



**observatório
universitário**

*Considerações sobre Recursos ao CNE e
sua Instrução processual: análise a partir
de um caso*

Documento de Trabalho nº. 76

**Edson Nunes
Helena Maria barroso
Ivanildo Fernandes**

Versão Preliminar para Comentários e Sugestões

Outubro de 2008

O Observatório Universitário dedica-se ao desenvolvimento de estudos e projetos sobre a realidade socioeconômica, política e institucional da educação superior, aliando, de forma sistemática, pesquisas acadêmicas, multidisciplinares, com a execução de iniciativas voltadas à solução de problemas práticos inerentes às atividades da educação superior.

A série Documentos de Trabalho tem por objetivo a divulgação de trabalhos e pesquisas em andamento, com o intuito de colher sugestões e críticas para aperfeiçoamentos e desdobramentos futuros.

Observatório Universitário

Autoria

Edson Nunes

Helena Maria Barroso

Ivanildo Fernandes

Coordenação

Edson Nunes

Paulo Elpídio de Menezes Neto

Coordenação de Projetos

Violeta Monteiro

Equipe Técnica

André Magalhães Nogueira

David Moraes

Helena Maria Abu-Mehri Barroso

Ives Ramos

Márcia Marques de Carvalho

Rua da Assembléia, 10/4208 – Centro

20011-901 – Rio de Janeiro – RJ

Tel./Fax.: (21) 3221-9550

e-mail: observatorio@observatoriouniversitario.org.br

<http://www.observatoriouniversitario.org.br>

SUMÁRIO

<u>I – INTRODUÇÃO</u>	<u>1</u>
<u>II – RELATÓRIO DO TRÂMITE PROCESSUAL</u>	<u>2</u>
<u>III - DA ANÁLISE.....</u>	<u>5</u>
<i>1 – A NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE INSTÂNCIA EXECUTIVA E DELIBERATIVA: UM RESGATE DO PARECER CNE/CES N° 22/2007.</i>	<i>7</i>
1.1 - DECISÕES PARTICULARIZADAS, SOBRE FATOS E FUNDAMENTOS INDIVIDUALIZADOS, OU DECISÕES EM SÉRIE, SOBRE FATOS E FUNDAMENTOS DIVERSIFICADOS.	7
1.2 – SOBRE A TRAJETÓRIA DOS RECURSOS, RUMO À HOMOLOGAÇÃO MINISTERIAL.....	9
<i>2 - DOS LIMITES LEGAIS DA DECISÃO E DELIBERAÇÃO EM SEDE RECURSAL:</i>	<i>10</i>
<i>3 – DA HARMONIA ENTRE A DECISÃO DA CTA A À LEI N° 9.784/99 E DO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO PELO CNE.....</i>	<i>17</i>
<i>3 – DO “CASO CONCRETO”:</i>	<i>20</i>
<i>4 – SUFICIÊNCIA DOS CONCEITOS ATRIBUÍDOS ÀS DIMENSÕES DE AVALIAÇÃO</i>	<i>23</i>
<u>IV - CONSIDERAÇÕES SOBRE O “NÃO CONHECIMENTO” DE DOCUMENTOS PELA CTA A/INEP.....</u>	<u>24</u>
<u>V – SOBRE AS COMPETÊNCIAS DO CNE, PELO ÂNGULO DA MP N° 2.216-37/2001.....</u>	<u>26</u>
<u>VI - DOS MEIOS LEGAIS PARA SUPERAÇÃO DE INCONSISTÊNCIAS NOS ELEMENTOS DE INSTRUÇÃO.....</u>	<u>29</u>
<i>6.1 - UMA BREVE NOTA SOBRE AS DETERMINAÇÕES DA LEI N° 9.394/1996.....</i>	<i>30</i>
<i>6.2 - DO SANEAMENTO DE DEFICIÊNCIAS DECORRENTES DE AVALIAÇÃO, COM BASE NA LEI N° 10.861/2004 (SINAES).....</i>	<i>30</i>
<i>6.3 - SUPERAÇÃO DE DEFICIÊNCIAS PELOS RESPECTIVOS DECRETOS.</i>	<i>31</i>
6.3.1 - PELO ÂNGULO DO DECRETO N° 5.622/2005.....	31
6.3.2 - PELO DECRETO N° 5.773/2006.....	31
<i>6.4 - DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL E REVISÃO COM BASE NA LEI N° 9.784/1999</i>	<i>32</i>
<i>6.5 – O RECURSO DE QUE TRATA O ART 33 DO DECRETO N° 5.773/2006 À LUZ DA LEI N° 9.784/99.....</i>	<i>34</i>
<u>SOBRE O(S) AUTOR(ES).....</u>	<u>38</u>

I – INTRODUÇÃO¹

Trata de análise dos critérios para Recursos no CNE e sua Instrução processual, a partir de um caso sob análise, o Parecer n° 582/2008, formulado pela Consultoria Jurídica do MEC, por solicitação do Gabinete do Ministro, em decorrência do encaminhamento do Parecer CNE/CES n° 69/2008 para homologação.

Nesta versão, são incorporados, também, comentários sobre nota do Conselheiro Mário Pederneiras, em tema correlato.

Para melhor contextualizar, apresentamos, no capítulo que segue, o trâmite e decisões proferidas durante a análise do processo em tela.

II – Relatório do Trâmite Processual

Entre **18 e 20 de dezembro 2006**, a Comissão de Avaliação designada pelo INEP (Despacho n° 000284 MEC/INEP/DEAES) realizou visita local para fins de avaliação do Curso de Serviço Social, Bacharelado, da Faculdade Teixeira de Freitas, atribuindo os seguintes percentuais às Dimensões de Avaliação:

QUADRO-RESUMO DA ANÁLISE

<i>Dimensão</i>	Aspectos Essenciais*		Aspectos Complementares*	
	N° de Indicadores	%	N° de Indicadores	%
Dimensão 1	30	93,3%	28	71,4 %
Dimensão 2	04	100,0%	07	85,7%
Dimensão 3	18	88,8%	10	80,0%

Registre-se que não foram aplicados Conceitos, na escala de 1 a 5, às Dimensões e ao conjunto das Dimensões, embora a Avaliação tenha sido realizada na vigência da Lei n° 10.861/2004 e Portaria MEC n° 2.051/2004, que determinam este procedimento.

Nas conclusões, a Comissão registra que “*verificou potencialidades para implantação do Curso de Serviço Social, já que não existe outro na Região. Porém identificou fragilidades que devem ser melhoradas no que se refere aos conteúdos das disciplinas e suas diretrizes curriculares*”.

A IES, embora concordando com os resultados da Avaliação, utilizou-se do procedimento informado no §2º, do art. 16², da Portaria Normativa n° 40/2007, e

¹ Trata de análise dos critérios para Recursos no CNE e sua Instrução processual, a partir de um caso concreto: o Parecer n° 582/2008, da CONJUR/MEC emitido sobre o Parecer CNE/CES n° 69/2008. Agrega, também, comentários sobre nota do Conselheiro Mário Pederneiras em tema correlato

formulou Expediente à CTAA justificando que, “*mesmo detectado as deficiências apontadas pela comissão, não era possível restaurar de pronto todos os aspectos apontados no relatório, a não ser através das eficientes e costumeiras diligências proporcionadas pela SESu e INEP, ato bruscamente interrompido sem qualquer informação prévia às instituições*” (fls 4 do Parecer CNE/CES nº 69/2008) À vista disso, entendeu que a CTAA, órgão integrante do INEP, seria o foro cabível para conhecer dos reajustes recomendados pela Comissão de Avaliação, no que se referem às fragilidades apontadas

Recebida na CTAA, a documentação foi analisada, resultando Parecer de **10/04/2007**. Nele, sob o título “*síntese do relatório do pedido de reconsideração da IES*”, foi indicado que: “*em análise às considerações finais da Comissão de Avaliadores, a faculdade de Teixeira de Freitas manifesta-se para comunicar o atendimento às recomendações da Comissão*” A partir desse ponto, a CTAA passa a relacionar as gestões da IES para superar os hiatos identificados pela Comissão de Avaliação, com vistas às melhorias, **por essa recomendadas.**

Não obstante, e de forma sucinta, a CTAA conclui informando que “*a análise dos documentos que instrumentalizam o processo demonstra que o mesmo não constitui recurso*” [reafirmando que] “*a competência da CTAA é apreciar recursos, entretanto, os documentos apresentados não constituem recursos*”.

Superada a análise na CTAA, em **19/11/2007** o Coordenador Geral de Regulação da Educação Superior - COREG/SESu, emitiu o Relatório nº 894/2007, expondo que “*tendo em vista o disposto no Decreto nº 5.773, de 9 de maio de 2006, e considerando os relatórios das Comissões de Avaliação designadas pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, não se recomenda a autorização dos cursos superiores de graduação, relacionados na planilha anexa, devido à Instituição de Ensino Superior não apresentar as condições mínimas para o funcionamento do curso e devido ao seu recurso não ter recebido provimento pela Comissão Técnica de Acompanhamento de Avaliação*”.

Leia-se o Despacho DESUP nº 989/2007, da mesma data: “*a Diretoria do Departamento de Supervisão da Educação Superior da Secretaria de Educação Superior do MEC, tendo em vista o disposto no Decreto nº 5.773, de 9 de maio de 2006, e considerando os relatórios das Comissões de Avaliação das Condições de Ensino, designadas pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, manifesta-se desfavorável à autorização dos cursos de graduação constantes da tabela em anexo ao Relatório COREG nº 894/2007.*”

² Art. 16. Realizada a visita à Instituição, a Comissão de Avaliadores elaborará relatório e parecer, atribuindo conceito de avaliação.

§ 1º O relatório e parecer serão inseridos no e-MEC pelo INEP, notificando-se a instituição **e simultaneamente, SESu, SETEC ou SEED**, conforme o caso.

§ 2º A instituição **e as Secretarias** terão prazo comum de 60 dias **para impugnar o resultado da avaliação.**

§ 3º **Havendo impugnação**, será aberto prazo **comum** de 20 dias para contra-razões das Secretarias ou da instituição, conforme o caso. (grifos atuais)

O ato final, desse trâmite, é a Portaria SESu nº 941, de **19/11/2007**, DOU de 20/11/2007, por meio da qual são indeferidos, em bloco, 10 (dez) pedidos de autorização de Cursos, de diversas origens e áreas do conhecimento.

A Sociedade Educacional de Teixeira de Freitas Ltda efetivou recurso ao CNE, gerando o processo nº 23001.000002/2008-50. Nesta iniciativa, a Recorrente apresentou argumentos em face dos Despachos da CTAA, *a qual decidiu pelo indeferimento de processo autorizativo do curso de bacharelado em Serviço Social.*

No Expediente, a Interessada apresentou fundamento no art. 33 do Decreto nº 5.773/2006, mas também invocou o art. 56 da Lei nº 9.784/99, que disciplina os recursos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal. Nos fatos, indicou que a Comissão de Avaliação, após ressaltar as potencialidades do Projeto da Instituição, relacionou algumas fragilidades, especificamente quanto aos três aspectos essenciais. Todos já reajustados: (1. *Titulação do docente indicado para assumir as funções de coordenador do curso*; 2. *Adequação e atualizado das ementas e programas das disciplinas.* 3. *Instalações para estudos em grupos e Livros*)

E requer:

“Assim, com base no que dispõe o Artigo 33 do Decreto nº 5.773/2006, a Lei nº 9.784/99 (Art. 56 e seguintes) e a Portaria nº 4.361, de 29/12/2004, REQUER, se digne esse Egrégio Conselho, conhecer do presente RECURSO ADMINISTRATIVO para, no mérito, lhe dar integral provimento, anulando-se a decisão que julgou a recorrente desfavorável ao pleito e determinar a continuidade do trâmite do processo referenciado.

Caso assim entenda, hipótese aceita apenas para emular, e também com fulcro nos dispositivos legais acima mencionados, impõe-se seja presente apelo conhecido e provido, para que seja afastado o despacho guerreado e restabelecido o trâmite do processo em epígrafe, na forma ora requerida. Ou ainda, que seja determinada nova avaliação por comissão desse Ministério, para que se averigüe in loco o quanto correto se impõem os argumentos da requerida.

*[...] “Aplica-se aqui a regra universal do *utile per inutile non vitiatur*, que o direito francês resumiu no *pas de nullité sans grief*. **Melhor será que se aprecie uma proposta sofrível na apresentação, mas vantajosa no conteúdo, do que desclassificá-la por um rigorismo formal inconstitucional**”.* (grifos nossos)

Em **09/04/2008** o processo foi relatado pela Conselheira Anaci Bispo Paim resultando no Parecer CNE/CES nº 69/2008 Com vistas à instrução, a Conselheira promoveu Diligência à Instituição, e comprovando o seu atendimento, registrou que *em face desses dados, a Faculdade Teixeira de Freitas passa a atender a todas as exigências legais*, proferindo o seguinte voto:

“Diante do exposto, considerando a documentação apresentada pela Instituição com atendimento às exigências legais, e nos termos do artigo 6º, inciso VIII, do Decreto nº 5.773/2006, acolho o recurso e, no mérito, voto pelo seu deferimento, favorável à autorização do curso de bacharelado em Serviço Social a ser ofertado

pela Faculdade Teixeira de Freitas, mantida pela Sociedade Educacional de Teixeira de Freitas, ambas com sede no Município de Teixeira de Freitas, Estado da Bahia, com 200 (duzentas) vagas totais anuais.”

