Caráter imperativo dos estatutos de universidades privadas: a questão da homologação de decisões pela Reitoria*
The imperative character of regulation on private universities: the question regarding approval of decisions made by the rectories

*André Sathler Guimarães***

RESUMO

Discute-se a aplicabilidade dos princípios do direito administrativo a instituições universitárias privadas. Apresenta-se para análise caso referente a processo de atribuição de aulas, realizado pela Reitoria da universidade em desacordo com o Estatuto da mesma. Argumenta-se pela prevalência do direito administrativo para aplicação ao caso, apesar de orientação em contrário por parte do Ministério da Educação.

* Recebido em novembro de 2010 e aprovado em fevereiro de 2011.
** Economista pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), mestre em informática pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas), mestre em comunicação pela Universidade Metodista de São Paulo (Umesp), doutor em filosofia pela Universidade Federal de São Carlos (Ufscar). Atualmente é professor do Programa de Pós-Graduação do Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados.

PALAVRAS-CHAVE

Direito administrativo — direito educacional — estatutos universitários

ABSTRACT

There is a discussion about the applicability of administrative right to private universities. There is a case analysis about an administrative process of classes definition, conducted by the President, in disagreement with the university's bylaws. The arguments shows that there must prevail the administrative right in the case, despite the Ministry of Education guidance in contrary.

KEY-WORDS

Administrative right — educational right — bylaws

1. Introdução

As universidades são instituições burocráticas por natureza, uma vez que suas ações vinculam-se a orientações normativas. O envolvimento institucional e o consentimento se realizam por meio de diversas regulamentações advindas do controle do Estado, como o Estatuto, o Regimento, as resoluções internas dos seus diversos órgãos colegiados. No tocante à gestão de uma instituição universitária, a ação coletiva deve pautar-se pelo instituído, compreendido como os meios materiais e as formas, de certo modo estáveis, de valores, normas e padrões culturais. Portanto, o gestor universitário necessita justificar o seu decidir com argumentos denotativos de sua pretensão de validade, para que alcance apoio nas condições de reconhecimento recíproco, articulada nas tradições culturais e estabilizadas em ordens legítimas.

Nas universidades, o controle e o consentimento se dão por meio dos estatutos, regimentos e deliberações internas, os quais são carregados de valores e expectativas em torno de uma ética normativa, segundo a qual o *dever ser* e o comportamento individual precisam ser enquadrados, para que tais organizações cumpram suas missões. Essa configuração organizacional é denominada, por Mintzberg,[1] burocracia profissional. Segundo esse autor,

[1] MINTZBERG, Henry. *Criando organizações eficazes*: estruturas em cinco configurações. São Paulo: Atlas, 1995.

a coordenação nesse tipo de organização se dá pelo *design* — a padronização que predetermina o que deve ser feito.[2] As contingências são tratadas pelos programas-padrão — ao que se referiu anteriormente como o instituído.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu a educação como um direito social (art. 6º) e como direito de todos e dever do Estado (art. 205). Já no seu art. 209 estipulou que: "O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I — cumprimento das normas gerais da educação nacional; II — autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público". Esse preceito constitucional inseriu um caráter próprio às instituições educacionais privadas, que faz com que sejam concomitantemente reguladas pelo direito público e pelo direito privado, conforme bem ressaltou o Conselho Nacional de Educação (CNE) ao debruçar-se sobre o tema "análise de Estatutos de Universidades e de Regimentos de IES não universitárias":

> as instituições de ensino superior brasileiras têm sido historicamente organizadas de um modo peculiar, que adota em porção substancial as normas de regência correntes para os entes coletivos, sejam eles de natureza pública ou privada (nesse último caso também para os entes individuais). Essa idiossincrasia reside no caráter bipartido que as identifica, e que é mais notável nos estabelecimentos particulares, não obstante estar presente nas públicas (Parecer CNE/CES 282/2002).

