente dos direitos fundamentais em colisão no caso concreto, haverá maior eficácia aos direitos que se apresentarem em conflito.

Isso porque, o princípio da segurança jurídica, como bem ponderou Celso Antonio Bandeira de Melo, “se não é o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito, é, indubitavelmente, um dos mais importantes entre eles”³⁸⁰. Traduz, na doutrina e na jurisprudência, a proteção de direitos pela imutabilidade das relações ou situações jurídicas já estabelecidas. Noutros termos, de certa maneira, revela um sentimento de justiça³⁸¹. Enquanto a igualdade, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, “é elemento indissociável do Estado Democrático de Direito e, bem por isso, está fortemente grifado na Constituição Federal, iluminando a compreensão, a aplicação e a construção do ordenamento jurídico”. Nessa conjuntura, não é preciso lembrar que tanto o Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) quanto os particulares estão submetidos ao princípio da igualdade, notadamente o Judiciário se submete a ele “no que diz respeito ao tratamento igualitário das partes no interior do processo”, em contrapartida, nas palavras do citado autor, “o Judiciário de *civil law* não se submete ao princípio da igualdade no momento de decidir, vale dizer, no instante de cumprir seu dever, prestando a tutela jurisdicional”³⁸². Apesar disso, o tratamento igualitário transmite, assim como a segurança jurídica, um sentimento de justiça, exceto, por óbvio, nas situações que justificam e impõe um tratamento desigual.

Portanto, o *desrespeito* ao princípio da igualdade e/ou ao da segurança jurídica na análise judicial de casos em que direitos fundamentais estão em conflito, de certa maneira, não garantirá a maior eficácia desses direitos, pois violarão e/ou simplesmente omitirão a existência e/ou a importância de outros. Destarte, a

³⁸⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso...*, p. 93.

³⁸¹ “A justiça é invariavelmente crítica. Não importa se estamos discutindo *bailouts* ou Corações Púrpuras, barrigas de aluguel ou casamento entre pessoas do mesmo sexo, ação afirmativa ou serviço militar, os salários dos executivos ou o direito ao uso de um carrinho de golfe, questões de justiça são indissociáveis de concepções divergentes de honra e virtude, orgulho e reconhecimento. Justiça não é apenas a forma certa de distribuir as coisas. Ela também diz respeito à forma certa de avaliar as coisas”. SANDEL, Michael J. *Justiça - O que é fazer a coisa certa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 322/323.

³⁸² Acrescenta, ainda, o autor que: “O Judiciário deixa de observar o princípio da igualdade no momento mais importante de sua atuação, exatamente quando tem de realizar o principal papel que lhe foi imposto. Raciocínio contrário, capaz de desculpá-lo, seria razoável apenas se lhe coubesse decidir os casos iguais de forma desigual”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2011. p. 140/141.

segurança jurídica e a isonomia, apesar de sempre se mostrarem como pano de fundo em todas as decisões judiciais, não podem simplesmente ser ignoradas pelo Poder Judiciário no momento da tomada de decisão.

A partir dessa linha de raciocínio, para análise dos casos concretos, adotar-se-á a doutrina dos *precedentes*³⁸³, pelas razões apontadas por Luiz Guilherme Marinoni, como a segurança jurídica, o princípio da igualdade, a coerência da ordem jurídica, como manifestação do respeito à hierarquia, o controle do poder do juiz (garantia de imparcialidade), o desestímulo à litigância, a despersonalização das demandas, a maior eficiência do Poder Judiciário, entre outras. Assim, por conta de mencionada doutrina visar à garantia de determinados direitos – não os diretamente em conflito no caso concreto, como a segurança jurídica - quando da decisão judicial, já na origem do pronunciamento, de certa maneira, asseguram maior eficácia dos direitos fundamentais das partes. Não soa demasiado anotar que a “decisão, vista como precedente, interessa aos juízes – a quem incumbe dar coerência à aplicação do direito – e aos jurisdicionados – que necessitam de segurança jurídica e previsibilidade para desenvolverem suas vidas e atividades”³⁸⁴.

No entanto, importa esclarecer o que é, de fato, um precedente. Apesar de as decisões judiciais reiteradamente utilizarem o termo para fins de citar posicionamentos pretéritos que versaram basicamente sobre a mesma matéria (de direito, no caso dos Tribunais superiores), decisão judicial³⁸⁵ e precedente³⁸⁶ são

³⁸³ “(...) no que respeita a seus aspectos finalísticos, a adoção de precedentes normativos se justifica na medida em que se busca promover alguns valores que lhe são correlatos, a saber: a *segurança* e a *previsibilidade* jurídica; a *uniformidade* do direito e a *isonomia* entre os cidadãos; a credibilidade das cortes; a *redução de litígios*; e a *preservação da força normativa da Constituição*, em virtude do respeito à autoridade da exegese produzida pela STF”. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 162.

³⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...* p. 138, 103/190. E, ainda, não se pode deixar de mencionar, sob pena de restringir em demasiado a visão do presente estudo, os argumentos contrários à força obrigatória dos precedentes, os quais são rebatidos, um a um, pela teoria do *stare decisis*, a saber: obstáculo ao desenvolvimento do direito e ao surgimento de decisões adequadas às novas realidades sociais; óbice à realização da isonomia substancial; violação ao princípio da separação dos poderes; violação da independência dos juízes, do princípio do juiz natural; violação da garantia de acesso à justiça. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...* p. 190/212

³⁸⁵ A esse respeito, oportuno mencionar que “buscar um conceito para o precedente judicial pode parecer, num primeiro olhar, tarefa um tanto quanto trivial, já que no ambiente do direito não se precisa muito para perceber que o precedente corresponde a uma decisão pronunciada pelo Judiciário. O problema é que se todo precedente é uma decisão judicial, não parece razoável, da nossa realidade judiciária, considerar-se toda decisão um precedente judicial”. SANTOS, Evaristo

conceitos que não se confundem³⁸⁷. Só faz sentido falar em precedente “quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados”³⁸⁸. Noutras palavras, “expressa a ideia de *uma* decisão, isto é, uma decisão que, independente da força vinculativa formal, *tem potencial* para influenciar na solução de casos futuros”³⁸⁹.

Contudo, muitas vezes não basta apenas um pronunciamento judicial para formar um precedente, pois os contornos de um precedente dependem muitas vezes de inúmeras decisões, “pode-se dizer que a força normativa de um julgado se fortalecerá na medida em que novas decisões forem tornando mais determinado seu comando”³⁹⁰. Entretanto, o oposto também pode ocorrer, no caso, por exemplo, de um *holding* se sujeitar a tantas interpretações restritivas que reste completamente esvaziado³⁹¹. E, ainda, para ser apontado como um precedente, a decisão deve ter enfrentado todos “os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto”³⁹². Isso porque, a leitura e/ou utilização dos precedentes, em sua origem (*Common Law*³⁹³), vai dos fatos para o direito, ou seja,

Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente judicial*. In: Direito Jurisprudencial. Coord. Tereza Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2012. p. 135.

³⁸⁶ Para trazer o termo cunhado no *common law* para a realidade brasileira, poder-se-ia citar o chamada ‘dissídio jurisprudencial’ que, bem na verdade, se trata de um “dissídio entre *precedentes* de dois tribunais”. Neste caso, “mais do que apresentar a divergência entre os posicionamentos, o recorrente precisa demonstrar, *analiticamente*, esse dissídio. Isto é, mediante o cojeto *das duas decisões individualmente consideradas e na sua integralidade*”. SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente...* p. 144.

³⁸⁷ Pertinente, nesse contexto, definir também o termo “jurisprudência”. Esse “traz intrínseca a ideia de conjunto”. Para Evaristo Aragão Sampaio, a nota distintiva essencial entre ‘precedente’ e ‘jurisprudência’ seria “a pluralidade de decisões”. E acrescenta: “Desde a massa de pronunciamentos produzida pelo Judiciário até um grupo uniforme de manifestações a respeito de determinado tema, o que temos sempre, é um conjunto de decisões. Quando todas espelham um mesmo entendimento a respeito de determinada questão, comumente se adjetiva esse linha constante de entendimento de ‘corrente’ jurisprudencial’ ou de ‘jurisprudência dominante’”. SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente...* p. 142.

³⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...* p. 215.

³⁸⁹ “Toda a decisão que tenha esse potencial pode ser considerada, de maneira ampla, como um precedente judicial”. SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente...* p. 143

³⁹⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Op. Cit., p. 139.

³⁹¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Op. Cit., p. 139.

³⁹² “Em suma, é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...* p. 216.

³⁹³ Por certo que o presente estudo busca uma aproximação entre o *civil law* e o *common law*. Todavia, não se pode desconsiderar a realidade brasileira, em que as decisões judiciais não são tratadas como fonte criadora do direito. “Isso difere substancialmente da realidade vivenciada no *common law*. Embora, lá, um precedente interpretativo também se torne obrigatório na interpretação

a primeira pergunta que depara o intérprete antes de indicar uma decisão como precedente é: os fatos analisados naquele caso pretérito são os mesmos que os enfrentados na situação ora em análise? Caso positivo, passar-se-á à próxima questão: qual foi a solução jurídica encontrada naquele caso?³⁹⁴

No *Common Law* a busca pelo significado dos precedentes está, essencialmente, na sua fundamentação, logo, para definir uma decisão como precedente, não basta analisar sua parte dispositiva. Ou melhor, a essência dos precedentes está “nas razões pelas quais se decidiu de certa maneira ou nas razões que levaram à fixação do dispositivo”³⁹⁵. Porém, emerge a pergunta: o que seria a *ratio decidendi*³⁹⁶ na *common law*? Como identificar as razões que levaram a determinada decisão?

Ora, a “razão de decidir, numa primeira perspectiva, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão”³⁹⁷. Não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra, vale dizer, é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório³⁹⁸.

E onde reside a importância da busca da definição de razões de decidir (*ratio decidendi*)? Para quê serve afinal identificá-la? A necessidade de evidenciar a razão de decidir está no fato de, na doutrina de precedentes, essa ser a parte da decisão que tem efeito vinculante, de modo a obrigar os juízes a respeitá-lo nos julgamentos

desse mesmo dispositivo em casos futuros, admite-se o precedente como fonte criadora do direito em caráter, digamos, *ex novo*.” SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente...* p. 138.

³⁹⁴ “(...) o sistema opera no sentido de encontrar não a *única*, mas, sim, a *melhor* interpretação possível (ou solução) possível para determinada questão jurídica naquele específico cenário histórico-social”. Leia-se: “a melhor interpretação possível em relação ao *sistema jurídico*”. No entanto, persiste a seguinte dúvida: qual seria essa melhor interpretação? Seria aquela que conta “como o consenso da maioria no âmbito do sistema jurídico”. Isso, no entanto, coloca outra questão: “que seria, então, esse *consenso da maioria*?” Seria “aceitar que, de determinado momento em diante, a maioria da comunidade jurídica se dispõe a aceitar determinada solução jurídica como a ‘melhor possível’ em relação a outras, em princípio, igualmente viáveis”. Esse consenso seria formado paulatinamente “a partir dos debates e decisões pronunciadas nos inúmeros processos que ocupam o Judiciário”. SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente...* p. 155/156.

³⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...* p. 221.

³⁹⁶ O *holding* ou *ratio decidendi* constitui a *norma extraída do caso concreto que vincula os tribunais inferiores*. Porém, “a expressão *ratio decidendi* não é unívoca, sendo mais utilizada na Inglaterra, em algumas oportunidades, como sinônimo de *holding*, e, em outras, como correspondente à fundamentação da decisão, à razão de decidir (mesmo porque, para alguns, o *holding* abrange a razão de decidir)” (MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Op. Cit.*, p. 119).

³⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...* p. 222.

³⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...* p. 222.

posteriores³⁹⁹. Porém, a identificação da *ratio* sempre se mostrou difícil⁴⁰⁰, bem como saber quem a define – “se o órgão que institui o precedente ou se aquele que está a analisar se o precedente há de ser aplicado ao caso que está em suas mãos para o julgamento”⁴⁰¹⁴⁰².

A despeito das dificuldades práticas apresentadas pelo modelo de precedentes, no formato adotado no *common law*, não restam dúvidas que, quando são consideradas as razões para a decisão (e não somente a parte dispositiva, como basicamente ocorre no sistema do *civil law*) torna-se possível que fatos e relações jurídicas similares tenham a mesma solução, de modo a garantir segurança jurídica para as partes e a não violar o princípio da igualdade, sobretudo no sentido de que casos iguais *devem* ser tratados da mesma forma. Com isso, trazendo o modelo para o sistema brasileiro, as decisões acabam por dar maior eficácia aos direitos fundamentais, por definir qual direito deve prevalecer em caso de conflito em um contexto/cenário de segurança jurídica e igualdade e não de insegurança, instabilidade e tratamento desigual.

Definido o foco em que as decisões judiciais serão analisadas – à luz do sistema de precedentes -, importa demarcar o formato de estudo dos direitos fundamentais em conflito.

Partir-se-á do marco teórico trazido por Virgílio Afonso da Silva em seu livro “Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia”. Significa dizer que se rejeitará, de plano, a ideia de direitos com seus limites imanentes, adotando-

³⁹⁹ Evaristo Aragão Sampaio define o caráter vinculante do precedente como “o precedente judicial em sentido estrito”, termo que designaria “um pronunciamento judicial que, *por sua autoridade e consistência, deveria ser adotado por outros juizes como padrão para a decisão de casos semelhantes*”. SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente...* p. 145.

⁴⁰⁰ “Não há sinal de acordo, no *common law*, acerca de uma definição de *ratio decidendi* ou mesmo de um método capaz de permitir sua identificação”. De qualquer forma, não se pode deixar de mencionar o teste de Wambaugh e o método de Goodhart, por sua notoriedade. Para compreendê-los melhor consultar: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...* p. 223/233

⁴⁰¹ “Não há dúvida que, mesmo que a *ratio decidendi* seja instituída pelo órgão que elaborou o precedente, isso não isentará os juizes de, no futuro, compreendê-la diante de novos casos sob julgamento”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...* p. 231.

⁴⁰² Atinente a quem teria a atribuição de registrar determinado pronunciamento como um precedente, vale registrar o entendimento do jurista Evaristo Aragão Sampaio externado à luz da realidade judicial brasileira: “Em meu sentir, a partir da dinâmica do nosso sistema jurídico (...), nossa tradição no tratamento da jurisprudência e a maneira como as decisões (especialmente dos tribunais) são divulgadas, revela-se perfeitamente viável *atribuir-se ao próprio órgão judicial a escolha e adequada divulgação das decisões que considere aptas a formar precedente judicial* (em sentido estrito)”. SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente...* p. 151.

se a tese de que os direitos fundamentais se distinguem de suas restrições. Com isso, excluir-se-á “de antemão, da proteção dos direitos fundamentais, condutas, estados e posições jurídicas que tenham algum elemento, por mais ínfimo que seja, que justificaria tal proteção”⁴⁰³, via de consequência, tem-se um suporte fático amplo⁴⁰⁴, que acarretará um aumento no número de colisões e, por consequência, *levará à necessidade de restrição a direitos fundamentais quando da solução dos conflitos*.

Nessa senda, para Virgílio Afonso da Silva todo direito fundamental é restringível – inclusive, a dignidade humana⁴⁰⁵ -, o que permite duas conclusões: (i) não há direito fundamental absoluto (irrestringível), pois o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, por ausência de restrição *a priori* – possível apenas no caso concreto -, sempre será relativo; (ii) como a restrição não é imanente ou *prima facie*,

⁴⁰³ SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 252

⁴⁰⁴ O suporte fático é composto pela soma de dois elementos: o âmbito de proteção e a intervenção, acrescidos pela fundamentação constitucional, cuja ausência daria ensejo à consequência jurídica do direito fundamental em questão. Nesse sentido, pode-se dizer que o âmbito de proteção de um direito social é composto pelas ações estatais que fomentem a realização desse direito. E, ainda, que a aceitação de um suporte fático amplo para os direitos fundamentais acarreta uma extensão do âmbito de proteção e do conceito de intervenção estatal. SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial...* p. 74, 77 e 244.

⁴⁰⁵ Para Virgílio Afonso da Silva ver a dignidade como um direito absoluto implica dois problemas: 1) apenas a dignidade tem um conteúdo essencial e absoluto, todos os outros direitos teriam um conteúdo relativo, restringível até mesmo por completo em alguns casos concretos? (2) Hipertrofia da dignidade e da consequente absolutização de todos os direitos fundamentais. Segundo o autor, “há, no Brasil, uma banalização do uso da garantia da dignidade humana, muitos casos de restrição de direitos fundamentais – às vezes, nem isso – tendem a ser considerados como uma afronta a essa garantia. No entanto, há casos em que, independentemente do conceito e da abrangência que se dê à dignidade humana protegida pelo art. 1º, III, da Constituição, e independente da situação social do país, fica razoavelmente claro que o recurso a essa garantia constitucional era desnecessário. Isso porque, em todos eles, várias eram as ações a que o aplicador do direito, independentemente de uma garantia constitucional da dignidade, poderia ter recorrido”. Nesse contexto, acrescenta: “provavelmente, as decisões seriam mais bem fundamentadas se não se recorresse à garantia da dignidade humana, pois quanto mais se recorre a um argumento sem que ele seja necessário, maior é a chance de uma banalização de seu valor.” SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial...* p. 192/194.

demandará fundamentação constitucional⁴⁰⁶. É dizer: qualquer restrição imputará um *ônus argumentativo* para o legislador e aplicador do direito⁴⁰⁷.

Sob a perspectiva *relativa* do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a possibilidade ampla de restrição, desde que fundamentada, cai por terra a classificação tradicional quanto à eficácia das normas constitucionais. Explica-se: se todos os direitos fundamentais são restringíveis, não faz sentido a distinção entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida, eis que, segundo José Afonso da Silva⁴⁰⁸, aquelas não seriam restringíveis, ao contrário dessas.

Quanto à diferença entre normas de eficácia plena e limitada⁴⁰⁹, Virgílio Afonso da Silva aponta que essa contraposição decorre da ideia de que aquelas não dependem de regulamentação, demandam apenas abstenção do Estado e do legislador ordinário – as liberdades públicas e direitos políticos, por exemplo –, ao contrário das normas de eficácia limitada – observar os direitos sociais, notadamente, o direito à educação -, que dependem da ação estatal para produzir efeitos. Entretanto, tal ponto de vista se mostra equivocado quando se percebe que os direitos políticos também demandam prestações positivas do ente estatal⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ Virgílio Afonso da Silva aponta que a possibilidade de restringir qualquer direito fundamental pode dar a impressão que há uma diminuição no grau de proteção desse direitos, porém, é justamente o contrário. Isso porque, toda restrição a direitos dependerá de uma fundamentação constitucional, o que impõe um *ônus argumentativo* ao legislador e ao juiz, o que não ocorre nas teorias que defendem a existência de “direitos com seus limites imanentes” ou de conteúdos absolutos. Neste caso, a restrição seria “disfarçada, com base na exclusão *a priori* de condutas, estados e posições jurídicas de qualquer proteção” e liberariam o legislador e o aplicador do direito de qualquer *ônus argumentativo*. *Ibidem*, p. 253.

⁴⁰⁷ “(...) qualquer possibilidade de restrição a direitos fundamentais, autorizada ou não textualmente pela constituição, impõe sérios *ônus* de fundamentação ao legislador e está sempre submetida ao controle da proporcionalidade”. *Ibidem*, p. 249.

⁴⁰⁸ SILVA, José Afonso da. *A aplicabilidade...*, p. 88/116.

⁴⁰⁹ “Uma norma não é de eficácia limitada por uma questão meramente textual ou ‘estritamente jurídica’. Essa limitação depende muito mais de opções político-ideológicas que não tem necessária relação com o texto constitucional. *Toda norma, a partir desse ponto de vista, tem eficácia limitada* – mas algumas delas, por razões extrínsecas, têm melhores condições de produzir efeitos”. SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: conteúdo...* p. 232.

⁴¹⁰ “A própria prestação normativa tem por pressupostos uma série de fatos - como a criação e operação permanente das normas - levados a efeito por corpos de agentes públicos quase sempre muito bem remunerados e sediados em estruturas deveras dispendiosas e que consomem considerável parcela dos escassos recursos estatais. Apenas *ad exemplam tantum*, aduzo-se que, só no plano federal (referimo-nos ao Brasil), de acordo com as estatísticas oficiais do período que vai de 1990 a 1994, quase 1% (um por cento) de todos os gastos públicos federais foi efetuado com as Casas Legislativas, mantidas para prover as tais prestações normativas. Também os direitos de defesa referidos por alguns, equivocadamente s.m.j., como totalmente negativos, demandam prestações estatais positivas permanentes, sendo igualmente positivos. O pensamento jurídico, como tudo na vida, é construído e evolui a passos lentos, marchas e contramarchas. Será um grande passo à frente passarmos a reconhecer que também os direitos individuais consagram elevadas despesas e

Nota-se, portanto, que ambos os direitos – políticos e sociais – demandam ações estatais (e apresentam custos), a diferença reside basicamente no fato de que os direitos políticos já apresentam, atualmente⁴¹¹, condições *institucionais, legais e financeiras*, “pois já existe um órgão que organiza as eleições, já existem seções eleitorais, já existem funcionários para trabalhar nesses órgãos e pessoas para trabalhar nos dias de eleição, já existe dotação orçamentária suficiente para a organização das eleições”⁴¹².

Enquanto os direitos sociais, classificados pela doutrina tradicional como de eficácia limitada, ainda não possuem as condições ideais para produzir os efeitos desejados. No caso do direito à saúde, por exemplo, “faltam hospitais, faltam um plano de carreira e bons salários para atrair os médicos, faltam recursos para comprar medicamentos e material hospitalar”. Diante da ausência dessas condições institucionais, legais e financeiras – e somente por isso -, “a norma que garante o direito à saúde não é capaz de produzir os efeitos desejados”⁴¹³. Sob esse aspecto, não existiria, nem mesmo a partir de uma perspectiva ‘estritamente jurídica’, norma de eficácia plena.

Inferre-se que a *eficácia da norma dependerá sempre da existência de condições fáticas para produzir efeitos*. Em alguns casos, as condições já existem – como nos direitos políticos -, em outros – dos direitos sociais - ainda há muito a ser feito. Importante notar que as condições, para Virgílio Afonso da Silva, não são externas ao direito e, portanto, não podem ser consideradas na análise constitucional⁴¹⁴.

À luz da tese acima exposta, nos próximos tópicos, pretende-se analisar a eficácia do direito fundamental à educação no âmbito do ensino privado. Estudar-se-á, portanto, a *contraposição* (ou não) entre dois direitos específicos que se manifestam de forma pungente no âmbito do ensino superior privado - o *direito à educação* (artigo 6º, CF) e *direito à prestação do serviço educacional pelos entes privados* (artigo 209, CF). Como se percebe, sob a ótica da doutrina tradicional,

que, portanto, são tão sujeitos àquela "reserva do possível" quanto os direitos sociais". GALDINO, Flavio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 233.

⁴¹¹ “Atualmente”, pois esses direitos não apresentaram desde o seu *nascimento* condições de produzir efeitos.

⁴¹² Virgílio Afonso da Silva afirma diferença estaria não estaria no “plano jurídico-analítico”, mas no plano “jurídico-empírico”. (SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: conteúdo...* p. 233).

⁴¹³ SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: conteúdo...* p. 234.

⁴¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: conteúdo...* p. 233.

trata-se de norma de *eficácia limitada* (direito social à educação) e, de outro lado, de direito garantido pelo que se costumou chamar de *normas de eficácia plena*. Porém, sob o prisma da tese defendida por Virgílio Afonso da Silva, é possível verificar que ambas as normas possuem eficácia limitada.

No plano da eficácia estritamente jurídica, qual seria a diferença entre uma norma que garante o direito à educação e outra que garante o exercício da atividade educacional no âmbito privado? José Afonso da Silva responderia que a primeira é uma norma de eficácia limitada, cuja produção plena de efeitos depende de ação estatal. A segunda seria uma norma de eficácia plena, eis que não depende de regulamentação para produzir efeitos. Virgílio Afonso da Silva, por sua vez, afirmaria que “no plano constitucional nada as diferencia”; quanto à possibilidade de produzir os efeitos desejados “a diferença eventualmente existente não se encontra na dicotomia *necessidade/desnecessidade* de regulamentação e de ação estatal”, mas, sim, *na existência ou não de condições fáticas para a produção dos efeitos almejados*⁴¹⁵.

Neste ponto parece ser interessante analisar os direitos em foco, mesmo brevemente, eis que serão profundamente estudados mais adiante, para melhor compreensão da ideia que está sendo desenvolvida neste trabalho. Assim, quais seriam as condições fáticas para que o preceito 209 da Constituição produza os efeitos desejados? Poder-se-ia mencionar, a título ilustrativo, que para o exercício da atividade educacional no âmbito privado seria necessária a não intervenção estatal (haja vista que se trata de um direito de liberdade), assim como um estabelecimento para o exercício da atividade, recursos⁴¹⁶ para custear despesas com profissionais qualificados, para construir laboratórios e para investir no ensino, em pesquisa, entre outros. Sem tudo isso, nos parafraseando Virgílio Afonso da Silva, “o mero texto constitucional é despido de qualquer possibilidade de produzir efeitos”⁴¹⁷.

⁴¹⁵ SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: conteúdo...* p. 232/233

⁴¹⁶ Até porque, diferente das instituições públicas que recebem recursos dos entes públicos, nos termos do artigo 212 da Constituição Federal, as instituições privadas dependem, sobretudo, do recebimento das mensalidades das escolares. (Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.)

⁴¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: conteúdo...* p. 233.