Encaminhado para homologação do Ministro, foi o mesmo submetido, pelo Gabinete do Ministro, à Consultoria Jurídica do MEC, **em Despacho de 28/04/2008**, “*para conhecimento e manifestação*”, com escopo na sua competência legal, disposta no art. 11 da Lei complementar n° 73/1993.

Analisado na CONJUR, resultou o Parecer CGEPD n° 582/2008, sugerindo ao Gabinete do Ministro a devolução ao CNE para reexame do Parecer CNE/CES n° 69/2008. Com esse objetivo, aquele Gabinete, por meio do Ofício OF/MEC/GM/GAB/N° 706 de 08/07/2008, devolve à Câmara de Educação Superior para reexame, pelas razões a seguir indicadas. Nesta nova fase, encontra-se o processo sob relato do Conselheiro Milton Linhares.

III - Da Análise

Numa análise sumária do trâmite, constata-se que: a Avaliação foi realizada pelo INEP; os Avaliadores consideraram a Instituição apta ao desenvolvimento do Curso, recomendando ajustes, já efetivados pela IES e encaminhados àquela Entidade responsável pela Instrução; recebidos na CTAA, a mesma declinou de sua competência, e foro, por entender que o material “*não constituía recurso*”.

Nos conclusões do Recurso da Instituição, observa-se que a mesma invoca o axioma de que **o útil não é viciado pelo inútil** (*utile per inutile non vitiatur*) e nisso lhe assiste razão, tendo em vista que não existe, na legislação federal vigente, norma que defina um padrão uniforme para as petições, inclusive recursos.

A esse respeito, a Teoria Geral do Processo recomenda que se observem, dentre os elementos constitutivos do processo, o da Jurisdição (ou foro), a função e a atividade, onde o 1° é a manifestação do poder estatal de se manifestar sobre o pedido; o 2°, a capacidade do Estado de promover a pacificação de conflitos, mediante a realização do direito justo através do processo e, o 3°, o complexo de atos da autoridade que atuará no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a legislação lhe compete. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria. É o que determina o art. 11 da Lei n° 9.784/99. Estes, portanto, são os requisitos exigidos à Entidade/Órgão que o aprecia o processo.

No caso em tela, os requisitos fundamentais do processo estão presentes, já que a Lei atribuiu ao CNE o necessário e a suficiente atribuição para se manifestar sobre questões relativas às normas dos Cursos Superiores, com funções definidas na Lei n° 9.131/1995, alterada pelo art. 20 da MP n° 2.216-37/2001. Mesmo na sua forma original, essa Lei manteve a função da CES para *analisar questões relativas à aplicação da legislação referente à educação superior [e] assessorar o Ministro de Estado da Educação e do Desporto nos assuntos relativos*

à educação superior (alíneas “h” e “i”³, §2º, art. 9º). Nesse sentido torna-se pertinente, ainda, a leitura das alíneas “d” e “j” do mesmo parágrafo e artigo: respectivamente determinando que ao CNE caiba: “*deliberar sobre as normas a serem seguidas pelo Poder Executivo para a autorização, o reconhecimento, a renovação e a suspensão do reconhecimento de cursos e habilitações oferecidos por instituições de ensino superior...*” [e] “*deliberar sobre processos de reconhecimento de cursos e habilitações oferecidos por instituições de ensino superior, assim como sobre autorização prévia daqueles oferecidos por instituições não universitárias, por iniciativa do Ministério da Educação em caráter excepcional, na forma do regulamento a ser editado pelo Poder Executivo...*”.

A mesma Lei habilita o CNE para exercer funções recursais, ao indicar que *as Câmaras emitirão pareceres e decidirão, privativa e autonomamente, os assuntos a elas pertinentes, **cabendo, quando for o caso, recurso ao Conselho Pleno.*** (art 9º, caput). Essa competência recursal é refletida no Regimento Interno do CNE, homologado pelo Ministro da Educação, mediante a Portaria MEC nº 1.306, de 02/09/1999, DOU de 03/09/1999. Portanto, quanto à autoridade e foro competente, o CNE atende aos requisitos legais.

É também necessário que se observem os elementos da própria ação, em sentido estrito, inclusive recurso, com vistas à sua admissibilidade. São eles: o interesse de agir, a legitimidade das partes e a possibilidade jurídica do pedido. Neste aspecto, constata-se que a petição da Interessada, a título de recurso, desde o momento em que foi endereçada a CTAA, com o objetivo de reajustes na instrumentalização do processo de autorização do Curso de Serviço Social, já cumpria os três requisitos, a despeito da interpretação, em sede de CTAA, de que a documentação não configurava Recurso.

Por conclusivo, neste item, há que se reiterar que os atos processuais, de regra, **independem de forma**, salvo exceção prevista em Lei, como acentua o art. 154⁴ do CPC, diploma legal que, nos termos do Parecer CGEPD nº582/2008, “*pode ser aplicada subsidiariamente às decisões que demandarem a correção de erro material*”

Trata-se, aqui, do princípio da relativização das formalidades, dando lugar à liberdade das formas, amplamente adotado nas esferas jurídicas e administrativas, com objetivo de a eventual presença da legalidade formal. Esta, intolera pelo nosso ordenamento. Dessa maneira, somente será considerado nulo aquele ato que for praticado em ofensa à forma taxativa e expressamente disposta em Lei, ou aquele ato que atentar contra as regras procedimentais, assim como o ato portador de vício essencial, cuja falta poderá acarretar nulidade absoluta ou relativa ao ato finalístico, ou decisório.

⁴ **Art. 154.** Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

1 – A necessária distinção entre instância executiva e deliberativa: um resgate do Parecer CNE/CES n° 22/2007.

1.1 - Decisões particularizadas, sobre fatos e fundamentos individualizados, ou decisões em série, sobre fatos e fundamentos diversificados.

Tem-se observado, recentemente, significativo número de recursos levados ao conhecimento do CNE com o objetivo de reverter decisões produzidas, em bloco e/ou série, pelas Secretarias do MEC. Nesse sentido, citem-se, por exemplo, a **Portaria SESu n° 136**, de 26/02/2008, **n° 270**, de 31/03/2008, ou, ainda, **n° 286**, de 09/04/2008, que inauguravam a prática de indeferir, em bloco, dezenas de pedidos de autorização de Cursos de Graduação, de perfis e modalidades distintas, portanto, de diferentes áreas do conhecimento, uniformizando decisão sobre fatos e fundamentos distintos e reunidos em contextos regionais únicos. Também podemos citar a Portaria MEC n° 287, de 09/04/2008 que indeferiu, igualmente em bloco, o pedido de 19 Instituições, das mais variadas Regiões do País, que solicitaram aumento de vagas em Cursos de áreas do conhecimento variadas. Só para citar algumas.

Em sentido conexo, resgato manifestação contida no **Parecer CNE/CES n° 22/2007**, homologado em 21/05/2007. Trata-se do primeiro caso em que o CNE deliberava contra decisão da SESu/MEC, depois que o Decreto n° 5.773/2006 lhe regulamentou essa competência. O Parecer versava sobre a “*possibilidade de revisão dos termos da Portaria SESu/MEC n° 570, de 4 de setembro de 2006, relativa ao reconhecimento do Curso de Tecnologia e Mídias Digitais, bacharelado, ministrado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*”

No processo, a PUC/SP obtivera na Avaliação do INEP conceito “**CMB**” às dimensões de Avaliação e os Avaliadores recomendaram o reconhecimento do curso; entretanto, talvez conduzida pelo hábito, a SESu/MEC enquadrou o processo na moldura burocrática do MEC, reconhecendo o Curso, unicamente para fins de registro, justificando que essa restrição se devia ao fato do Curso não **possuir Diretrizes Curriculares estabelecidas**. O CNE se manifestou no sentido de que projetos inovadores, como aquele, refletiam a “*essência elogiável de qualquer universidade moderna*”. Assim, passou a relacionar uma seqüência de erros que levou à política restritiva daquela Secretaria, no trato com a PUC/SP, dentre eles merece resgate o que segue:

*“Terceiro erro – fruto do fenômeno de massa que caracteriza o processo regulatório brasileiro, nem o INEP ou a SESu, pode-se depreender, puderam analisar, como pôde este relator, o projeto pedagógico do curso, ou falar com a Reitora da Instituição, como o fez este Relator, antes de submetê-lo à avaliação. O projeto apenas, compreensivelmente, **foi submetido à moenda usual**, administrada pelos trâmites burocráticos de praxe, para a regulação e avaliação **em escala industrial**. E isso possivelmente está certo em processos que envolvam grandes números: aos casos, se apliquem as regras que se aplicam aos grandes*

números. Isto, porque o processo regulatório que cobre milhares de eventos não tem como discernir entre o normal, no melhor sentido durkheimiano do termo, e o desviante. **Para o desafio dos grandes números, inexistente o caso, apenas a série.** (...)

Sem analisar o fundamento de cada curso, ficamos todos submetidos ao mapa cognitivo, intelectual e rotineiro que governa o ensino superior brasileiro, e, como consequência, a sua regulação.

Neste sentido, o INEP fez o que podia e sabia. A SESu fez o que devia e que lhe tenha parecido correto. O que tento dizer é que, num certo sentido, ninguém errou. E, simultaneamente, todos erramos. **O CNE, por não ter exarado adicionais orientações sobre o tema.** O INEP, por designar uma comissão inadequada. A SESu, por ter extraído consequências políticas e restritivas a partir de uma designação de comissão inadequada. **Se algum erro tiver que ser maior, que seja do CNE, por não ter se manifestado clara e doutrinariamente sobre o tema, erro esse que podemos, pelo menos em parte, minimizar com o presente Parecer.** De toda forma, que seja instrutivo o erro, e sua correção, para que possamos aprender a apreciar e incentivar a inovação e a criatividade nas universidades brasileiras.

(...)

2.5. A necessária revisão do ato da SESu/MEC

...Sabidamente, o Decreto nº 5.773/06 estabeleceu o CNE como instância recursal de atos da administração. Casos como o presente mostram claramente que cabe a este Colegiado o papel de **tratar de questões de fundo, interpretativas, como manda a LDB.** E este é um grande e importante caso, apto a colaborar decisivamente para o estímulo da criatividade institucional, bem como para o aperfeiçoamento do processo como um todo. A atenção que pode merecer por parte deste Relator seria impraticável no contexto do INEP e da SESu, os quais tratam de grandes números, não de casos.

É importante que se dê pleno reconhecimento ao curso, ao mesmo tempo em que se acompanhe sua trajetória. **O processo regulatório deve estar muito próximo do processo avaliativo.** Cursos e instituições com a avaliação recebida por este e pela PUC não devem merecer nenhuma restrição. Em geral, o Estado bem poderia se abster de qualquer intromissão em instituições universitárias bem avaliadas. Em verdade, é inadmissível, desde o ponto de vista educacional, que o MEC possa exarar manifestações restritivas a iniciativas de corpo acadêmico da qualidade do aqui descrito, a universidades com a avaliação semelhante à da PUC, sob pena de invertermos a essência do processo educacional e violarmos a essência e a relevância do processo regulatório.

Primeiro os fins, depois os meios. Os fins, devem ser educacionais. **Os meios, representados pelas regras,** regulamentos, interpretações jurídicas, preferências burocráticas, precisam ser entendidos como tais: meios.

Em verdade, na essência, o Relator falava da inexistência de “***normas a serem seguidas pelo Poder Executivo***”; reconhecia a omissão do CNE nessa tarefa, já que não deliberou sobre elas, como determina a atual Lei nº 9.131/1995, após alterações da MP nº 2.216-37/2001. Essa mudança do texto da Lei, incorporada às fls 26/27 desta, foi

efetuada, talvez, para indicar ao MEC e ao CNE que a instância executiva, no seu labor operacional, precisa ser assistida e orientada pela instância deliberativa.

1.2 – Sobre a trajetória dos Recursos, rumo à homologação ministerial.

Traz-se aqui a seguinte questão. Não há na Legislação Educacional um fluxo claro quanto ao caminho a ser percorrido pelo Parecer do CNE com vistas à homologação ministerial. Encarregou-se de tentar defini-lo o Decreto nº 5.773/2006 e Portaria Normativa nº 40/2007. No Decreto, há uma breve referência no art 19, parágrafo único, ao tratar do processo de credenciamento, indicando que “o *Ministro de Estado da Educação* poderá restituir o processo ao CNE para reexame, motivadamente”, situação em que regulamenta atribuição contida na Lei nº 9.131/95, refletida no Regimento Interno do CNE.

A Portaria, de forma suplementar, trouxe no art. 25, outros atores envolvidos nesse trâmite, indicando que a deliberação do CNE será encaminhada ao Gabinete do Ministro que “*podará solicitar nota técnica à Secretaria competente e parecer jurídico à Consultoria Jurídica, a fim de instruir a homologação*” No parágrafo único, reflete a mesma disposição do Decreto, no sentido de que o Ministro “*podará devolver o processo ao CNE para reexame, motivadamente.*”

No caso do Parecer CNE/CES nº 69/25008, como já indicado anteriormente, o Gabinete do Ministro, **em Despacho de 28/04/2008**, encaminha o assunto à CONJUR.que produz o Parecer sob análise, recomendando a devolução ao CNE para reexame. De volta ao Gabinete, este por Ofício de 08/07/2008, a Chefe de Gabinete Substituta devolve ao CNE para reexame.