O caráter bipartido identificado pelo CNE refere-se justamente ao fato de que a Instituição de Ensino Superior (IES), quando privada, terá uma mantenedora, que se organizará da forma que julgar mais conveniente (nos termos da legislação vigente) e atenderá aos princípios normais de empreendimentos privados. O exercício da atividade acadêmica, propriamente dito, será feito por uma "mantida", sem pessoa jurídica específica, porém normatizada por estatutos e regimentos que devem estar em consonância com o arcabouço legal vigente referente às questões educacionais.

O presente artigo parte desse referencial para apresentar estudo de caso sobre o instituto de homologação de decisões por parte da Reitoria, no âmbito de uma universidade privada, ressaltando-se o caráter imperativo dos estatutos para as mesmas. A situação factual consiste basicamente no que segue: em uma universidade privada, uma de suas unidades (faculdade) procedeu à

[2] Ibid., p. 214.

atribuição de aulas a docentes. No caso, trata-se de competência estatutariamente definida como sendo da faculdade. Também previa o Estatuto a necessidade de homologação da atribuição de aulas pela Reitoria, que se negou a fazê-lo, alegando motivos econômico-financeiros.

A escolha do estudo de caso como proposta metodológica deve-se à existência de pouca literatura específica sobre o assunto. Para Yin,[3] o estudo de caso ganha relevância como método quando são raras as ocorrências (casos) passíveis de estudo ou mesmo quando a variabilidade do fenômeno é baixa. O estudo aprofundado do fenômeno alimenta reflexões passíveis de generalizações analíticas, ainda conforme Yin. Portanto, a discussão de conflito de competências em um processo decisório interno a uma instituição universitária possibilita a extrapolação para o âmbito mais geral do caráter e eficácia dos estatutos, e, em outro nível, aos princípios do direito administrativo.

2. Da judicialização das relações internas à universidade

São relevantes como pano de fundo teórico para a discussão proposta dois aspectos conceituais. O primeiro relaciona-se ao conceito de autonomia, de forma geral, e da autonomia universitária, de modo particular. Entendida no âmbito do direito como "poder de autonormação exercitável nos limites impostos pelo ordenamento superior que lhe deu origem",[4] a autonomia é, portanto, poder funcional derivado, que será circunscrito ao interesse de seu portador e delimitado pelo quadro institucional geral no qual se insere. Distingue-se, assim, autonomia de soberania. O tema da autonomia surge na obra de Weber:

> o conceito de autonomia, para não carecer de toda precisão, está ligado à existência de um círculo de pessoas, delimitável de alguma maneira mediante determinadas características, mesmo variáveis, e que, em virtude de um consenso ou estatuto, está sujeito a um direito especial que, em princípio, ele mesmo pode modificar.[5]

---

[3] YIN, Robert K. *Estudo de caso*: planejamento e métodos. Porto Alegre: Bookman, 2001.
[4] RANIERI, Nina. *Autonomia universitária*: as universidades públicas e a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994.
[5] WEBER, Max. *Economia e sociedade*: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2009. p. 40.

Weber[6] concede especial atenção ao papel que o direito de corporações e associações específicas, particularmente o da Igreja Católica, tiveram no desenvolvimento do direito. Este, quando desenvolvido e vigente para a sociedade como um todo, volta a relacionar-se com aqueles "direitos particulares", os quais agora devem subordinar-se. Conforme Ranieri,[7] a autonomia designa "a possibilidade de direção própria consentida por ordenamento superior e manifestada por meio de normas exclusivas. Encerra poder político, de natureza pública". Naquilo que não houver confronto explícito com o ordenamento geral no qual se insere o ente autônomo, prevalecerão as normas por ele concebidas.

A legitimidade de sua vigência perante o ambiente externo, desde que compatível com o ordenamento superior, tem como contrapartida a sua estrita observância no ambiente interno. O ente autônomo, dotado da faculdade de produzir normas que ele mesmo pode modificar, tem o dever de observar essas normas no seu funcionamento. É a dupla face da autonomia: certo grau de independência perante o externo, mas vinculação obrigatória para o interno. Ninguém é obrigado a associar-se, porém, uma vez associado, fica subordinado às normas produzidas pela associação autônoma.