Por outro lado, quais seriam as condições necessárias para que a norma expressa no artigo 6º (direito à educação) produza os efeitos desejados no âmbito privado? Na esfera do ensino público, denota-se que o referido direito social demanda melhora nas estruturas das escolas, investimento na qualificação dos professores, recursos para oferecer melhores remunerações para os profissionais. Na seara privada, é possível mencionar, por exemplo, que os reflexos desejados do direito à educação privada – pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205, da CF) – exigem, da mesma forma, condições institucionais, legais (como a abertura constitucional para o ensino privado – art. 209, CF -, que permite que diversos estudantes garantam seu direito à educação não assegurado diretamente pelo Estado) e financeiras. No entanto, quanto a essa última, diferente do ensino público, em que os recursos advêm do Estado (art. 212, da CF), as condições financeiras do ensino privado são atendidas pelo recebimento das mensalidades adimplidas pelos próprios alunos ou por programas governamentais (como o PROUNI⁴¹⁸).

Sob esse viés, infere-se que “nem uma nem outra das normas são *bastantes em si mesmas*”, pois “*todas elas dependem da ação estatal para produzir efeitos*”, logo, “a diferença básica entre elas não está no plano jurídico-analítico, mas no plano jurídico-empírico”⁴¹⁹. Isso porque, no primeiro caso – do preceito 209 da CF -, as condições, em grande parte, já existem. Assim, preenchidas essas condições, a norma prevista no artigo 209 da CF é capaz de produzir efeitos. Atinente ao direito à educação no âmbito estatal, as condições institucionais, legais e financeiras não são satisfatórias: faltam escolas, contratação e treinamento de professores, auxílio aos estudantes na compra de material escolar (e, muitas vezes, até alimento), logo, diante dessas condições (fáticas) – e somente por isso -, a norma que garante o

⁴¹⁸ O Programa Universidade para Todos – PROUNI foi instituído por medida provisória, convertida na Lei n. 11.096/2005. “O PROUNI tem como escopo, basicamente, a concessão de bolsas de estudos integrais e parciais de cinquenta ou vinte e cinco por cento para cursos de graduação e sequenciais de formação específica em instituições privadas de ensino superior, com ou sem fins lucrativos. Sucede, pois, que além da inconstitucionalidade material do Estado em não estar atendendo os requisitos objetivos ora apontados para a garantia do acesso ao ensino superior aos universitários menos favorecidos economicamente, oriundos da rede pública de ensino médio em universidades particulares através da manutenção de bolsas, é cristalino que a utilização do temerária ato normativo para regulamentar exercício de direito fundamental olvidou o princípio da reserva legal CF/88; art. 62, §1º) em detrimento do fomento ensino superior público, para garantir a sobrevivência das instituições particulares”. MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. *O Direito Fundamental...* In HOMEM, António Pedro Barbas. Op. Cit., p. 123.

⁴¹⁹ SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: conteúdo...* p. 233.

direito à educação não é capaz de produzir os efeitos desejados. Enquanto, na seara privada, a depender da receita decorrente da prestação do serviço (condição financeira) – advinda do próprio estudante ou de um programa governamental -, a instituição de ensino poderá dispor de uma boa infraestrutura, professores qualificados, ou seja, das condições institucionais; e, ainda, se não houver a possibilidade de atuação dos estabelecimentos privados de ensino (condição legal), também não seria possível a produção dos efeitos esperados do direito à educação. Nota-se, desse modo, que na esfera privada o direito à educação não é capaz de produzir os efeitos desejados se ausente um dos requisitos.

Assim, haja vista as condições fáticas distintas (uma já estar estruturada e a outra não) aparentemente a norma que garante o direito à educação não tem eficácia plena, enquanto a liberdade de o ente privado atuar no segmento de ensino teria. Todavia, não se pode deixar de explicitar que não existe norma de eficácia plena, nem mesmo a partir de uma perspectiva intitulada ‘estritamente jurídica’. Em ambos os casos a atuação estatal é imprescindível, porém no primeiro caso – livre iniciativa – as condições fáticas em grande maioria já existem, enquanto que no outro – educação – não⁴²⁰.

Com base na tese de Virgílio Afonso da Silva de que todos os direitos fundamentais são passíveis de regulamentação ou restrição estatal⁴²¹ e, sobretudo, dependem de condições – muitas vezes externas ao direito – para produzir efeitos, buscar-se-á definir os contornos do direito à educação e da liberdade de prestar serviços educacionais dos estabelecimentos de ensino superior. Pretende-se entender se tais direitos de fato colidem no âmbito do ensino privado ou se seriam, na verdade, interdependentes para que possam produzir os “efeitos desejados”, vale dizer, para que tenham eficácia plena. Tende-se, ainda, adentrar nos meandros dessas normas para fins de identificar se o direito à educação –partindo-se da ideia de um conteúdo essencial relativo (e não absoluto/irrestringível) – prevalece (ou não) quando em confronto com o preceito insculpido no artigo 209 da CF - e por quais razões.

⁴²⁰ SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: conteúdo...* p. 234

⁴²¹ “A despeito da simplicidade e aparente utilidade da distinção, não parece ser possível afirmar, sem grandes ressalvas, que intervenções na forma de exercício de um direito fundamental não possam implicar grandes restrições ao seu conteúdo. (...) A partir disso se percebe que a distinção entre *restrição* e *regulamentação* perde muito do seu sentido”. SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: conteúdo...* p. 100 e 108.

Para tanto, recorrer-se-á a análise de decisões judiciais que enfrentaram questões acerca dos dir

eitos que aqui se pretende estudar. Algumas de forma mais detalhada e outras apenas superficialmente, as quais também serão mencionadas por conta da razão de decidir (*ratio decidendi*) exposta em alguns posicionamentos e da relevância (e aderência) para o tema em estudo. Cumpre ponderar que não se pretende expressar juízo de valor no tocante às decisões analisadas. O que se objetiva com o presente estudo é apontar a difícil tarefa do Poder Judiciário em colaborar para a efetivação dos direitos fundamentais colimados na Constituição Federal.

Os pronunciamentos judiciais, como dito entretantes, serão estudados sob a perspectiva do sistema de precedentes (*stare decisis*⁴²²), de modo a buscar nas decisões qual foi a *solução dada ao problema* posto perante os tribunais, bem como os contornos dados aos direitos fundamentais das partes. Apontando, em alguns casos, a coerência (ou incoerência) entre os casos que trataram da mesma matéria relacionada ao direito à educação e à liberdade de prestar o serviço educacional. Os fundamentos realçados dos votos proferidos são destacados com o intuito de tentar sistematizar o debate acerca do direito à educação exercido no âmbito do ensino superior privado.

Note-se que ambas as luzes – *stare decisis*⁴²³ e a tese de Virgílio Afonso da Silva - que se pretende lançar sobre os direitos em estudo buscam aumentar o ônus argumentativo do Poder Judiciário, seja por intermédio da cobrança de um direito como integridade, de modo a garantir maior segurança jurídica e isonomia para a sociedade⁴²⁴; seja admitindo-se a ideia de que todos os direitos fundamentais são restringíveis, desde que haja uma *fundamentação constitucional*. Pode-se dizer, em outras palavras, que a exigência de uma coerência no trato dos casos similares (ou

⁴²² No *common law*, “constitui a política que exige que as cortes sigam os precedentes estabelecidos pelos tribunais que lhes são hierarquicamente superiores”. MELLO, Patrícia Perrone Campos. Op. Cit., p. 116.

⁴²³ “Os países que adotam o *stare decisis* não desconhecem que os processos decisórios são argumentativos, valorativos e mesmo ideológicos. Acredita, contudo, que essa política reduz a liberdade judicial, na medida em que, ainda que não anule a subjetividade do magistrado, lhe confere um ônus argumentativo crescente para se afastar das regras já estabelecidas, para reformulá-las convincentemente, para excepcioná-las, quando buscar, com isso, projetar suas próprias convicções na decisão de um caso”. MELLO, Patrícia Perrone Campos. Op. Cit., p. 142.

⁴²⁴ Isso porque, as decisões vistas como *precedentes* não afetam apenas as partes, mas a sociedade como um todo.

que definam direitos análogos) aliada à demanda de uma justificativa constitucional para qualquer restrição de direitos fundamentais implicará a obrigação de os tribunais de fato enfrentarem os casos difíceis, fazendo com que os magistrados não possam mais se esconder atrás de figuras como limites iminentes, conteúdos absolutos, restrições disfarçadas.

Definidos os pontos de partida, bem como sua relevância, avançar-se-á na busca pelas respostas concernentes à eficácia dos direitos fundamentais.

4.2. Análise de Casos

Neste tópico estudar-se-ão algumas decisões judiciais que analisaram, algumas de forma mais profunda que outras, a relação entre o direito à educação e à livre atuação no âmbito do ensino superior privado, contato nem sempre de fácil compreensão, posto a importância do direito fundamental à educação para o desenvolvimento e para a cidadania *versus* a cobrança do ensino por parte das instituições privadas. Dos posicionamentos judiciais buscar-se-á extrair os contornos dados a esses direitos e se os entendimentos das Cortes Superiores – STF e STJ - tiveram reflexos nas decisões dos tribunais inferiores - na busca incessante da integridade do direito⁴²⁵ -, bem como tentar identificar quais foram as condições apontadas para que os direitos produzissem efeitos.

4.2.1. A atuação dos entes privados no segmento de ensino superior interpretada pelo Supremo Tribunal Federal

⁴²⁵ Para se alcançar a integridade da lei, segundo Dworkin, é preciso insistir num verdadeiro princípio de poder, uma ideia contida no próprio conceito de direito: a ideia de que, quaisquer que sejam suas convicções acerca da justiça e da imparcialidade, os juízes têm também de aceitar um princípio superior e independente – o princípio da integridade (DWORKIN, Ronald. Op. Cit., p. 130). Em outras palavras, “uma leitura moral impõe que os juízes devem olhar para história e devem também buscar “integridade constitucional” (*visão de Dworkin*), segundo a qual devem eles elaborar uma “moralidade constitucional coerente” com o passado e com o futuro, no qual “cada um escreve um capítulo que tem sentido no contexto global da história.” (BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil Law*. 2011. 234f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba. 2011. p. 129). Assim, a ideia de “romance em cadeia”, trazido da literatura para o processo de interpretação do direito, busca que o autor interprete o capítulo que recebeu para então escrever o seu, sem interrupções. Com isso, pretende-se ressaltar a necessidade de uma continuidade, no tempo, no processo decisório.

A Corte Suprema brasileira por inúmeras vezes se deparou com o direito à educação, porém apenas em alguns casos abordou a extensão do dispositivo 209 da Carta da República. Pretende-se, portanto, neste tópico, estudar algumas decisões proferidas pelo STF em que, de certa maneira – direta ou indireta -, os dois direitos foram objeto de análise.

A primeira decisão que merece destaque foi proferida na ação direta de inconstitucionalidade 319-4, em 1993. Trata-se de demanda proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino Superior (CONFENEN), visando à declaração da inconstitucionalidade da Lei n. 8.039/90, que dispunha sobre a constitucionalidade de se estipular critérios de reajuste das mensalidades escolares. Noutros termos, questionou-se sobre a possibilidade de o Estado intervir na atividade econômica das instituições de ensino, estabelecendo o preço dos serviços prestados. A par de esse reajuste não ser o núcleo do presente trabalho, das razões de decidir é possível extrair o entendimento dos ministros a respeito do contorno do direito previsto no dispositivo 209 da Constituição Federal e os seus limites – identificados no caso concreto (ou, ainda, *imanes*⁴²⁶ para os julgadores) -, bem como uma diferenciação entre o serviço educacional e os demais serviços prestados por particulares⁴²⁷.

Do voto do Ministro-relator, Moreira Alves, destaca-se que a livre iniciativa econômica abarca a liberdade de determinação dos preços, porém, essa liberdade não é absoluta. E, ainda, restringe a controvérsia a esclarecer se a “modalidade de controle de preço – que consubstancia modalidade de intervenção do Estado no

⁴²⁶ “Assim, para não ter que partir de um pressuposto insustentável de direitos absolutos, a teoria interna tende a recorrer à idéia de limites imanes. Os direitos fundamentais, nessa perspectiva, não são absolutos, pois têm seus limites definidos, implícita ou explicitamente, pela própria constituição”. SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais...*, p. 131.

⁴²⁷ Do relatório do caso, elaborado pelo relator, Ministro Moreira Alves, extrai-se, de plano, um posicionamento interessante do Ministério da Educação, no qual aponta que as instituições de ensino não se confundem com as sociedades mercantis, direcionadas para a atividade econômica. Note-se que a Constituição Federal não segmentou a livre iniciativa voltada para o ensino privado e para os demais segmentos mercantis, apenas estipulou que algumas condições, expressas no artigo 209, da Carta da República. Portanto, a opinião do Ministério da Educação na ADIN 319-4 aparentemente não é extraída da Constituição, posto abordar o exercício da livre iniciativa pelas instituições de ensino superior de forma previamente limitada pelo objeto – ensino. E, ainda, o parecer do Ministério da Educação prevê “que a presença do Estado se impõe em face do interesse público da atividade, eliminando o aumento arbitrário dos lucros” (p. 121-STF), no sentido de que caberia a intervenção estatal com o objetivo de evitar o aumento significativo de preços e, por consequência, a elevação dos lucros. (STF – ADI 319 – Rel. Ministro Moreira Alves – DJ 30/04/1993. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012).

domínio econômico – é, ou não, restrição, admitida pela Constituição”⁴²⁸, ou seja, se a Carta da República admite que o Estado intervenha na liberdade do empresário, notadamente na liberdade de estipular os preços de seus serviços educacionais. Segundo Moreira Alves, em havendo incompatibilidade entre os princípios contidos no artigo 170 (se interpretados de forma absoluta), mister se faz atribuir-lhes sentido relativo para possibilitar sua conciliação. Parafraseando o aludido ministro:

Para se alcançar o equilíbrio da relatividade desses princípios- que, se tomados em sentido absoluto, como já salientei, são inconciliáveis – e, portanto, para se atender aos ditames da justiça social que pressupõe esse equilíbrio, é mister que se admita que a intervenção direta do Estado na ordem econômica não se faça apenas a posteriori, com o estabelecimento de sanções às transgressões já ocorrida, mas também a priori, até porque a eficácia da defesa do consumidor ficará sensivelmente reduzida pela intervenção somente a posteriori, que, a mais das vezes, impossibilita ou dificulta a recomposição do dano sofrido ⁴²⁹.

A resposta para a questão – o controle de preços é uma restrição admitida ou não pela Constituição -, portanto, para Moreira Alves, seria “sim”. A liberdade de determinação de preços pode ser restringida para atender os ditames da justiça social e, sobretudo, quando a “*atividade econômica diz respeito à educação, direito de todos e dever do Estado, disciplinada, em si mesma, no título da Ordem Social*”⁴³⁰, nos termos do artigo 193⁴³¹, da Carta Magna. Nota-se que, para o relator, a educação - objeto da atividade econômica - seria mais uma razão para a limitação do preço, porém não seria a principal, sobressaindo-se a justiça social.

Por sua vez, Marco Aurélio enfrenta a questão sob outro viés, apesar de partir, em linhas gerais, da mesma problemática: a possibilidade de limitação da livre iniciativa dos estabelecimentos de ensino. O Ministro, em seu voto, buscará responder à seguinte indagação: se a Lei n. 8.039/90, que dispõe sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares, preserva a livre iniciativa tão cara aos Estados democráticos. Para ele, a resposta é negativa, pois coloca em segundo plano a liberdade de mercado e inexistente previsão constitucional que dê respaldo à lei em

⁴²⁸ STF – ADI 319 – Rel. Ministro Moreira Alves – DJ 30/04/1993. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 49/50

⁴²⁹ STF – ADI 319 – Rel. Ministro Moreira Alves – DJ 30/04/1993. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 51/52

⁴³⁰ STF – ADI 319 – Rel. Ministro Moreira Alves – DJ 30/04/1993. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 54

⁴³¹ Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

juízo⁴³². Observa que “no campo econômico prevalece como regra a liberdade de mercado, fator indispensável à preservação da livre iniciativa, repetida em vários dispositivos da Constituição, inclusive nos referentes ao ensino”⁴³³. Infere-se que independente de se tratar de educação, para o aludido Ministro, a livre iniciativa pressupõe o direito à estipulação dos preços e está protegida – prevalece – no âmbito da Constituição.

Divergente de Marco Aurélio, mas ao encontro do posicionamento adotado pelo relator, Celso de Melo votou pela constitucionalidade da lei. Frisou que a liberdade econômica não se reveste de caráter absoluto e acrescenta que o postulado constitucional contido no artigo 209, caput, tem sua eficácia e seu alcance limitados não apenas pelo próprio texto (incisos do referido artigo) como também “pelos requisitos genericamente impostos pela Lei Fundamental, condicionadores do válido desempenho de qualquer atividade econômica”⁴³⁴, não sendo a livre iniciativa instrumento de proteção incondicional⁴³⁵. Com respaldo nos mesmos argumentos, Paulo Brossard consignou que o preceito constitucional contido no artigo 209-CF não exclui o poder regulamentar do Estado, estabelece apenas que o ensino não é privilégio (nem monopólio) do ente estatal⁴³⁶.

Na linha da busca da resposta dada ao caso concreto (*ratio decidendi*), identifica-se que a questão posta seria: a liberdade das instituições privadas de

⁴³² Para Marco Aurélio, a lei impugnada “introduz mecanismo de preços que coloca em plano secundário a liberdade de mercado, acabando por forçar os prestadores de serviços a aceitá-lo, ainda que em prejuízo até mesmo da qualidade do ensino e do empreendimento econômico, ante o evidente achatamento das mensalidades, com quebra, inclusive, da natureza sinalagmática dos contratos firmados, compreendida nesta a comutatividade. A não ser isto, a única alternativa é o abandono das atividades. Pergunta-se: estará o ensino público em condições de fornecer atendimento educacional na hipótese?”. STF – ADI 319 – Rel. Ministro Moreira Alves – DJ 30/04/1993. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 67/68

⁴³³ STF – ADI 319 – Rel. Ministro Moreira Alves – DJ 30/04/1993. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 67.

⁴³⁴ STF – ADI 319 – Rel. Ministro Moreira Alves – DJ 30/04/1993. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 76.

⁴³⁵ “Esses postulados constitucionais – que não ostentam valor absoluto – não criam, em torno dos organismos empresariais, qualquer círculo de imunidade que os exonere dos gravíssimos encargos cuja imposição, fundada na supremacia do bem comum e do interesse social, deriva do texto da própria Carta da República”. STF – ADI 319 – Rel. Ministro Moreira Alves – DJ 30/04/1993. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 76/77

⁴³⁶ Paulo Brossard, em seu voto, faz elucubrações a respeito da mercantilização de ensino, afirmando, por exemplo, que “normalmente esse serviço há de ser remunerado, e como toda remuneração deve cobrir as despesas e ensejar uma margem que eu não diria de lucro, porque não se trata de atividade econômica propriamente dita, mas de uma sobra que permita não só a conservação como a melhoria do serviço”. STF – ADI 319 – Rel. Ministro Moreira Alves – DJ 30/04/1993. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 83

ensino pode ser limitada? Extrai-se da leitura dos votos que, em linhas gerais, o direito previsto no artigo 209 da CF não é *absoluto*, devendo conciliar-se com os direitos de defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade ainda com os ditames da justiça social. Em não havendo equilíbrio, o Estado, por via legislativa, pode intervir. Note-se, todavia, por pertinente, que o direito à educação, em si, não foi diretamente colocado em pauta no julgamento da ADIN 319-4⁴³⁷. De qualquer forma, quanto à eficácia, partindo-se da tese defendida por Virgílio Afonso da Silva, pode-se concluir que o reconhecimento da constitucionalidade da limitação da livre iniciativa dos estabelecimentos de ensino privado, sobretudo atinente à estipulação dos preços, dá ao direito à educação melhores *condições financeiras* para produzir efeitos, eis que, em tese, ante a não abusividade dos preços praticados, permitirá que mais estudantes ingressem e, principalmente, permaneçam no ensino superior, indo ao encontro dos princípios norteadores do ensino brasileiro, previstos no artigo 206, da Constituição Federal⁴³⁸. Por outro lado, considerando as ponderações do Ministro Marco Aurélio a respeito da possível consequência da limitação de preços pelo Estado no âmbito da educação - prejuízo da qualidade do ensino e do empreendimento econômico -, poder-se-ia cogitar a diminuição das *condições institucionais* para a eficácia plena

⁴³⁷ A decisão, por fim, restou assim ementada: “Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, que dispõe sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares e de outras providências. - Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que e o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros. - Não e, pois, inconstitucional a Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, pelo só fato de ela dispor sobre critérios de reajuste das mensalidades das escolas particulares.” ADI 319 QO, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/1993, DJ 30-04-1993 PP-07563 EMENT VOL-01701-01 PP-00036. A propósito, a referida ADI foi mencionada em caso posterior, que versava sobre a permissão do Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, a saber: AI 214756 AgR, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 03/11/1998, DJ 05-03-1999 PP-00003 EMENT VOL-01941-02 PP-00323.

⁴³⁸ Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - *igualdade de condições para o acesso e permanência na escola*; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII - garantia de padrão de qualidade.

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

do direito à educação exercido no âmbito privado, bem como, pelos mesmos motivos, a não eficácia plena do dispositivo 209, da CF⁴³⁹.

Portanto, somando-se as *condições – institucionais, legais e financeiras* - decorrentes da limitação do preço das mensalidades escolares, pode-se ter um quadro não satisfatório para que a norma que garante o direito à educação seja capaz de produzir os efeitos desejados no âmbito privado. E, importante frisar, a ausência dessas condições podem não decorrer somente da atuação do ente privado – ao não disponibilizar as devidas condições por depender de fatores externos (como o pagamento das mensalidades) -, mas também do ente público, que, com a regulação dos preços, poderá impactar negativamente na prestação do serviço educacional, seja por reflexos na qualidade do ensino, seja no ambiente educacional colocado à disposição dos estudantes⁴⁴⁰.

O segundo caso (ADI 1081-6⁴⁴¹), a despeito de ter tido maioria de votos, com a presença dos onze ministros do STF, não chega a formar uma única *ratio decidendi*. O caso envolve ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela CONFENEN contra Medida Provisória (nº 524 de 07 de junho de 1994) que estabelece regra para a conversão das mensalidades escolares nos estabelecimentos particulares de ensino em Unidade Real de Valor, bem como – e aqui reside o ponto principal para o presente estudo – apresentou dispositivo com a seguinte redação: “São proibidos a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos de transferência, o indeferimento de renovação das matrículas dos alunos ou a aplicação de quaisquer penalidades pedagógicas ou *administrativas*, por motivo de inadimplência do aluno, sem prejuízo das demais sanções legais”.

⁴³⁹ Pode-se citar que um dos efeitos desejados da atuação das instituições privadas de ensino seja a disponibilização de um serviço de qualidade, o que demanda recursos, com a contratação de professores qualificados, com a construção de laboratórios, com a compra de livros, entre outros. Assim, ao não ter a liberdade para estipular o preço da mensalidade pode haver uma limitação na *condição financeira* para a produção dos efeitos desejados, como também poderá afetar a *condição institucional* (no caso de impossibilidade de expansão dos espaços físicos, por exemplo).

⁴⁴⁰ Vale mencionar que a legislação vigente que regula o preço das anuidades escolares, Lei n. 9.870/99, permite o reajuste das mensalidades com base variação de custos a título de pessoal e de custeio, bem como em decorrência do aprimoramento no processo didático-pedagógico. Com isso, de certa forma, as despesas com o corpo docente qualificado, podem ser repassadas aos alunos, sem prejuízo da qualidade de ensino, por exemplo.

⁴⁴¹ STF – ADI 1081 MC/DF – Rel. Ministro Francisco Rezek – DJ 03/12/1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012

Segundo a CONFENEN, tal dispositivo ofende a livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV, da CF⁴⁴²), afronta a autonomia universitária (artigo 207 da CF⁴⁴³)⁴⁴⁴ e interfere na livre concorrência (artigo 170, caput e inciso IV⁴⁴⁵). Da análise dos votos, denota-se que o problema enfrentado pela Suprema Corte se resumiria à seguinte questão: pode a liberdade de atuação das instituições de ensino superior privadas, exercida com respaldo no artigo 209 da CF, ser restringida? Especialmente a liberdade de contratar. Se sim, quais os limites de tal regulamentação? Se não, quais seriam as razões?

Pode-se afirmar que, atinente ao dispositivo 5º, da MP 524/95, todos os ministros identificam o mesmo problema a ser decidido. Entretanto, isso não implica idêntico raciocínio e/ou fundamentação nos pronunciamentos judiciais.

Com relação ao pedido de suspensão da vigência do preceito contido no artigo 5º, da MP 524/95, o Ministro-relator, Francisco Rezek, dessumiu, em breves palavras, que “o legislador não pode, sem ofensa à Constituição, obrigar pessoas a celebrarem ou renovarem contratos. Assim, no ponto em que força a renovação da matrícula, e só nele, a regra do artigo 5º deve ser suspensa”⁴⁴⁶. Noutros termos, na visão do Ministro, haveria a violação à liberdade de contratar da universidade, a partir do momento em que a contratação se torna compulsória.