Para analisar esta questão do itinerário do Recurso, é pertinente voltar aos termos do Parecer CNE/CES nº 22/2007. Naquela ocasião, e tendo em vista que o recurso era contra decisão da SESu/MEC, o CNE sugeriu, nos termos a seguir transcritos, uma reflexão sobre o adequado fluxo dos Recursos, que uma vez aprovados no Colegiado, provocam a reunião de uma espécie de sínodo ministerial, para opinar sobre a pertinência do homologo e o convencimento da autoridade ministerial. Senão vejamos:

2.6. Indagação sobre a trajetória do Recurso

Cabe registrar que, ao longo dos anos recentes, as manifestações do CNE/CES e CEB têm sido mediadas, antes de subirem à homologação ministerial, por pareceres advindos da burocracia do MEC, bem como de suas variadas instâncias, tais como SESu, SETEC, CAPES, CONJUR, bem como de outras instâncias. Para cada parecer do CNE pode haver um parecer interno ao MEC, recomendando ao Ministro sua homologação, ou a negando.

No caso presente, tratando-se de recurso, com base em decreto formulado pelo próprio ministério, pergunta-se esse relator se a decisão da CES vai ao ministro diretamente, merecendo dele a atenção devida a 11 educadores e estudiosos nomeados pelo presidente da República, ou se vai a escalões outros para produção de parecer sobre o Parecer. Insere-se aqui interessante debate: vai o recurso ao ministro, ou encaminha o ministro o recurso à opinião do recorrido, a

SESu? O Decreto nº 5.773/06 não prevê o trâmite do recurso. Apenas decreta sua existência. Este é o primeiro caso, denso e relevante, tanto do ponto de vista substantivo, relativo à sua criatividade e caráter experimental, quanto do ponto de vista processual, com respeito ao veto burocrático à homologação ministerial, o que vem efetivamente existindo quando os Pareceres desagradam às preferências de escalões técnicos ou burocráticos do MEC. O veto, com frequência, ocorre mediante o prolongado silêncio....”

2 - Dos limites legais da decisão e deliberação em sede recursal:

[Extrato do Parecer nº 582/2008 – CGEPD]

*“A sistemática da autorização de curso estabelece, em síntese, o exame da documentação (SESu), avaliação (INEP), recurso à CTAA (**decisão irrecorrível**), remessa do resultado da avaliação à SESu, relatório final, decisão de mérito sobre o pedido de autorização, recurso ao CNE.”*

2.1 - Sobre as decisões administrativas únicas e irrecorríveis

A Comissão Técnica de Acompanhamento da Avaliação (CTAA), embora seja estruturada como órgão colegiado, conforme art. 9º da Portaria MEC nº 1.027/2006, com a função de *julgar, em grau de recurso, os relatórios das comissões de avaliação in loco nos processos de avaliação institucional externa e de avaliação dos cursos de graduação*, é órgão inserido no contexto da Instrução, nessa qualidade, não possuindo competência para se manifestar sobre questões de mérito, no que deve limitar sua análise aos requisitos formais. Não é isso que acontece, analisando alguns Relatórios produzidos por essa Comissão, observa-se, que a mesma adentra ao mérito das questões levadas à sua consideração. Se adstrita às suas competências, deveria manifestar-se apenas sobre o atendimento/não atendimento dos critérios, taxativamente, definidos em Portarias ministeriais, que aprovam os Instrumentos de Avaliação.

Agindo de forma contrária, estaria suprimindo as funções legais do CNE, que foi criado pela **Lei nº 9.131/1995**, esta lhe conferindo atribuições e competências normativas, deliberativas e de assessoramento. Por sua vez, é importante reiterar que a **Lei nº. 9.394/1996** ratificou ao Colegiado, funções deliberativas e de supervisão na estrutura organizacional, conforme §1, art. 9º.

Compreendida no contexto do poder de polícia administrativa, a Supervisão, é gênero, do qual a avaliação é espécie. Em sentido amplo, tratam do conjunto de prerrogativas do Estado, por meio de regulamentos para o controle e fiscalização da aplicação da Lei, preventivamente, expressado por meio de ordens, notificações, licenças ou autorizações, ou, de modo repressivo mediante a imposição de medidas coercitivas. Nesse sentido é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello⁵, Diógenes Gasparini e Jayme Rodriguez-Araña Muñoz.

⁵ Bandeira de Mello. Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição, 3ª tiragem, 1987

Curso de Direito Administrativo, 2008.

Cumpra lembrar que “o órgão de instrução **que não for competente para emitir a decisão final** elaborará relatório indicando o pedido inicial, o conteúdo das fases do procedimento e formulará proposta de decisão, objetivamente justificada, encaminhando o processo à autoridade competente” (Art 47 da Lei nº 9.784/99).

Somente poderia se justificar o caráter irrecurável da decisão da CTAA se os elementos de convicção, reunidos na avaliação *in loco*, e sobre os quais ela deliberou em sede de recurso, fossem suficientes ao convencimento da Autoridade. Todavia, o indeferimento do pleito demonstra que a Instrução não foi esgotada, dando oportunidade ao recurso da Instituição. Assim, e admitindo-se que a fase preliminar à decisão original (SESu e CTAA) não reuniu os requisitos necessários, fica prejudicado o argumento que pretende sustentar imposição de obstáculo à análise deste Colegiado para rever o percurso do processo, porque, nesse caso, o recurso demanda decisão, conseqüentemente, um novo olhar, nova análise, sobre o conjunto documental, em todas as suas fases.

Reafirme-se que a restrição para que o Colegiado reveja aspectos instrumentais do Processo não se comunica com a sistemática recursal, tendo em vista que a decisão original da Secretaria do MEC, uma vez questionada em sede de recurso, leva o tema à instância superior na expectativa de novo ato decisório, conseqüentemente, reabre-se a instrução processual, para que se reúnam, novamente, e se necessário, os elementos de convicção. Aliás, a Lei nº 9.784/99 indica que *o interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.* (art 38)

Se as normas educacionais, aliadas à Lei Geral do Processo Administrativo, determinam a realização de diligências para suprir etapas da instrução, e, os órgãos responsáveis não as efetivam, caracteriza-se, por essa razão, eventual comportamento omissivo e negligente.

E mais, poderia se argumentar que a restrição de alterações documentais, ou instrumentais, uma vez iniciado o processo, encontra abrigo no universo jurídico fica, de plano, prejudicado, isso porque o Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/1973) ao disciplinar sobre a “*Produção da Prova Documental*” traz a seguinte orientação:

*Art. 397. É lícito às partes, **em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados,** ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.* (destacamos)

Ademais, ao regulamentar os Recursos, dispõe que a autoridade judicial que apreciar a decisão recorrida poderá apreciar “**todas as questões suscitadas e discutidas**”

na deliberação anterior (*a quo*), além de prevê a “**renovação do ato processual**”. Senão vejamos:

Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada

*§ 1^o Serão, porém, **objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.***

(...)

*§ 4^o Constatando a **ocorrência de nulidade sanável**, o tribunal poderá determinar a **realização ou renovação do ato processual**, intimadas as partes; **cumprida a diligência**, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação*

Esta é a percepção deste Conselheiro, inspirada na Lei Geral do Processo Administrativo e nas regras do Processo Civil, adotadas subsidiariamente no âmbito administrativo. Nesse sentido, Hely Lopes Meireles⁶, que ao citar Agustín Gordilho, escreve: “...*A decisão administrativa, ainda que final, não **produz coisa julgada** em sentido próprio, mas opera a irretratabilidade do ato pela Administração...*”. A interpretação mais coerente das palavras do doutrinador é que mesmo o ato ministerial não configura coisa julgada, já que o termo remete às instâncias judiciais; no máximo, sua Portaria indica o percurso final do Processo na esfera Administrativa, não havendo, conseqüentemente, irretratabilidade nessa fase.

Esclarecendo, ainda, que: “*O julgamento do recurso administrativo torna vinculante para a Administração seu pronunciamento decisório e atribui definitividade ao ato apreciado em última instância. Daí por diante, é imodificável pela própria Administração e só o Judiciário poderá reapreciá-lo e dizer de sua legitimidade. E assim é porque, embora **inexistente entre nós a coisa julgada administrativa**, no sentido processual de sentença definitiva oponível erga omnes (coisa julgada formal e material), existe, todavia, **o ato administrativo** inimpugnável e imodificável pela Administração, por exauridos os recursos próprios e as oportunidades internas de autocorreção da atividade administrativa...*”

A esse respeito, saliente-se que o **ato administrativo**, em questão, é o ato revestido de decisão terminativa, que amplia ou restringe direitos, não se podendo considerar, nessa qualidade, os atos instrumentais, por força do art. 47 da mencionada Lei, já citado.

Porém esse Doutrinador, no Capítulo II, **Do Controle Administrativo**, item relativo aos Recursos Administrativos, assegura que “**inconcebível é a decisão administrativa única e irrecorrível, porque isto contraria a índole democrática de todo julgamento que possa ferir direitos individuais e afronta o princípio constitucional da ampla defesa que pressupõe mais de um grau de jurisdição**”.

⁶ Citado por Hugo de Brito Machado, Estudos Doutrinários: ação da fazenda pública para anular decisão da administração tributária, disponível em <http://201.70.144.16:8080/hugomachado/default.asp>, acesso em 20/08/2008.

E mais: **“decisão única e irrecurável é a consagração do arbítrio, não tolerado pelo nosso Direito. A Lei nº 9.784/99 consagrou esse entendimento ao instituir, no capítulo dos “Recursos” que das “decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito. (art 56).”**

Ao tratar do Recurso Hierárquico Próprio, esclarece que o mesmo pode ser interposto **ainda que não exista previsão legal específica**, porque **“nosso ordenamento jurídico-constitucional não admite decisões únicas e irrecuráveis”**

Quanto à possibilidade de revisão das fases pretéritas à decisão, o Doutrinador ensina que **“em qualquer modalidade de recurso a autoridade ou o tribunal administrativo tem ampla liberdade de revisão do ato recorrido, podendo modificá-lo ou invalidá-lo por motivo de legalidade, conveniência, oportunidade ou, mesmo, por razões de ordem técnica que comprometam a eficiência do serviço público ou a utilidade do negócio em exame.”**

Nesse sentido, é oportuna a leitura do art. 64 da Lei nº 9.784/99:

*Art. 64. O órgão competente para decidir o recurso poderá **confirmar, modificar, anular ou revogar**, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência. (grifos nossos)*

*Parágrafo único. Se da aplicação do disposto neste artigo **puder decorrer gravame à situação do recorrente**, este deverá ser cientificado para que **formule suas alegações antes da decisão**. (grifos nossos)*

À luz destes esclarecimentos e sua base legal, seria razoável incentivar interpretação do art. 17 da Portaria Normativa nº 40/2007, de forma mais flexível e afinada ao ordenamento superior, especialmente quando proíbe que a CTAA, ao analisar recurso, **“não efetuará diligências nem verificação in loco, em nenhuma hipótese.”** [e que sua decisão] **“ é irrecurável, na esfera administrativa, e encerra a fase da avaliação.”**

Não somente por isso, mas também pelo fato de que imposições deste tipo se confrontam com a própria natureza dos órgãos recursais.

2.2 - Sobre a “coisa julgada administrativamente”

[Extrato do Parecer nº 582/2008 – CGEPD]

*A Instância própria para discutir **o resultado da avaliação** é a Comissão Técnica de Acompanhamento da Avaliação, cuja decisão é irrecurável na esfera administrativa. Após a fase de recurso da CTAA, nem as Secretarias do Ministério, por ocasião da decisão, **nem o CNE**, por ocasião da apreciação do recurso, podem reabrir, alterar o mérito ou promover a revisão da avaliação. esta compreensão, decorre da combinação dos arts 17 e 23 da Portaria Normativa 40/2007, verbis: (grifos nossos)*

Analisando o caso em destaque, verifica-se que a CONJUR/MEC, ao indicar da impossibilidade de rever, *na esfera administrativa*, atos de instrução, está sinalizando que tais atos [resultados de Avaliação do INEP, manifestação da CTAA e, até mesmo, análises documentais da SESu] estariam abrigados no instituto da “*coisa julgada administrativa*”.

Entretanto, é consenso na Doutrina que a “coisa julgada administrativa” compreende única e essencialmente os atos cuja apreciação/reapreciação foi esgotada nas instâncias administrativas. Na esteira deste raciocínio, a coisa julgada **somente se aplica aos “atos ampliativos”**, assim entendidos como aqueles atos que não restringem ou limitam direitos, conseqüentemente, **são atos que concedem algum tipo de vantagem, privilégios ao Administrado**, que alargam sua esfera jurídica.

Na seqüência, apresentam-se argumentos doutrinários adicionais que afastam categoricamente a possibilidade de enquadrar os atos de instrução, inclusive os da CTAA, no rol dos atos ampliativos não os contemplando no instituto da coisa julgada administrativa.