O outro aspecto conceitual é a configuração das universidades do ponto de vista da gestão. Recorre-se, no presente artigo, a uma tipologia proposta por Mintzberg,[8] enquadrando-se as universidades no que aquele autor qualifica como burocracias profissionais. Nas burocracias profissionais o mecanismo de coordenação primordial é a padronização das habilidades, que, no caso das universidades, deriva-se de afinidades no processo de formação dos docentes, que se tratam como pares. Tendo em vista a natureza da atividade de docência — complexa na execução e vaga nos resultados, sobretudo a docência de nível superior —, tornam-se estéreis, por vezes impraticáveis, as tentativas de controle dos profissionais, a não ser aquelas empreendidas pelos próprios. O núcleo operacional, portanto, aparece como a parte-chave da organização.

Apoiado em suas competências distintivas e nessa fragilidade da administração superior em controlar o seu trabalho, o corpo docente, em universidades, encontra ainda outra forma de defesa e promoção de seus interesses: as normas internas. Obrigatoriamente participantes dos órgãos colegiados

[6] Ibid.
[7] RANIERI, op. cit., p. 26.
[8] MINTZBERG, op. cit.

superiores, os quais têm participação direta no estabelecimento de estatutos e regimentos, os docentes exercem influência na definição das normas internas pelas quais sua atividade será pautada. Processo normalmente negligenciado em circunstâncias tranquilas, torna-se crítico no momento de instalação de conflitos. Nesses, acionam-se instâncias externas na busca da validação e efetividade das normas internas. Tal é o caso, por exemplo, em polêmicas a respeito de eleições. O Mandado de Segurança nº 2.219, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, foi impetrado por um dos candidatos derrotados no processo eleitoral para a Direção da Faculdade de Medicina do Recife. A argumentação fulcral do impetrante era que o Estatuto da universidade disciplinava a votação uninominal, tendo sido processada a mesma mediante lista tríplice. Foi denegada a segurança, argumentando o relator:

> o modo prático de compreender o preceito e de executá-lo, quer em voto único com multiplicidade de nomes, quer em voto especial para cada nome — o resultado será sempre o mesmo. Não pode variar o cômputo das notas, resultando sempre, na operação final, a vontade expressa de todos os membros da Congregação.

Observa-se que um dos fundamentos do voto foi o respeito à vontade coletiva, uma vez que a norma interna, embora estabelecesse o voto uninominal, não detalhou a forma de sua aplicação. O mandado de segurança fora inicialmente impetrado contra a Reitoria, tendo sido posteriormente remetido ao Supremo Tribunal Federal, uma vez que foi processada a nomeação do dirigente eleito pela Presidência da República.

Situações conflituosas entre Reitoria e corpo docente chegam a ensejar queixas-crimes, como a proposta pela Universidade Santo Amaro perante dois docentes que enviaram e-mails criticando a postura do reitor em um processo de reestruturação interna (Tribunal de Justiça de São Paulo, Acórdão 2011.0000003839). Sem entrar estritamente na seara das reclamações trabalhistas, outro ponto de conflito são as decisões referentes a mudanças no regime de trabalho do corpo docente. Na Universidade Estadual de Campinas, docente ingressou com reclamação com relação à mudança de seu regime de trabalho, de tempo integral para tempo parcial. Extrai-se do voto do relator:

> Não se nega que as universidades estaduais têm o direito, em face da autonomia administrativa e de gestão financeira e patrimonial que lhes

> é assegurada pelo artigo 207 da Constituição da República, de editar normas próprias para os seus servidores, tendo as resoluções pelas quais o façam força de lei.
> Não podem, porém, restringir direito assegurado aos seus servidores por princípios e garantias constitucionais e, até mesmo, por seus regimentos. A autonomia das universidades não as coloca acima da Constituição da República que lhes assegurou essa autonomia (Tribunal de Justiça de São Paulo, Acórdão 2010.03333571).

O presente estudo de caso insere-se nesse campo, no qual avança a judicialização das relações entre docentes e administradores superiores de instituições universitárias, marcado pelas ambiguidades e tensões inerentes à dupla face da autonomia, conforme argumentando.