⁴⁴² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

⁴⁴³ Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

⁴⁴⁴ Sobre o assunto, o Ministro-relator, Francisco Rezek, ponderou que não lhe parece correta a tese de afronta ao artigo 207. Segundo ele, o preceito constitucional que alberga a autonomia universitária “quer referir-se, dentro da nossa mais antiga tradição que é a das universidades públicas, à circunstância de que tais universidades, embora dependentes do tesouro e vinculadas ao poder público, não são tratáveis pelo governo como órgãos ordinários da administração. A regra da autonomia universitária lembra a governantes, à classe política no exercício do poder, que não se escolhem reitores nem se desinvestem diretores de faculdade com a desenvoltura com que se recrutam e demitem ministros, assessores, dirigentes de estatais, chefes de repartições e de serviços; nem pode o governo ditar orientações acadêmicas, ou sequer interferir na gestão financeira e na administração do campus. Isso é o que significa a autonomia universitária. Ora, no setor privado isso é óbvio. Qualquer universidade privada é naturalmente autônoma, como qualquer sociedade civil ou sociedade comercial. Todas elas, entretanto, subordinadas aos preceitos da lei”. Os demais ministros não adentram especificamente a esse tema. (p. 46)

⁴⁴⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV - livre concorrência;

⁴⁴⁶ STF – ADI 1081 MC/DF – Rel. Ministro Francisco Rezek – DJ 03/12/1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 49

Outro argumento é trazido pelo ministro Ilmar Galvão, o qual alude indiretamente ao previsto atualmente no artigo 476⁴⁴⁷ do CC/02, correspondente ao dispositivo 177 do CC/16, também conhecida como *exceptio non adimpleti contractus*. Nas palavras do Ministro significa pretender “sujeitar um dos contratantes ao cumprimento de suas obrigações, sem que o outro, de sua vez, satisfaça a que lhe toca, que é o pagamento do preço do serviço prestado”⁴⁴⁸. Nesse viés, Ilmar Galvão vota pela concessão da cautelar, assim como Paulo Brossard. Os argumentos lançados por esse último podem ser incluídos no ‘grupo de argumentos’ do Ministro Ilmar Galvão. Isso porque, Paulo Brossard considera, em epítome, que o preceito “consagra o calote”, seria a institucionalização do calote, o que, para ele, é inadmissível, visto que o aluno deve cumprir com sua obrigação de pagamento⁴⁴⁹. Concernente à *natureza* lucrativa da atividade exercida pelas instituições de ensino, importante registrar o *sentimento* do aludido ministro:

⁴⁴⁷ Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

⁴⁴⁸ STF – ADI 1081 MC/DF – Rel. Ministro Francisco Rezek – DJ 03/12/1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 54

⁴⁴⁹ Vale destacar trechos do voto do Ministro Paulo Brossard, posto sua relevância e pertinência: “Começo por notar, Senhor Presidente, que o assunto é de grande delicadeza e importância. De maneira geral, pode dizer-se que o ensino é caro e, por isso, há interesse generalizado em qualquer solução que reduza seu custo. De outro lado, as escolas privadas têm encargos que crescem dia-a-dia, como dia-a-dia crescem os encargos de qualquer pessoa, a começar pelos juízes do Supremo Tribunal. De modo que são dois pólos que se defrontam e cada qual com as suas boas razões. E razões objetivas, razões que se poderia dizer experimentais, razões tangíveis. Esse é um dado que dá relevo especial ao problema que está em debate” (p. 82). Com relação ao artigo 5º, ponderou: “creio que foi Hamilton, em O Federalista, quem escreveu que uma das coisas mais difíceis é contestar algo obviamente absurdo. A cláusula segundo a qual, ‘são proibidos o indeferimento de renovação das matrículas dos alunos por motivo de inadimplência do aluno’, que artigo da Constituição ela fere? O Senhor Ministro Moreira Alves, vigilante nos conceitos, disse: ‘não é ato jurídico perfeito, não é a retroação, mas pode ser o devido processo’. No meu modo de ver, fere o que está dito no art. 209 da Constituição: ‘O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições’. O ensino é livre. Com a cláusula em referência é destruído o ensino. Não pode haver ensino onde alguém diz: não paguei, não pago e estou aqui. Não há ensino, nem comunicação possível de professor para aluno nessas condições. Isso subverte, destrói, aniquila o conceito de ensino que exige um mínimo de simpatia entre professor e aluno, entre aluno e escola. Frequentei uma escola e o Ministro José Néri frequentou outra e ambos nos orgulhamos das nossas escolas. Será que guardaríamos esse sentimento, já não digo de gratidão, mas pelo menos de afeição para aquele conjunto de coisas, de pessoas que conviveram conosco enquanto estudávamos, se não houvesse um mínimo de simpatia e de respeito mútuo? O preceito que consagra o calote é a negação do que se chama ou do que possa chamar-se ‘ensino’. É o que mais me assusta na medida questionada, porque quando se edita uma medida com uma cláusula desta, pode-se editar qualquer coisa. O calote institucionalizado é inacreditável, e me enche de assombro, porque é o mesmo que dizer: o ensino está proscrito. Não me sentira bem em entrar numa sala de aula onde tivesse alguém que dissesse: eu não pago e estou aqui. Ninguém pague, pois a lei assegura a renovação da matrícula. A lei seria esplêndida para a deformação do caráter e para a destruição do ensino privado. E isso me enche de horror”. (STF – ADI 1081 MC/DF – Rel. Ministro Francisco Rezek – DJ 03/12/1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 86/87)

(...) algumas empresas se organizam e cuja finalidade, como toda empresa, não é propriamente o serviço do ensino, mas o lucro, como qualquer empresa. Aí brigam duas finalidades. Uma coisa é o ensino, outra a sua exploração mercantil. Mas, volto a dizer, se isso existe decorre, em grande parte, da complacência com que cursos e escolas foram autorizados e a funcionar e até universidades foram generosamente permitidas. A solução, entretanto, desses problemas não se dá por via de medida provisória de caráter punitivo, uma vez que estamos atravessando um período em que há verdadeira obsessão punitiva⁴⁵⁰.

Na mesma linha de argumentos traçada por Ilmar Galvão e Paulo Brossard, direciona-se o voto do ministro Néri da Silveira, o qual, partindo do artigo 206 da Lei Fundamental⁴⁵¹, destaca que o ensino público é gratuito nos estabelecimentos oficiais (inciso IV, do citado dispositivo) e “sustentado pelos recursos que se arrecadam, na forma do art. 212⁴⁵² da Lei Magna da República”. Ao contrário, o ensino privado depende da *retribuição*⁴⁵³ pelos serviços prestados para que possa, assim como as instituições públicas de ensino, cumprir os objetivos próprios do ensino, enquanto instrumento a serviço da educação⁴⁵⁴. Nessa senda, porém de forma indireta – posto não ser o objeto nodal da controvérsia –, o jurista manifesta-

⁴⁵⁰ STF – ADI 1081 MC/DF – Rel. Ministro Francisco Rezek – DJ 03/12/1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 83.

⁴⁵¹ Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII - garantia de padrão de qualidade. VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

⁴⁵² Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

⁴⁵³ Nas palavras do Ministro: “É insuscetível de dúvida, entretanto, que o ensino privado, porque não é gratuito como o ensino público, há de ter condições de executar-se, segundo padrões de retribuição dos serviços, pelos beneficiários, que lhe possibilitem a consecução dos fins próprios desejados pela Lei Maior, enquanto instrumento a serviço da educação e, pois, da promoção da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República (Constituição, art. 1º, III)”. (STF – ADI 1081 MC/DF – Rel. Ministro Francisco Rezek – DJ 03/12/1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 92).

⁴⁵⁴ Segundo Néri da Silveira, “exato que a Constituição quer que o ensino privado coexista com o ensino público, ambos como instrumentos da educação nacional, para que se realizem, amplamente, os princípios da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, bem assim o pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, com a convivência das instituições públicas e privadas de ensino e garantia do padrão de qualidade (Constituição, art. 206, incisos II, III e VII)”. (STF – ADI 1081 MC/DF – Rel. Ministro Francisco Rezek – DJ 03/12/1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 91)

se sobre a natureza das instituições de ensino privadas, consignando que o “serviço privado não se equipara, na sua execução, nem à atividade de produção de bens de consumo, tampouco à atividade com índole de intermediação comercial de serviços, onde, numa e noutra, o instituto do lucro é postulado de relevo admissível”⁴⁵⁵.

Posicionamento similar ao do Ministro Néri Silveira pode ser extraído do voto do Ministro Marco Aurélio, que, fazendo uma análise histórica da legislação⁴⁵⁶, conclui que o preceito “é quase um incentivo ao inadimplemento, como que se caminhando para a gratuidade do ensino, no que formalmente é imposta não aos particulares, mas ao Estado”⁴⁵⁷. Contudo, referida consideração neste voto poderia ser considerada *obiter dictum*⁴⁵⁸, haja vista o Ministro destacar – e, com isso, trazer novo argumento - que a razão de concordar com o relator quanto à suspensão do termo “indeferimento de renovação das matrículas dos alunos” decorre do fato de identificar violação à liberdade de iniciativa⁴⁵⁹. Nesse mesmo sentido, porém com respaldo no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal⁴⁶⁰, o Ministro Carlos

⁴⁵⁵ STF – ADI 1081 MC/DF – Rel. Ministro Francisco Rezek – DJ 03/12/1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 91/92.

⁴⁵⁶ “Quanto ao artigo 5º da Medida Provisória nº 524, mandei pedir à Biblioteca da Corte a recente Lei nº 8.747, de 09 de dezembro de 1993, que preceitua que o artigo 4º da Lei 8.170, de 17 de janeiro de 1991, passa a vigorar como a seguinte redação: ‘É vedada a limitação ou restrição do exercício das atividades escolares, por motivo de inadimplência do aluno pelo prazo de 60 dias (deu-se a limitação, portanto, quanto ao período de inadimplência), sem prejuízo das sanções legais cabíveis, ficando assegurado aos estabelecimentos de ensino a emissão de títulos a que se refere a art. 20 da Lei 5.474, de 18 de junho de 1968’. Com a edição da Medida Provisória que estamos agora a examinar, ocorreu a ampliação dessa regra contida na Lei n. 8.747/93, cogitando-se da impossibilidade de se indeferir renovação de matrícula no caso de inadimplemento, seja qual for o período alcançado”. (STF – ADI 1081 MC/DF – Rel. Ministro Francisco Rezek – DJ 03/12/1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 56/57).

⁴⁵⁷ STF – ADI 1081 MC/DF – Rel. Ministro Francisco Rezek – DJ 03/12/1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 57.

⁴⁵⁸ “Constitui *obiter dictum* qualquer manifestação do Tribunal *não necessária à solução do caso concreto*, a exemplo de *considerações marginais* efetuadas pela corte, argumentos lançados por um dos membros do colegiado e não acolhidos ou apreciados pelo órgão, dissensos constantes de votos divergentes. Tais manifestações não têm força obrigatória sobre o deslinde de casos futuros justamente porque a idéia do *judge made law* se centra na extração indutiva da norma a partir do caso concreto, e, se determinadas considerações constantes de uma decisão não eram necessárias à sua solução, as mesmas derivam de formulações hipotéticas, cujas especificidades, no plano abstrato, o Judiciário não teria como ponderar, não lhe competindo tal atribuição, por lhe caber, apenas, decidir lides”. MELLO, Patrícia Perrone Campos. Op. Cit., p. 125.

⁴⁵⁹ Assim consta registrado em seu voto: “ninguém pode ser compelido a contratar, principalmente diante de uma situação já verificada, em que houve o inadimplemento de uma das partes. Assim, pelo menos neste primeiro exame, concluo que há ingerência no campo reservado à livre iniciativa”. (STF – ADI 1081 MC/DF – Rel. Ministro Francisco Rezek – DJ 03/12/1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 57)

⁴⁶⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) ninguém será privado da

Velloso acompanhou o voto do relator⁴⁶¹. O Ministro Sydney Sanches, ponderando que “seria não só intervir nos contratos, mas compelir a contratar, que é mais do que intervir”⁴⁶², seguiu a linha de argumentos dos ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio.

O Ministro Celso de Mello, em seu voto, apesar de não mencionar especificamente o disposto no artigo objeto de análise – artigo 5º - e acompanhar o voto do relator pela suspensão dos efeitos da norma impugnada, não se olvidou de mencionar a possibilidade de restrição do preceito constitucional da liberdade de atuação das instituições de ensino privado, nos seguintes termos, *litteris*:

O postulado constitucional de que ‘o ensino é livre à iniciativa privada’ (art. 209, caput) tem a sua eficácia e o seu alcance limitados, não só pelas exigências a que se refere o próprio texto da Constituição nesse mesmo preceito (‘cumprimento das normas gerais da educação nacional’ e ‘autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público’, art. 209, nºs I e II), mas, também, pelos requisitos genericamente impostos pela Lei Fundamental, condicionadores do válido desempenho de qualquer atividade econômica.

Com efeito, infere que a liberdade conferida aos estabelecimentos de ensino não é instrumento de proteção incondicional, ou seja, não ostenta valor absoluto, acrescentando que a intervenção regulatória do Estado⁴⁶³ encontra respaldo no artigo 174, da Constituição⁴⁶⁴.

Por sua vez, Sepúlveda Pertence, registrando o único voto *divergente* com relação ao disposto no artigo 5º, da MP 524/94, negou a suspensão de seus efeitos,

liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

⁴⁶¹ Segundo Carlos Velloso, a “Constituição, no art. 5º, inciso LIV, consagra ‘due process of law’ com caráter substantivo e, no inciso LV do mesmo artigo 5º, ‘due process of law’ com caráter processual. Isto quer dizer que, a partir daí, normas desarrazoadas, normas que não guardem um real substancial nexo com o objetivo que se quer atingir, são normas inconstitucionais”. (STF – ADI 1081 MC/DF – Rel. Ministro Francisco Rezek – DJ 03/12/1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 64)

⁴⁶² STF – ADI 1081 MC/DF – Rel. Ministro Francisco Rezek – DJ 03/12/1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 88.

⁴⁶³ “A intervenção regulatória ou normativa do Estado encontra **pleno** suporte jurídico na própria Constituição da República, cujo art. 174 autoriza o Poder Público – enquanto agente normativo e regulador da atividade empresarial – a exercer, *na forma da lei*, funções de controle na ordem econômica, com o objetivo de reprimir o abuso do poder econômico de cuja prática, *sempre inaceitável*, resultem ou possam resultar a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário dos lucros (CF, art. 173, § 4º)”. (STF – ADI 1081 MC/DF – Rel. Ministro Francisco Rezek – DJ 03/12/1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 71)

⁴⁶⁴ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

sustentando que não tinha elementos suficientes para afirmar que, “na prática das relações contratuais do ensino privado, toda renovação de matrícula pressupõe a extinção da relação contratual anterior e, por isso, que a regra impugnada implique restabelecimento compulsório de uma relação contratual extinta”⁴⁶⁵.

Assim, por maioria de votos, o Tribunal deferiu a medida liminar para suspender, até decisão final da ação, o efeito do artigo 5º, da MP 524/94. Porém, não houve novo posicionamento na mesma ADIN, pois a norma questionada deixou de existir no ordenamento jurídico.

Alguns meses após a decisão acima ser julgada (22/06/1994), em 16/09/94, por meio da ADIN 1117-1, discutiu-se a constitucionalidade do artigo 7º, da MP 612/94, que também dispunha sobre mensalidades escolares, notadamente o trecho que previa a proibição de “aplicação de quaisquer penalidades (...) *administrativas*, por motivo de inadimplência do aluno”. Segundo a CONFENEN, em breve síntese, aludido dispositivo ofende o preceito contido no artigo 5º da Constituição Federal, pois dispensa tratamento igual a desiguais, violando o princípio da isonomia ao igualar bons e maus pagadores⁴⁶⁶. Nesta oportunidade, o Ministro-relator Paulo Brossard, em linhas gerais, reiterou as razões externadas na ADIN 1081-6, ponderando que a forma como o “problema vem sendo tratado parece que a atividade pouco se distancia do ilícito”, referindo-se ao ensino prestado no âmbito privado⁴⁶⁷. Os demais ministros não apreciaram especificamente o artigo em epígrafe, porém no extrato da ata consta que o Tribunal por unanimidade de votos deferiu o pedido liminar para suspensão dos efeitos do dispositivo 7º, da MP 612/94. Com isso, conclui-se que todos os demais ministros presentes concordaram com as argumentações postas pelo Relator. Os ministros Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso não participaram da sessão.

⁴⁶⁵ STF – ADI 1081 MC/DF – Rel. Ministro Francisco Rezek – DJ 03/12/1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 80.

⁴⁶⁶ STF – ADI 1117 MC/DF – Rel. Ministro Paulo Brossard – DJ 08/06/2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 75

⁴⁶⁷ “Quando do julgamento da Medida Provisória nº. 524, tivemos a ocasião de ver, por exemplo, a providência que foi fulminada, onde se proibia as escolas, por motivo de inadimplência dos alunos, de indeferir a renovação de matrícula. É uma coisa espantosa e atenta contra o cerne da educação, porque consagrava, na escola, o calote, a desonestidade, a ilicitude. Fiquei de cabelos eriçados quando defrontei esse dispositivo. Como se pode consagrar isso em um ato com força de lei? Fulminado pelo Tribunal, ela não foi repetido na medida provisória ora em exame, mas isso não muda esse caráter que me parece extremamente delicado e comprometedor ao funcionamento do ensino”. (STF – ADI 1117 MC/DF – Rel. Ministro Paulo Brossard – DJ 08/06/2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 80)

Outra ADIN que merece alusão neste estudo também tem por objeto uma MP que versa sobre mensalidades. O Partido Comunista do Brasil ajuizou a ADIN n. 1236-3, tendo por objeto, entre outros, a expressão “prazo não superior a sessenta dias”, contida na parte final do artigo 5º, da MP n. 932/95⁴⁶⁸. O Ministro-relator, Ilmar Galvão, votou pela suspensão da vigência do termo impugnado com o intuito de “preservação de norma que, por igual, já havia sido declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação da ADI 1.176, (...) possibilitando a aplicação de sanções institucionais, em face da inadimplência do aluno”⁴⁶⁹. Quanto aos demais ministros presentes, não houve divergência, a decisão foi unânime, inclusive o Ministro Sepúlveda Pertence, que na ADIN 1081 consignou voto divergente, neste caso acompanhou o relator. Destarte, o Tribunal, em 29.03.1995, suspendeu liminarmente a eficácia da expressão “ou administrativas, por motivo de inadimplência, por prazo superior a sessenta dias”. Neste caso, por se tratar de uma MP, a norma também deixou de existir no ordenamento jurídico pátrio, ocorrendo a extinção de ofício por perda do objeto.

Mais um caso que faz jus mencionar refere-se à ADIN 1007. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN) em relação à Lei do Estado de Pernambuco n. 10.989/93 que estipulou *data para vencimento das mensalidades escolares*. A tese sustentada pelo autor era composta por dois argumentos: (i) a violação aos artigos 206, inciso III, e 209, ambos da Carta Magna, os quais consagram a coexistência de instituições de ensino públicas e privadas a liberdade e a livre iniciativa, respectivamente; (ii) o vencimento das mensalidades consubstancia cláusula contratual, ou seja, sobre *obrigações e contratos*, logo, o Estado seria incompetente para legislar sobre matéria de competência privativa da União, nos termos do artigo 22, caput e inciso I, da Constituição Federal. Por sua vez, a Assembléia Legislativa do Estado de Pernambuco sustentou que o ente estadual era competente para legislar sobre *ensino e educação* e que a lei impugnada tinha por

⁴⁶⁸ O dispositivo está assim redigido: “São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares, inclusive os de transferência, ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas ou administrativas, por motivo de inadimplência por prazo não superior a sessenta dias”. STF – ADI 1236 MC/DF – Rel. Ministro Ilmar Galvão – DJ 26/04/1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012.

⁴⁶⁹ STF – ADI 1236 MC/DF – Rel. Ministro Ilmar Galvão – DJ 26/04/1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012.

objetivo tão-somente evitar o privilégio das escolas de receber a mensalidade antes do serviço prestado, haja vista que a legislação mencionada previa o pagamento pelo serviço educacional no último dia do mês e a prática do mercado era cobrar no início. Nesse viés, a competência seria concorrente, posto versar sobre acesso à educação, direito econômico e proteção do consumidor, matérias de competência concorrente entre a União e Estados, previstas nos artigos 23, V, e 24, I, V, e IX, da Constituição Federal⁴⁷⁰.

De maneira simplificada, é possível identificar que a problemática principal circunda a seguinte questão: a data de vencimento do contrato de prestação de serviço educacional versa sobre matéria de direito civil *ou* acesso à educação, direito econômico e proteção do consumidor?

Eros Grau, relator no caso, considerou que se tratava de matéria de direito contratual (civil), logo, de competência privativa da União. Analisou, ainda, a possibilidade de a legislação estadual tratar de relação de consumo. Sobre o assunto, assinalou:

(...) a relação contratual de que se cuida não é travada entre prestador de serviço e mero consumidor, porém entre aquele e usuário de serviço público, isto é, cidadão. Daí porque não há pura e simplesmente, na hipótese, uma relação de consumo, o que ensejaria a ponderação do disposto no art. 24, inciso V, da Constituição do Brasil. As relações de consumo são acessíveis, unicamente a quem possa ir ao mercado portando moeda suficiente para adquirir bens e serviços, situação bem diversa daquela que se situa o cidadão usuário de serviço público⁴⁷¹.

Percebe-se que o motivo determinante (*ratio decidendi*) do reconhecimento da inconstitucionalidade da legislação pernambucana, para o Ministro Eros Grau, consistiu na competência privativa da União para legislar sobre direito contratual (civil). Tanto que, já no início de seu voto, registra ser a legislação inconstitucional, eis que usurpou competência exclusiva da União para legislar sobre a matéria, prevista no artigo 22, inciso I, da Constituição Federal⁴⁷². Assim, inobstante afirmar o caráter de serviço público não privativo do serviço educacional, o posicionamento

⁴⁷⁰ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) V - produção e consumo;

⁴⁷¹ STF – ADI 1007 – Rel. Ministro Eros Grau – DJ 24/02/2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 12.

⁴⁷² Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

sobre essa matéria – natureza do serviço - não foi relevante para a tomada de decisão (*obiter dictum*)⁴⁷³ do Ministro a respeito da inconstitucionalidade da lei⁴⁷⁴.

Discordando do Relator, o Ministro Carlos Britto, afirma, de plano, que não considera educação como serviço público, apesar de não fundamentar tal posicionamento, por não considerar o momento oportuno. De fora essa divergência, acredita que a norma impugnada trata de *proteção do consumidor* (e não de direito civil) como direito individual e como princípio da ordem econômica, competindo indistintamente à União, aos Estados, ao Distrito Federal e ao Município, concorrentemente, legislar sobre o tema, de modo que, para o Ministro, o Estado não desbordou do campo de sua legítima competência⁴⁷⁵, nos termos do artigo 24, inciso V, da Carta Magna⁴⁷⁶.

Joaquim Barbosa, por seu turno, pediu vista, alegando que na época em que o pedido liminar foi examinado (1994) “eram muito tênues, embrionárias, as reflexões sobre teoria dos direitos fundamentais à luz da Constituição de 1988”⁴⁷⁷ e, segundo ele, por esse ângulo – dos direitos fundamentais - que esta questão teria de ser examinada. Quando de seu voto, consignou que o fato de o serviço educacional poder ser prestado pela iniciativa privada não o equipara a “uma atividade econômica como outra qualquer, pois diz respeito a um direito fundamental consagrado por nosso ordenamento jurídico e, portanto, essencial para a construção de um Estado Democrático de Direito em nosso país”⁴⁷⁸. Quanto à constitucionalidade da norma, ponderou que ela não teria apenas o intuito de evitar

⁴⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...* p. 280/281

⁴⁷⁴ Durante a discussão que se sucedeu na Corte para analisar a ADIN 1007-7, o Ministro Eros Grau enfatizou a importância da discussão acerca do fato de o aluno ser um consumidor e existir uma relação de consumo entre universidade e estudante, bem como alertou para o risco de se considerar a norma como de direito do consumidor e não civil. E, ainda, colocou que não pode se deixar sobrepor por anseios pessoais – que aparentemente pretendiam beneficiar os estudantes, com a fixação de uma data para pagamento das mensalidades - , pois deve “fidelidade à Constituição”. Acrescentou, em seguida, “ficarei extremamente satisfeito se essa lei for julgada constitucional. Mas o meu dever de magistrado é considerar os pontos que eu já alinhei, ainda que isso não me deixe, enquanto homem do povo, satisfeito. Tenho de ser extremamente fiel ao meu ofício”. (STF – ADI 1007 – Rel. Ministro Eros Grau – DJ 24/02/2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 24/25)

⁴⁷⁵ STF – ADI 1007 – Rel. Ministro Eros Grau – DJ 24/02/2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 16/17.

⁴⁷⁶ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...)V - produção e consumo;

⁴⁷⁷ STF – ADI 1007 – Rel. Ministro Eros Grau – DJ 24/02/2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 36.

⁴⁷⁸ STF – ADI 1007 – Rel. Ministro Eros Grau – DJ 24/02/2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 41/42.

uma cobrança abusiva (antecipada), mas, sim, teria o condão de “evitar que normas contratuais abusivas afetem e prejudiquem a concretização e o acesso ao direito fundamental da educação por parte daqueles cidadãos que pagam estabelecimentos educacionais privados”⁴⁷⁹, por consequência, para ele, a norma impugnada não padecia do vício de inconstitucionalidade, pois não aborda matéria de direito civil (contratual), e sim de *educação e ensino* (art. 24, IX, da CF), com o intuito de efetivamente promover e assegurar o direito à educação. Ao enfrentar a questão atinente à livre iniciativa, Joaquim Barbosa infere que tal direito não seria absoluto e desvinculado dos demais princípios constitucionais, como a proteção do consumidor. Segundo o Ministro, a livre iniciativa e seus princípios estariam limitados pela supremacia da ordem pública⁴⁸⁰.

O Ministro Celso de Mello considerou que a matéria pertence ao campo do direito do consumo e à educação, concluindo pela improcedência da ação – assim como os ministros Joaquim Barbosa e Carlos Britto -, por conta da competência concorrente entre os entes da federação (art. 24, da CF). Por sua vez, os ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Cezar Peluso e Carlos Velloso votaram pela procedência da ação, acompanhando o relator, porém por razões distintas. Os três primeiros ministros, em epítome, entenderam que a questão em debate versava acerca de matéria de direito contratual, logo, de competência federal. Enquanto o último ponderou tratar-se de assunto relativo à legislação específica (mensalidades), que seria de competência estadual, porém, por uma questão de “política judiciária”⁴⁸¹ – no sentido de que não ficaria bem, em termos de segurança jurídica, após doze anos de suspensão da lei, votar em sentido contrário -, votou pela procedência.