Nesse sentido, Almiro do Couto Silva reforça a noção de que somente os atos decisórios que concedam benefícios aos particulares estão classificados como “ampliativos”:

[...] Quando o ato administrativo gera ou reconhece direitos, poderes, faculdades ou vantagem juridicamente relevante ou ainda elimina deveres, obrigações, encargos ou limitações a direitos dos destinatários, **dilatando seu patrimônio ou sua esfera jurídica, é ele qualificado como ato administrativo favorável, benéfico ou ampliativo**, em oposição aos atos administrativos desfavoráveis, onerosos ou restritivos, que criem deveres, obrigações, encargos, limitações ou restrições para as pessoas a que se endereçam [atos ablativos]. (SILVA, 2006⁷).

José Manuel Sérvulo Correia também apresenta esclarecimentos sobre os atos ampliativos, ressaltando que eles:

[...] constituam direitos na esfera jurídica do destinatário, eliminem restrições ao exercício de direitos pré-existentes, eliminem ou restrinjam obrigações, ou, ainda, **que constituam na esfera jurídica do particular situações jurídicas activas** diferentes dos direitos subjectivos, designadamente simples poderes ou faculdades (CORREIA, apud MAFFINI, 2006, p.145⁸)

⁷ SILVA, Almiro do Couto. O princípio da segurança jurídica (**proteção à confiança**) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 02, abril/maio/júnior, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 19 de outubro de 2006.

⁸ MAFFINI, Rafael de Cãs. **O princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

Por sua vez, Weida Zancaner⁹, ao analisar o poder/dever de revisão de atos *in pejus*, entende pela necessidade de impor restrições à Administração Pública. Assim concebido, ato inserido no conceito dos atos ampliativos, vale dizer, benéficos ao seu destinatário, estaria preservado dessa invalidação.

[...] a conjugação do **princípio da segurança jurídica** com o **da boa-fé** pode gerar outra barreira ao dever de invalidar. É o que sucederá, uma vez decorrido prazo razoável, **perante atos ampliativos de direito dos administrados**, nos casos em que haja regra hábil para proteger a situação e que lhe teria servido de amparo **se tivesse sido produzida sem vício**. (ZANCANER, 2001, p.62)

Portanto, embora seja admitido o instituto da coisa julgada administrativa, é pacífico que esse efeito somente se aplicaria aos atos que concedem prerrogativas, que ampliam a esfera jurídica do Administrado, **afastando, desta noção, os atos instrumentais**.

Antes de tudo, essa conclusão parte de uma asserção lógica, qual seja: a de que a invalidação de um ato não ampliativo coloca-nos diante de um completo desvirtuamento das finalidades da Administração, que é **favorecer o destinatário do ato**. Ao reformá-lo, prejudicialmente, frustra essa natural expectativa, e, por conseguinte, fragiliza o Princípio da Proteção à Confiança dos Particulares, nos atos do Poder Público.¹⁰

Nesse contexto, o exame da documentação na SESu, as Avaliações e os resultados no âmbito do INEP ou eventuais recursos à CTAA, **não podem ser considerados no rol dos atos ampliativos**, porque não conferem prerrogativas ao destinatário. As avaliações instrumentais, e seus resultados, configuram mera expectativa de direito, conseqüentemente, não alargam a esfera jurídica do Requerente. Por essa ótica, é inequívoco que, enquanto componentes da fase de Instrução, quaisquer que sejam suas movimentações, ainda assim, se incluem na fase de Instrução, não perdendo sua essência que é a de reunir elementos de convicção à tomada de decisão da autoridade competente.

2.3 - Princípio da Proteção à Confiança dos Particulares nos atos do Poder Público.

A idéia condutora, nas ações administrativas, é a existência de um patamar mínimo de segurança que atenda às aspirações das partes, identificando a confiança que sustente a necessária estabilidade nas situações jurídicas, criadas administrativamente. À visto disso, há que se esperar que a Administração Pública contribua para coibir, ao máximo, o arbítrio do agente público, quando cuida de interesse dos particulares. Desse modo, suas condutas devem ser previsíveis, assim como as conseqüências advindas de possíveis descumprimentos de preceitos legais, que precisam ser perfeitamente identificáveis nos regulamentos.

⁹ ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001

¹⁰ O **princípio da confiança**, ou **princípio da proteção á confiança jurídica**, que está intimamente vinculado aos **princípios da segurança jurídica** e do **Estado de Direito**, sendo o dever/poder que possuem os três poderes públicos de cuidar da estabilidade decorrente de uma relação envolvida de confiança mútua, no plano institucional. (SILVA. 2006)

É nesta moldura que se insere a percepção do **Princípio da Proteção à Confiança dos Particulares nas Ações do Poder Público**, difundido por Almiro do Couto e Silva (SILVA 2006) e acatado por outros pensadores do Direito. Ora, a confiança dos Administrativos é que os elementos de instrução conduzam a uma decisão favorável, nunca ao indeferimento. Para tanto, ao se dirigirem ao Poder Público com alguma pretensão, procuram reunir os requisitos legais previamente definidos, ao menos numa escala razoável ao pleito. Nessa expectativa, colocam-se à disposição para quaisquer outros meios de instrução, colaborando com as diligências eventualmente efetivadas, conforme lhes garantem as Leis que regulam os procedimentos educacionais e a própria Lei Geral do Processo Administrativo. Portanto, a supressão dos meios de colaboração usuais (diligências) faz com que os particulares percam a confiança nos órgãos e agentes incumbidos da análise processual.

O Expediente da CONJUR, ao indicar que a *decisão [da CTAA] é irrecorrível na esfera administrativa. [e que] nem as Secretarias do Ministério, por ocasião da decisão, nem o CNE, por ocasião da apreciação do recurso, podem reabrir, altera o mérito ou promover a revisão da avaliação*, sugere que o Parecer CNE/CES n° 69/2008 colide com direitos e prerrogativas. Ora, o CNE, como instância Colegiada, está compreendido na Estrutura Educacional (art 9º, §1º da LDB). Entretanto, como órgão recursal, situa-se no âmbito do **Controle Interno dos Atos Administrativos**, o que configura uma iniciativa louvável de importar para o Poder Executivo o sistema de freios e contrapesos. Isso se dá pelo fato de não ser admissível ilhas de decisão na Administração Pública, que não se sujeitem ao instituto da “*fiscalização hierárquica*” (MEIRELLES 2003, fls 643)

Aliás, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo esclarecem que “*sempre que, dentro da estrutura de uma mesma pessoa jurídica (...) houver escalonamento vertical de órgãos (...), haverá controle hierárquico do superior sobre os atos praticados pelos subalternos.*”

E mais: “*em razão de sua natureza, o controle hierárquico é pleno (irrestrito), permanente e automático (não depende de norma específica que o estabeleça ou autorize). Por meio do controle hierárquico podem ser verificados todos os aspectos concernentes à legalidade e ao mérito de todos os atos praticados pelos agentes ou órgãos subalternos a determinado agente ou órgão. Conforme ensina Hely Lopes Meirelles, para o exercício do controle hierárquico são necessárias as faculdades de supervisão, coordenação, orientação, fiscalização, aprovação, revisão, e avocação das atividades controladas. É também necessário que os agentes responsáveis pelo controle possuem meios corretivos dos desvios e irregularidades verificados.*”

Portanto, como diria Montesquieu¹¹, todo o homem, ou entidade, que detém poder, sente inclinação para dele abusar, indo até onde encontra limites. Para que isso não ocorra é necessário que, pela disposição natural das coisas, **o poder controle o**

¹¹ *c'est une expérience éternelle que toute homme qui a du pouvoir est porté à en abuser (...) le pouvoir arrête le pouvoir*”

poder. Dai a razão para que Hely Lopes reitere que “inconcebível é a decisão administrativa única e irrecorrível, porque isto contraria a índole democrática”.

3 – Da harmonia entre a decisão da CTAA à Lei n° 9.784/99 e do não conhecimento do recurso pelo CNE.

[Extrato do Parecer n° 582/2008 – CGEPD]

“A garantia de recurso à CTAA (art 17 PN 40/2007) está em harmonia com o art. 57 da Lei n° 9.784/99, na medida em que assegura aos interessados uma instância recursal em face do resultado da avaliação. Da mesma forma, a disposição que veda a alteração de mérito ou a revisão do resultado da avaliação, tanto na esfera decisória, quanto na esfera recursal (§2° do art 17 c/c §3° do art 23 –PN 40/2007), está em perfeita sintonia com o art 63, inciso IV, da Lei n° 9.784/99 (art 63). O recurso não será conhecido quando interposto: IV - após exaurida a esfera administrativa.) situação que, inclusive, impõe o não conhecimento do recurso pelo CNE quando seus fundamentos implicarem a alteração de mérito ou a revisão do resultado da avaliação.

Ao analisar o extrato da manifestação acima, verifica-se a necessidade de destacar que as Instituições vêm formulando recursos ao CNE a partir do Decreto n° 5.773/2006, Ao se dirigirem dessa forma e com essa base, não dão margem para alegações de que o Decreto poderia vedar as atribuições originais, aí incluídas as deliberativas, de supervisão, inclusive e/ou reanálise da instrução processual e seus resultados. Portanto, Normas Regulamentares não devem ser recepcionadas neste Colegiado como referências originais de suas prerrogativas.

Ainda em caráter preliminar às considerações sobre o extrato acima, há que se registrar que as matérias deliberadas nesse Colegiado, só se tornam exauridas, administrativamente, após a homologação ministerial. Nesse contexto, talvez não seja conveniente, do ponto de vista formal-legal, considerar aplicáveis às manifestações da CTAA a idéia de “coisa exaurida” (*res exaurire*).

Importante frisar que, sobre esse tema, decorreram manifestações na Câmara de educação Superior, dentre elas cite-se, por exemplo, a exposição do Conselheiro Mário Portugal Pederneiras, sob o título “*Subsídios para reflexão da CES a respeito de Orientações às Análises de Recursos referentes às Decisões Regulatórias das Secretarias do MEC (autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos)*”.

No item 3, “***Em princípio, não é possível rever aspectos da avaliação***” ao sustentar que a Lei n° 10.861/2004 revogou a alínea “a” do §2°, art. 9°, da Lei n° 9.131/95, mediante o qual cabia à CES “***analisar e emitir parecer sobre os resultados dos processos de avaliação da educação superior***”.

Salientou o Conselheiro que “trata-se de revogação expressa e não tácita, inclusive recepcionada nas normas complementares e Portarias nº 1.027/2006 e nº 40/2007” A primeira norma referenciada, dispõe sobre Banco de Avaliadores do SINAES e a CTAA; a segunda, instituiu o Sistema e-MEC. Ambas indicam que cabe à CTAA “*julgar, em grau de recursos, os relatórios das comissões de avaliações in loco nos processos de avaliação institucional externa e de avaliação dos cursos de graduação do SINAES.*”

Segue ao registro de que “não cabe ao CNE reanalisar o mérito da avaliação individual das IES. Devem ser consideradas as condições existentes na Instituição por ocasião da visita da comissão INEP”. [e que] “as IES, ao solicitarem autorização para abertura de cursos, reconhecimento ou renovação de reconhecimento, devem possuir as condições exigidas para tal, de modo que as comissões de avaliação possam formar juízo a respeito da solicitação no momento da visita. Não há possibilidade de complementação das condições exigidas a posteriori. Trata-se da verificação das condições existentes para dar suporte às decisões de caráter regulatório.”

Embora o Conselheiro Mário Pederneiras tenha tecido afirmativas no sentido que os Processos devem ser protocolados no MEC ou CNE, de forma acabada, reunindo, previamente, todas as condições para o ato decisório, não complementa esse raciocínio indicando a referencia legal dessa exigência. A verdade, é que, não há Lei, Decreto, Portaria ou instrução normativa esclarecendo que deve estar tudo pronto, no ato do protocolo e/ou Avaliação sem que haja chances de melhorias. Se assim fosse, o Processo seria conduzido de forma automática e mecânica, sem a interferência humana para correções ou Avaliações.

Observa-se uma afinidade entre a afirmativa do Conselheiro Mário e aquela contida no extrato do Parecer da CONJUR, respectivamente quanto á impossibilidade de “reanalisar o mérito da avaliação individual das IES” e da vedação à “alteração de mérito ou a revisão do resultado da avaliação”. Ambos se sustentando em normas suplementares, no caso, as Portarias do MEC. Reitero, portanto, que em nenhum lugar existe indicação normativa determinando que todo o conjunto documental, ou físico, deva está pronto de forma preliminar ao protocolo.

A esse respeito, já tivemos a oportunidade de frisar que as matérias recorridas inauguram nova fase deliberativa, situação em se reabre a possibilidade de reunir os elementos de convicção necessários à nova decisão pretendida. Ora, ao sustentarem que a Instância do Recurso não pode reanalisar a Avaliação, também estarão defendendo a revogação, mesmo que tácita, da prescrição legal no sentido de que “o órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência” (art 64 da Lei nº 9.784/99)

E mais, as atividades de instrução se destinam a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias. Por essa conceituação, presente no art. 29 da mesma Lei nº

9.784/99, infere-se que a Avaliação, enquanto atividade-meio, **não expressa mérito**, mas tão somente o atendimento dos requisitos previamente impostos.