3. Do caráter imperativo dos estatutos para universidades privadas

Ao pretender não homologar a atribuição de aulas feita pela Faculdade, em desacordo com o Estatuto da universidade, o reitor logrou criar uma situação insólita de anomia: um órgão executivo superior da universidade (Reitoria) afirmando que uma norma da universidade (Estatuto) não têm validade. Pontifica Habermas: "o direito não consegue o seu sentido normativo pleno *per se* através de sua *forma* [positivismo], ou através de um *conteúdo* moral dado *a priori* [jusnaturalismo], mas através de um *procedimento* que instaura o direito, gerando legitimidade".[9]

Ou seja, o direito moderno retirou dos sujeitos concretos o fardo da validade jurídica, deslocando-o para os procedimentos formais de instauração do direito, por meio dos quais os pressupostos universais são institucionalizados. Desrespeitada a norma e desprezado seu processo de produção, a universidade ficou em risco de cair em estado de anomia, podendo qualquer um perquirir a legitimidade das normas institucionais. Ainda sobre o tema, vale ressaltar passagem do ilustre filósofo Norberto Bobbio:

---

[9] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2003. p. 211.

> o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias e fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos.[10]

As regras (ou procedimentos) garantem uma definição mínima de democracia, pois estabelecem o *como* do processo democrático, isto é, o caminho a ser percorrido para chegar-se à decisão política. Ou seja, a não observância de norma válida, eficaz e construída coletivamente é antidemocrática por natureza.

Em termos weberianos, a obediência ao estatuído é uma forma de dominação legítima e de caráter racional, pois "no caso da dominação baseada em estatutos, obedece-se à ordem impessoal, objetiva e legalmente estatuída e aos superiores por ela determinados, em virtude da legalidade formal de suas disposições e dentro do âmbito de vigência destas".[11] Tem a obediência ao estatuído correlação estreita com o princípio de obediência às leis — uma dada comunidade reúne-se, estabelece uma Constituição (que determina a forma de produção das leis) e então todos se sujeitam à obediência às leis. Recolhe sua força da perspectiva de que todo direito, pactuado ou imposto, pode ser estatuído de modo racional e ter a pretensão de ser respeitado, pelo menos pelos membros da associação. Isso não exclui, ainda segundo a perspectiva weberiana, a abrangência do estatuído sobre não membros, mas que estejam ou entrem na esfera de influência da associação, agindo ou entrando em determinadas relações sociais no âmbito da associação.

Weber[12] parte dessas noções para definir o seu conceito de autoridade institucional, ou seja, aquela que se organiza em torno de um exercício contínuo de funções vinculadas a determinadas regras e no âmbito de determinadas competências — âmbito objetivamente limitado; atribuição dos poderes de mando eventualmente requeridos; limitação fixa dos meios coercivos eventualmente admissíveis e das condições de sua aplicação. Importante ressaltar que, no caso da dominação legal, a vinculação a regras é vinculação a regras discursivamente analisáveis, o que pressupõe o caráter racional desse tipo de dominação. A Reitoria, em uma universidade, é uma autoridade institucional, o que não significa, entretanto, que possa atuar como autoridade ditatorial.

---

[10] BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2009. p. 84.
[11] WEBER, op. cit., p. 141.
[12] Ibid.

Ressalte-se que a gestão democrática é requisito para a autonomia didático-científica das universidades, conforme disposto no art. 53, parágrafo único, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) — Lei nº 9.394/1996, princípio traduzido pela necessidade de submissão das questões de gestão acadêmica à comunidade. Conforme ressalvado pelo Parecer CNE/CES nº 282/2002, esse princípio aplica-se tanto a instituições públicas quanto a privadas: "note-se que o caput do artigo mencionado não distingue entre instituições públicas ou privadas, de modo que o dispositivo é aplicável a todas as instituições universitárias".