Na ADIN 1007-7/PE, em síntese, o debate centrou-se na competência legislativa para estipular data de vencimento da mensalidade (questão formal): seria da União ou dos Estados? Seria matéria de direito do consumidor, civil ou sobre educação e ensino? Para Eros Grau restou claro que a norma pernambucana

⁴⁷⁹ STF – ADI 1007 – Rel. Ministro Eros Grau – DJ 24/02/2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 42.

⁴⁸⁰ Observa-se que o Ministro aponta um limite intrínseco à livre iniciativa, qual seja: a supremacia da ordem pública. Assim, na visão do Ministro a livre iniciativa sempre estaria limitada pela supremacia da ordem pública, independente das condições fáticas do caso concreto.

⁴⁸¹ STF – ADI 1007 – Rel. Ministro Eros Grau – DJ 24/02/2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 35.

impugnada trata de direito civil (contratual), posto definir obrigações; para Joaquim Barbosa, em contrapartida, seria direito à educação; Carlos Britto, na mesma linha do ministro Joaquim Barbosa – aparentemente apegando-se mais ao intuito da lei do que ao seu objeto⁴⁸² -, bem como concluindo pela competência concorrente dos entes federados, entendeu tratar a lei de norma relacionada à proteção do consumidor.

No entanto, a discussão passou ao largo de temas como o direito à livre iniciativa (restringido pela legislação impugnada); a autonomia administrativa das universidades, albergada expressamente no texto constitucional, art. 207-CF; o direito à educação, o qual foi apenas tratado como *obiter dictum*, eis que foi mencionado tão-somente seu fomento, vale dizer, a norma impugnada teria por objetivo dar maior eficácia ao direito à educação, nos termos em que foi analisado pelo Ministro Joaquim Barbosa.

A despeito da ausência de unanimidade quanto à natureza do serviço educacional – se público ou não – e do debate acerca da matéria objeto da legislação municipal - de direito civil (obrigações), consumidor ou de direito à educação –, o Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 10.989/93, de modo que restaram vencidos os ministros Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Celso de Mello⁴⁸³.

Quanto à ementa da decisão, interessante observar que apenas registrou a parte dispositiva da decisão do relator e a posição dele referente à natureza do serviço educacional. No entanto, a questão da natureza do serviço não foi debatida por todos ministros e sequer teve importância para a solução do caso (*obiter dicta*).

⁴⁸² Cite-se, a propósito, trecho do voto do Ministro Carlos Britto: “Também, pelo 5º do art. 170, um princípio da ordem econômica. Isso empresta à matéria uma relevância impar, ou seja, além de direito fundamental, é princípio de toda a ordem econômica. No caso, o que fez o Estado foi criar um mecanismo de proteção do consumidor para que ele não pagasse antecipadamente por esse serviço, que não tenho como público, de educação formal. Acho louvável a lei agora impugnada” (STF – ADI 1007 – Rel. Ministro Eros Grau – DJ 24/02/2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 26).

⁴⁸³ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 10.989/93 DO ESTADO DE PERNAMBUCO. EDUCAÇÃO: SERVIÇO PÚBLICO NÃO PRIVATIVO. MENSALIDADES ESCOLARES. FIXAÇÃO DA DATA DE VENCIMENTO. MATÉRIA DE DIREITO CONTRATUAL. VÍCIO DE INICIATIVA. 1. Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser desenvolvidos pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. 2. Nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição do Brasil, compete à União legislar sobre direito civil. 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente. (ADI 1007, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 31/08/2005, DJ 24-02-2006 PP-00005 EMENT VOL-02222-01 PP-00007)

Todavia, estando consignada na ementa, pode-se entender que seria esse posicionamento da Corte constitucional, o que não reflete a verdade. O raciocínio que levou o Relator a declarar a norma inconstitucional (solução do caso) não tem qualquer ligação com o direito à educação. Eros Grau, apesar de tecer alguns comentários a respeito da natureza do serviço educacional (se seria serviço público ou não), para decidir sobre a inconstitucionalidade da lei considerou, como motivo determinante, o fato de a norma abordar tema de direito das obrigações (civil). Por consequência, conforme competência legislativa prevista no texto constitucional, o Estado de Pernambuco seria incompetente para legislar sobre a matéria.

Portanto, analisaram-se, em síntese, posicionamentos do STF a respeito da intervenção estatal (i) na estipulação dos preços do serviço educacional, (ii) na possibilidade de recusa de renovação de matrícula para alunos inadimplentes, (iii) na data de vencimento dos contratos. Dos votos estudados, vislumbra-se uma dificuldade de extrair a parte vinculante da decisão para os casos futuros, posto não haver o enfrentamento das mesmas questões por todos os Ministros, bem como em razão dos diferentes grupos de argumentos delineados para se chegar a uma mesma resposta (constitucionalidade ou não de determinado dispositivo). Além disso, da leitura dos votos, é possível apenas ter uma impressão da forma como os ministros veem o direito à educação e a extensão da liberdade de atuação das instituições no segmento privado de ensino. Porém, pode-se perceber, em uma análise preliminar, que o direito à educação, não obstante sua irrefragável importância, na seara privada, por conta da necessidade de contraprestação (remuneração), possui contorno distinto do direito à educação como serviço gratuito prestado pelo Estado.

Na mesma linha da análise feita neste item, buscando delinear os argumentos que culminaram com as respostas dadas e verificar os contornos dos preceitos constitucionais previstos no artigo 6º e 209 da Constituição Federal, no ponto a seguir estudar-se-á o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Para tanto, optou-se por examinar os casos que versam sobre a negativa em renovar a matrícula de alunos inadimplentes, limitando-se, assim, o objeto do estudo.

4.2.2. A recusa em renovar a matrícula de alunos inadimplentes: a interpretação do Superior Tribunal de Justiça

Não se pode olvidar que a principal função do Superior Tribunal de Justiça é interpretar o direito infraconstitucional, intuindo evitar que cada ente estatal trate a mesma norma de forma distinta. Com isso, na mesma linha da doutrina de precedentes, busca-se dar maior coerência ao direito, logo, garantir tratamento igualitário e segurança jurídica para as partes litigantes.

Nesse panorama, a Lei n. 9.870/99, que dispõe sobre as anuidades escolares, por diversas vezes, foi objeto de apreciação do STJ, notadamente o dispositivo que prevê que os alunos têm direito à renovação de suas matrículas, observado o calendário escolar da instituição, o regimento da escola ou cláusula contratual, *salvo quando inadimplentes*. A aludida norma também prevê que as instituições de ensino poderão desligar os alunos ao final do semestre letivo quando a instituição adotar o regime didático semestral⁴⁸⁴.

Com respaldo nessa legislação, todo início de semestre letivo, por conta da inadimplência relativa ao período anterior e/ou perda do prazo⁴⁸⁵ previsto no calendário acadêmico para efetivação da matrícula, estudantes têm seus pedidos de rematrícula indeferidos administrativamente pelas instituições de ensino privadas. Inconformados, os acadêmicos recorrem ao Poder Judiciário: via impetração de mandado de segurança, alegando que o ato (coator) da universidade de recusar a matrícula é ilegal; ou via demanda de natureza ordinária (obrigação de fazer). Independente do caminho escolhido pelo estudante, analisando diversos posicionamentos judiciais, visualiza-se certa falta de coerência entre as decisões dos tribunais superiores e inferiores, o que pode afetar a concretização do direito à educação do estudante – a título de ilustração, no caso de perda de parte do conteúdo ministrado, se houver demora na prestação jurisdicional – e a atuação no segmento privado de ensino – se o Poder Judiciário admitir a continuidade da

⁴⁸⁴ Art. 6º São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil Brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias.

§ 1º O desligamento do aluno por inadimplência somente poderá ocorrer ao final do ano letivo ou, no ensino superior, ao final do semestre letivo quando a instituição adotar o regime didático semestral.

⁴⁸⁵ Atinente somente à perda do prazo para efetivação da matrícula, ausente a condição de inadimplência, o TRF da 4ª Região tem se posicionado no sentido de possibilitar a matrícula de aluno fora do prazo, uma vez que a proibição de renovação de matrícula somente é permitida nos casos em que o aluno é inadimplente. A título de ilustração, cite-se: TRF4, APELREEX 2009.71.00.003931-3, Quarta Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, D.E. 05/10/2009; TRF4, AC 2008.72.00.009095-0, Quarta Turma, Relator Alexandre Gonçalves Lippel, D.E. 15/06/2009.

prestação do serviço sem a devida contraprestação, isso pode abalar a qualidade do ensino prestado, condição prevista no artigo 209, da CF.

O primeiro caso envolve decisão proferida⁴⁸⁶ em 2004 no Recurso Especial n. 601.499/RN. Nessa oportunidade registrou-se ser o ensino livre à iniciativa privada e gozarem as universidades de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, sendo gratuito o ensino público em estabelecimentos oficiais. Assim, segundo o voto condutor, proferido pelo Ministro Castro Meira, “não se confundem a iniciativa privada e a iniciativa pública na educação”⁴⁸⁷. Partindo desse raciocínio, afirma que o contrato firmado entre alunos e estudantes é oneroso, vale dizer, cabe ao aluno efetuar o pagamento das mensalidades para continuar recebendo o serviço. Ademais, a exigência de adimplemento para continuidade do contrato tem o objetivo de preservar a *viabilidade financeira* das instituições particulares de ensino. O Relator, ressaltando a importância do pagamento pelos alunos, argumentou que, caso esse não fosse exigido, “haveria enriquecimento indevido e incentivo ao descumprimento da obrigação financeira por parte dos estudantes e de suas famílias, com graves conseqüências para a própria manutenção da instituição e do próprio sistema”⁴⁸⁸. Dessa forma, nenhuma norma é descumprida caso a universidade particular resolva não mais prestar serviços educacionais aos estudantes inadimplentes, eis que, segundo o Relator, se trata de uma relação contratual. A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Ministro-Relator.

Importante também mencionar, pela juridicidade de suas razões, os fundamentos desenvolvidos por Teori Albino Zavascki, Ministro-Relator, ao apreciar o

⁴⁸⁶ Art. 6º São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil Brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias.

§ 1º O desligamento do aluno por inadimplência somente poderá ocorrer ao final do ano letivo ou, no ensino superior, ao final do semestre letivo quando a instituição adotar o regime didático semestral.

⁴⁸⁷ STJ - RESP 601.499 - Rel. Ministro Castro Meira - DJ 16/08/2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 232.

⁴⁸⁸ “Como se observa da redação dos citados dispositivos, a regra geral é de que inadimplemento do pagamento das prestações escolares pelos alunos não pode gerar a aplicação de penalidades pedagógicas, tais como a suspensão de provas escolares ou retenção de documentos escolares, inclusive para efeitos de transferência a outra instituição de ensino. Entretanto, com o objetivo de impedir abusos e de preservar a viabilidade financeira das instituições particulares de ensino, excluiu do direito à renovação da matrícula (rematrícula), os alunos inadimplentes.” (STJ - REsp 601.499 - Rel. Ministro CASTRO MEIRA - DJ 16/08/2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 4)

Recurso Especial n. 553.216/RN, que impugnava decisão que considerou a recusa na renovação de matrícula uma penalidade pedagógica. Consignou em seu voto que a lei reguladora dos valores das mensalidades escolares do ensino superior (Lei n. 9.870/99), “permite, em determinados casos, a interrupção do serviço”. Acrescentando que a possibilidade de desligamento do aluno inadimplente “visa justamente a efetivar o princípio da continuidade na prestação do serviço público, vez que o déficit gerado pela falta de pagamento por parte de alguns estudantes compromete o regular desenvolvimento das atividades da instituição”⁴⁸⁹. Desse modo, o acórdão restou reformado, por unanimidade.

Vale ressaltar que a decisão objurgada via Recurso Especial considerou que o “estabelecimento de ensino não é empresa comercial, que pode suspender o fornecimento da mercadoria ou do serviço no caso de impontualidade no pagamento”, sustentando, ainda, que a “instituição de ensino não pode compelir o aluno ao pagamento das mensalidades mediante imposição de sanção de caráter inquisitório ao Judiciário a fim de satisfazer o seu crédito”⁴⁹⁰. Segundo o acórdão vergastado, compete ao estabelecimento de ensino recorrer às vias judiciais para satisfazer seu crédito. Daí já é possível perceber, mesmo que de forma sutil, a divergência de posicionamento entre os tribunais superiores e inferiores⁴⁹¹. Por outro lado, comparando-se a primeira decisão citada – de relatoria do Ministro Castro Meira – com a proferida pelo ministro Teori Albino Zavascki, denota-se a existência de coerência em razão de ambos considerarem indispensável o pagamento das mensalidades para a continuidade da prestação do serviço educacional e reconhecerem a possibilidade de recusa da matrícula por inadimplência, não obstante distintos argumentos.

Sobre o *thema* e mantendo a linha de argumentos anteriormente lançados pelo próprio STJ, destaca-se, ainda, trecho do voto condutor proferido pelo Ministro Luiz Fux, no RESP 643.310/PR, publicado no DJ em 28.02.2005, oportunidade em que asseverou que a despeito da proibição legal de aplicação de penalidade – suspensão de provas escolares ou retenção de documentos - como forma de coibir

⁴⁸⁹ STJ - RESP 553.216 - Rel. Ministro Teori Albino Zavascki - DJ 24/05/2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012.

⁴⁹⁰ STJ - RESP 553.216 - Rel. Ministro Teori Albino Zavascki - DJ 24/05/2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012.

⁴⁹¹ STJ - RESP 553.216 - Rel. Ministro Teori Albino Zavascki - DJ 24/05/2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012.

o aluno ao pagamento da mensalidade escolar, “o legislador, objetivando impedir abusos e preservar a viabilidade financeira das instituições particulares de ensino, excluiu do direito à renovação da matrícula ou rematrícula os alunos inadimplentes”⁴⁹².

Portanto, o pensamento registrado por Luiz Fux aproxima-se bastante da linha de raciocínio de Castro Meira pelo fato de ambos destacarem a importância da viabilidade financeira do estabelecimento particular. No entanto, o primeiro embasa seu raciocínio somente no objetivo legal (da Lei n. 9.870/99), enquanto o segundo também invoca a natureza contratual da relação jurídica entre aluno e universidade. Já o entendimento de Teori Zavaski, apesar de ter exegese legal, em suas razões de decidir vincula a indispensabilidade do pagamento ao princípio da continuidade da prestação do serviço público, comparando o serviço educacional privado ao serviço público.

Além disso, nota-se que os argumentos alinhavados pelo STJ nestes casos seguem, em linhas gerais, os posicionamentos dos ministros do STF, como a liberdade de contratar e a importância da contraprestação ou retribuição pelo serviço prestado (consignada nas ADINs 1081-6, 1117-1, 1236-3, 1007).

Pouco tempo após o pronunciamento do Ministro Luiz Fux, a Corte voltou a colocar em pauta a discussão sobre a negativa de matrícula escolar por inadimplemento. Em 02.06.2005, foi julgado um Recurso Especial merecedor de ênfase pelo fato de alterar os posicionamentos, a partir de então, do STJ. Trata-se do Recurso Especial n. 660.439-RS, interposto por uma universidade, a qual alega que o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁴⁹³ viola os artigos 5º e 6º

⁴⁹² STJ - RESP 643.310 - Rel. Ministro Luiz Fux - DJ 28/02/2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. Em 26.04.2005, logo após o citado julgamento, o Ministro Luiz Fux consignou em seu voto condutor proferido em caso análogo que, “no afã de coibir abusos e de preservar a viabilidade financeira das instituições particulares de ensino, a lei excluiu do direito à renovação da matrícula (rematrícula), os alunos inadimplentes”. (STJ - AgRg na MC 9.147 - Rel. Ministro Luiz Fux - DJ 26/04/2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012).

⁴⁹³ O acórdão objurgado restou assim ementado: “ENSINO PRIVADO. FALTA DE PAGAMENTO DE 2 MENSALIDADES E RENOVAÇÃO DE MATRÍCULA. INTELIGÊNCIA DO ART. 6º DA LEI 9.870/99. O IMPEDIMENTO À RENOVAÇÃO DA MATRÍCULA SÓ PODE SER REALIZADO SE O ALUNO ESTIVER COM PELO MENOS 3 PRESTAÇÕES EM ATRASO. A RESOLUÇÃO DEPENDE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL, NÃO PODENDO SER EFETIVADA DE MÃO PRÓPRIA APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 1.092 DO CÓDIGO CIVIL. APELAÇÃO DESPROVIDA.”

da Lei 9.870/99, 177 e 1.092⁴⁹⁴ do Código Civil e 39, V e 42 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Sustenta, em síntese, que a lei assegura à instituição de ensino o direito de não aceitar a matrícula de aluno inadimplente ao final do semestre letivo, não havendo obrigatoriedade em observar o prazo do débito, *mesmo que inferior a noventa dias*.

Desse modo, a questão principal a ser respondida pelo STJ seria se o direito do estabelecimento de ensino de renovar ou não a matrícula depende do prazo do inadimplemento do estudante. Para chegar à solução, a Ministra relatora do voto condutor, Eliana Calmon, ponderou que os dispositivos legais pertinentes ao deslinde da questão posta – artigos 5º e 6º da Lei 9.870/99 - deveriam ser aplicados conjuntamente, pois, para ela, os aludidos artigos encerram as seguintes proposições:

- a) a Universidade não pode impor sanções administrativas ao aluno inadimplente, o qual tem o direito de assistir aulas, realizar provas e obter documentos;
- b) a falta de pagamento até noventa dias é, para efeito da lei, impontualidade, passando a inadimplente o aluno que exceder esse prazo, nos termos do art. 6º, in fine, da Lei 9.870/99;
- c) o aluno inadimplente não tem direito à renovação da matrícula, mas a inadimplência só se caracteriza quando há atraso no pagamento em período que exceda os noventa dias previstos em lei;
- d) o aluno que deve uma, duas, três ou quatro prestações, para evitar a pecha de inadimplente, deve quitá-las no prazo de noventa dias;
- e) a impontualidade por período superior a noventa dias caracteriza-se como inadimplência, podendo ser negada a renovação da matrícula⁴⁹⁵.

Note-se que a proposição ‘a’ é uma leitura do artigo 6º, da Lei 9.870/99, já as seguintes são uma junção do exposto no artigo 5º e parte final do caput do 6º. Com base em tais proposições, a Relatora *criou* uma diferenciação entre “impontualidade” e “inadimplemento”, sendo o primeiro o atraso até 90 (noventa) dias e o segundo acima desse prazo – daqui decorre a originalidade.

Interessante observar o fato de, logo após mencionar as proposições acima, a Ministra assegurar que, ao examinar a jurisprudência do STJ, *não verificou outro*

⁴⁹⁴ Art. 1.092. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. (CC-16)

Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. (CC-02)

⁴⁹⁵ STJ - RESP 553.216 - Rel. Ministra Eliana Calmon - DJ 27/06/2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. Página 4 de 6

entendimento, citando as ementas das decisões proferidas no RESP 553.216/RN⁴⁹⁶ e RESP 364.295/SP⁴⁹⁷. Todavia, conforme mencionado neste trabalho, os aludidos acórdãos não fazem qualquer menção à interpretação sistemática dos dispositivos da Lei 9.870/99 ou entendem que inadimplemento e impontualidade são coisas distintas. Na verdade, sequer citam o prazo de atraso das mensalidades, apenas se restringem a concluir que a negativa de matrícula de aluno *inadimplente* possui respaldo legal. Castro Meira, a propósito, chega a consignar no voto de sua relatoria sobre o tema que “a rematrícula está assegurada apenas para os alunos *adimplentes*”⁴⁹⁸.

Do voto da relatora extrai-se, ainda, que as instituições de ensino superior privadas não podem ser confundidas com “universidades públicas ou com uma entidade assistencial, sendo legítima a exigência do pagamento da prestação de serviços educacionais pelo estudante, que firma com a entidade contrato oneroso”, bem como a aplicação da *exceptio non adimpleti contractus* (artigo 1.092, CC-16), pois, segundo ela, o contrato requer “que duas prestações sejam cumpridas simultaneamente”⁴⁹⁹. Encerrou afirmando que, pelo fato de a Constituição Federal, no artigo 209, inciso I, dispor ser o ensino livre à iniciativa privada, desde que cumpridas às normas gerais da educação nacional, não se aplicaria à hipótese as regras gerais dos contratos e, tampouco, poder-se-ia interpretar isoladamente o

⁴⁹⁶ INADIMPLÊNCIA. NEGATIVA DA INSTITUIÇÃO EM RENOVAR A MATRÍCULA. POSSIBILIDADE, EM RAZÃO DE EXPRESSA AUTORIZAÇÃO LEGAL. 1. A negativa da instituição de ensino superior em renovar a matrícula de aluno inadimplente, ao final do período letivo, é expressamente autorizada pelos arts. 5º e 6º, § 1º, da Lei 9.870/99. 2. Recurso especial provido. (STJ - RESP 553.216 - Rel. Ministro Teori Albino Zavascki - DJ 24/05/2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012).

⁴⁹⁷ ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. INSTITUIÇÃO PARTICULAR. INADIMPLÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE RENOVAÇÃO DE MATRÍCULA. 1. O art. 5º da Lei nº 9.870/99, ao assegurar o direito da rematrícula aos alunos que matriculados em determinada instituição de ensino, exclui os inadimplentes. 2. Dessa forma, nenhuma norma é descumprida caso a universidade particular resolva não mais prestar serviços educacionais aos estudantes em tal situação, uma vez que decorre de relação contratual. 3. Recurso especial provido. (STJ - REsp 364.295 - Rel. Ministro Castro Meira - DJ 16/08/2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012.). A presente decisão tem redação bastante similar à proferida no REsp 601.499 (STJ - REsp 601.499 - Rel. Ministro Castro Meira - DJ 16/08/2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012).

⁴⁹⁸ STJ - RESP 553.216 - Rel. Ministra Eliana Calmon - DJ 27/06/2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. Página 4 de 6

⁴⁹⁹ STJ - RESP 553.216 - Rel. Ministra Eliana Calmon - DJ 27/06/2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. Página 5 de 6

artigo 5º da Lei 9.870/99, o qual deveria ser interpretado em conjunto com o artigo 6º do mesmo diploma legal, que remete à regra geral do artigo 1.092⁵⁰⁰ do CC/16.

Com efeito, a *ratio* de seu voto poderia ser entendida da seguinte maneira: a Constituição Federal limita o dispositivo que prevê ser ensino livre à iniciativa privada ao cumprimento das normas gerais da educação nacional. Entre elas, para a Ministra, estaria a Lei n. 9.870/99, logo, não se aplicaria ao caso as regras gerais dos contratos. Quanto à interpretação dos artigos 5º e 6º, essa deve ser feita de maneira sistemática. Com isso, a instituição de ensino pode negar a renovação da matrícula caso a *inadimplência perdure por mais de noventa dias*.

Após esse posicionamento conduzido pela Ministra Eliana Calmon, diversos acórdãos o reproduziram, a saber: REsp 712.313/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJ 13/02/2008⁵⁰¹; REsp 725.955/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, DJ 18/05/2007; AgRg no REsp 951.206/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJ 03/03/2008⁵⁰²; AgRg no AREsp 48.459/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJ

⁵⁰⁰ Art. 1.092. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. Se, depois de concluído o contrato, sobreviver a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a parte, a quem incumbe fazer prestação em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou de garantia bastante de satisfazê-la. Parágrafo único. A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos.

⁵⁰¹ ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. ENSINO SUPERIOR. INSTITUIÇÃO PARTICULAR. INADIMPLÊNCIA DE ALUNA. PROIBIÇÃO DE RENOVAÇÃO DE MATRÍCULA. POSSIBILIDADE. 1. "O aluno, ao matricular-se em instituição de ensino privado, firma contrato oneroso, pelo qual se obriga ao pagamento das mensalidades como contraprestação ao serviço recebido. O atraso no pagamento não autoriza aplicar-se ao aluno sanções que se consubstanciem em descumprimento do contrato por parte da entidade de ensino (art. 5º da Lei 9.870/99), mas está a entidade autorizada a não renovar a matrícula, se o atraso é superior a noventa dias, mesmo que seja de uma mensalidade apenas." (REsp 660.439/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 27/6/2005). 2. "A negativa da instituição de ensino superior em renovar a matrícula de aluno inadimplente, ao final do período letivo, é expressamente autorizada pelos arts. 5º e 6º, § 1º, da Lei 9.870/99." REsp 553.216/RN, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 24/5/2004). 3. Hipótese em que se conclui pela subsistência das alegações da instituição recorrente. 4. Recurso Especial conhecido em parte e, nessa parte, provido. (STJ - RESP 712.313 - Rel. Ministro Herman Benjamin - DJ 13/02/2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 12 dez.2012)

⁵⁰² PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. OMISSÃO NA CORTE A QUO NÃO SANADA POR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ADUÇÃO DE OFENSA A NORMAS LEGAIS AUSENTES NA DECISÃO ATACADA. SÚMULA Nº 211/STJ. INSTITUIÇÃO PARTICULAR DE ENSINO SUPERIOR. INADIMPLÊNCIA. REMATRÍCULA. PRECEDENTES. ANÁLISE DE OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento a recurso especial. 2. O acórdão a quo indeferiu matrícula em razão de inadimplência da recorrente. 3. Ausência do necessário prequestionamento do art. 178 do CPC. Dispositivo indicado como afrontado não-abordado, em momento algum, no aresto a quo. Incidência da Súmula nº 211/STJ. 4. A jurisprudência do STJ envereda no sentido de que: - "a Constituição Federal, no art. 209, I, dispõe à iniciativa privada o ensino, desde que cumpridas as normas gerais da educação nacional. A Lei 9.870/99, que

13/04/2012⁵⁰³; REsp 1320988/TO, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, DJ 23/08/2012⁵⁰⁴.