Ademais, a **decisão da autoridade deveria, em tese, levar em conta o atendimento das prescrições legais, previamente definidas**. A constatação desse atendimento pode ocorrer tanto pela análise da visita *in loco*, **quanto por outras “atuacões probatórias”**., como indica a Lei. Até porque o art. 38 dessa Lei orienta no sentido de que *o interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.*

Mas vejamos que a impossibilidade de **“complementação das condições exigidas a posteriori”**, como também sustenta o Conselheiro Mário, parece não se comunicar com o disposto no parágrafo único do art 6º da mesma Lei, no sentido de que *“é vedada à Administração a recusa imotivada de recebimento de documentos, **devendo o servidor orientar o interessado quanto ao suprimento de eventuais falhas**”*

Diante destas orientações normativas, a aventada revogação da aliena “a”, do §2º, art 9º, da Lei nº 9.131/95, pela Lei do SINAES, não impede que este Colegiado, uma vez deliberando sobre o processo, na sua totalidade, revise o curso da sua instrução. Nesse caso, o tema merece ser interpretado no contexto da legislação educacional, combinado com as determinações da Lei Geral do Processo Administrativo. (Lei nº 9.784/99), até mesmo porque, no mesmo parágrafo do artigo acima indicado, permanecem validas a alínea “d” e “e” que atribuem a ao CNE competência para deliberar *“normas a serem seguidas pelo Poder Executivo”* aplicáveis a todos os processo regulatórios.

Em sentido conexo, e pontualmente sobre os termos do Parecer da CONJUR, tem-se verificado em manifestações deste Colegiado que a percepção quanto aos dispositivos da Lei nº 9.784/99, em princípio, sugere interpretação divergente daquela apresentada pelo Consultor Jurídico Substituto da CONJUR/MEC. Isso porque o Capítulo XV, que trata do **“Do Recurso Administrativo e da Revisão”**, inicia seus dispositivos esclarecendo que *“Das decisões administrativas cabe recurso, **em face de razões de legalidade e de mérito.**”*

A interpretação dessa norma requer uma leitura conjuntural que contemple o enunciado do art. 56, conduzindo ao entendimento de que o recurso concedido pelo art. 57, não *“assegura aos interessados **uma instância recursal** em face do resultado da avaliação”* como afirmou o Consultor, mas sim, **três instâncias** administrativas.

*Art. 57. O recurso administrativo tramitará no máximo **por três instâncias administrativas, salvo disposição legal diversa.***

Todavia, essa análise também não ampara o entendimento de que o Recurso à CTAA, bem como a impossibilidade conhecê-lo no CNE *“**está em perfeita sintonia com o art 63, inciso IV, da Lei nº 9.784/99**”* (abaixo transcrito). Observe-se que o recurso é um meio procedimental que visa reanalisar o processo e não uma fase do processo. Assim é a possibilidade de recurso à CTAA, que analisa **todo o processo**

avaliativo, na fase final da Instrução; mas assim também é o Recurso ao CNE, este que analisa **o conjunto processual**, revendo todo seu itinerário, inclusive na CTAA.

Art. 63. **O recurso não será conhecido quando interposto:**

I - fora do prazo;

II - perante órgão incompetente;

III - por quem não seja legitimado;

IV - após exaurida a esfera administrativa.

Portanto, não há que se falar em esfera administrativa exaurida antes do homologado ministerial, nos termos do art. 63, porque a CTAA não analisa o processo *in totum*, por conseguinte, não aprecia mérito. Por esse motivo, não se pode admitir que a análise do conjunto documental, em sede de recurso hierárquico ao CNE, seja obstruída pelo fato de um órgão, durante o percurso na Instrução, ter analisado uma das fases processuais. Isso não é possível pelo simples fato de que ***a parte está no todo, porém o todo não está na parte***. Portanto, ao CNE, como órgão recursal, cabe manifestar-se sobre o todo.

3 – Do “Caso Concreto”:

[Extrato do Parecer nº 582/2008 – CGEPD]

*No caso concreto, resultado da verificação **indicou percentuais de avaliação desfavoráveis** à pretensão de autorização, por ter a Comissão identificado fragilidades que deveriam ser melhoradas quanto aos conteúdos das disciplinas e suas diretrizes curriculares, embora tenha constatado potencialidades para a implantação do curso de Serviço Social, já que não existe nenhum outro na Região.*

*Na verdade, o que a IES apresentou, tanto na CTAA como no CNE, foram as adequações decorrentes da avaliação. O exame do mérito dessas adequações se insere na fase de instrução do pedido e compete à Comissão de Avaliação, não dispondo de legitimidade para sobre elas se manifestar, sob pena da supressão da instância de verificação, a CTAA, a SESu ou o CNE, notadamente porque o exame dessas adequações poderia implicar alteração de mérito no que diz respeito aos **percentuais atribuídos** aos aspectos essenciais e complementares.*

3.1 - Sobre percentuais desfavoráveis, como requisito orientador das decisões.

Observou-se no extrato acima, do Parecer da CONJUR, que o “*resultado da verificação **indicou percentuais** de avaliação desfavoráveis à pretensão de autorização*”. O uso dessa ferramenta aritmética, como forma de expressar uma proporção qualitativa na Avaliação *in loco*, requer a seguinte ponderação: Originalmente, à época do Instrumento de Avaliação externa de 2002, esse critério percentual incidia sobre os itens essenciais, na ordem de 100% e complementares, em 75%, porém, **não foi recepcionado** pela sistemática avaliativa vigente, inclusive pelos Instrumentos aprovados pela Portaria MEC nº 300/2006 (Avaliação Institucional) e Portaria MEC nº 563/2006 (Avaliação de Cursos). Classificados como **Essenciais** ou

Complementares, os requisitos de avaliação são verificados e avaliados, atualmente, segundo dois níveis de cumprimento, “**Atende**” ou “**Não-Atende**”, afastando, portanto, a incidência de percentuais.

A esse respeito, observa-se às fls 24 do Manual que acompanha o Instrumento de Avaliação de Cursos de Graduação, (Portaria MEC nº 563/2006) que “*O parecer analítico deverá ser coerente **com os conceitos atribuídos** e refletir com clareza a opinião dos avaliadores, não permitindo dúvidas de interpretação, conforme legislação em vigor (art.32 da Portaria 2.051/2004).*”

Ressalve-se que os Instrumentos aprovados entre 2007 e 2008, tanto institucionais, quanto de cursos, não trazem esta forma de atendimento, **segundo aspectos essenciais e complementares**. Todos os aspectos têm o mesmo grau de relevância, observado o peso de seu respectivo Indicador e Dimensão.

Embora não se tenha identificado fundamento à argumentação de que o recurso ao CNE seria cabível, apenas, para “*corrigir defeito exclusivamente material, assim entendidos aqueles que não dizem respeito ao mérito e podem ser corrigidos a qualquer tempo*”, essa sustentação se fragiliza na medida em que a avaliação deixou de observar aspecto formal/essencial, qual seja, atribuir conceito às Dimensões de Avaliação, não atendendo ao que determina a Lei nº 10.861/2004 e art. 32 da Portaria MEC nº 2.051/2004. Mas também porque desconsiderou o mecanismo instituído pelo parágrafo único do art. 46, da Lei nº 9.394/1996, *para saneamento de deficiências eventualmente identificadas pela avaliação*.

Portanto, para fins de regulação, no contexto do SINAES, considerem-se conceitos aplicados às Dimensões de Avaliação, na escala de 1 a 5, com base no art. 3º, §3º e art. 4º, §2º da Lei nº 10.861/2004 e regulamento nos termos do art. 32 da Portaria MEC nº 2.051/2004.

3.2 – Sobre as prerrogativas regimentais do CNE

[Extrato do Parecer nº 582/2008 – CGEPD]

E mais, as normas em vigor, não facultam a realização de diligências diretamente pelo CNE, até porque, se permitida a instrução do pedido por ocasião do recurso, essa instrução caracteriza fatos ou documentos novos, não apreciados nem pela CTAA, nem pela instância decisória da Secretaria responsável, o que, em tese, representaria afronta à competência para decidir originariamente sobre a autorização de cursos.

O obstáculo anunciado reclama uma leitura do Parecer CNE/CP nº 99/1999, que alterou o Parecer CP nº 84/1999, homologado pelo Ministro da Educação nos termos da Portaria nº 1.306, de 02/09/1999, trazendo a seguinte redação:

Art. 21 – Os pareceres serão apresentados à deliberação por relator designado pelo Presidente do Conselho ou da Câmara.
(...)

§ 3º - O Relator poderá determinar diligência, por despacho, com prazo determinado, com encaminhamento à instituição ou ao órgão do Ministério da Educação responsável pelo relatório original, para as providências indicadas. (gn)

O dispositivo acima, na parte em que destaco, não requer argumentos adicionais, embora o conhecimento de seu conteúdo deva ser apreendido pelas Entidades e Órgãos que se relacionam com o CNE.

[Extrato do Parecer nº 582/2008 – CGEPD]

A SETEF reconheceu as fragilidades apontadas no relatório de avaliação, tanto que providenciou as correções que entendeu pertinentes. Assim, a SETEF acolheu o resultado da avaliação, não o impugnando junto a CTAA. O que fez a SETEF foi levar à instância recursal de avaliações (CTAA) as providências que adotou para corrigir as fragilidades apontadas, quando, na verdade, essas adequações deveriam ser apreciadas em outra eventual verificação de comissão de avaliadores, competente para apreciar elementos de mérito da instrução dos pedidos de autorização.

No recurso dirigido ao CNE contra a decisão de mérito do pedido, a SETEF novamente esgrimiou com as modificações que realizou, situação que ensejaria o não conhecimento do recurso, uma vez que abordada matéria nova, não conhecida nem pela comissão de verificação, nem pela SESu.

A necessidade de apresentar argumentos pontuais às asserções contidas no Expediente CONJUR, conduz à repetição de algumas questões. A esse respeito, o Consultor-Jurídico reitera a impossibilidade da Instituição apresentar, em sede de recurso na CTAA, adequações dos itens considerados frágeis na Avaliação *in loco*, na esperança de que poderia reunir os requisitos para a decisão.

Antes de prosseguir, convido à leitura de dispositivo que integra o Capítulo X, “**Da Instrução**”, na Lei geral do Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99):

Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

Mas não é só isso. O mesmo art. 38, no seu parágrafo único, indica que somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

Portanto, torna-se imperiosa uma reflexão sobre a recusa de documentos em sede de CTAA, especialmente quando têm por objetivo a instrução processual, em consonância com o devido processo legal.

Renovo o entendimento de que a decisão original, uma vez recorrida ao CNE, enseja aplicabilidade do art. 64 da mesma Lei, no sentido de que *o órgão competente*

para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência. Mas também reitero que a competência recursal é sobre o processo, no todo, não sendo razoável obstruir o acesso às fases que o compõem.

4 – Suficiência dos conceitos atribuídos às dimensões de avaliação

[Extrato do Parecer n° 582/2008 – CGEPD]

A decisão dos pedidos de autorização deve levar em consideração as condições encontradas por ocasião da visita dos avaliadores e não as modificações realizadas posteriormente e que somente podem ser constatadas em outra visita. Aliás, nesse sentido, merece registro a percepção contida no voto vencido do Conselheiro Mário Portugal Pederneiras, em perfeita harmonia com a legislação de regência.

Cumprе esclarecer que nos trabalhos e discussões públicas em torno da elaboração do SINAES, resultando na Lei n° 10.861/2004, ficou definido que a avaliação das instituições de educação superior resultará na aplicação de conceitos, ordenados em uma escala com 5 (cinco) níveis, a cada uma das dimensões e ao conjunto das dimensões avaliadas [§3º, art 3º]. E que a avaliação dos cursos de graduação resultará na atribuição de conceitos, ordenados em uma escala com 5 (cinco) níveis, a cada uma das dimensões e ao conjunto das dimensões avaliadas. [§2º, art 4º]

Nesse contexto, a natureza das avaliações *in loco*, como atos preliminares à tomada de decisão, possuem forma e conteúdos definidos em Lei e disciplinados em Regulamentos. No máximo, essas manifestações se traduzem em indicações técnicas, não podendo ser consideradas como conclusões, decisões ou atos congêneres. Isso porque a própria Lei do SINAES determina, no art. 2º, parágrafo único, que *os resultados da avaliação referida no caput deste artigo constituirão referencial básico dos processos de regulação e supervisão.*

Ora, o que é referencial, não pode ser considerado como determinante, logo não são suficientes ao processo decisório, trazendo a necessidade de conjugar a avaliação a outros elementos de convicção.

No caso em tela, verifica-se que no Relatório de Avaliação do Curso de Serviço Social da Requerente, todos os Indicadores foram avaliados positivamente, e que, apenas três aspectos essenciais obtiveram o registro “não atende”: a saber: *1. Titulação do docente indicado para assumir as funções de coordenador do curso; 2. Adequação e atualizado das ementas e programas das disciplinas. 3. Instalações para estudos em grupos e Livros*

Como já mencionado, estes quesitos foram superados por ocasião da Diligência efetuada pela Relatora, como se comprova na transcrição de seu Parecer:

“Diante da documentação constante dos autos e do relatório da comissão de verificação, solicitei à Sociedade Educacional Teixeira de Freitas as seguintes informações:

1. Quadro docente atualizado com regime de trabalho e titulação.
2. Relação dos títulos de livros e periódicos disponíveis com número de exemplares.
3. Adequação do quadro curricular às sugestões apresentadas pelos avaliadores.