A LDB dispõe em seu art. 7º: "o ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I — cumprimento das normas gerais da educação nacional e do respectivo sistema de ensino". O Decreto nº 5.773/2006 é considerado, na atualidade, o marco regulatório do ensino superior nacional. Este repete, em seu art. 9º, o dispositivo da LDB: "a educação superior é livre à iniciativa privada, observadas as normas gerais da educação nacional e mediante autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público". Sobre o ato autorizativo de uma IES, dispõe o § 10 do art. 10 do Decreto nº 5.773/2006: "os pedidos de ato autorizativo serão decididos tendo por base o relatório de avaliação e o conjunto de elementos de instrução apresentados pelas entidades interessadas no processo ou solicitados pela Secretaria em sua atividade instrutória". O Estatuto da universidade é peça indispensável ao pedido de credenciamento (art. 15, inciso II, alínea 'c' do Decreto nº 5.773/2006) e de recredenciamento (art. 21, inciso II, do Decreto nº 5.773/2006).

Da combinação desses elementos legais resulta que o Estatuto da universidade é norma a ser rigorosamente cumprida e o cumprimento ao Estatuto é parte integrante do ato autorizativo da instituição, sob a égide do qual os estabelecimentos privados exercem seu direito à livre iniciativa no setor educacional. Preocupou-se tanto o legislador com o assunto que facultou: "os alunos, professores e o pessoal técnico-administrativo, por meio dos respectivos órgãos representativos, poderão representar aos órgãos de supervisão, de modo circunstanciado, quando verificarem irregularidades no funcionamento de instituição ou curso superior" (art. 46 do Decreto nº 5.773/2006). Inclusive, dispõe a norma que eventual processo administrativo pode ser instaurado *ex officio*: "o processo administrativo poderá ser instaurado de ofício, quando a Secretaria competente tiver ciência de irregularidade que lhe caiba sanar e punir" (art. 46, § 3º, do Decreto nº 5.773/2006).

Ensina o constitucionalista León Duguit[13] que a parêmia *patere legem quam fecisti* (suporta a lei que fizeste) é um princípio do direito, segundo o qual não cabe decisão individual que não se contenha nos limites fixados por uma disposição material. Ao normatizar o assunto atribuição de aulas, a universidade considerou importante colocá-lo no seu Estatuto e somente o fato de ter havido esta decisão é sintomático quanto à importância dada ao tópico. Pretenderam os elaboradores do Estatuto da universidade, no caso em tela os membros de seu órgão colegiado superior — o Conselho Universitário —, colocar as decisões sobre o mesmo fora da alçada de outros órgãos institucionais, como os conselhos de faculdades ou a Reitoria. Existindo uma norma vigente, elaborada segundo os trâmites institucionais normais, cabe aos diversos atores da universidade restringir-se a cumpri-la. Imaginando o caso sendo apreciado por uma instância judicial externa, poderíamos vislumbrar, nos pensamentos do eventual magistrado a quem couber essa hipotética deliberação, o seguinte: *a universidade não foi obrigada a fazer essa norma. Mas, uma vez que a fez e a mantém em vigor, o comportamento das pessoas que trabalham na universidade é vinculado a esta norma*. Aliás, essa foi a interpretação dada pelas instâncias judiciais quando confrontadas com ações nas quais foi arguido o desrespeito a normativas internas.[14] Usualmente, o direito moderno trata expressamente como vigentes também as normas de outras associações ao examinar decisões concretas dessas, fato destacado por Weber:

> assim, por exemplo, o direito americano protege, de diversas maneiras, o *label* dos sindicatos, regula as condições sob as quais a candidatura de um membro de partido às eleições é considerada válida; assim o juiz inglês interfere, quando chamado, na jurisdição dos clubes, o juiz alemão até examina, em processos por injúria, a conformidade com as convenções de uma recusa de duelo, apesar de este ser proibido por lei etc.[15]

---

[13] DUGUIT, León. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 57.

[14] A universidade em questão vivenciou momento de conturbação institucional, causado por outras atitudes autoritárias da Reitoria, as quais resultaram em diversas ações coletivas — cíveis e trabalhistas. Destaca-se uma ação relativa ao provimento de cargos de direção de faculdade. Estatutariamente, na universidade em questão, os diretores de faculdades são escolhidos pelos órgãos colegiados das faculdades. Pretendeu a Reitoria colocar nos cargos pessoas indicadas a seu bel talante. Questionada judicialmente, a Reitoria foi obrigada a voltar atrás e a nomear os escolhidos pelos colegiados das faculdades, em respeito aos Estatutos.

[15] WEBER, op. cit., p. 213.