Ressalte-se que, não obstante a mudança de posicionamento significativa entre a decisão conduzida pelo Ministro Luiz Fux e a de relatoria da Ministra Eliana Calmon, haja vista os entendimentos pretéritos registrarem apenas o

dispõe sobre o valor das mensalidades escolares, trata do direito à renovação da matrícula nos arts. 5º e 6º, que devem ser interpretados conjuntamente. A regra geral do art. 1.092 do CC/16 aplica-se com temperamento, à espécie, por disposição expressa da Lei 9.870/99. O aluno, ao matricular-se em instituição de ensino privado, firma contrato oneroso, pelo qual se obriga ao pagamento das mensalidades como contraprestação ao serviço recebido. O atraso no pagamento não autoriza aplicar-se ao aluno sanções que se consubstanciem em descumprimento do contrato por parte da entidade de ensino (art. 5º da Lei 9.870/99), mas está a entidade autorizada a não renovar a matrícula, se o atraso é superior a noventa dias, mesmo que seja de uma mensalidade apenas" (REsp nº 660439/RS, Relª Minª Eliana Calmon, DJ 27/06/2005); - "a regra dos arts. 5º e 6º da lei 9.870/99 é a de que o inadimplemento do pagamento das prestações escolares pelos alunos não pode gerar a aplicação de penalidades pedagógicas, assim como a suspensão de provas escolares ou retenção de documentos escolares, inclusive para efeitos de transferência a outra instituição de ensino. Entretanto, no afã de coibir abusos e de preservar a viabilidade financeira das instituições particulares de ensino, a lei excluiu do direito à renovação da matrícula (rematrícula), os alunos inadimplentes. 'A negativa da instituição de ensino superior em renovar a matrícula de aluno inadimplente, ao final do período letivo, é expressamente autorizada pelos arts. 5º e 6º, § 1º, da Lei 9.870/99' (Resp 553216, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 24/05/2004)"(AgRg na MC nº 9147/SP, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 30/05/2005). 5. No curso de recurso especial não há lugar para se discutir, com carga decisória, preceitos constitucionais. Ao STJ compete, unicamente, unificar o direito ordinário federal, em face de imposição da Carta Magna. Na via extraordinária é que se desenvolvem a interpretação e a aplicação de princípios constantes no nosso Diploma Maior. A relevância de tais questões ficou reservada, apenas, para o colendo STF. Não pratica, pois, omissão o acórdão que silencia sobre alegações da parte no tocante à ofensa ou não de regra posta na Lei Maior.6. Agravo regimental não-provido.

⁵⁰³ ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO ORDINÁRIA. ENSINO SUPERIOR. INSTITUIÇÃO PARTICULAR. INADIMPLÊNCIA DE ALUNO. PROIBIÇÃO DE RENOVAÇÃO DE MATRÍCULA. POSSIBILIDADE. 1. "O aluno, ao matricular-se em instituição de ensino privado, firma contrato oneroso, pelo qual se obriga ao pagamento das mensalidades como contraprestação ao serviço recebido. O atraso no pagamento não autoriza aplicar-se ao aluno sanções que se consubstanciem em descumprimento do contrato por parte da entidade de ensino (art. 5º da Lei 9.870/99), mas está a entidade autorizada a não renovar a matrícula, se o atraso é superior a noventa dias, mesmo que seja de uma mensalidade apenas." (REsp 660.439/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 27/6/2005). 2. "A negativa da instituição de ensino superior em renovar a matrícula de aluno inadimplente, ao final do período letivo, é expressamente autorizada pelos arts. 5º e 6º, § 1º, da Lei 9.870/99." REsp 553.216/RN, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 24/5/2004). 3. "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida." Incidência da Súmula 83/STJ. 4. Agravo Regimental não provido.

⁵⁰⁴ ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. RETENÇÃO DE DOCUMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. INADIMPLÊNCIA. PRAZO SUPERIOR A NOVENTA DIAS. RENOVAÇÃO DE MATRÍCULA. NÃO OBRIGATORIEDADE. ART. 6º DA LEI N. 9.870/1999. OBTENÇÃO DE DIPLOMA. REEXAME DE PROVA. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. DISSÍDIO PRETORIANO. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO. - O art. 6º da Lei n. 9.870/1999 proíbe a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas. No entanto a jurisprudência entende que a instituição de ensino está autorizada a não renovar a matrícula caso o atraso seja superior a noventa dias, como ocorre nos autos. - É vedado em recurso especial o reexame do conjunto fático-probatório, a teor do enunciado n. 7 da Súmula do STJ. - A ausência do cotejo analítico entre os arestos confrontados inviabiliza o conhecimento do recurso pela alínea "c" do permissivo constitucional. Recurso improvido.

‘inadimplemento’, os acórdãos posteriores embasados nos fundamentos desta última decisão - da Ministra Eliana Calmon - não adentraram no mérito da necessária leitura em conjunto dos artigos 5º e 6º ou, mais especificamente, no prazo de noventa dias, somente a citaram como ‘precedente’ e reiteraram sua *ratio* (sobretudo a relativa ao prazo do atraso nos pagamentos das mensalidades).

Porém, antes de avançar sobre a influência do acórdão proferido no recurso especial n. 660.439-RS nas decisões subsequentes, bem como sobre o impacto da interpretação judicial na eficácia do preceito contido no artigo 209 e do direito à educação do estudante, importa tecer alguns breves comentários atinentes à leitura dos artigos feita pela Ministra. Para tanto, não soa demasiado transcrever os aludidos dispositivos:

Art. 5o Os alunos já matriculados, salvo quando *inadimplentes*, terão direito à renovação das matrículas, observado o calendário escolar da instituição, o regimento da escola ou cláusula contratual.

Art. 6o São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às *sanções* legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil Brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias.

§ 1o O desligamento do aluno por inadimplência somente poderá ocorrer ao final do ano letivo ou, no ensino superior, ao final do semestre letivo quando a instituição adotar o regime didático semestral.

Os artigos 177⁵⁰⁵ e 1.092⁵⁰⁶ do Código Civil de 1996 tratavam, respectivamente, da prescrição das ações pessoais e da exceção do contrato não cumprido. O primeiro dispositivo não tem correspondente no Código Civil de 2002, enquanto o segundo encontra previsão idêntica no artigo 476⁵⁰⁷. Desse modo, fazendo a leitura do artigo 6º, da Lei 9.870/99, denota-se que o contratante (aluno) se sujeita às *sanções legais e administrativas compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor* (como a disposta no art. 52, §1, do CDC⁵⁰⁸, por exemplo) e com os

⁵⁰⁵ Art. 177. As ações pessoais prescrevem ordinariamente em vinte anos, as reais em dez entre presentes e, entre ausentes, em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas.

⁵⁰⁶ Art. 1.092. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

⁵⁰⁷ Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

⁵⁰⁸ Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre: (...) § 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação.

artigos 177 e 1.092 do Código Civil Brasileiro de 1916, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias.

A interpretação da Ministra Eliana Calmon, acompanhada pelos demais ministros na decisão do 660.439-RS, portanto, considerou a recusa de matrícula por inadimplemento uma sanção para o estudante, então, contratante. Ora, seria a recusa em renovar um contrato por ausência de uma contraprestação pelo serviço educacional prestado – haja vista que se há inadimplemento, significa que o aluno já se utilizou do serviço – uma sanção?

Da interpretação legal das decisões entrementes citadas do STJ não é possível extrair essa conclusão. A razão de decidir que prevalece⁵⁰⁹ entre os ministros – atinente à possibilidade de recusa da matrícula – decorre da importância do recebimento das mensalidades para a viabilidade financeira do estabelecimento particular, bem como da natureza do contrato firmado entre aluno e universidade – contrato oneroso. Nos votos analisados no presente estudo, os ministros não mencionam que a matrícula não deveria ser renovada, pois o aluno-inadimplente deveria ser *reprimido* com o indeferimento da renovação.

Além disso, a não renovação da matrícula não implica necessariamente a satisfação da obrigação pelo aluno, haja vista que o acadêmico pode não voltar a efetuar o pagamento das mensalidades e pedir a transferência para outra universidade. O que ocorre é a ausência de prestação do serviço, de contraprestação. Caso contrário, reflita-se, toda pessoa que encomendasse um produto⁵¹⁰ e não o recebesse por falta de pagamento estaria sendo, de certa forma, sancionada. Sob outro viés, pode-se afirmar, inclusive, que, com o inadimplemento,

⁵⁰⁹ Importante assinalar que Teori Zavaski, no RESP 553.216, apesar de ter fundamentar seu voto-condutor na legislação, em suas razões de decidir vincula a indispensabilidade do pagamento ao princípio da continuidade da prestação do serviço público. (STJ - RESP 553.216 - Rel. Ministro Teori Albino Zavascki - DJ 24/05/2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012.)

⁵¹⁰ Muito embora a educação já seja considerada por alguns como um produto disponível nas prateleiras, como se as instituições de ensino fossem um mercado: “O consumismo de hoje não visa ao acúmulo de coisas, mas à sua fruição instantânea e imediata. Se assim é, por que razão ‘o pacote de conhecimentos’ obtido durante uma passagem pela escola ou universidade de deveria ser excluído dessa regra universal? No turbilhão de mudanças, o conhecimento parece muito mais atraente quando apto ao uso instantâneo e único, aquele tipo de conhecimento oferecido pelos programas de software que entram e saem das prateleiras das lojas cada vez mais depressa. Por isso a ideia de que a educação possa ser um ‘produto’ destinado à apropriação e conservado para sempre é desanimadora e sem dúvida não beneficia a institucionalização da escola”. (BAUMAN, Zigmunt. *44 Cartas...*, p. 113/114)

a sanção é da Universidade, que se vê diante do não recebimento das mensalidades, apesar de já ter cumprido com sua obrigação – prestar o serviço.

A propósito, cite-se, novamente, a ADI n. 1236-3, que tinha por objeto a constitucionalidade da expressão “prazo não superior a sessenta dias”, contida na parte final do artigo 5º, da MP n. 932/95. Nesta oportunidade, o Ministro-Relator, Ilmar Galvão, votou pela suspensão da vigência do termo visando à “preservação de norma que, por igual, já havia sido declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação da ADI 1.176, (...) possibilitando a aplicação de sanções institucionais, em face da inadimplência do aluno”⁵¹¹.

Dessume-se, nesse contexto, que a não renovação da matrícula não se trata de sanção, seja administrativa e/ou legal, não obstante a possibilidade de o contratante ter (ou, ao menos, alegar) prejuízos por conta disso, como o atraso na continuidade de seus estudos, por exemplo. Porém, ressalte-se, por pertinente, que eventuais dissabores decorrem, bem na verdade, do não cumprimento do contrato por parte do próprio estudante – muitas vezes, em razão de dificuldades financeiras, as quais não são negadas no presente estudo - e não de ato direto das instituições de ensino⁵¹².

Com relação ao voto condutor, proferido no RESP 660.439-RS, importa ainda enfatizar a diferença tecida pela Ministra Eliana Calmon entre impontualidade e inadimplência. Note-se que, para ela, a leitura dos artigos 5º e 6º da Lei n. 9.870/99 culmina na seguinte proposição: “a falta de pagamento até noventa dias é, para efeito da lei, impontualidade, passando a inadimplente o aluno que exceder esse prazo, nos termos do art. 6º, *in fine*, da Lei 9.870/99”⁵¹³. Sobre a matéria, pertinente citar a lição de Maria Helena Diniz, no sentido de que “ter-se-á o *inadimplemento* da

⁵¹¹ A ADI citada (1176) impugnava diversos artigos da Medida Provisória nº 751, de 06 de dezembro de 1994, entre eles, o que previa, *litteris*: “São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares, inclusive os de transferência, ou a aplicação de quaisquer penalidades pedagógicas ou administrativas, por motivo de inadimplência do aluno, sem prejuízo das sanções legais cabíveis”. Desse modo, versava basicamente sobre a mesma matéria que foi objeto das ADINs 1081-6, 1117-1 e 1236-3. (STF – ADI 1176 MC/DF – Rel. Ministro Sepúlveda Pertente – DJ 07/04/1995. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012).

⁵¹² Poder-se-ia afirmar que ocorre o rompimento do liame de causalidade – nexos causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido -, um dos pressupostos da responsabilidade civil. Parafrazeando Carlos Roberto Gonçalves, “o dano só pode gerar responsabilidade quando ele tem por causa uma falha cometida ou um risco legalmente sancionado”. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 10ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 578/587.

⁵¹³ STJ - RESP 553.216 - Rel. Ministra Eliana Calmon - DJ 27/06/2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. Página 4 de 6

obrigação quando faltar a prestação devida, isto é, quando o devedor não a cumprir, voluntária ou involuntariamente⁵¹⁴. Em contrapartida, “a causa normal da extinção dos direitos de crédito é a execução, o *adimplemento* ou o *cumprimento*, que, também, na terminologia legal e doutrinária, denomina *pagamento*”⁵¹⁵. Portanto, para a doutrina, há adimplemento e inadimplemento, bem como um sujeito é considerado “inadimplente” a partir do dia seguinte ao que deveria ter cumprido a obrigação de pagamento.

Nesse panorama, considerando que o artigo 5º não estabelece uma sanção – prevê, bem na verdade, uma contraprestação -; e ponderando, ainda, que a pecha de inadimplente independe do número de dias ou de parcelas em atraso, está amarrado exclusivamente ao não cumprimento de determinada obrigação no prazo acordado entre as partes; somando-se também a possibilidade de desligamento do aluno, ao final do ano letivo ou do semestre letivo quando a instituição adotar o regime didático semestral, por inadimplência⁵¹⁶; é possível inferir que a negativa da instituição de ensino superior em renovar a matrícula de aluno inadimplente – independente do tempo de atraso -, ao final do período letivo, é expressamente autorizada pelos artigos 5º e 6º, § 1º, da Lei 9.870/99, contrariando, assim, o posicionamento firmado pelo STJ e ecoado nas decisões seguintes.

Ademais, a lei já restringiu, por meio da regra⁵¹⁷ contida no artigo 5º, a liberdade de contratar das instituições de ensino superior (art. 209,CF) ao estipular que o desligamento seria possível apenas ao final do ano letivo ou do semestre letivo (quando a instituição adotar o regime didático semestral), provavelmente intuindo evitar que o contrato de prestação de serviços educacionais fosse interrompido no meio do semestre e tornasse – aí sim - ineficaz o direito à educação dos estudantes, ante a ausência de *condições financeiras e institucionais* – haja

⁵¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 2º. Volume. 21ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 398.

⁵¹⁵ ESPÍNOLA, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações: obrigações solidárias e indivisíveis*. Campinas: Bookeseller, 2005. p. 10.

⁵¹⁶ § 1º O desligamento do aluno por inadimplência somente poderá ocorrer ao final do ano letivo ou, no ensino superior, ao final do semestre letivo quando a instituição adotar o regime didático semestral.

⁵¹⁷ Consoante leciona Virgílio Afonso da Silva, neste caso há uma restrição por meio de regra. Tratando sobre colisões, exemplifica citando a liberdade: “a regra impõe uma restrição à liberdade, não colide com ela; a colisão ocorre antes, entre os dois princípios mencionados, cuja solução se expressa na regra”. (SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial...* p. 142).

vista que, nesta hipótese de rescisão a qualquer tempo, os estudantes teriam *interrompido* o acesso à universidade.

Nesse ponto, atente-se que o currículo acadêmico requer uma organização dos tempos/espacos em que a escola vai desenvolver os diferentes conhecimentos e valores considerados necessários – para não dizer indispensáveis - para a formação de seus alunos e consecução dos objetivos esperados. No caso do direito à educação, na linha dos preceitos trazidos na Constituição Federal, pode-se afirmar que seriam os *efeitos desejados* do direito à educação: o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205-CF).

Assim, considerando a opção do estabelecimento de ensino quanto à divisão temporal de sua grade curricular (semestral/anual) - a qual é definida com base na autonomia didático-científica, administrativa e financeira prevista no texto constitucional (art. 207-CF) -, a negativa em renovar a matrícula de alunos inadimplentes apenas no final do semestre ou do ano letivo se mostra proporcional⁵¹⁸ quando levado em conta o direito à educação exercido no âmbito do

⁵¹⁸ Para fins de afirmar se a medida de negar a matrícula a alunos inadimplentes ao final do semestre se mostra medida proporcional, aplicar-se-á a regra da proporcionalidade no modelo proposto por Virgílio Afonso da Silva. Para tanto, a primeira pergunta a ser respondida seria se a negativa da matrícula apenas no final do período letivo é a medida adequada para fomentar a realização do objetivo perseguido, pois sua efetivação integral, na prática, demonstra-se impossível. Ora, o alvo principal a ser atingido é a proteção à continuidade dos estudos e permanência na universidade durante o período em que o aprendizado está em andamento, combatendo-se ainda a evasão escolar; bem como a manutenção da viabilidade econômico-financeira das instituições de ensino privadas. Assim, respondendo a pergunta de forma bem objetiva, sim, a negativa de matrícula apenas no final do semestre, muito embora não garanta a permanência na universidade até o final do curso, na prática, permite que o estudante conclua, nem que seja por etapas, o ensino superior. E, ainda, de certa maneira, permite a administração financeira dos problemas de forma semestral. O próximo passo consistiria em verificar se há medidas alternativas para obter o mesmo fim (SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial...* p. 170/171). Neste ponto, devem ser consideradas a eficiência das medidas na realização do objeto proposto e o grau de restrição ao direito fundamental atingido, buscando-se o meio menos gravoso. É cediço que há outros meios de atingir os objetivos em questão, como por exemplo, o aumento do número de vagas em universidades públicas de ensino ou, ainda, a concessão de bolsas de estudo (decorrentes de programas governamentais ou não). Todavia, não obstante a eficiência desses meios, a quantidade de bolsas não se mostra suficiente para atender toda a demanda. Resta saber se a insuficiência justificaria a utilização de outros meios, como a negativa de matrícula ao final do período letivo, medida que se apresenta menos gravosa para os estabelecimentos de ensino – eis que após um período poderão suspender a prestação do serviço – e para os alunos – já que poderão usufruir dos serviços educacionais até o final do período letivo ante o pagamento apenas de uma das prestações semestrais ou anuais. Neste caso, a negativa de matrícula ao final do período letivo para os alunos inadimplentes, ao menos até aqui, se mostraria constitucional aos adeptos da teoria externa. Por crer insuficientes os dois exames acima – adequação e necessidade –, Virgílio Afonso da Silva defende a necessidade de aplicação de uma última etapa da regra da proporcionalidade: “a proporcionalidade em sentido estrito”. Esta consiste em um sopesamento entre os direitos envolvidos, evitando

ensino superior privado e a liberdade de atuação das instituições nesse segmento (art. 209, CF). Nesse contexto, a interrupção do contrato apenas ao final do semestre letivo viabiliza a sustentação e o funcionamento da universidade para que possa continuar prestando serviço – eis que eventualmente terá que suportar o inadimplemento por prazo determinado (seis meses ou um ano) -, bem como não intervém na continuidade de estudos que já tiveram início.

Sob o ponto de vista da doutrina de precedentes, não se pode deixar de observar que a decisão da Ministra Eliana Calmon passou ao largo das razões de decidir delineadas pelos ministros até então – no sentido da indispensabilidade do pagamento para a viabilidade financeira e funcionamento das instituições privadas de ensino -, muito embora ela mencione em seu voto condutor que a cobrança das mensalidades é legítima⁵¹⁹. No entanto, tal argumento pode ser considerado *obiter dictum*, posto não influenciar diretamente na solução da questão.

Analisada a construção da decisão que influencia o posicionamento adotado pelo STJ até bem recentemente⁵²⁰, importa analisar o reflexo vertical – nos tribunais inferiores -, o que será objeto de estudo no item a seguir.

4.2.3. O posicionamento dos tribunais inferiores

exageros, ou seja, que “medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objeto perseguido seja capaz de justificar” (SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial...* p. 174). De fato esta não é uma tarefa simples. Decidir exige racionalidade no sopesamento e no processo de aplicação do direito em geral. Deve-se primar pela busca de “regras de argumentação, critérios de valoração ou a fundamentação de precedências condicionadas” (SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial...* p. 175). No entanto, partindo-se de uma teoria externa, como neste estudo se pretendeu, a racionalidade somente é possível com a utilização da regra da proporcionalidade no caso concreto. Para conclusão do raciocínio, imagine-se o indeferimento de uma matrícula por inadimplemento após o início das atividades acadêmicas. Ora, a negativa de matrícula se mostra um recurso adequado (pois viabiliza o funcionamento da universidade, sob o aspecto financeiro, e não impede que o estudante retome seus estudos). Também se apresenta uma medida eficiente, otimizando o objetivo pretendido (não interromper os estudos iniciados por conta de dificuldade financeira do estudante, bem como viabilizar o funcionamento da instituição de ensino), em contraposição à restrição ao direito à educação, que ocorrerá, porém de forma menos significativa de que se o contrato fosse interrompido no meio do semestre (ou ano) letivo, o inviabilizaria inclusive a continuidade dos estudos por etapas. Aplicada, portanto, a regra da proporcionalidade à situação de negativa do ato matricular apenas no final do período letivo, infere-se que o disposto no artigo 5º, da Lei 9.870/99, é um recurso adequado, necessário e proporcional em sentido estrito.

⁵¹⁹ STJ - RESP 553.216 - Rel. Ministra Eliana Calmon - DJ 27/06/2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. Página 5 de 6.

⁵²⁰ A título ilustrativo: STJ - AgRg no AREsp 48.459 - Rel. Ministro Herman Benjamin - DJ 13/04/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012.

Tendo em vista a imensidão de decisões judiciais proferidas todos os dias no Brasil, para fins do presente estudo, se mostra indispensável a delimitação do campo de pesquisa. Destarte, optou-se por estudar as decisões do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, haja vista que a matéria, quando discutida via mandado de segurança, é, segundo o STJ, de competência da Justiça Federal⁵²¹. E, ainda, a opção permite limitar no espaço (Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina) o presente estudo⁵²².

⁵²¹ Esclarece-se que a competência, segundo o STJ, é da Justiça Federal: "PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DE DIRETOR DE FACULDADE PRIVADA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. Cinge-se a controvérsia em definir o juízo competente para processar e julgar mandado de segurança impetrado contra ato de Diretor de faculdade privada, que impediu a re-matrícula do impetrante em seu curso de graduação. 2. O Juízo de Direito declinou da competência ao argumento de que "tratando-se de mandado de segurança impetrado contra ato de Diretor de faculdade particular de ensino, que atua por delegação do Poder Público Federal, a competência para o julgamento do writ é da Justiça Federal, nos termos do art. 109, inciso VIII, da Constituição Federal". 3. O Juízo Federal suscitou o presente conflito aduzindo que o artigo 2º, da Lei nº 12.016/09 "restringe a atuação da autoridade apontada como coatora para que seja considerada como 'federal' aquela autoridade de que emanem atos que tenham consequência patrimonial a ser suportada pela União Federal ou por entidade por ela controlada". 4. A alteração trazida pela Lei nº 12.016/09 com relação ao conceito de autoridade federal em nada altera o entendimento há muito sedimentado nesta Corte acerca da competência para julgamento de mandado de segurança, já que não houve modificação substancial na mens legis. 5. O mero confronto dos textos é suficiente para corroborar a assertiva. O artigo 2º da nova lei define "autoridade federal" para fins de impetração do mandamus, nos seguintes termos: "Considerar-se-á federal a autoridade coatora se as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela União ou entidade por ela controlada". 6. Já o artigo 2º da Lei nº 1.533/51 dispunha: "Considerar-se-á federal a autoridade coatora se as consequências de ordem patrimonial do ato contra o qual se requer o mandado houverem de ser suportadas pela União Federal ou pelas entidades autárquicas federais". 7. Permanece inalterado o critério definidor da competência para o julgamento de mandado de segurança, em que se leva em conta a natureza das pessoas envolvidas na relação processual, *ratione personae*, sendo irrelevante, para esse efeito e ressalvadas as exceções mencionadas no texto constitucional, a natureza da controvérsia sob o ponto de vista do direito material ou do pedido formulado na demanda. 8. Nos processos em que envolvem o ensino superior, são possíveis as seguintes conclusões: a) mandado de segurança - a competência será federal quando a impetração voltar-se contra ato de dirigente de universidade pública federal ou de universidade particular; ao revés, a competência será estadual quando o mandamus for impetrado contra dirigentes de universidades públicas estaduais e municipais, componentes do sistema estadual de ensino; b) ações de conhecimento, cautelares ou quaisquer outras de rito especial que não o mandado de segurança - a competência será federal quando a ação indicar no pólo passivo a União Federal ou quaisquer de suas autarquias (art. 109, I, da Constituição da República); será de competência estadual, entretanto, quando o ajuizamento voltar-se contra entidade estadual, municipal ou contra instituição particular de ensino. 9. Na hipótese, cuida-se de mandado de segurança impetrado por aluno com o fim de efetivar sua re-matrícula na Faculdade de Administração da FAGEP/UNOPAR – entidade particular de ensino superior – o que evidencia a competência da Justiça Federal. 10. Conflito negativo de competência conhecido para declarar a competência do Juízo Federal, o suscitante. (STJ - CC 108.466 - Rel. Ministro Castro Meira - DJ 01/03/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012)

⁵²² Para a primeira busca de decisões foi utilizado o critério de pesquisa "matrícula", "inadimplência", "noventa" e "dias" na ementa das decisões.