A Instituição respondeu às informações solicitadas, encaminhando o detalhamento da estrutura curricular do curso, comprovando as alterações sugeridas. Apresenta também a relação nominal do quadro docente para o primeiro e segundo semestre do curso com 6 (seis) mestres e 2 (dois) especialistas, todos com experiência docente no Ensino Superior.

Consta documentação que comprova a titulação da professora indicada para coordenação do curso, Hozana Patrícia Oliveira dos Santos, com mestrado em Serviço Social, conforme diploma anexo ao processo, expedido em 9 de novembro de 2007. **Em face desses dados, a Faculdade Teixeira de Freitas passa a atender a todas as exigências legais.**” (gn)

Portanto, concluída a análise do Parecer n° 582/2008 – CGEPD, pelo ângulo normativo, e observando-se que o Expediente evidencia uma interpretação distanciada quanto às possibilidades de ***saneamento de deficiências eventualmente identificadas pela avaliação***, entendo necessário acrescentar à presente análise, fundamentos adicionais sobre esta questão.

IV - Considerações sobre o “não conhecimento” de documentos pela CTAA/INEP.

Ao analisar os trâmites de recursos submetidos ao CNE, verifica-se que as Instituições, atendendo recomendações das Comissões de Avaliação, para ajustes nos seus Projetos, encaminham as alterações ao conhecimento do INEP, com base na prerrogativa do art 7º, II¹², do Decreto n° 5.773/2006. Este, por sua vez, opta por não se manifestar, submetendo a questão à CTAA. Nessa instância, em regra, a decisão final é: **“a CTAA não conhece do recurso”** porque, segundo a mesma, **“a análise dos documentos que instrumentalizam o processo demonstra que o mesmo não constitui recurso”**

A esse respeito, importa registrar que a Administração Pública indicou no art. 47 da Lei n° 9.784/99, que a prática desejável para o Órgão que não for competente para analisar/decidir documentos e/ou processos, é remetê-los a quem for de direito, afastando a possibilidade de recusa, em sede de instrução processual.

¹² Art. 7º No que diz respeito à matéria objeto deste Decreto, compete ao INEP:

(...)

II - **realizar as diligências necessárias à verificação das condições** de funcionamento de instituições e cursos, como subsídio para o parecer da Secretaria competente, quando solicitado

O INEP, na qualidade de Autarquia e Órgão Avaliador, exerce uma função descentralizada, pela qual, sua natureza, função e objetivos reclamam observância do art. 10 do Decreto-Lei nº 200/1967, em especial os §§ 2º e 3º, no sentido de desobstruir as atividades das Entidades e Órgãos da Administração Direta a quem assessora, dentre os quais este CNE, senão vejamos:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada

(...)

§ 2º Em cada órgão da Administração Federal, os serviços que compõem a estrutura central de direção devem permanecer liberados das rotinas de execução e das tarefas de mera formalização de atos administrativos, para que possam concentrar-se nas atividades de planejamento, supervisão, coordenação e controle

3º A Administração casuística, assim entendida a decisão de casos individuais, compete, em princípio, ao nível de execução, especialmente aos serviços de natureza local, que estão em contato com os fatos e com o público. (gn)

Não é, portanto, recomendável, nem se identifica fundamento para que o INEP, enquanto Entidade incumbida de “coordenar o processo de avaliação dos cursos de graduação”, conforme art. 1º, VI, da Lei nº 9.448/97, ou mesmo sua CTAA, “não conhecer” ou “não receber” atos de instrução inerentes às “rotinas de execução e das tarefas de mera formalização de atos administrativos” especialmente porque ambos “estão em contato com os fatos e com o público”, no caso, as Instituições avaliadas.

Essa postura também não deve ser admitida porque a mesma Lei nº 9.784/99 determina que “é vedada à Administração a recusa imotivada de recebimento de documentos, devendo o servidor orientar o interessado quanto ao suprimento de eventuais falhas.” (parágrafo único do art 5º)

Mas, tendo em vista que este Colegiado não analisa questões levadas à sua consideração, a partir de medidas jurídicas; e sim pela ótica dos fatos e preceitos acadêmicos, seria possível atribuir-lhe uma interpretação equivocada das Leis. Entretanto, a favor da interpretação do CNE de que o INEP/CTAA é sim a instância competente para conhecer de alterações instrumentais, vejamos a posição adotada pelo STJ¹³ para casos em que assuntos são levados ao conhecimento de determinada autoridade, e essa, após tomar ciência de seu conteúdo, resolve declinar de sua competência:

“Recentíssimos precedentes desta Corte Superior deixam assente o entendimento de que “possui legitimidade passiva ad causam a autoridade que, ao prestar informações, defende o ato impugnado, encampando-o” ”

[...]

“Aplica-se a teoria da encampação quando a autoridade apontada como coatora, ao prestar suas informações, não se limita a alegar sua ilegitimidade, mas

¹³ Recurso em Mandado DE Segurança nº 19.378 - DF (2004/0180714-9)

defende o mérito do ato impugnado, requerendo a denegação da segurança, assumindo a legitimatio ad causam passiva “

E que:

“De acordo com a teoria da encampação, adotada por este Superior Tribunal de Justiça, a autoridade hierarquicamente superior, apontada como coatora nos autos de mandado de segurança, que defende o mérito do ato impugnado ao prestar informações, torna-se legitimada para figurar no pólo passivo do writ.”

Mesmo que a teoria mencionada aplique-se à esfera dos Mandados de Segurança, é inequívoco que a lógica se estende aos demais atos no universo jurídico. Portanto, a CTAA, ao receber e analisar as documentações, para fins dos artigos 16 e 17 da Portaria Normativa nº 40/2007 ou mesmo com vistas à correção de fragilidades recomendadas pelas Comissões de Avaliação, torna-se o órgão competente para conhecer dos recursos, devendo providenciar as medidas cabíveis e necessárias.

V – Sobre as competências do CNE, pelo ângulo da MP nº 2.216-37/2001.

Embora o tema, ora considerado, verse sobre as competências do CNE em matéria recursal, as assertivas do Advogado da União, no Parecer da CONJUR, indicaram a necessidade de esclarecimentos pontuais a respeito das atribuições deste Colegiado nos processos regulatórios de cursos (autorizações, reconhecimentos e renovações de reconhecimentos) conduzindo, inclusive, à apreciação dos mesmos em grau recursal.

Vale lembrar que na formulação do Estatuto do CNE, Parecer CNE/CP nº 7/2007, revisto pelo Parecer CNE/CP nº 3/2008, registrava-se que a Lei nº 9.131/1995, que criou o CNE, foi alvo de, pelo menos, três relevantes modificações nas competências do Colegiado, inicialmente pela Lei nº 9.870/991, depois pela MP nº 2.216-37, de 31/08/2001 e, mais recentemente, pela Lei nº 10.861/2004. Somente para citar as Leis, já que uma dezena de regulamentos à LDB trouxe significativas alterações nas suas atribuições.

Resgato, na seqüência, algumas das alterações que ora mencionamos. A primeira delas remete ao texto da Lei nº 9.649/1998¹⁴, pela qual as atribuições do CNE ganhavam reforço, na medida em que determinou que todos os processos para ingresso e permanência das Instituições e Cursos no Sistema Federal de Ensino, seriam *tornados efetivos mediante ato do Poder Executivo, após parecer do Conselho Nacional de Educação*, (parágrafo único, art 2º, da Lei nº 9.131/1995)

Nesse contexto, merecem destaque as alterações provocadas pela Medida Provisória de nº 2.216-37/2001, que altera dispositivos da Lei nº 9.649/98, modificando

14

basicamente as competências da Câmara de Educação Superior e revogando, não somente a expressão acima destacada, que passou para “**conforme regulamento**”, mas redesenhava, em paralelo, as competências previstas nas alíneas, “d”, “e” e “f”, do §2º, art. 9º da Lei nº 9.131/95.

Nesse sentido, e para melhor apresentação, esquematizo, a seguir, as competências originais advindas da Lei nº 9.131/95 e, em paralelo, sua versão atual, após a MP:

Lei nº 9.131/95, §2º, art. 9º	MP nº 2.216-37/2001
ALÍNEA “D”	
ANTES (TEXTO REVOGADO)	DEPOIS (TEXTO VIGENTE)
d)... <i>sobre os relatórios encaminhados pelo Ministério da Educação e do Desporto <u>sobre o reconhecimento de cursos e habilitações</u> oferecidos por instituições de ensino superior, <u>assim como sobre autorização prévia</u> daqueles oferecidos por instituições não universitárias;</i>	d) <i>deliberar sobre as normas a serem seguidas pelo Poder Executivo para a <u>autorização, o reconhecimento, a renovação e a suspensão do reconhecimento de cursos e habilitações</u> oferecidos por instituições de ensino superior;</i>
ALÍNEA “E”	
ANTES (TEXTO REVOGADO)	DEPOIS (TEXTO VIGENTE)
e) <i>...<u>sobre a autorização, o credenciamento e o credenciamento periódico de instituições de educação superior, inclusive de universidades,</u> com base em relatórios e avaliações apresentados pelo Ministério da Educação e do Desporto;</i>	e) <i>deliberar sobre as normas a serem seguidas pelo Poder Executivo para o <u>credenciamento, o credenciamento periódico e o descredenciamento</u> de instituições de ensino superior integrantes do Sistema Federal de Ensino, bem assim a <u>suspensão de prerrogativas de autonomia</u> das instituições que dessas gozem, no caso de desempenho insuficiente de seus cursos no Exame Nacional de Cursos e nas demais avaliações conduzidas pelo Ministério da Educação; (g.n)</i>
ALÍNEA “F”	
ANTES (TEXTO REVOGADO)	DEPOIS (TEXTO VIGENTE)
f) <i>...sobre <u>os estatutos das universidades e o regimento das demais instituições de educação superior</u> que fazem parte do sistema federal de ensino; (g.n)</i>	f) <i>deliberar sobre o <u>credenciamento e o credenciamento periódico de universidades e centros universitários,</u> com base em relatórios e avaliações apresentados pelo Ministério da Educação, bem assim sobre seus respectivos estatutos;</i>

Observe-se que o novo texto indica a deliberação sobre ***normas a serem seguidas pelo Poder Executivo***, tanto para ingresso e permanência de Cursos, (alínea “d”) quanto para ingresso e permanência de Instituições (alínea “e”), **ao contrário do que era previsto anteriormente**, onde o CNE deliberava e decidia o próprio processo.

Por sua vez, a alteração da **alínea “e”** foi efetivada para retirar a expressão “autorização”, inadequada para os processos de entrada das Instituições no Sistema Federal, no contexto da LDB. Nessa ocasião, aproveitou também para restringir a atribuição do CNE aos credenciamentos e reconhecimentos apenas de Instituições Universitárias.

Porém, a MP em destaque acrescentou, ainda, ao §2º, do art. 9º, da Lei nº 9.131/95 a **alínea “j”**, antes inexistente e que passou a tratar, de forma excepcional, o que originalmente era praxe nas funções do CNE, ou seja, deliberar sobre os processos para oferta de cursos e seus reconhecimentos, senão vejamos:

*j) deliberar sobre **processos de reconhecimento de cursos e habilitações oferecidos por instituições de ensino superior, assim como sobre autorização prévia daqueles oferecidos por instituições não universitárias**, por iniciativa do Ministério da Educação **em caráter excepcional**, na forma do regulamento a ser editado pelo Poder Executivo (g.n)*

Ocorre, contudo, que as alterações provocadas, especialmente pela Medida Provisória, e que ainda permanecem, aparentemente não se comunicam com as restrições impostas pela nova sistemática processual adotada no âmbito do MEC, na maioria dos casos, embasadas no Decreto nº 5.773/06. Isso porque a MP citada, de 31/08/2001, possui “força de lei”, uma vez que foi editada em data anterior à publicação da Emenda Constitucional nº 31, de 11/09/2001¹⁵

Assim considerado, e se a MP determina que o CNE delibere *sobre as normas a serem seguidas pelo Poder Executivo*, parece inexistir sustentação para o argumento que pretende afastar deste Colegiado a competência para analisar recursos sobre as fases de Instrução, inclusive em relação à Avaliação do INEP, porque os critérios para essa iniciativa constituem **normas a serem seguidas pelo Poder Executivo**, e nessa qualidade, repercutem nas atribuições legais, e típicas, deste Colegiado.

Disso decorre um ambiente propício para reavaliar o fundamento legal e a própria sistemática de elaboração dos Instrumentos de Avaliação, aprovados pelo MEC, sem que este Colegiado os tenha analisado previamente, como determinam as alíneas “d” e “e”, acima transcritas.