O Estatuto é norma hierarquicamente superior, devendo ser aprovado pelo CNE e homologado pelo ministro de Estado da Educação. Tão somente essa diferenciação quanto ao rito de aprovação para vigência coloca o Estatuto de uma universidade em patamar diferenciado. Vale ressaltar passagem do Parecer CNE/CES nº 282/2002 sobre a natureza dos estatutos para as instituições universitárias:

> No que tange às mantidas do setor privado, faz-se presente uma outra peculiaridade decorrente da própria regra educacional. Quando se tratarem de estabelecimentos de natureza universitária (universidades ou centros universitários — Dec. nº 3.860/2001, art. 7º, I e II), deverão ter sua organização definida em um estatuto. Esta palavra é utilizada na legislação educacional (Lei nº 4.024/61, com a redação dada pela Lei nº 9.131, de 25 de novembro de 1995, art. 9º, § 2º, f) com uma acepção diversa daquela em que é empregada na legislação ordinária, para designar o ato constitutivo de uma pessoa jurídica. Aqui é empregada com o objetivo de descrever o conjunto de normas internas que descreve o ente universitário, seus objetivos, seu âmbito territorial de atuação, sua estrutura organizacional, e seu modo de relacionamento com o ente mantenedor (Parecer CNE/CES nº 282/2002).

Fica claro que o Estatuto é o gérmen principal do ordenamento normativo de uma universidade, devendo ser considerado como fonte primária em sua consideração formal, bem como fonte material ou de conteúdo, assinalando tanto o *ubi jus* quanto o *unde jus*, ou seja, de onde o direito se localiza e de onde o direito procede. Discutido e aprovado colegiadamente, pelo órgão superior da universidade, com previsão de votação qualificada, homologação pelo Conselho Diretor da mantenedora, aprovação pelo Conselho Nacional de Educação e homologação pelo ministro de Estado da Educação, o Estatuto da universidade é a mais prestigiosa doutrina *interna corporis*, expressando o consenso sobre os valores básicos institucionais, devendo ser seus princípios o critério mediante o qual se mensuram todos os conteúdos normativos da Instituição.

4. Da argumentação da Reitoria

A Reitoria, ao argumentar pelo seu direito de não homologação da atribuição de aulas, encaminhou documento à Associação de Docentes alegando que

> tendo em vista o alegado descumprimento das normas internas estatutárias, temos que a invocada disposição do art. 55, IV, do Estatuto da [...], não é norma ensejadora de direitos absolutos, subsumindo-se, por critérios de hermenêutica jurídica, às limitações legais contratuais dos professores e ao controle de gestão da Reitoria.[16]

Esqueceu-se a Reitoria de que no contrato de trabalho, firmado entre a mantenedora e os docentes, há uma cláusula específica e explícita que determina ao docente contratado a obediência aos dispositivos estatutários e regimentais da universidade, inclusive definindo que "não podendo escusar o cumprimento, sob a alegação de desconhecê-los". Portanto, o Estatuto da universidade se constitui também *parte integrante* da relação contratual de trabalho com os docentes, devendo obrigatoriamente ser respeitado tanto pelos contratados quanto pelo contratante. Subsumi-lo às *limitações legais contratuais dos professores* ou ao *controle de gestão da Reitoria* é inaceitável, considerando-se, sobretudo, tratar-se de assunto diretamente relacionado ao ensino.

Também afirmou a Reitoria que "de forma alguma fica o Reitor adstrito a decisões dos Conselhos de Faculdade, ainda mais quando estas decisões violam a legislação trabalhista e conceitos de gestão acadêmica e econômico-administrativos". Com relação ao pleito de que a decisão violaria a legislação trabalhista, o mesmo foi questionado em recurso administrativo ao Conselho Universitário. Como a Reitoria terminou homologando a atribuição de aulas feita pela faculdade, com o intuito de impedir a apreciação do recurso, por perda de objeto, restou evidenciado que a alegação era infundada. Do contrário, a homologação pela Reitoria seria uma confissão de culpa.