A partir dos critérios escolhidos, a primeira decisão analisada é de relatoria do Desembargador Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz⁵²³. A situação concreta versa sobre negativa de matrícula de alunos que deixaram de efetuar o pagamento das mensalidades dos meses de julho e agosto de 2001, sendo que, em função disso, a instituição de ensino entendeu que os estudantes estariam reprovados por ausência de frequência mínima de 75% das aulas, indeferindo o pedido de matrícula. Noutros termos, o indeferimento da matrícula se deu por conta do inadimplemento e da possível reprovação dos alunos em razão da ausência em mais de 25% do semestre letivo.

Nesta oportunidade, o relator pondera que o artigo 5º da Lei n.º 9.870/99, “buscando salvaguardar as instituições particulares de ensino, e até mesmo para não gerar situação iníqua, determina que é assegurado aos alunos a renovação de matrícula (rematrícula), desde que adimplentes”. E, não obstante cite o artigo 5º e 6º da norma em epígrafe, acrescenta: “assim, está o legislador determinando que a rematrícula somente estará assegurada para os alunos que não se encontrem inadimplentes, *inadimplência que se refere ao(s) semestre(s) anteriores*, já que a rematrícula no ensino superior ocorre semestralmente”. Com efeito, considerou ilegal

⁵²³ A decisão ficou assim ementada: “ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. ARTS. 5º E 6º DA LEI Nº 9.870/99. EFEITOS. 1. Os impetrantes não adimpliram as mensalidades referentes aos meses de julho e agosto de 2001 (rematrícula), sendo que, em função disso, a autoridade impetrada entendeu que os mesmos estariam reprovados por ausência de frequência mínima de 75% das aulas. 2. Os arts. 5º e 6º da Lei n.º 9.870/99 determinam que os alunos já matriculados, salvo quando inadimplentes, terão direito à renovação das matrículas, observado o calendário escolar da instituição, o regimento da escola ou cláusula contratual, e que são proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil Brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias. 3. Pelos citados dispositivos, encontra-se vedada a aplicação de quaisquer penalidades pedagógicas em razão de inadimplemento por parte dos alunos, bem como a suspensão de provas escolares e/ou retenção de documentos escolares, inclusive para efeitos de transferência a outra instituição de ensino. 4. O art. 5º da Lei n.º 9.870/99, buscando salvaguardar as instituições particulares de ensino, e até mesmo para não gerar situação iníqua, determina que é assegurado aos alunos a renovação de matrícula (rematrícula), desde que adimplentes. 5. Assim, está o legislador determinando que a rematrícula somente estará assegurada para os alunos que não se encontrem inadimplentes, *inadimplência que se refere ao(s) semestre(s) anteriores*, já que a rematrícula no ensino superior ocorre semestralmente, daí porque ilegal o indeferimento da matrícula dos impetrantes, pelo não pagamento da primeira parcela (rematrícula) e, no seguimento, da segunda parcela do semestre correspondente (julho e agosto de 2001). 6. In casu, vale dizer que as parcelas de julho e agosto de 2001 dizem respeito ao próprio semestre cursado pelos impetrantes, encontrando-se vedada a aplicação de penalidade pedagógica, tal como reprovação e/ou suspensão de provas escolares, em função do disposto no art. 6º da Lei n.º 9.870/99. 7. Improvimento da apelação e da remessa oficial.” (TRF 4ª Região - AMS 2001.70.00.029491-9 – Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz - DJ 21/08/2002. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br>. Acesso em 10 dez.2012).

o ato da universidade, visto que as parcelas vencidas se referiam ao próprio semestre cursado pelos estudantes. Quanto à alegação da instituição de ensino relativa à possível reprovação, restou consignado no voto condutor da decisão a vedação à aplicação de penalidade pedagógica, tal como reprovação e/ou suspensão de provas escolares, em função do disposto no art. 6º da Lei n.º 9.870/99⁵²⁴.

Não houve, portanto, menção ao prazo de noventa dias, tampouco à decisão do STJ sobre a matéria. Contudo, o Ministro deixa claro, em seus argumentos, que a inadimplência pode ser entendida como a referente ao semestre anterior, não fazendo qualquer observação quanto ao prazo de noventa dias.

A segunda decisão do Tribunal⁵²⁵ analisada também gravita em torno da legalidade da negativa de renovação da matrícula em curso superior em face da existência de débito junto à instituição de ensino, porém a diferença fática do caso anterior reside no fato de o estudante, *in casu*, ter parcelado a dívida. Com isso, perfilhando-se ao entendimento da Ministra Eliana Calmon, manifestado no

⁵²⁴ A respeito das questões de mérito, não se pode deixar de trazer à baila que o artigo 5º, da Lei 9.870/99, autoriza a não renovação da matrícula de alunos inadimplentes, bem como dispõe que os alunos deverão observar o calendário escolar. Impende destacar que o calendário, em geral, prevê a data limite para renovação da matrícula, bem como a data do início do período letivo. Desse modo, é possível dizer que não seria apenas a inadimplência motivadora da negativa da renovação da matrícula, mas também a perda do prazo disposto no calendário acadêmico, o qual também apresenta significativa relevância no âmbito do ensino superior. Isso porque, a data limite para efetivação da matrícula geralmente é estipulada pelos estabelecimentos de ensino com base no período máximo de ausência do estudante (usualmente 25% do período letivo). Não soa demasiado frisar que a frequência é obrigatória (artigo 47, §3º, LDB), logo, seria ilegal se a universidade aprovasse alunos que não frequentaram as aulas o mínimo necessário para sua aprovação – informação prevista no regimento das instituições (artigo 53, V, LDB).

⁵²⁵ MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. INSTITUIÇÃO PRIVADA. RENOVAÇÃO DE MATRÍCULA. INADIMPLÊNCIA. INOCORRÊNCIA. CLÁUSULA ABUSIVA. NULIDADE. ARTIGO 51, IV, DO CDC. 1. As instituições de ensino estão proibidas de aplicar ao aluno inadimplente qualquer penalidade pedagógica, em especial, a suspensão de provas escolares e a retenção de documentos escolares. Porém, dando-se aos dispositivos 5º e 6º da Lei 9.870/99 interpretação sistemática, depreende-se que a instituição de ensino pode negar a renovação em caso de inadimplência que perdure por mais de noventa dias. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça 2. O condicionamento da renovação da matrícula da aluna à quitação integral do débito, no qual acordou-se entre as partes seu parcelamento em 29 meses, além de manifestamente abusiva, mostra-se desproporcional para a ora impetrante pois retarda em aproximadamente dois e meio o término de seu curso superior. Nulo de pleno direito o disposto na indigitada cláusula, por ofensa ao artigo 51, IV, do CDC. 3. Desse modo, tendo em vista a impetrante não se encontrar em estado de inadimplência em face do parcelamento do débito e, considerando-se, ainda, a nulidade da cláusula que estabelece como condição da renovação da matrícula da aluna o adimplemento integral das 29 parcelas pactuadas, merece acolhida a irresignação da apelante. (TRF 4ª Região - AMS 2006.72.08.000228-3 – Rel. Des. Maria Lúcia Luz Leiria - DJ 03/10/2007. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br>. Acesso em 10 dez.2012).

juízo do Recurso Especial 660.439, DJ 27/06/2005⁵²⁶, e considerando que o acordo firmado entre as partes acerca do débito que servia de empecilho à renovação da matrícula da demandante descaracterizaria a inadimplência, concedeu-se a segurança perquirida.

Inobstante a decisão cite a decisão de relatoria da Ministra Eliana Calmon, não adentra nas suas razões de decidir, tanto que não faz qualquer observação atinente ao prazo de noventa dias. Até porque o pronunciamento da Desembargadora Maria Lúcia Luz Leiria considerou que o acadêmico estava em dia com suas obrigações, haja vista o entabulamento de um acordo para quitação⁵²⁷.

O terceiro caso para o qual se chama a atenção, também de relatoria da Desembargadora Maria Lúcia Luz Leiria⁵²⁸, é relativo à situação em que aparentemente a inadimplência é superior ao prazo de noventa dias. Assim, com respaldo no multicitado posicionamento Ministra Eliana Calmon, reconheceu-se a inadimplência, concluindo-se pela legitimidade do ato da instituição de ensino superior de negar a renovação da matrícula, a teor do comando normativo previsto nos artigos 5º e 6º, da Lei 9.870/99.

Outro caso recente que merece destaque, o qual também traz importantes considerações sobre a formação de precedentes, foi apreciado pelo TRF. Abordou-se caso de aluno inadimplente com mensalidade relativa ao período anterior ao que desejava cursar – não há especificação de valor e/ou de competência no relatório -, que, por conta disso, teve a renovação da matrícula negada. No voto condutor do

⁵²⁶ Oportunidade em que a Ministra registrou posicionamento no seguinte sentido: “a falta de pagamento até noventa dias é, para efeito da lei, impontualidade, passando a inadimplente o aluno que exceder esse prazo, nos termos do art. 6º, in fine, da Lei 9.870/99”. (STJ - RESP 553.216 - Rel. Ministra Eliana Calmon - DJ 27/06/2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012)

⁵²⁷ Não se pode deixar de mencionar que, na prática, muitos estudantes procuram as instituições para firmar acordos para pagamento das mensalidades *depois* de terminado o prazo para matrículas. Nesses casos, deve-se atentar se o inadimplemento perdurava à época da matrícula para fins de negativa de matrícula.

⁵²⁸ MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. INSTITUIÇÃO PRIVADA. NEGATIVA DE RENOVAÇÃO DE MATRÍCULA. INADIMPLÊNCIA. OCORRÊNCIA. ARTIGO 5º DA LEI 9.870/99. 1. As instituições de ensino estão proibidas de aplicar ao aluno inadimplente qualquer penalidade pedagógica, em especial, a suspensão de provas escolares e a retenção de documentos escolares. Porém, dando-se aos dispositivos 5º e 6º da Lei 9.870/99 interpretação sistemática, depreende-se que a instituição de ensino pode negar a renovação em caso de inadimplência que perdure por mais de noventa dias. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 2. Caracterizada a inadimplência do impetrante, legítima a negativa da instituição de ensino superior em renovar sua matrícula, a teor do comando normativo previsto nos artigos 5º e 6º, da Lei 9.870/99. (TRF 4ª Região - AMS 2006.70.11.001607– Rel. Des. Maria Lúcia Luz Leiria - DJ 12/12/2007. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br>. Acesso em 10 dez.2012).

acórdão, o Relator, Juiz Federal João Pedro Gebran Neto, reiterou as razões lançadas na sentença, a qual registrou que o aluno estava inadimplente e o fato de ter apresentado carta-proposta para quitação do débito não dava, por si só, direito à matrícula pleiteada, negando provimento ao apelo do estudante. Refere, ainda, que a questão já foi apreciada e solvida perante o TRF e pacificada no STJ, oportunidade em que cita posicionamento pretérito da Desembargadora Maria Lúcia Luz Leiria⁵²⁹ e do Ministro Teori Zavaski, respectivamente⁵³⁰.

No entanto, o que causa estranheza – e torna a decisão, de certo modo, curiosa – é o fato de a ementa⁵³¹ da decisão não ter qualquer relação com as razões externadas no conteúdo do voto condutor do acórdão. A ementa faz referência, em linhas gerais, ao entendimento da Ministra Eliana Calmon no RESP 660.439, haja vista apontar a necessidade de interpretação em conjunto dos artigos 5º e 6º da Lei 9.870/99, bem como a possibilidade de negativa de matrícula quando o atraso for

⁵²⁹AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR. MATRÍCULA. INADIMPLÊNCIA. A Lei nº 9.870/99 leciona que os alunos já matriculados, salvo quando inadimplentes, terão direito à renovação das matrículas, observado o calendário escolar da instituição, o regimento da escola ou cláusula contratual (art. 5º). No caso dos autos, as agravantes além de terem requerido a rematrícula no curso de agronomia fora do prazo estabelecido para tanto, estavam inadimplentes junto à Instituição de Ensino, o que, de acordo com a legislação referida, justifica a negativa de matrícula por parte da Universidade. Ademais, mesmo que tenham sido negociadas as dívidas junto à Universidade, não vislumbro como considerar válida a participação das agravantes nas aulas de agronomia sem a devida matrícula, uma vez que as mesmas não teriam direito nem mesmo à realização de avaliações. Ressalta-se, ainda, que não há nenhuma prova nos autos de que as agravadas foram autorizadas ou orientadas a frequentar as aulas sem estarem matriculadas. (TRF 4ª Região - AI 200904000415331 – Rel. Des. Maria Lúcia Luz Leiria – DJ 23/04/2010 12/12/2007. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br>. Acesso em 10 dez.2012).

⁵³⁰ PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. ENSINO SUPERIOR. INADIMPLÊNCIA. REMATRÍCULA. 1. A regra dos arts. 5º e 6º da lei 9.870/99 é a de que o inadimplemento do pagamento das prestações escolares pelos alunos não pode gerar a aplicação de penalidades pedagógicas, assim como a suspensão de provas escolares ou retenção de documentos escolares, inclusive para efeitos de transferência a outra instituição de ensino. 2. Entretanto, no afã de coibir abusos e de preservar a viabilidade financeira das instituições particulares de ensino, a lei excluiu do direito à renovação da matrícula (rematrícula), os alunos inadimplentes. 3. A negativa da instituição de ensino superior em renovar a matrícula de aluno inadimplente, ao final do período letivo, é expressamente autorizada pelos arts. 5º e 6º, § 1º, da Lei 9.870/99 " (Resp 553.216, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 24/05/2004) 4. Agravo regimental provido. AgRg na MC 9.147/SP, Rel. Min Luiz Fux, 1ªT, DJ 30/05/05, p. 209

⁵³¹ ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR PARTICULAR. INADIMPLÊNCIA. RENOVAÇÃO DE MATRÍCULA. A Lei 9.870/99, que dispõe sobre o valor das mensalidades escolares, trata do direito à renovação da matrícula nos arts. 5º e 6º, que devem ser interpretados conjuntamente. A matrícula é parte de contrato oneroso firmado entre a IES e o aluno, pelo qual, dentre outros encargos, este resta obrigado ao pagamento das mensalidades como contraprestação ao serviço recebido daquele. A falta de pagamento não autoriza a aplicação de sanções pedagógicas - descumprimento do contrato por parte da instituição de ensino (art. 5º da Lei 9.870/99) - , mas a entidade estará autorizada a não renovar a matrícula se o atraso for superior a noventa dias, ainda que seja de apenas uma mensalidade. Apelação improvida. (TRF4, AC 5000801-12.2011.404.7204, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão João Pedro Gebran Neto, D.E. 28/08/2012)

superior a noventa dias, ainda que de apenas uma mensalidade. Por outro lado, o voto apenas registra a condição fática de inadimplência e cita duas decisões que analisaram casos análogos, porém não menciona a decisão da Ministra Eliana Calmon ou faz alusão ao tempo de inadimplência.

Aparentemente a ementa retratou ‘posicionamento dominante’ no âmbito do STJ, porém sequer fez menção a real *razão de decidir* adotada pelo Juiz Federal João Pedro Gebran Neto, que foi, em epítome: a negativa de matrícula é possível se o aluno estiver inadimplente e o fato de tentar firmar acordo não implica a obrigação de aceite da matrícula pela instituição de ensino. Esse desencontro de informações que a um olhar desatento parece inofensivo, pode, na verdade, gerar efeitos perversos. Isso porque, normalmente a ‘jurisprudência dominante’ “é aquela representativa do entendimento que mais aparece quando acionamos as ferramentas de pesquisa nos *sites* dos tribunais”. Não há uma indicação de que determinado entendimento é dominante, “essa é uma conclusão absolutamente empírica”⁵³². Assim, infere-se que as ementas dos pronunciamentos judiciais devem ser estudadas com cautela, eis que podem não refletir as partes *vinculantes* das decisões, bem como podem dar falsas impressões quanto ao que seria um posicionamento judicial predominante no país relativo a determinado assunto.

Desse modo, a forma de divulgação do precedente se mostra de significativa importância, assim como seu respeito pelo tribunal que o formou e pelos juízos hierarquicamente inferiores⁵³³. No entanto, infelizmente, não é o que ocorre. Acima se apresentou o posicionamento do STJ e algumas decisões do TRF que fizeram referência ao seu pronunciamento, sem, contudo, adotar estritamente sua razão de decidir no sentido de que a inadimplência somente se configuraria se o atraso fosse superior a noventa dias ou até mesmo buscar superar seu entendimento⁵³⁴. Com efeito, às vezes fica-se com a sensação de que o interesse do Poder Judiciário

⁵³² SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente...* p. 162 e 166.

⁵³³ “Formar a decisão precedente, porém, é apenas o primeiro passo. De nada adianta tê-la formada se não vier a ser (a) adequadamente divulgada; (b) se não for escrupulosamente respeitada pelo tribunal que a formou e pelos juízos hierarquicamente inferiores e (c) se não contar com algum mecanismo (restrito) que permita sua revisão caso venha a se tornar insatisfatória para o tribunal que o formou”. SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente...* p. 166.

⁵³⁴ As hipóteses de superação são: *distinguishing*, “que ocorre quando os fatos do caso atual são diversos do precedente”; e *overruling*, “quando o Tribunal reconhece que o entendimento no precedente deve ser alterado ou porque a decisão anterior estava errada ou porque o contexto social se alterou levando a um novo entendimento”. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica...* p. 24.

restringe-se apenas em estabelecer o ‘novo’, sem necessariamente remontar a jurisprudência de maneira adequada.

Além dos casos citados, há, ainda, posicionamentos que ignoram totalmente o entendimento do STJ – coerência vertical -, bem como do próprio TRF – coerência no plano horizontal.

A título meramente ilustrativo, cite-se o pronunciamento consignado no voto condutor do Desembargador Federal Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle⁵³⁵, em que a *ratio* poderia ser entendida da seguinte maneira: o adimplemento das prestações em atraso, relativas ao semestre anterior, mesmo após o início do semestre letivo que se pretende cursar, não autoriza a recusa da matrícula. Da situação fática apreciada denota-se que o atraso era superior a noventa dias⁵³⁶. Portanto, seguindo a trilha da *força obrigatória dos precedentes* e considerando o entendimento do STJ – sem adentrar aqui à congruência (ou não) de sua interpretação –, o ato de negar a matrícula do estudante não deveria ter sido reformado pelo TRF, exceto se fundamentada a alteração de posicionamento⁵³⁷, o que não ocorreu. Ao contrário, a decisão a fim de evitar tautologia, repetiu os termos da sentença, não acrescentando nenhum fundamento.

E, ainda, para agravar a repercussão da decisão, na ementa resta registrado que, *litteris*: “O adimplemento das prestações em atraso, relativas a (*sic*) semestre anterior, próximo ao início do semestre que se pretende cursar, autoriza seja desconsiderada a perda no prazo de matrícula, em atenção ao princípio da razoabilidade e ao direito à educação”. Primeiro, mencionado posicionamento não

⁵³⁵ MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. INADIMPLÊNCIA. PAGAMENTO COM ATRASO. MATRÍCULA. POSSIBILIDADE. FATO CONSUMADO. 1. O adimplemento das prestações em atraso, relativas a semestre anterior, próximo ao início do semestre que se pretende cursar, autoriza seja desconsiderada a perda no prazo de matrícula, em atenção ao princípio da razoabilidade e ao direito à educação. 2. Referindo-se a impetração a matrícula relativa a semestre ora já findo, evidente a ocorrência do fato consumado. (TRF 4ª Região - 5004727-73.2012.404.7201 – Relator p/ Acórdão Luís Alberto D’azevedo Aurvalle – DJ 05/09/2012. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br>. Acesso em 10 dez.2012).

⁵³⁶ Tal informação é possível ser extraída do relatório constante na sentença e repetido no acórdão: “Historia que o débito fora quitado em 13.03.2012”. Como a última parcela do semestre anterior vence no início de Dezembro, não há dúvidas que o atraso era superior a noventa dias.

⁵³⁷ “(...) deve-se ter em vista que a doutrina do *stare decisis* não significa apenas a vinculação do juiz aos precedentes no sentido de seguir o precedente, mas também inclui as possibilidades de superação e revogação (*overruling*), bem como de distinção dos precedentes (*distinguishing*), na medida em que em todos estes casos há compromisso com o passado. Veja-se que o Tribunal que não se considera vinculado ao precedente não precisa nem revogar nem distinguir um precedente, basta apenas ignorá-lo como se não existisse”. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica...* p. 182/183.

reflete a *ratio* do voto, que sequer mencionou o princípio da razoabilidade e o direito à educação. Segundo, o acórdão mais do que descompassa com o entendimento do STJ – considerado aqui o entendimento de que o atraso, para permitir a recusa de matrícula, deve ser superior a noventa dias -, firma posicionamento distinto e afastado do disposto na legislação, criando situação de evidente insegurança. Noutra cariz, o pronunciamento externa que, independente do tempo de atraso, se o débito for pago *próximo* – o que, registre-se, é bastante relativo - ao início do semestre que se pretende cursar, não seria autorizado negar a matrícula.

Cite-se, ainda, decisão de relatoria da desembargadora Marga Inge Barth Tessler⁵³⁸ que, a par do inadimplemento e do disposto no artigo 5º, da Lei 9.870/99, não vislumbrava motivos para negar a matrícula, por conta do *interesse* do estudante em regularizar as pendências financeiras. Como se a preocupação em adimplir o débito fosse motivo suficiente para eliminar a situação de inadimplência que, sob o aspecto legal, justifica a recusa em renovar a matrícula, permitindo a manutenção e continuidade da prestação de serviço educacional para os estudantes que cumprem com suas obrigações.

A par de argumentos pontualmente incoerentes com o entendimento exarado pelo STJ e com o do próprio Tribunal, observa-se que, na maioria, as decisões do TRF da Quarta Região a *ratio* pode ser assim delineada: a recusa de matrícula ou rematrícula de estudante inadimplente não se constitui em penalidade acadêmica nem infringe qualquer dispositivo constitucional ou legal, notadamente os artigos 205, da CF/88, e 6º, da Lei 9.870/99; não existe obrigação de o estabelecimento particular de ensino superior renovar, para novo período curricular, a matrícula de aluno inadimplente com encargos financeiros de período anterior⁵³⁹, ao contrário, a

⁵³⁸ ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. INADIMPLÊNCIA. MATRÍCULA. POSSIBILIDADE NO CASO. Os arts. 5º e 6º, § 1º, da Lei 9.870/99 autorizam a instituição de ensino a indeferir a renovação de matrícula de aluno inadimplente. Precedentes do STJ (Resp 553.216, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 24/05/2004). Entretanto, no caso, em razão do interesse da apelante na regularização da sua situação financeira para com a faculdade, não vejo motivos para negar a matrícula da aluna no Curso de Pedagogia. (TRF 4ª Região - AC 2008.70.13.000325- Rel. Des. Marga Inge Barth Tessler – DJ 23/03/2009. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br>. Acesso em 10 dez.2012).

⁵³⁹ TRF 4ª Região - AG 2009.04.00.021496-9, Relator Sérgio Renato Tejada Garcia, DJ 28/09/2009; AG 2008.04.00.031641-5, Relator Márcio Antônio Rocha, DJ 17/11/2008; AC 2007.72.08.004507-9, Relator Márcio Antônio Rocha, DJ 29/09/2008; AG 2008.04.00.014869-5, Relator Valdemar Capeletti, DJ. 07/07/2008; AMS 2007.70.00.026157-6, Relator Márcio Antônio Rocha, DJ 16/06/2008; AG 2008.04.00.006163-2, Relator Valdemar Capeletti, DJ 26/05/2008; REOMS 2007.72.07.002284-8,

negativa é expressamente autorizada pelos artigos 5º e 6º da Lei n. 9.870/1999⁵⁴⁰ e é *ilícito* o aluno inadimplente pretender matrícula sem regularizar dívida referente à semestralidade anterior⁵⁴¹.

Estendendo brevemente o estudo para o primeiro grau de jurisdição, denota-se que, não obstante o inadimplemento do estudante seja motivo suficiente para a negativa de matrícula, liminares são concedidas, determinando-se às universidades o imediato registro da matrícula. Tais decisões não são propriamente ilegais, porém, “por questão elementar de *hierarquia*”, não lhes competem “revisar a autoridade de pronunciamento da instância superior, optando, deliberadamente, por não adotá-lo”⁵⁴².

Some-se a isso, a demora para a apreciação de recursos. Esses dois fatores – liminares deferidas contrariando entendimento dos tribunais superiores e o transcurso do tempo -, acarretam a aplicação da denominada “teoria do fato consumado”⁵⁴³ que, em síntese, prevê a consolidação dos fatos jurídicos pelo decurso de tempo, intuindo evitar causar desnecessário prejuízo. Entretanto, importa somente mencionar que essa tese vem sofrendo rejeição no Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, transcreve-se trecho do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no RMS 23.544/DF, *verbis*: “Tenho para mim, na linha de recente decisão

Relatora Marga Inge Barth Tessler, DJ 24/03/2008; AMS 2007.70.00.009597-4, Relatora Maria Lúcia Luz Leiria, DJ 05/12/2007. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br>. Acesso em 10 dez.2012.

⁵⁴⁰ TRF 4ª Região - AMS 2006.70.00.028848-6 - Rel. Des. Marcelo de Nardi – DJ 11/06/2008; AG 2006.04.00.006948-8, Relator Fernando Quadros da Silva, DJ 26/07/2006. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br>. Acesso em 10 dez.2012.

⁵⁴¹ TRF 4ª Região - AG 2007.04.00.038685-1 - Rel. João Batista Lazzari – DJ 18/02/2008. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br>. Acesso em 10 dez.2012.