Não restam dúvidas, portanto, de que Instrumentos de Avaliação caracterizam-se em normas a serem seguidas pelo Poder Executivo, dentre eles, citem-se, por exemplo, o Instrumento de Avaliação de Cursos de Graduação, aprovado pela Portaria nº 563, de 21/02/2006; o Instrumento de avaliação para autorização de cursos de graduação em Direito, aprovado pela Portaria MEC nº 927, de 25/09/2007; o instrumento de avaliação

¹⁵ EMC 32, de 11/09/2001, Art. 2º : *As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.*

para autorização de cursos de graduação, Bacharelados e Licenciaturas, aprovado pela Portaria MEC n° 928, de 25/09/2007; instrumento de avaliação para autorização de Cursos Superiores de Tecnologia, aprovado pela Portaria MEC n° 91, de 17/01/2008; o Instrumento de avaliação para autorização de curso de graduação em Medicina, aprovado pela Portaria MEC n°- 474, de 14/04/2008; ou ainda, recentemente, o Instrumento de Avaliação de Cursos de Graduação aprovado pela Portaria MEC n° 1.081, de 29/08/2008.

Trata-se de Instrumentos que não foram encaminhados à manifestação, mesmo que opinativa, da Câmara de Educação Superior do CNE, caracterizando possível contradição com os comandos das já mencionadas alienas “d” e “e” do §2º, art. 9º, da lei n° 9.131/1995, alterada pela MP n° 2.216-37/2001, que atribuem ao CNE competências para deliberar sobre as normas a serem seguidas pelo Poder Executivo, para os processos de natureza Institucional (credenciamento e reconhecimento) de Oferta de Cursos (autorização, reconhecimento etc).

Atualmente estes Instrumentos, quando voltados para oferta de cursos, são elaborados pelas respectivas Secretarias do MEC, com base no Decreto n° 5.773/2006, art 5º, §2º, IV (SESu); §3º, IV (SETEC); §4º, IV (SEED).

Diante destes argumentos, queremos trazer aos membros do CNE e à própria CONJUR, a seguinte indagação. Se o Decreto n° 5.773/2006 colocou este Colegiado como instância recursal da hierarquia processual, situação em que possui competência para reexaminar todas as decisões das Secretarias do MEC e do próprio Ministro, como é previsto no §3º, art. 11¹⁶, porque razão o novo fluxo operacional, para elaboração dos critérios de avaliação excluiu o CNE? E assim perguntamos tendo em vista que, não raro, observa-se que a CES delibera sobre recursos de processos de autorização, à luz de critérios que não domina ou que só tomou conhecimento durante a análise do processo recorrido.

VI - Dos meios legais para superação de inconsistências nos elementos de instrução.

Apresenta-se, neste Capítulo, o extrato das normas citadas no corpo deste documento, editados com o objetivo de corrigir fragilidades detectadas na instrução dos processos educacionais.

¹⁶ Art. 11. O funcionamento de instituição de educação superior ou a oferta de curso superior sem o devido ato autorizativo configura irregularidade administrativa, nos termos deste Decreto, sem prejuízo dos efeitos da legislação civil e penal

§ 3º O Ministério da Educação determinará, motivadamente, como medida cautelar, a suspensão preventiva da admissão de novos alunos em cursos e instituições irregulares, visando evitar prejuízo a novos alunos.

§ 4º Na hipótese do § 3º, **caberá recurso administrativo ao CNE**, no prazo de trinta dias, sem efeito suspensivo.

6.1 - Uma breve nota sobre as determinações da Lei n° 9.394/1996

Cumpra, para esse fim, reviver o art. 46 da LDB, especialmente o § 1º, ao determinar que resultados insatisfatórios, nas avaliações para fins de autorização, entre outras, ensejam a abertura de prazo para saneamento das deficiências:

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

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

6.2 - Do saneamento de deficiências decorrentes de avaliação, com base na Lei n° 10.861/2004 (SINAES)

Torna-se pertinente trazer à consideração uma abordagem do tema sob o ângulo da Lei do SINAES. O art. 9º desta Lei permite constatar que o Ministério da Educação tornará público o resultado da avaliação das Instituições de Educação Superior **e de seus cursos**, o que de fato foi feito, ao disponibilizar o Relatório da Comissão de Avaliação, para a manifestação da Instituição.

Em relação à publicidade dos resultados da Avaliação, e das iniciativas da Instituição em constituir ou sanar eventuais falhas, de processo adequado ao ato autorizativo, o art. 10, da Lei em destaque, determina *que os resultados considerados insatisfatórios ensejarão a celebração de protocolo de compromisso, a ser firmado entre a instituição de educação superior e o Ministério da Educação...*. Não foi isso o que fez a SESu, indo diretamente ao ato denegatório.

Outrossim, prevê, no seu § 3º, que em possibilidade de descumprimento ao mencionado protocolo, o MEC poderá aplicar penalidades, ouvindo seu órgão Consultivo, em processo administrativo próprio, *ficando assegurado o direito de ampla defesa e do contraditório*.

Mesmo nessa hipótese, o § 4º, do mesmo art 10, que trata da possibilidade de protocolo de compromisso em caso de resultado insatisfatório na avaliação, tranquiliza os Administrados com a possibilidade de recurso ao Ministro da Educação.

Nesse sentido, invoca-se o esclarecimento do parágrafo único do art. 2º, dessa Lei, mediante o qual o Poder Público indica que *os resultados da avaliação referida no caput deste artigo constituirão referencial básico dos processos de regulação e supervisão da educação superior, neles compreendidos [...], a autorização, o reconhecimento e a renovação de reconhecimento de cursos de graduação.*

Rejeitada a avaliação e os conceitos aplicados às Dimensões, entendemos que seria aplicável o disposto no art. 50, I, da Lei n° 9.784/99, onde se determina à

autoridade pública que *os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses.*

6.3 - Superação de deficiências pelos respectivos Decretos.

6.3.1 - Pelo ângulo do Decreto n° 5.622/2005.

Embora o presente processo não trate de Educação a Distância, é necessário relacionar o respectivo Decreto para demonstrar que a prática é comum a todas as normas educacionais.

Para regulamentar o art. 80 da Lei n° 9.394, de 20 de dezembro de 1996, esse Decreto, ao disciplinar os ritos protocolares dos pedidos de autorização de cursos na modalidade a distância, traz a previsão, **no art. 15**, *que os pedidos de autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos superiores a distância de instituições integrantes do sistema federal devem tramitar perante os órgãos próprios do Ministério da Educação* (Redação dada pelo Decreto n° 6.303, de 2007). E que, o sistema de avaliação da educação superior (SINAES) nos termos da Lei n° 10.861, de 14 de abril de 2004, já mencionada, aplica-se integralmente à educação superior a Distância. (Art. 16).

No que se refere às **deficiências identificadas**, mediante ações de supervisão **ou de avaliação de cursos** ou instituições credenciadas para educação a distância, o art. 17 traz, aos Administrados, a possibilidade do órgão competente determinar em ato próprio, **observado o contraditório e a ampla defesa**, entre outras medidas, a **instalação de Diligência**, (Inciso I) sindicância ou processo administrativo. Porém, nada disso nos foi facultado no trâmite do processo.

6.3.2 - Pelo Decreto n° 5.773/2006

Este Decreto é inequívoco no sentido de que as competências dos Secretários do MEC, nos processos de Cursos, incluem a instrução de decisão promovendo as diligências necessárias.

Art. 5º

§ 2º À Secretaria de Educação Superior compete especialmente:

II - instruir e decidir os processos de autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos de graduação e sequenciais, **promovendo as diligências necessárias**

3º À Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica compete especialmente:

II - instruir e decidir os processos de autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos superiores de tecnologia, **promovendo as diligências necessárias**;

§ 4º À Secretaria de Educação a Distância compete especialmente:

(...)

II - instruir e decidir os processos de autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos superiores a distância, promovendo as diligências necessárias”

Registre-se que não há, nos autos do processo, referência de que a SESu tenha promovido alguma diligência..

Importante destacar que este regulamento admite, ainda, a possibilidade de Diligências no âmbito do INEP, de forma a subsidiar o Parecer da Secretaria competente.

“Art. 7º No que diz respeito à matéria objeto deste Decreto, compete ao INEP:

I - realizar visitas para avaliação in loco nos processos de credenciamento e recredenciamento de instituições de educação superior e nos processos de autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos de graduação e seqüenciais;

II - realizar as diligências necessárias à verificação das condições de funcionamento de instituições e cursos, como subsídio para o parecer da Secretaria competente, quando solicitado;” (grifos nossos)

Surpreendentemente, também não parece que a IES não teve essa oportunidade em sede de avaliação ou análise da CTAA, uma vez que ao discordar do resultado, e apresentar justificativas e ações para superar as fragilidades, a CTAA entendeu que o material não configurava recurso, ou oportunidade de igual valor.. Preocupa-nos, também, essa prática institucionalizada no âmbito das Secretarias do MEC, que traz instabilidade aos processos sob análise das mesmas, o que poderá frustrar a confiança nas ações sob a tutela ministerial.

Verifica-se, outrossim, que a Administração Pública traz vários estágios para resolução de conflitos/deficiências até que, esgotadas, resultem penalidades extremas aos Interessados. Nesse sentido, é o entendimento do art. 5º, §2º, inciso VII, da mesma norma:

art 5º...

§ 2º À Secretaria de Educação Superior compete especialmente:

VII - celebrar protocolos de compromisso, na forma dos arts. 60 e 61; e...

6.4 - Da Instrução processual e Revisão com base na Lei n° 9.784/1999

Em princípio, deve-se afastar-se a percepção, equivocada, de que a decisão do CNE, seja revendo decisões originais das Secretarias do MEC, seja atuando em grau de recurso de suas próprias decisões, se limita em analisar as condições institucionais verificadas *in loco*, pelas Comissões de Avaliações do INEP. Nesse aspecto, a Lei sob comento, ao relacionar as fases do processo, indica, em dispositivos que já

mencionamos, que *é vedada à Administração a recusa imotivada de recebimento de documentos, devendo o servidor orientar o interessado quanto ao suprimento de eventuais falhas* (parágrafo único do art 6º)

Mas ao disciplinar a Instrução processual determina, no art. 38 também já citado, que o interessado poderá, na fase instrutória **e antes da tomada da decisão**, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo. E mais, que *“somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.”*

Tratando-se de Recurso para reexame de decisão sobre processo de autorização de Cursos, podemos somar às orientações acima, as recomendações da Lei nº 10.861/2004, no sentido de que a *avaliação dos cursos de graduação utilizará procedimentos e instrumentos diversificados, dentre os quais obrigatoriamente as visitas por comissões de especialistas das respectivas áreas do conhecimento*. Ora, o que é diversificado, não condiz com a idéia de procedimento **único e invariável** ou **decisão única e irrecurável** contexto em que as Avaliações configuram um dos procedimentos arrolados pelo SINAES, para reunir os elementos de convicção da autoridade pertinente.

Portanto, falta base ao argumento de que o CNE, ao analisar Recurso para os fins do art 33 do Decreto nº 5.773/2006, não pode, sob nenhum aspecto, reanalisar a fase de Avaliação.

Restrições dessa natureza, escoradas unicamente nas linhas do Decreto nº 5.773/2006, e interpretações daí derivadas, precisam ser conjugadas à prescrição legal de que *“o órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência*. É o que orienta o art. 64 da Lei nº 9.784/99.

Analisada a questão no âmbito do rito processual, das normas educacionais, por meio da LDB, da Lei do SINAES e respectivos Decretos, comprova-se, no caso sob análise do Parecer CNE/CES nº 69/2008, que não foi concedida a possibilidade da Faculdade Teixeira de Freitas apresentar sua intenção para solucionar eventuais lacunas identificadas na avaliação, seja mediante Diligência, seja, ainda, por intermédio de *“Protocolo de Compromisso”* como determinam os mencionados instrumentos legais, seja, ainda, pela documentação apresentada à CTAA, porque a mesma entendeu que a forma do expediente não configurava recurso. A forma não pode se sobrepor ao conteúdo.

Ou, como bem traduziu a Direção da Faculdade Teixeira de Freitas, no seu Recurso ao CNE, *“Melhor será que se aprecie uma proposta sofável na apresentação, mas vantajosa no conteúdo, do que desclassificá-la por um rigorismo formal inconstitucional”*.

Todavia, entende-se que as normas educacionais não esgotam as possibilidades de esclarecimento e/ou superação dos itens apontados na instrução processual, bem assim, não esgotam a ampla defesa e contraditório, no âmbito dos processos deliberados pela

Administração Pública Federal. Nesse sentido, reitero que a iniciativa recursal, independente da forma, tendo em vista a inexistência de obstáculo jurídico, é interposta, como assegurou Hely Lopes Meirelles, **mesmo que não exista previsão legal**. Ademais, com base no art. 6º, VII e art. 33, do Decreto nº 5.773/2006, de forma complementar ao art. 56 da Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, a abrangência temática do pedido de reconsideração do ato da SESu não se limita aos aspectos indicador pelo Consultor Jurídico. Ele deve, se necessário, refazer todo o trajeto do processo.