Com relação ao argumento de que teriam sido feridos os *conceitos de gestão acadêmica e econômico-administrativos*, a faculdade tratou do assunto no pleno exercício de suas competências de gestão acadêmica. Diante da argumentação da Reitoria pelo fator econômico-financeiro, ressalte-se que, em um universo de mais de 800 horas-aula atribuídas pela faculdade (sem considerar horas atribuídas para orientação de estágios e monografias), questionava a Reitoria a atribuição específica de 64 horas-aula. Trata-se de percentual ínfimo, seja em termos quantitativos brutos (menos de 10% do total de horas-aula atribuídas), seja em termos financeiros. Demonstrou a

[16] Tendo em vista o autor do artigo ter escolhido tratar a instituição de forma desidentificada, uma vez que se busca a generalidade dos elementos do caso e não suas peculiaridades, omitir-se-ão as referências que possibilitariam a identificação institucional.

faculdade, em processo específico, que a diferença causada pela atribuição de aulas (caso fossem atribuídas conforme pretendia a Reitoria *versus* a atribuição feita pela faculdade) implicaria um valor mensal inferior a R$10 mil, em uma faculdade com um total semestral de despesas com pessoal e encargos superior a R$3 milhões.

As aulas postas em controvérsia pela Reitoria representavam um valor monetário absolutamente insignificante, cerca de 0,5% do valor total despendido pela faculdade a título de despesas com pessoal e encargos. Diante dessa constatação, invocar, como fez a Reitoria, no documento encaminhado à Associação de Docentes, o princípio de que "as decisões relacionadas ao pessoal docente só podem ser implementadas *desde que seja preservado o equilíbrio orçamentário da Instituição*" (grifo e negrito do original) é completamente despropositado e desproporcionado. Antes, trazer esse princípio à baila apenas confirma a decisão da faculdade, pois, ao atribuir as aulas, tinha em mente o fato de que essa atribuição não afetaria, de modo algum, o equilíbrio orçamentário da faculdade e, consequentemente, da universidade, conforme cabalmente demonstrado pelos dados financeiros apresentados. Cabe aqui o conhecido brocardo *aquila non capit muscas* (a águia não caça moscas), o qual recorda o despropósito de se criar grandes problemas em torno de minudências. Írrito afirmar, destarte, que a faculdade não levou em consideração os *conceitos de gestão acadêmica e econômico-administrativos* em sua decisão.

Com relação ao conflito da norma estatutária com o alegado equilíbrio econômico-financeiro da instituição, defende-se que o mesmo deve ser resolvido em favor da norma estatutária. Pontifica o mestre constitucionalista Paulo Bonavides, em sua obra *Curso de direito constitucional*, que "o conflito de regras se resolve na dimensão da 'validade', a colisão de princípios na dimensão do 'valor'".[17] Ainda segundo o professor Bonavides,

> as regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regímen, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.[18]

---

[17] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 520.
[18] Ibid., p. 521.

Considerado o assunto pelo prisma da colisão de princípios, é importante lembrar que esse tipo de conflito deve encontrar sua solução no plano axiológico, ou seja, dos valores que se intenta preservar — no caso, o *instituído.*

Ironicamente, o instituído na universidade em questão, a partir de seus documentos fundamentais, expressa compromisso inexorável com a gestão democrática. Consta em seus Estatutos: "A [...] observa os seguintes princípios: [...] VIII. o compromisso com a democracia, a justiça, a defesa dos direitos humanos e a conscientização dos deveres do indivíduo como cidadão". Uma de suas diretrizes programáticas versa que sua prática deverá se caracterizar por um contínuo aperfeiçoamento no sentido de democratizar cada vez mais as decisões.

5. A questão da homologação

Quanto à competência da Reitoria para homologar a atribuição de aulas, há que se refletir sobre a natureza dos atos administrativos. Existem os atos administrativos ditos discricionários, os quais são praticados pela administração com certa margem para decisão, uma vez que a norma regulou a matéria deixando campo para um certo subjetivismo. Há também os atos administrativos chamados vinculados, quando a administração os pratica sem ter margem de liberdade, porque a norma tipifica previamente o comportamento possível diante da hipótese prefigurada. Mesmo quando se pensa nos atos discricionários, ensina o grande jurista Celso Antônio Bandeira de Mello que

> não há ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, conforme afirma a doutrina prevalente, será sempre vinculado com relação ao fim e à competência, pelo menos.[19]

Prossegue Mello a explicar que "nunca o administrador desfruta de liberdade total. O que há é exercício de juízo discricionário quanto à ocorrência ou não de certas situações que justificam ou não certos comportamentos e opções discricionárias quanto ao comportamento mais indicado".[20]

---

[19] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 422.
[20] Ibid., p. 424.