⁵⁴² Neste contexto, “poder-se-ia defender que decisões diferentes de precedentes formados possuem respaldo na independência do juiz e na sua liberdade para interpretar a lei. Contudo, “uma vez formado o precedente, já não se pode admitir mais como *legítimo*, em nome de uma insólita liberdade *individual* de consciência (que às vezes, *data venia*, parece ter mais relação com vaidades pessoais de que com o interesse da coletividade), que *um juiz* (ou um pequeno grupo de juízes) se oponha ao entendimento legitimamente consolidado pelo próprio Judiciário!” (SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente...* p. 166 e 184)

⁵⁴³ Segue a título de exemplo: “ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. INSTITUIÇÃO PRIVADA. REMATRÍCULA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. INADIMPLÊNCIA NO PAGAMENTO DA MENSALIDADE. FATO CONSUMADO. 1. A autoridade impetrada não está obrigada a aceitar a matrícula de aluno inadimplente, haja vista que está amparada pelo artigo 5º, da Lei nº 9.870/99, “Os alunos já matriculados, salvo quando inadimplentes, terão direito à renovação das matrículas, observados o calendário escolar da instituição, regimento escolar ou cláusula contratual”. 2. Todavia, é necessário registrar que foi concedida a segurança determinando a realização da matrícula da impetrante, devendo assim, ser aplicado, in casu, o entendimento firmado nesta Corte acerca do fato consumado.” (TRF4, REOAC 0004595-82.2009.404.7112, Relator Fernando Quadros da Silva, DJ 19/05/2010). E, ainda: TRF4, AP/RN 2007.70.00.031224-9, Des. Federal Marga Inge Barth Tessler, DJ 30/09/2008; AMS 2006.70.00.007360-3/PR, Relatora Vânia Hack de Almeida, DJ 04/10/2006.

emanada da Colenda Primeira Turma desta Suprema Corte (RE 275.159-SC, Rel. Min. ELLEN GRACIE), que situações de fato, geradas pela concessão de provimentos judiciais de caráter meramente provisório, não podem revestir-se, ordinariamente, *tractu temporis*, de eficácia jurídica que lhes atribua sentido de definitividade.”⁵⁴⁴

Desse modo, se mostra de suma importância a atuação *coerente* do Poder Judiciário desde o primeiro grau de jurisdição, sobretudo no caso específico de negativa de matrícula de aluno inadimplente, em razão de determinados entendimentos judiciais terem o potencial de causar prejuízos financeiros significativos para as instituições de ensino. Isso porque, as entidades privadas têm no recebimento periódico das mensalidades condição inadiável de subsistência. Contando com esses recursos para a manutenção de sua atividade, o atraso no adimplemento das prestações acarreta sério risco de fechamento. Por consequência, nessa hipótese, vislumbra-se prejuízo de toda uma coletividade, o qual pode ser bastante relevante, se comparado com a experimentada por um indivíduo.

4.2.4. Extrato da *ratio decidendi* desenvolvida pelos Tribunais

Não se pode negar que no direito brasileiro a lei é a principal fonte de normas, entretanto, na mesma medida, não é possível cegar diante da importância e influência das decisões judiciais na formação do convencimento do Poder Judiciário. Os pronunciamentos judiciais podem permitir compreender e antever a solução de casos futuros, garantindo-lhes maior segurança jurídica e estabilidade social. Para tanto, se mostra indispensável o coerente enquadramento dos fatos com o direito (mesmo nas cortes superiores, a par do disposto na Súmula 7 do STJ e 279 do STF), bem como que os julgadores se expressem de forma coesa quando invocarem outros julgados.

O texto constitucional atinente à função do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça estabelece o dever de uniformizar a interpretação constitucional e infraconstitucional, respectivamente, bem como a indispensabilidade

⁵⁴⁴ STF – RMS 23544 Agr/DF – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 21/06/2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012.

da coerência do direito e da estabilidade da ordem jurídica. Nesse contexto, não há como vislumbrar que as decisões das Cortes Superiores não sejam precedentes obrigatórios, com eficácia vertical compulsória ou vinculante⁵⁴⁵. Todavia, “lamentavelmente, os tribunais e juízos estaduais e federais não vêm respeitando as decisões do Superior Tribunal de Justiça, chegando a negar-lhes, até mesmo, eficácia persuasiva, em total afronta ao sistema”⁵⁴⁶ de precedentes⁵⁴⁷.

Note-se que no *common law* “os precedentes são obedecidos não pela imposição do legislador e pelo receio da correlata sanção”, mas por ser *moralmente* correto. Ora, “é o mínimo que se espera daqueles que operam com o sistema jurídico: que o façam de maneira organizada, racional, coerente e, o quanto possível, previsível”⁵⁴⁸, sobretudo, em razão de a solução jurídica adotada em determinado caso (dever) ser observada na decisão de casos suficientemente semelhantes no futuro.

Para isso, é fundamental que o precedente comece a se formar no primeiro grau de jurisdição⁵⁴⁹, o que o jurista Evaristo Sampaio Aragão denominou de “formação dinâmica do precedente”. Segundo ele, “é nesse ambiente de semicaos que se inicia a formação dinâmica do precedente judicial”⁵⁵⁰. O primeiro passo proposto seria que ao menos os juízes que compõe a mesma comarca (no caso de

⁵⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...* p. 495.

⁵⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...* p. 98.

⁵⁴⁷ No Brasil, o desrespeito às decisões das cortes superiores chega a ser tão presente que se fez necessária a intervenção do Poder Legislativo, na prática é o que se vê com a súmula vinculante: “criou-se um instrumento hígido buscando alguma maneira de impor aos demais níveis do judiciário o entendimento reiteradamente sufragado pela nossa Corte Suprema. Como se súmulas em geral (de qualquer tribunal, mas em especial do Supremo), já não tivessem em si autoridade e consistência suficientes para serem observadas por todo o Judiciário. Foi preciso a intervenção do legislador” (SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente...* p. 149).

⁵⁴⁸ SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente...* p. 150.

⁵⁴⁹ A importância da análise judicial realizada em primeira instância, no Brasil, tem significativa relevância, por conta de os Tribunais Superiores apreciarem em sua grande maioria questões de direito. Nesse sentido, cite-se o posicionamento de Márcia Carla Pereira Ribeiro: “Tomado o direito como o estudo da resposta que será dada a uma determinada conduta colocada sob a análise do julgador, como pretendem os realistas, desponta o papel dos fatos como base para julgamento. A valoração dos fatos e a formação do convencimento quanto a sua ocorrência, características e condições, normalmente se farão em primeira instância, atribuindo-se aos Tribunais de Segunda Instância e Superiores, ordinariamente, a valoração do direito, vedando-se nestes a reanálise das questões de prova e de fato pela via do recurso especial e extraordinário nos termos da Súmula 7 do STJ e Súmula 279 do STF. No entanto, ainda que as questões de direito possam ser analisadas em todas as instâncias, e por conseqüência, de forma mais ampla, as questões de fato são essenciais para a orientação quanto à escolha da norma que incidirá na situação concreta, daí a necessidade de buscar a correta percepção e enquadramento dos fatos” (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Educação e Cultura: Direito ou Contrato*. Revista Direito GV. V. 2. n 2. p. 117-138. Jul-Dez/2006. p. 124)

⁵⁵⁰ SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente...* p. 157.

juízos que contem com mais de um juiz) garantissem a previsibilidade e coerência de suas decisões. “Esse precedente de primeiro grau, embora seja o mais fraco numa escala imaginária de eficácia, ainda assim tem seu valor”, vincularia (ao menos moralmente) ao próprio juízo, bem como poderia irradiar esse formato de atuação no plano horizontal⁵⁵¹.

Das decisões examinadas, percebe-se que o Tribunal inferior, por diversas vezes não enfrenta as decisões das Cortes Superiores, no sentido de apresentar concordância ou não com suas razões de decidir, de forma fundamentada. Limita-se a invocar os pronunciamentos dos Tribunais Superiores sem realizar o devido cotejamento analítico, ao não identificar a aproximação fática e jurídica da matéria abordada. Ou ainda, firma entendimentos contrários aos do próprio Tribunal, sem apresentar qualquer fundamentação consistente a embasar seu posicionamento, acarretando insegurança jurídica, bem como restrição indevida aos direitos das partes, seja ao direito à educação do estudante ou à liberdade da instituição de ensino.

Nesse ponto, o Poder Judiciário não pode se olvidar de uma de suas funções: a máxima concretização dos direitos fundamentais que fundamentam a Constituição brasileira. O cumprimento desse papel depende também da coerência e coesão das decisões proferidas.

Para o presente estudo, a coesão perseguida está na visão do Poder Judiciário sobre a natureza da relação firmada entre acadêmicos e instituições de ensino superior privadas, com respaldo na abertura constitucional contida expressamente no preceito 209, da CF. O que não ocorre atualmente, como se pode observar nas decisões examinadas.

Na ADIN 319-4, proposta em razão da estipulação de critérios de reajuste das mensalidades pela Lei n. 8.039/90, por exemplo, concluiu-se que a liberdade das instituições de ensino superior privadas (art. 209, CF) não é absoluta e incondicional, de modo que poderá ser restringida para atender aos ditames da justiça social, sobretudo, quando a *“atividade econômica diz respeito à educação, direito de todos e dever do Estado, disciplinada, em si mesma, no título da Ordem Social”*⁵⁵².

⁵⁵¹ SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente...* p. 159.

⁵⁵² STF – ADI 319 – Rel. Ministro Moreira Alves – DJ 03/03/1993. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 54.

Denota-se, portanto, que, neste caso, reconheceu-se que a situação disciplinada na referida Lei era de natureza de *prestação de serviço relacionada a direito social*.

Noutro norte, nas outras ações diretas de inconstitucionalidade pesquisadas, a despeito do conteúdo do contrato e de seu objetivo social, prevaleceu a *ratio* relacionada à liberdade de contratar e à necessidade de contraprestação pelo usuário do serviço, sob pena de comprometer a viabilidade econômico-financeira das instituições de ensino privadas. Em outras palavras, definiu-se a *relação como de natureza contratual*, ou seja, sujeita às normas legais gerais relativas a matéria dos contratos e sem desconsiderar a liberdade disposta no artigo 209, da CF, somada ao princípio da liberdade de iniciativa.

Sob a perspectiva da busca de coerência, cabe aqui a seguinte reflexão: por que a liberdade de estipular o preço da obrigação poderia ser limitada em nome da justiça social e do direito à educação e a forma de pagamento (data de vencimento) não poderia ser restringida? Ambos versam sobre *obrigações contratuais* que tem por objeto a educação, sendo que a diferença reside basicamente no fato de o primeiro tratar do valor da obrigação e o segundo acerca da forma de cumprimento da obrigação. Nesse contexto, é possível concluir que duas *ratios* distintas foram aplicadas para casos semelhantes. Contudo, não há elementos que justifiquem a conclusão no sentido de declarar que a Lei n. 8.039/90 disciplina situação de natureza de prestação de serviço relacionada a direito social, posto se tratar, antes disso de uma relação de contratual.

Análoga incoerência pode ser observada na seara das decisões do STJ, sobretudo os pronunciamentos proferidos com respaldo no voto condutor proferido pela Ministra Eliana Calmon, no RESP 660.439-RS. Isso porque, do voto mencionado, apesar de admitir a *natureza contratual* da relação entre alunos e instituições de ensino, há apenas uma análise formal da questão, atendo-se à lei que considerou aplicável ao caso (Lei 9.870/99), não examinando a questão no contexto das regras gerais dos contratos⁵⁵³ (eis que a conduta examinada – recusa de matrícula – decorre do fato de contratar) ou ponderando sobre as normas

⁵⁵³ Nas palavras da Ministra Eliana Calmon: “não se pode aplicar à hipótese as regras gerais dos contratos e, tampouco, pode-se interpretar isoladamente o art. 5º da Lei 9.870/99, mas em conjunto com o art. 6º do mesmo diploma legal, que remete à regra geral do art. 1.092 do CC/16”. (STJ - RESP 553.216 - Rel. Ministra Eliana Calmon - DJ 27/06/2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. Página 5 de 6).

constitucionais incidentes de maneira geral (como o princípio da liberdade de iniciativa). Destarte, dos entendimentos da Corte Superior, pode-se questionar se seria possível, de uma perspectiva constitucional, limitar a liberdade de não dar continuidade à contratação com conta do descumprimento de uma obrigação ou, ainda, se seria possível a lei definir um prazo que configurasse descumprimento (noventa dias), divergindo das normativas legais estabelecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro para os contratos.

Além disso, pode-se, ainda, ventilar, que a exegese do STJ contraria a *ratio* desenvolvida pelo próprio STF sobre o tema. Lembrando que a Suprema Corte entendeu, na maioria dos casos examinados, que a relação entre instituição de ensino e estudante tem natureza contratual e, por conta disso, está sujeita às normas de caráter geral e que não suprimam a liberdade de atuação dos estabelecimentos privados de ensino superior, nos termos do disposto no artigo 209, da CF. Assim, a atividade estaria condicionada ao cumprimento das normas gerais da educação nacional, contudo, diferente da compreensão da Ministra Eliana Calmon, a referida lei (Lei 9.870/99) não versa sobre regras atinentes à educação (como a Lei 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional), mas sobre obrigações contratuais (como valor da obrigação, condições de suspensão e resolução contratual).

Portanto, apesar das diferentes perspectivas adotadas pelo Poder Judiciário, não há dúvidas de que as condutas apreciadas no presente estudo decorrem do contrato de prestação de serviço educacional, pois todos os fatos disciplinados são *considerados relações de natureza obrigacional* (valor da obrigação – ADIN 319-4, contraprestação – ADIN 1081-6, 1117-1, 1236-3; RESP 601.499/RN, 553.216/RN, 643.310/PR, 660.439/RS, data de vencimento de obrigação de pagar – ADIN 1007).

Posto isso, qual poderia ser o impacto na *efetivação do direito à educação* em reconhecer a condição de existência de uma mera relação contratual entre cidadãos-estudantes e instituições de ensino privado? O direito à educação perderia seu caráter social em uma relação de natureza contratual?

Os direitos sociais dependem de uma estrutura (as condições institucionais, legais e financeiras elencadas por Virgílio Afonso da Silva) a ser organizada e custeada, a princípio, pelo Estado para que sejam assegurados de forma direta pelo ente estatal. Dependem, portanto, da capacidade econômica do Estado. No entanto,

a limitação financeira estatal para concretizar o direito à educação “é que tem conclamado a doutrina e a jurisprudência a pensarem a transferência da obrigação ou parcela dela, para os agentes privados, alterando, quando necessário, as condições de formulação de contratos privados daí derivados”⁵⁵⁴⁵⁵⁵.

Contudo, quando a serviço educacional deixa de ser prestado pelo Estado e passa a ser disponibilizado pelo ente privado mediante remuneração, *o indivíduo desloca-se de uma relação ente estatal-cidadão para uma relação contratual*. Com isso, o direito à educação não deixa de ser qualificada como essencial⁵⁵⁶. Porém, os direitos e obrigações das partes são distintos.

Observe-se que, nos termos dos artigos 208 e 209, da Constituição Federal, o *dever* do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; progressiva universalização do ensino médio gratuito; atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; *acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um*; oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde; fixação de conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais, com oferta de ensino religioso e o ensino fundamental sendo ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

⁵⁵⁴ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Educação e Cultura: Direito ou Contrato...* p. 128.

⁵⁵⁵ Um exemplo disso é o posicionamento adotado na ADIN 319, oportunidade em que o STF reconheceu a constitucionalidade de o Estado limitar a liberdade de estipulação de preços. (STF – ADI 319 – Rel. Ministro Moreira Alves – DJ 03/03/1993. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012).

⁵⁵⁶ Nesse contexto, é possível definir algumas semelhanças entre o direito à educação ofertada pelo Estado e pela iniciativa privada de forma remunerada. Ambos visam (ou, ao menos, deveriam) o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205, CF), bem como têm *caráter social*, ou seja, o fato de haver uma remuneração não desqualifica a atividade como de natureza social (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Educação e Cultura: Direito ou Contrato...* p. 133).

Segundo Marcos Maliska, o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, artigo 208, inciso V, da Constituição Federal, refere-se à educação superior, “uma vez que o art. 208 da CF disciplina o ensino fundamental e o ensino médio, por certo que a expressão ‘níveis mais elevados do ensino’ corresponde à educação superior”. No momento, então, que o Estado compromete-se com o ensino superior, “uma interpretação mais completa da função da educação na sociedade”, como a disposta no artigo 214, inciso V, da CF⁵⁵⁷, “levará ao entendimento de que o dever do Estado para com a educação, através da oferta gratuita, não se restringe apenas aos ensinos fundamental e médio”⁵⁵⁸. Desta forma, poder-se-ia mencionar a existência de um direito público subjetivo (art. 208, §1º, da CF), de modo que o beneficiário pode coagir o Estado a disponibilizar o serviço educacional.

Isso, no entanto, não deve ocorrer na relação firmada entre acadêmicos e instituições privadas de ensino superior, pois não há um direito público subjetivo do cidadão à prestação de serviço gratuita por parte do ente privado. A prestação de serviço, neste caso, depende do cumprimento das normas gerais da educação nacional por parte do estabelecimento de ensino e da autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público. E, por parte do estudante, em especial, o cumprimento das obrigações contratuais, sobretudo, o pagamento do preço na data acordada e a participação das atividades acadêmicas. Essas são as condições da continuidade da relação de prestação de serviço educacional.

Por detrás da relação aluno-universidade, há ainda uma vinculação Estado-universidade. A ligação vem da sua origem, haja vista que sem a abertura constitucional prevista no artigo 209, da CF, as instituições sequer poderiam existir no território nacional, seria uma atividade exclusivamente estatal. O texto constitucional estabelece, para o funcionamento dos estabelecimentos privados de ensino, a necessidade de autorização e avaliação pelo Poder Público. Porém, autorizar e avaliar a qualidade não abrange a possibilidade de estipular preços das

⁵⁵⁷ Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: (...)V - promoção humanística, científica e tecnológica do País.

⁵⁵⁸ MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à Educação e a Constituição...* p. 230.

mensalidades, de determinar a continuidade da relação contratual independente da contraprestação ou de estabelecer data de vencimento do contrato educacional, disciplinas de caráter eminentemente contratual.

No entanto, considerando o fato de o Estado não apresentar condições de cumprir a oferta necessária e a abertura constitucional contida no preceito 209 da Constituição Federal, se mostra de significativa relevância analisar a extensão da interferência estatal na liberdade de atuação privada, por uma questão de coerência e segurança jurídica. Dos casos examinados, denota-se que limitar o preço das mensalidades relaciona-se ao menor dispêndio para fruição do direito à educação, porém não garantirá o acesso a todos. Ao mesmo tempo, poderá impactar na qualidade do serviço, a qual condiciona a continuidade do funcionamento do estabelecimento de ensino (art. 209, II, CF). Ou, ainda, autorizar a recusa da matrícula apenas após determinado período, permitirá a continuidade do estudo por um determinado tempo, mas não até a conclusão e, por outro lado, poderá impactar na redefinição dos preços para os outros usuários ou inviabilizar a continuidade da prestação do serviço.

Todavia, por conta do conteúdo do contrato (educação), temas de natureza contratual poderão ser relacionados de forma indireta a outros princípios e garantias constitucionais, como o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais⁵⁵⁹.

No entanto, inobstante a relevância do objeto contratual (serviço educacional), não se pode olvidar que as instituições privadas não prestam serviço relacionado a direito subjetivo⁵⁶⁰, como o Estado, mas firmam relação contratual remunerada que tem por conteúdo a educação⁵⁶¹. Noutra cariz, o direito à prestação social da

⁵⁵⁹ Isso se deve ao fato de, muitas vezes, as cláusulas gerais exigirem uma interpretação constitucional, assim como em razão de os conflitos aparentemente bilaterais apresentarem consequências para além das partes interessadas. No caso do contrato educacional, pode-se concluir que há interesses estatais envolvidos, como a busca, por intermédio da educação, da consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previsto no dispositivo 3º, da Constituição Federal.

⁵⁶⁰ A Constituição afirma ser o ensino livre à iniciativa privada (art. 209) e que as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial (art. 207), sendo gratuito o ensino público em estabelecimentos oficiais.

⁵⁶¹ Quanto à oferta da prestação do serviço educacional, a realizada de forma gratuita é de responsabilidade do Estado e direito do cidadão, enquanto a ofertado pelas instituições privadas é remunerada e está sujeita “às normas legais gerais estabelecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, de caráter geral e que não acarrete a desconsideração do princípio da liberdade de iniciativa” (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Educação e Cultura: Direito ou Contrato...* p. 136). Por conta da

educação decorre do fato de o indivíduo ser cidadão brasileiro, enquanto direito à prestação educacional contratual nasce com o interesse do indivíduo em firmar contrato bilateral e oneroso com o estabelecimento de ensino⁵⁶². A primeira é um dever constitucional do ente estatal e pode ser um direito subjetivo do cidadão⁵⁶³, o segundo é uma face do exercício da liberdade de contratar, entalhada no preceito constitucional contido no artigo 209, da CF, a qual não é incondicional – como nenhum direito previsto no texto constitucional –, porém não pode simplesmente ser limitada em razão da insuficiência estatal para atender toda a demanda de educação.

Assim, a partir dessa abertura constitucional que permitiu que instituições privadas atuassem no segmento de ensino superior, outros princípios e normas atinentes às relações privadas também passam a incidir⁵⁶⁴ nas relações aluno-estabelecimento de ensino e não podem simplesmente ser desconsiderados pelo Poder Judiciário, mesmo em prol do direito à educação. Nesse contexto, a efetivação do direito à educação no âmbito privado toma contornos distintos se comparado com a seara pública.

Como dito alhures, sob a perspectiva defendida por Virgílio Afonso da Silva e a aqui adotada, a concretização dos direitos fundamentais depende da existência de condições fáticas para que produza os *efeitos desejados*, não basta o potencial para

natureza social do serviço (conteúdo do contrato), não se pode esperar que o ente privado faça às vezes do Estado. Esse deve ser visto e cobrado por seus deveres, enquanto as instituições de ensino superior privadas devem atuar e ser controladas à luz da liberdade gravada no preceito 209, da Constituição Federal.

⁵⁶² Muito embora termine a obrigação mediante o pagamento – extinção de um direito de crédito –, persiste a relação obrigacional - no sentido de direito e/ou dever decorrente da relação obrigacional. Isso porque, ao efetuar o pagamento da mensalidade, o aluno extingue a obrigação de pagamento, porém permanece a relação obrigacional – dever – da universidade de prestar o serviço.

⁵⁶³ Vale lembrar que a obrigação de fornecer ensino gratuito é imposta pelo constituinte, única e exclusivamente, ao Estado, nos termos do que dispõe o art. 205 da Constituição Federal de 1988. E, ainda, que, em sintonia com a posição de Ingo Sarlet, Denise Souza Costa afirma que “a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal não reconhece que, por força desse preceito normativo, se configure um direito subjetivo público genérico à educação. Em reiteradas decisões, Celso de Mello assinala a relevância atribuída a esse direito, por representar prerrogativa constitucional deferida a todos (norma contida no art. 205, CF), mas o reconhecimento pretoriano, como direito subjetivo público oponível ao Estado, se revela apenas em relação às crianças de zero a cinco anos (norma contida no inc. IV do art. 208 da CF)”. COSTA, Denise Souza. Op. Cit., p. 71

⁵⁶⁴ “A origem da controvérsia quanto à natureza contratual ou não da prestação pode estar situada na natureza do direito invocado de direito social a ser garantido, a princípio, pelo Estado, mas que por razões, dentre elas financeiras, não é efetivamente ou satisfatoriamente ofertado, estando tais prestações previstas na própria Constituição como disponíveis também à oferta do particular. A partir do momento em que são ofertadas pelo agente privado, sujeitam-se também a outros princípios e normas, peculiares às relações privadas estabelecidas no mercado” (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Educação e Cultura: Direito ou Contrato...* p. 128).

produzir resultados. Seja na seara da prestação do serviço pela iniciativa privada de forma remunerada ou pelo ente estatal, a educação, segundo a Constituição, visa ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Desta forma, nota-se que os reflexos que devem ser almejados por ambos não se diferenciam, a distinção está nas *condições fáticas* para a efetivação do direito à educação no campo estatal e privado.

No primeiro, o direito à educação depende, em especial, de uma prestação positiva por parte do Estado, pois compete ao Poder Público dar condições⁵⁶⁵ para que o direito em questão produza os efeitos almejados. Nesse caso, os reais requisitos para o exercício do direito seriam a disponibilização de mais vagas nas universidades públicas, o que demandaria a construção de novos estabelecimentos, a contratação de professores, a qualificação de profissionais. Para tanto, são necessários recursos financeiros (*condições financeiras*), os quais, atinente ao serviço educacional prestado pelo Estado, estão previstos no artigo 212, da Constituição Federal. Desse modo, a eficácia do direito à educação no âmbito estritamente estatal depende dos recursos disponíveis e alocados⁵⁶⁶ para seu devido exercício.

No segundo, o direito à educação é resultado do exercício de uma liberdade de atuação, que prevê ser o ensino livre à iniciativa privada⁵⁶⁷. Assim, no âmbito privado, para produzir efeitos, o direito à educação depende da atividade dos estabelecimentos privados de ensino. Nessa senda, a abertura constitucional seria uma *condição legal* para a concretização do direito à educação na seara privada. Noutros termos, poder-se-ia afirmar que a efetivação desse direito de cunho social,

⁵⁶⁵ “Começaria minha lista de sugestões pelo óbvio: não há educação de qualidade sem um professor bem formado, atualizado e bem pago. Assim, proporia que os municípios que não sabem o que fazer com o dinheiro pagassem uma complementação salarial a todos os seus professores, sejam eles municipais ou estaduais. Com isso, muitas escolas particulares, que também pagam um salário de fome aos seus professores, seriam obrigadas a rever, para melhor, sua política salarial. Sugeriria, em seguida, que fossem organizadas atividades destinadas a instrumentalizar os professores do município. (...). O município pagaria bem para ter bons palestrantes que ajudariam a manter o corpo docente do município num patamar alto. Muitas vezes, mais do que do salário ultrajante que recebe, o professor se ressentido do abandono a que é relegado. (...). Como ainda há dinheiro, sugeriria que os prefeitos formassem bibliotecas escolares”. PINSKY, Jaime. Op. Cit., p. 91.