Sendo o Decreto nº 5.773/2006 norma regulamentar à Lei nº 10.861/2004, e havendo nele a indicação de que *serão observados os princípios e as disposições da legislação do processo administrativo federal* (parágrafo único do art 73), portanto, é com base na **Lei nº 9.784/1999**, que a Administração Pública deverá obedecer, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, **razoabilidade**, **proporcionalidade**, moralidade, **ampla defesa**, **contraditório**, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

No que se refere ao recebimento do recurso, diz, ainda, essa última Lei, que a competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos (art. 11). Nesse sentido, a Lei indica que a autoridade incumbida de apreciar o primeiro recurso é aquela que proferiu a decisão original, conforme art. 56, em face de razões de legalidade e de mérito. Esclarece, ainda, que **se essa autoridade não a reconsiderar no prazo de cinco dias**, o encaminhará à autoridade superior.

Todavia, tem-se observado o entendimento, no âmbito do MEC, que a autoridade que proferir a decisão não pode conhecer do recurso e que as partes interponham diretamente do CNE. Trata-se de uma posição a merecer reconsideração.

6.5 – O recurso de que trata o art 33 do Decreto nº 5.773/2006 à luz da Lei nº 9.784/99

Por outro lado, o contexto conduz à compreensão de que o recurso ao CNE, disposto no art 33 do Decreto em destaque, transcrito abaixo, para revisão da decisão do Secretário, no prazo que fixa, **não restringia a possibilidade das Secretarias do MEC** apreciarem a questão, à luz de instrução normativa superior, no caso, a Lei nº 9.784/1999. Aparentemente, e diante da ausência de êxito nessa expectativa, para que a autoridade que proferiu a decisão a reconsiderasse, vê-se que não há animo de atender à recomendação da mencionada Lei.

Reitere-se que essa Lei trata de norma hierarquicamente superior aos Decretos indicados neste, que garantiam àquelas Secretarias, nos termos do art. 56, §1º, a possibilidade de reverem suas decisões, por fundamentos similares aos que aqui apresentamos, adotando mecanismos de superação das deficiências apontadas na avaliação. Assim, eventual manifestação, se tivesse ocorrido, não impediria que esse Colegiado reanalisasse o mérito da questão em segunda (CES/CNE), ou terceira (CP/CNE) instância, escorando-se no art. 57 da mesma Lei.

[Lei nº 9.784/1999]

Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso....

§ 1º O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior.

Art. 57. O recurso administrativo tramitará **no máximo** por três instâncias administrativas...

[Decreto nº 5.773/2006]

Art. 33. Da decisão do Secretário, **cabará recurso administrativo ao CNE...**

Nestes termos, conclui-se que a Lei Geral do Processo Administrativo (9.784/99), aliada à Lei do SINAES (nº 10.861/04) e ao regulamento das funções de regulação, supervisão e avaliação (Decreto nº 5.773/06), traz orientações para a Administração Pública, no sentido de que privilegie a flexibilidade e razoabilidade na condução dos processos de interesse dos Administrados, concedendo-lhes oportunidades para correção de eventuais falhas na instrução processual.

Uma questão precisa ser esclarecida. Verificou-se que, tanto o Parecer da CONJUR, quanto a nota do Conselheiro Mário, fazem referência a limitações nas competências deste Colegiado, citando, para tanto, o Decreto nº 5.773/2006 e Portarias Normativas do MEC. A teia jurídica atual não traz segurança sobre a existência de uma indissociabilidade entre Decreto e Lei; aquele precisa, necessariamente, ter base nesta última. Nesse sentido, se o Decreto nº 5.773/06 não possui a prerrogativa de originar competência do CNE, sem que haja sustentação em alguma Lei, também não poderá amputá-la. Do contrário, admitiríamos estar diante dos extintos Decretos-leis.

Quanto às Portarias, atualmente sob o expletivo de “Normativas”, possuem caráter suplementar e igualmente não têm legitimidade para inovar, materialmente, a ordem jurídica estabelecida em Lei, cujo regulamento deve privilegiar a forma prevista no art. 84, IV da CF/88.¹⁷

Pelo aparato normativo vigente, supõe-se que a função recursal do CNE, referenciada no Decreto nº 5.773/2006 e Portarias do MEC, sustenta-se no art. 9º, §1, da LDB c/c art 7º *caput* da Lei nº 9.131/95. Na 1ª Lei, ampara-se na **competência de Supervisão da estrutura educacional**, situação em que compreende o controle hierárquico dos órgãos operacionais (INEP, SESu/SEED/SETEC/CAPES). Aliás, a esse respeito, vale remeter às citações doutrinárias sobre o controle hierárquico, **feitas às fls 10/14 do presente**, sendo válido resgatar, dentre elas, a seguinte:

*“sempre que, dentro da estrutura de uma mesma pessoa jurídica (...) houver escalonamento vertical de órgãos (...), **haverá controle hierárquico do superior sobre os atos praticados pelos subalternos.**”*

*Em razão de sua natureza, o controle hierárquico **é pleno (irrestrito)**, permanente e automático (não depende de norma específica que o estabeleça ou autorize). Por meio do controle hierárquico **podem ser verificados todos os aspectos***

¹⁷ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República

(...)

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, **bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução**

concernentes à legalidade e ao mérito de todos os atos praticados pelos agentes ou órgãos subalternos a determinado agente ou órgão. (Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo)

Na 2ª Lei, o recurso encontra respaldo na **função deliberativa** do Conselho Nacional de Educação; afinal o recurso continua sendo uma deliberação, mesmo que em grau distinto. Nos dois casos, trata-se de atribuições sobre a Educação, na sua forma ampla, em todos os níveis e modalidades de ensino.

De outro modo, a função recursal prevista no art. 9º *caput*, da Lei nº 9.131/95, dispõe, especificamente, sobre os atos emitidos pela Câmara de Educação Superior. Assim sendo, a competência relacionada no art. 33 do referido Decreto, situa-se no âmbito do controle hierárquico dos órgãos citados, não guardando relação com as atribuições originárias de suas Câmaras, estas, que nos termos do regimento Interno do CNE, são reapreciadas em sede de Conselho Pleno.

CONCLUSÕES

Em síntese, o conjunto documental e fatos analisados na presente nota, tratam de iniciativas restritivas das Secretarias do MEC, quanto aos critérios de avaliação, cujos processos, embora cumpridos nos limites admitidos nas Leis e Decretos, são indeferidos, *ad nutum*, em virtude de fragilidades, recomendações e/ou ressalvas indicadas pelas Comissões de Avaliação, justificadas em Pareceres da Consultoria Jurídica do MEC.

Essa nuance restritiva, portanto, envolve, e confunde, atualmente, a avaliação com a Regulação. Fazendo com que esta última seja efetivamente praticada pelo que se consubstanciou chamar de “Avaliação”, com todas as facetas abordadas nesta Nota Técnica e em outros documentos produzidos pelo Observatório Universitário¹⁸. Trata-se de uma situação fértil para imprimir na comunidade educacional a percepção de que as regras de ingresso no SFE, em especial, mas também as regras de permanência, estão sendo desenhadas, ou interpretadas, para criar dificuldades aos menos favorecidos politicamente, talvez menos experientes nos trâmites burocráticos, freqüentemente caracterizando-se como instituições isoladas, distantes e pequenas.

Nesse contexto, à maneira de conclusão, tomo emprestadas as considerações abaixo, resgatadas de “**Agências Reguladoras e reforma do estado no Brasil, inovação e continuidade no sistema político-institucional**”¹⁹.

Agências atuam sobre setores vitais para a economia e para a sociedade apresentando diferentes graus de dinamismos e avanços tecnológicos. Caracterizam-se por atrair, complementar ou contrariar interesses privados e públicos, produzindo regras e normas que imputam custos às unidades reguladas. Toda regulação tem impacto sobre os custos das unidades produtivas reguladas. Regular é, também, imputar custos. Não seja surpresa, portanto, a permanente e

¹⁸ www.databrasil.org.br/observatorio

¹⁹ NUNES, Edson e colaboradores. Editora Garamond Universitária. Rio de Janeiro, 2007

inevitável atração fatal que os regulados têm pelos reguladores. Se não pode evitá-los, resta convencê-los. Se não pode convencê-los, resta domesticá-los. Se não pode domesticá-los, resta capturá-los.

Regulados e reguladores são xifópagos gerados pela economia de mercado. O aparato regulatório, criado para sanar imperfeições do mercado, torna-se, ele mesmo, um mercado no qual regulação é “comprada” e “vendida”. Provedores de serviços, quaisquer serviços licenciados pelo Estado – educacionais, advocatícios, de manicure, limpeza de chaminés etc. – entenderão perfeitamente que a regulação é uma mercadoria monopolista de Estado. Tanto pode ser boa como não ser. Tanto pode estar voltada para o público quanto pode ser preservadora de privilégios. Tudo depende de quem a demanda, e de quem tiver poder para fazê-la existir. Daí a pertinência da discussão sobre controle e responsabilidades.

Não existe regulação neutra. Nem regulação inocente. Nem toda regulação é contra o regulado. Muitos regulados abençoarão e, neste sentido, buscarão normas regulatórias que protejam da competição, que lhes diminuam custos, que criem barreira de entradas à competição, que os mantenham no mercado, que os protejam de demandas do público. Nem toda regulação, portanto, é a favor do público. Nem toda regulação é a favor do regulado. O mercado regulatório é um selvagem campo de lutas de interesses. Regula quem pode, não quem quer.²⁰

As agências podem assumir distintos estatutos jurídicos, desde sua participação na administração direta, até sua existência autárquica e independente. A elas competem funções do Executivo, tais como a concessão e fiscalização de atividades e direitos econômicos, e lhes são atribuídas funções do Legislativo, como criação de normas, regras, procedimentos, com força legal sob a área de sua jurisdição. Ademais, ao julgar, impor penalidades, interpretar contratos e obrigações, as agências desempenham funções judiciárias.

São estas as considerações e conclusões possíveis, à luz do ordenamento vigente, quanto à impossibilidade das partes interessadas efetuarem ajustes nos elementos de instrução e das Instâncias Recursais conhecerem destas alterações, modificando, anulando ou revogando, total ou parcialmente, a decisão recorrida.

²⁰ Apesar do tom radical do texto, ele é reflexo de vasto debate regulação e liberdade. E apesar de certa aparência esquerdista no Brasil, o tom, em verdade, pertence a vertente destruíssima, cuja versão mais concisa, bem escrita, respeitada e controversa, vem da chamada Escola de Chicago e deve ser lida em George Stigler, **The Citizen and the State: Essays on Regulation**, University of Chicago Press, 1975.

Sobre o(s) Autor(es)

Edson Nunes

Ph. D. em Ciência Política pela U.C. Berkeley e mestre em Ciência Política pelo IUPERJ. Gradua-se em Direito e Ciências Sociais na UFF. Foi pesquisador e Vice-Presidente Executivo do IPEA, Secretário Geral Adjunto do Ministério do Planejamento, Presidente do IBGE e Representante do Ministério do Planejamento no Rio de Janeiro. Foi, também, membro do Conselho de Administração do BNDES, FINEP e da Dataprev. É professor dos programas de mestrado em Direito e em Economia Empresarial da Universidade Candido Mendes e Diretor Geral do DATABRASIL - Ensino e Pesquisa. Atualmente, é Presidente do Conselho Nacional de Educação (CNE) e exerce a função de Pró-Reitor de Planejamento e Desenvolvimento da Universidade Candido Mendes (UCAM). Seus trabalhos recentes incluem artigos de natureza acadêmica e jornalística, bem como relatórios de consultorias para agências brasileiras e internacionais. É conferencista de vários programas de pós-graduação e de desenvolvimento gerencial, tendo como foco principal a educação superior, a conjuntura política, as políticas públicas e o Estado brasileiro. Autor e/ou co-autor, entre outros, de *A Gramática Política do Brasil* (Zahar, 1997), *A Revolta das Barcas: populismo, violência e conflito político* (Garamond, 2000), *Futuros Possíveis, passados Indesejáveis: selo da OAB, provão e avaliação do ensino superior* (Garamond, 2002), *Teias de Relações Ambíguas: regulação e ensino superior* (INEP/MEC, 2002), *Agências Reguladoras e Reforma do Estado no Brasil: Inovação e Continuidade no Sistema Político Institucional* (Garamond Universitária, no prelo); e, organizador dos livros *A Aventura Sociológica: objetividade, paixão, improviso e método na pesquisa social* (Zahar, 1978) e *State and Society in Brazil: continuity and change* (Colorado Westview Press, 1987).

Helena Maria Abu-Merhy Barroso

Especialista em Planejamento Educacional pela UFRJ e em Avaliação Educacional pela UNB/UNESCO; Bacharel em Administração Pública pela EBAP /FGV.Experiência Profissional de Direção e Assessoria em IES /RJ; Consultora de Projetos Educacionais; Avaliadora *ad hoc* da SESu/MEC ;Assessora da Pró-Reitoria de Planejamento e Desenvolvimento da Universidade Candido Mendes (UCAM).

Ivanildo Ramos Fernandes

Graduado em Direito e Licenciado em Ciências Sociais pela Universidade Candido Mendes; Licenciado em Língua hebraica pela A.R.Israelita-RJ; Formação técnica em Web Development – HTML XML, JAVA, pelo Cefet-RJ. É pesquisados da Pró-Reitoria de Planejamento e Desenvolvimento da UCAM, onde pesquisa a legislação da educação superior e acompanha a situação legal dos cursos da UCAM.