⁵⁶⁶ Importante mencionar que não se trata apenas de disponibilidade de recursos, mas de alocação, a qual, na maioria das vezes (exceto quando há vinculação ao orçamento), é definida com base em critérios políticos.

⁵⁶⁷ Ressalte-se que a Constituição Federal em seu art. 209 garante à iniciativa privada a participação no ensino desde que atendidos os requisitos dos incisos I e II.

no âmbito do ensino superior privado, está umbilicalmente ligada ao exercício de uma liberdade pública (art. 209, CF).

Afora a condição *legal*, também são necessárias condições *financeiras* e *institucionais*. Certamente essas dependem daquelas, eis que sem recursos não é possível criar condições *institucionais*, investindo em infraestrutura (entenda-se: laboratório, biblioteca, acervo, hospitais, material de pesquisa, água, luz, aluguel, etc.), em qualidade de ensino – um dos requisitos legais para a continuidade da atuação do estabelecimento no segmento de ensino privado -, na contratação de profissionais qualificados, em pesquisa científica e tecnológica. E, ainda, cumprindo com suas obrigações tributárias⁵⁶⁸. Quanto aos recursos, esses decorrem da capacidade de autofinanciamento, ressalvado o previsto no artigo 213 da Constituição Federal⁵⁶⁹. Contudo, importa destacar que, não obstante a possibilidade de recebimento de receita estatal em alguns casos específicos, a receita das instituições de ensino, em especial, advém do recebimento das mensalidades escolares⁵⁷⁰, as quais preenchem a *condição financeira* para a efetivação do direito à educação no âmbito privado. Dependerá, portanto, da capacidade contributiva do estudante⁵⁷¹.

⁵⁶⁸ Vale destacar trechos do voto do Ministro Paulo Brossard, posto sua relevância e pertinência: “Começo por notar, Senhor Presidente, que o assunto é de grande delicadeza e importância. De maneira geral, pode dizer-se que o ensino é caro e, por isso, há interesse generalizado em qualquer solução que reduza seu custo. De outro lado, as escolas privadas têm encargos que crescem dia-a-dia, como dia-a-dia crescem os encargos de qualquer pessoa, a começar pelos juízes do Supremo Tribunal.” (STF – ADI 1081 MC/DF – Rel. Ministro Francisco Rezek – DJ 22/06/1994. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012. p. 82).

⁵⁶⁹ Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que: I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação; II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades. § 1º - Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade. § 2º - As atividades universitárias de pesquisa e extensão poderão receber apoio financeiro do Poder Público.

⁵⁷⁰ Não se confundem a iniciativa privada e a iniciativa pública na educação. O regime geral da iniciativa privada, salvo o caso das entidades assistenciais, caracteriza-se pela exigência do pagamento da prestação de serviços educacionais pelo estudante, tratando-se de contrato oneroso, ou seja, o estudante deve cumprir com os pagamentos para continuar a receber os serviços.

⁵⁷¹ Ao tratar sobre a gratuidade do direito de *acesso ao ensino superior*, Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins afirma que “enquanto o acesso ao ensino fundamental é necessariamente universal obrigatório e gratuito, vez que aquela prestação beneficiará toda a comunidade, o acesso ao ensino superior não é universal, não é obrigatório e será, tendencialmente, gratuito, pois o seu pagamento decorrerá das condições económicas do universitário. De facto, a tendência à gratuidade decorre do princípio da *capacidade contributiva* que não se aplicam ao ensino fundamental, vez que este é

CONCLUSÃO

1. Inferências objetivas

Diante de todas as reflexões entrementes arrazoadas, compete destacar alguns pontos que refletem, em síntese, as considerações lançadas ao longo do texto. Portanto, as considerações a seguir enumeradas representam ilações, que reproduzem ideias centrais consignadas no corpo do trabalho.

I. Em que pese a ausência de disposição constitucional expressa, ao exemplo do que ocorre em Portugal, denota-se que, no Brasil, diversos fatores convergem para que os direitos fundamentais vinculem não apenas os poderes públicos, mas também os particulares. Há divergências doutrinárias se esse engajamento seria direto ou não, contudo, como ponderou José Carlos Vieira de Andrade, a questão “se volve nitidamente num problema de colisão”⁵⁷². Há dissensões, ainda, quanto à medida dessa vinculação, se os entes privados estariam sujeitos aos direitos fundamentais em igual medida que o Estado, sobressaindo-se a necessidade de diferenciação ante a necessidade de existir um equilíbrio entre os direitos e as liberdades (autonomia), exceto quando uma das partes for detentora do chamado *poder social* – situação em que o particular se equivaleria ao Poder Público.

II. No âmbito do ensino superior privado destacam-se duas facetas da liberdade: a *liberdade acadêmica*, que representa resumidamente a liberdade de ensinar e pesquisar; e a *liberdade de atuar no segmento de ensino superior*, prevista no artigo 209, da CF. Impende observar que a prestação de serviço educacional pelas instituições privadas somente é possível no âmbito nacional em razão da *prestação normativa* do Estado, que descartou o ensino como sua atividade exclusiva – muito embora permaneça como responsável precípua pela concretização do direito à educação -, *abrindo-o* para a iniciativa privada. Combinadas, essas liberdades permitem uma maior eficácia do direito à educação,

universal e obrigatório. Na medida em que o Estado não pode exigir que o indivíduo ingresse numa universidade e esta será mantida pelos recursos da colectividade, a depender de sua condição econômica, este receberá bolsa integral ou não para perfazer os seus estudos (capacidade contributiva). MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. *O Direito Fundamental...* In HOMEM, António Pedro Barbas (org.). Op. Cit., p. 113/114.

⁵⁷² ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. Cit. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Op. Cit., p. 319.

pois viabilizam o acesso a um ensino afastado de influências políticas ou ideológicas.

III. Independente da classificação (particular em sentido estrito, comunitária, confessional ou filantrópica; faculdade, centro universitário ou universidade) e também desconexa da sua natureza (civil ou comercial), as exigências constitucionais para a atuação no setor privado de ensino são as mesmas para todos os estabelecimentos: *cumprimento das normas gerais da educação nacional; a autorização e avaliação (fiscalização) de qualidade pelo Poder Público; fundação nos princípios consignados no artigo 206 da Constituição Federal.*

IV. O direito à educação não afasta seu caráter social em razão do ente que *viabiliza* sua eficácia de forma direta, ou seja, no âmbito privado o direito à educação também apresenta características de direito social, apesar de aspectos de direitos de liberdade - como a liberdade de aprender e ensinar, a liberdade de escolher o estabelecimento de ensino.

V. Os objetivos constitucionais ou efeitos desejados da prestação do serviço educacional, seja na seara pública ou na privada, são extraídos da leitura do artigo 205 da Carta Magna, a saber: o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Apesar da *tríade* teleológica, os escopos se sobrepõem, bem como culminam na busca pela consolidação da democracia.

VI. A par da essencialidade da atividade educacional, da titularidade do serviço (e não de sua prestação) ser exclusiva do ente estatal, da necessidade de autorização do Poder Público para a prestação do serviço e da sobreposição parcial do regime jurídico público e privado, percebe-se não ser incontestável a classificação do ensino superior prestado pelo setor privado como serviço público - o que faria com que o regime jurídico aplicado às relações entre instituições de ensino e alunos fosse eminentemente de Direito Público. Com isso, ao que parece, o mais adequado na perspectiva da máxima eficácia dos direitos fundamentais, seria um regime jurídico *híbrido*, com contornos de Direito Privado e Público concomitantemente, em que se respeitaria a natureza privada das instituições particulares de ensino superior, nos termos do artigo 209, da CF; sua natureza (não meramente) mercantil. E, ainda, concernente ao direito à educação (art. 6º e 205, da CF), em razão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, competiria também

às instituições de ensino a sua concretização, porém também sob um regime *híbrido*, que permitiria a aplicação dos princípios empregados ao serviço público, mas de maneira atenuada.

VII. Dessume-se que termos como direito à educação ou serviço público são utilizados, muitas vezes, sem a devida reflexão ou aprofundamento do conceito e da abrangência que se dá a essas expressões. Sua simples menção pode apresentar-se como um escudo, a fim de proteger o interlocutor do ônus argumentativo. Isso se mostra evidente, sobretudo, na esfera do Poder Judiciário. Percebe-se uma banalização do uso de determinadas garantias (como o direito à educação, por exemplo), as quais são referidas em situações que resta claro que o recurso a essa garantia constitucional era desnecessário. Cite-se, a título elucidativo, os casos que versam sobre matéria de direito contratual e não estão atreladas ao direito à educação. Provavelmente, as decisões seriam mais bem fundamentadas se não se recorresse aos “escudos”, sobremaneira quando não for necessário, e diminuiriam a possibilidade de uma banalização de seu real valor e extensão.

VIII. Note-se que ambas as luzes – *stare decisis* e a tese de Virgílio Afonso da Silva - lançadas sobre os direitos em estudo buscaram aumentar o ônus argumentativo do Poder Judiciário, seja por intermédio da cobrança de um direito como integridade, de modo a garantir maior segurança jurídica e isonomia para a sociedade; seja admitindo-se a ideia de que todos os direitos fundamentais são restringíveis, desde que haja uma *fundamentação constitucional*. Pode-se dizer, em outras palavras, que a exigência de uma coerência no trato dos casos similares (ou que definam direitos análogos) aliada à demanda de uma justificativa constitucional para qualquer restrição de direitos fundamentais implicará a obrigação de os tribunais de fato enfrentarem os casos difíceis, fazendo com que os magistrados não possam mais se esconder atrás de conceitos estanques ou banalizados.

IX. Com relação à eficácia adere-se também ao pensamento de Virgílio Afonso da Silva, para quem eficácia de uma norma dependerá sempre da existência de condições fáticas para que essa produza efeitos, não basta o potencial para produzir efeitos. Aproximando esse posicionamento teórico do direito à educação no contexto das instituições privadas de ensino superior, denota-se indispensável o requisito *legal*, cumprido pela prestação estatal normativa prevista no artigo 209 da Constituição Federal; as condições *financeiras* e *institucionais*, que, de certa

maneira, se complementam, pois sem recursos advindos, em sua grande maioria, do pagamento das mensalidades pelos estudantes não é possível criar condições *institucionais*.

2. Encerramento

A partir da análise acima levada a cabo, a presente investigação aponta para a demonstração de que o serviço educacional prestado no âmbito privado (remunerado) e público (gratuito) possui contornos distintos e depende de condições diversas para produzir efeitos. Ademais, partindo da classificação das normas, pode-se declarar que no primeiro *deverão incidir as normas que consagram liberdades públicas, enquanto no segundo as que aclamam os direitos sociais*; assim como, ao primeiro *prepondera* o regime jurídico de Direito Privado e, no segundo, o de Direito Público. E, ainda, diferente do ensino público, pode-se notar que a eficácia do direito à educação no âmbito do ensino superior privado depende indispensavelmente do recebimento das mensalidades pelas instituições de ensino, caso contrário, poderá não haver condições institucionais adequadas para o seu efetivo exercício. Na mesma medida, por consequência, estaria comprometida a eficácia da liberdade de atuação no segmento privado de ensino, ante a carência de requisitos financeiros e institucionais para o seu exercício. Nesse contexto, denota-se que ambos os direitos – à educação e à liberdade de prestar serviço educacional -, para produzir efeitos de maneira eficaz no âmbito privado, são dependentes entre si, bem como, nesse contexto, acadêmicos e instituições de ensino apresentam interesses sociais coincidentes⁵⁷³ e interesses econômicos *aparentemente* contrapostos, vez que os recursos financeiros dos alunos permitem a manutenção da prestação do serviço educacional com qualidade pelos estabelecimentos privados.

⁵⁷³ “Os interesses contrapostos decorrem de uma parte querer prestar o serviço em troca de remuneração, enquanto o outro deseja receber a prestação, aceitando a remuneração imposta. Quanto aos interesses coincidentes, a convergência pode ser identificada no interesse da realização do negócio ou, ainda, no interesse social na realização de condutas que possam contribuir para o aprimoramento da sociedade” (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Educação e Cultura: Direito ou Contrato...* p. 126). A propósito, Eros Roberto Grau distingue interesse coletivo do social, “este está ligado à coesão social, aferido no plano do Estado, plano da universalidade. Os interesses coletivos são aferidos no plano da sociedade civil, expressando peculiarismos, interesses corporativos.” GRAU, Eros Roberto. Op. Cit., p. 127-128.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALVES, Manoel. *A histórica contribuição do ensino privado no Brasil*. Educação, Porto Alegre, v. 32, n. 1, p. 71-78, jan./abr. 2009.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ANDRADE, Cássio Cavalcante. *Direito educacional – interpretação do direito constitucional à educação*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O papel do ensino privado na actual Constituição Portuguesa*. In: *HOMEM, Antonio Pedro Barbas (coord.). Temas de Direito da Educação*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 15-24.

_____. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

_____. *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*. pp. 241-261. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

AZEVEDO, Fernando de. *A cultura brasileira*. 4.ed. São Paulo: Melhoramentos, 1964.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de common law e civil Law*. 2011. 234f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba. 2011.

BAUMAN, Zigmunt. *44 Cartas do Mundo Líquido Moderno*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

_____. *Legisladores e Intérpretes*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. Parecer 336/00. Relator: Eunice R. Durham. 16 jun. 2000. Processo n. 23000.000798/2000-01, p. 2, 2000.

BRASIL. Decreto-Lei nº 7.247, de 19 de abril de 1879. Trata da Reforma do Ensino Primário e Secundário do Município da Corte e o Superior em todo o Império. Disponível em: http://www.histedbr.fae.unicamp.br/revista/edicoes/34/doc01a_34.pdf. Acesso em: 05.08.2012.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. Parecer 141/09. Relator: Rodrigo de Oliveira Junior. 27 nov. 2009. Disponível em: <http://www.abqgt.org.br/docs/MEC%20SECAD%20Parecer%20141%202009.pdf>. Acesso em: 01.02.2013.

BRASIL. Ministério Público do Paraná. Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Proteção à Educação. Parecer 04/2009. Relator: Hirmínia Dorigan de Matos Diniz. 21 set. 2009. Disponível em: http://www.nre.seed.pr.gov.br/paranavai/arquivos/File/Equipe%20de%20ensino/ParecerCAOPEduc_nome_social.pdf. Acesso em: 01.02.2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha*. pp. 205-220. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2010.

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CLARK, Givani; NASCIMENTO, Samuel Pontes. *Política Econômica Privatizante: o Caso da Educação Superior Brasileira*. Pp. 64/80. In: *Direito econômico e ação estatal na pós-modernidade*. Coord. SOUZA, Washington Peluso Albino de Souza; CLARK, Giovani. São Paulo: LTr, 2011.

COCURUTTO, Ailton. *Os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Inclusão Social*. São Paulo: Malheiros, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CONSELHO, Deise Elen Abreu do Bom; BESSA, Pedro Pires. *Ensino Superior no Brasil: histórico e desafios*. Disponível em: <http://www3.mg.senac.br/NR/rdonlyres/eoqcsmbybxfmyfq5kq3bpqd7pplftb76aww24x4griymjsunbt6goq5w3qdubmetjzpswcfba5o72d/deise.PDF>. Acesso em: 20.08.2012.

COSTA, Denise Souza. *Direito Fundamental à Educação, Democracia e Desenvolvimento Sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 2º. Volume. 21ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações: obrigações solidárias e indivisíveis*. Campinas: Bookeseller, 2005.

FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A importância do direito educacional*. pp.17-43. Mensagem: Revista do Conselho de Educação do Ceará. Fortaleza, n. 8, 1982-1983.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 38ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GALDINO, Flavio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

GARCIA, Emerson. *A Religião entre a Pessoa Humana e o Estado de Direito*. pp. 233/256. In: NOVELINO, Marcelo Org.. *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. 4ª. Edição. Salvador: Jus Podivm, 2010.

GOMES, Magno Federici. *Educação superior privada como serviço de utilidade pública*. In: Ensaio: aval. pol. públ. Educ. Rio de Janeiro, v. 17, n. 63, p. 263-292, abr./jun.2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 10ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GORON, Lívio Goellner. *Serviços educacionais e direito do consumidor*. In: Direito & Justiça. Porto Alegre, v. 38, n. 2, p. 192-199, jul./dez.2012.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução portuguesa por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1998.

_____. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre. Fabris, 1991.

HOMEM, António Pedro Barbas. *Fontes do direito da educação na União Européia*. pp. 25/40. In: *Temas de Direito da Educação*. Coord. António Pedro Barbas Homem. Coimbra: Almedina, 2006.

INNERARITY, Daniel. *La democracia del conocimiento: por una sociedad inteligente*. Barcelona: Espasa Libros, 2011.

ISRAEL, Jean Jacques. *Direito das Liberdades Fundamentais*. Barueri: Manole, 2005.

KLIKSBERG, Bernardo. Como por em prática a participação? Algumas questões estratégicas. in *Gestão pública e participação*, Salvador: Fundação Luis Eduardo Magalhães, 2005. pp.61/97.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.

LIBLIK, Ana Maria Petraitis; PETRAITIS, Rosa Artini; LIBLIK, Laima Irene. *Contextos educacionais: por uma educação integra e integradora de saberes*. Curitiba: Ibpex, 2011.

LOPES, Ana Maria D'Avila. *A participação política das minorias no Estado democrático de direito brasileiro*. In: LIMA, Martonio Mont' Alverne; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes; Organizadores. *Democracia, Direito e Política: Estudos Internacionais em Homenagem a Friedrich Muller*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. pp. 83/96.

MALISKA, Marcos Augusto. *Educação Universitária, Igualdade e Diferença: análise de uma medida de inclusão social*. pp. 343-356. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. (Org.). *Educação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Educação, Constituição e Democracia*. pp. 789-800. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. (Org.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

_____. *Fundamentos da Constituição. Abertura. Cooperação. Integração*. Trabalho de Pós-Doutorado realizado junto ao Instituto Max Planck de Direito Público Estrangeiro e Direito Internacional de Heidelberg, Alemanha. (Mimeo).

_____. *O Direito à Educação e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2001

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2011.

MARTINS, Carlos Benedito Martins. Resenha do livro: “Helena SAMPAIO. *O ensino superior no Brasil: o setor privado*. São Paulo, Fapesp/Hucitec, 2000. 408 páginas”. *RBCS Vol. 17 no 48 fevereiro/2002*.

_____. A Reforma Universitária de 1968 e a Abertura para o Ensino Superior Privado no Brasil. *Educ. Soc.*, Campinas, vol. 30, n. 106, p. 15-35, jan./abr. 2009. Disponível em: <http://www.cedes.unicamp.br>.

MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. *O Direito Fundamental de Acesso ao Ensino Superior: a “estatização” de vagas nas universidades particulares*. pp. 97-130. In *Temas de Direito da Educação*. Coord. António Pedro Barbas Homem. Coimbra: Almedina, 2006.

MARTINS, Rosilene Maria Sólton Fernandes. *Direito à educação: aspectos legais e constitucionais*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDONÇA, Andrey Borges de; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. In NOVELINO, Marcelo (Coord.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MUNIZ, Regina Maria Fonseca. *O direito à educação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. *Trunfos contra a maioria*. Coimbra: Almedina, 2006.

PINSKY, Jaime. *Cidadania e Educação*. São Paulo: Contexto, 1998.

RANIERI, Nina Beatriz. *Educação Superior, direito e Estado: na lei de diretrizes e bases (Lei n. 9394/97)*. São Paulo: Edusp, Fapesp, 2000.

_____. *Educação superior brasileira: reforma e diversificação institucional*. São Paulo: EDUSP: FAPESP, 2000.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Educação e Cultura: Direito ou Contrato*. Revista Direito GV. V. 2. n 2 . p. 117-138. Jul-Dez/2006.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Breves considerações sobre a intervenção do Estado no domínio econômico e a distinção entre atividade econômica e serviço público. SPARAPANI, Priscila; ADRI, Renata Porto (Coord.). *Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

RODRIGUES, Eder Bomfim. *Igualdade e Ações Afirmativas nos Estados Unidos e no Brasil*. In: Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Marcelo Novelino. (Org.). 4ª. Edição. Salvador: Jus Podivm, 2010. pp. 207/231.

SANDEL, Michael J. *Justiça - O que é fazer a coisa certa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente judicial*. In: Direito Jurisprudencial. Coord. Tereza Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF*. Disponível em: <http://www.danielsarmento.com.br/>. Acesso em: 20.12.2012.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SAVIANI, Dermeval. *Escola e Democracia*. 41ª Edição. Campinas: Autores Associados, 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1999.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. in Direitos sociais & políticas públicas, tomo 8. pp.2307/2333.

SECO, Ana Paula. AMARAL, Tânia Conceição Iglesias. *Marques de Pombal e a Reforma Educacional Brasileira*. Disponível em: http://www.histedbr.fae.unicamp.br/navegando/periodo_pombalino_intro.html#_ftn8. Acesso em: 05.08.2012.

SILVA, José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais e relações entre particulares*. Revista Direito GV. V. 1. n 11 . p. 173-180. Maio/2005.

_____. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Revista de Direito do Estado, nº 4, 2006. p. 23-51.

SOUZA JUNIOR, Justino de. *Marx e a crítica da educação: da expansão liberal-democrática à crise regressivo-destrutiva do capital*. Aparecida, SP: Idéias & Comercial Letras, 2010.

SOUZA, André Barbieri. *A necessária reinvenção da cidadania: uma fundamental construção social*. In: Direitos fundamentais e cidadania. FACHIN, Zulmar. (Coord.); Acelino Rodrigues Carvalho... [et al]. São Paulo: Método, 2008. pp. 31-37.

SOUZA, Motauri Ciochetti de. *Direito Educacional*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

SPÍDOLA, Fernanda Duarte; TAUIL, Ivo Marcos de Oliveira. *O nome como direito personalíssimo e uma expressão do princípio constitucional da dignidade humana*. In: Direitos fundamentais e cidadania. FACHIN, Zulmar. (Coord.); Acelino Rodrigues Carvalho... [et al]. São Paulo: Método, 2008. pp. 71-81.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

STF – ADI 1007 – Rel. Ministro Eros Grau – DJ 24/02/2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012.

STF – ADI 1081 MC/DF – Rel. Ministro Francisco Rezek – DJ 22/06/1994. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012.

STF – ADI 1117 MC/DF – Rel. Ministro Paulo Brossard – DJ 08/06/2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012.

STF – ADI 1176 MC/DF – Rel. Ministro Sepúlveda Pertente – DJ 07/04/1995. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012.

STF – ADI 1236 MC/DF – Rel. Ministro Ilmar Galvão – DJ 26/04/1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012.

STF – ADI 1511 – Rel. Ministro Carlos Velloso – DJ 06/06/2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 09 jan.2012.

STF – ADI 319 – Rel. Ministro Moreira Alves – DJ 03/03/1993. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012

STF – RE 597285 – Rel. Ministro Ricardo Lewandowski – DJ 09/10/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 18.ago.2012.

STF – RMS 23544 Agr/DF – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 21/06/2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012.

STJ - AgRg na MC 9.147 - Rel. Ministro Luiz Fux - DJ 26/04/2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012.

STJ - CC 108.466 - Rel. Ministro Castro Meira - DJ 01/03/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012.

STJ - CC 35.972/SP - Rel. p/ acórdão Min. Teori Zavascki - DJ 07.06.04. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012.

STJ - RESP 1309137/MG - Rel. Ministro Herman Benjamin - DJ 22/05/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012.

STJ - REsp 364.295 - Rel. Ministro Castro Meira - DJ 16/08/2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012.

STJ - RESP 553.216 - Rel. Ministra Eliana Calmon - DJ 27/06/2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012.

STJ - REsp 601.499 - Rel. Ministro Castro Meira - DJ 16/08/2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012.

STJ - RESP 643.310 - Rel. Ministro Luiz Fux - DJ 28/02/2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 15 dez.2012.

STJ - RESP 712.313 - Rel. Ministro Herman Benjamin - DJ 13/02/2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 12 dez.2012.

STJ - RESP 1008398/SP - Rel. Ministro Nancy Andrighi - DJ 18/11/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 12 dez.2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direitos público*. 5ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

TRF 4ª Região - 5004727-73.2012.404.7201 – Relator p/ Acórdão Luís Alberto D'azevedo Aurvalle – DJ 05/09/2012. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br>. Acesso em 10 dez.2012.

TRF 4ª Região - AC 2008.70.13.000325- Rel. Des. Marga Inge Barth Tessler – DJ 23/03/2009. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br>. Acesso em 10 dez.2012.

TRF 4ª Região - AI 200904000415331 – Rel. Des. Maria Lúcia Luz Leiria – DJ 23/04/2010 12/12/2007. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br>. Acesso em 10 dez.2012.

TRF 4ª Região - AMS 2001.70.00.029491-9 – Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz - DJ 21/08/2002. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br>. Acesso em 10 dez.2012.

TRF 4ª Região - AMS 2006.70.11.001607– Rel. Des. Maria Lúcia Luz Leiria - DJ 12/12/2007. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br>. Acesso em 10 dez.2012.

TRF 4ª Região - AMS 2006.72.08.000228-3 – Rel. Des. Maria Lúcia Luz Leiria - DJ 03/10/2007. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br>. Acesso em 10 dez.2012.

TRF4, AC 5013992-14.2012.404.7100, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Luís Alberto D'azevedo Aurvalle, D.E. 01/08/2012.

TRINDADE, André; JUNIOR, Edval Luiz Mazzari. *Autonomia universitária e direito educacional*. pp. 09/84. In: *Direito universitário e educação contemporânea*. Coord. TRINDADE, André. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?* pp. 263-293. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales: la Teorías y la Practica*. pp. 219-237. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Atlas, 2006.