Uma *licença*, por exemplo, é um ato vinculado, pois, uma vez demonstrado pelo interessado o preenchimento dos requisitos legais exigidos, a administração é obrigada à concedê-la. Já a homologação, conforme prescreve o insigne jurista, é "plenamente vinculada",[21] uma vez verificada a consonância do ato com os requisitos normativos condicionadores de sua válida emissão.

No caso em questão, a faculdade cumpriu todos os requisitos normativos condicionadores do processo de atribuição de aulas, nos termos dos estatutos vigentes na universidade. Outrossim, a homologação pela Reitoria é vinculada e não discricionária. Sobre esse fato, a Reitoria afirmou, em ofício à Associação de Docentes, que "a Universidade [...] é organização **de direito privado**, dessa forma, não faz parte da administração pública direta ou indireta e não pratica atos administrativos na relação com seus empregados" (grifo no original).

Aqui reside a questão fulcral do presente artigo. Argumentou a Reitoria a condição de organização de direito privado para eximir-se da do caráter vinculativo do ato administrativo de homologação. Ao fazê-lo, trouxe a campo prerrogativa da mantenedora (pessoa jurídica de direito privado), esquecendo-se do papel da mantida (universidade). Dispõe o constitucionalista Nagib Salibi Filho:

> Jean Rivero nos diz sobre o clássico problema da distinção entre o estabelecimento público (criado e gerido pelo Estado) com o estabelecimento privado (criado e gerido pelo particular, até mesmo autorizado pelo Estado, mas com autonomia perante o Poder Público). Só o Estado liberal poderia admitir traços nítidos entre um e outro e, em um modelo estatal intervencionista, os limites entre o estabelecimento público e o estabelecimento privado, este, muitas vezes também a realizar a satisfação de interesse coletivo, deixa de ser nítido para mergulhar em uma zona cinzenta que, evidentemente, irá influenciar as decisões jurídicas.[22]

Prossegue esse constitucionalista afirmando que: "o interesse público, cuja tutela foi deferida a entidades, órgãos e fundações dotados constitucionalmente de autonomia, é o mesmo que se volta a toda a coletividade e que não pode ser suplantado pelos interesses corporativos ou parciais".[23] Interes-

[21] Ibid., p. 431.
[22] SALIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. São Paulo: Forense, 2010. p. 89.
[23] Ibid., p. 91.

sante observar que Filho entende que até mesmo o professor, ao proferir sua aula em sala, exerce ato administrativo.[24] De fato, a verificação de frequência do discente, realizada pelo docente, vem sendo reiteradamente interpretada pela jurisprudência como ato administrativo com presunção *juris tantum* de validade, razão pela qual não cabe recurso quanto às questões de frequência por parte do alunado.

Além desses argumentos, vale lembrar que um dos remédios constitucionais é o mandado de segurança, previsto no art. 5º, inciso LXIX da Constituição Federal: "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público".

É pacífica nos Tribunais a aceitação de mandado de segurança contra reitores e diretores de escolas, por entenderem os magistrados que esses são autoridades no exercício de atribuições do poder público. Nisso, sujeitam-se, sim, aos princípios do direito administrativo. Postula a administrativista Maria Sylvia Zanella di Pietro que, no caso de mandado de segurança, "legitimado passivo é a pessoa jurídica de direito público ou a de direito privado que esteja no exercício de atribuições do Poder Público".[25] Defende ainda essa ilustre administrativista que "os estabelecimentos particulares de ensino, embora exerçam funções apenas autorizadas e não delegadas pelo Poder Público (acórdãos in RT 496/77, 497/69, 498/84, 502/55)",[26] são legitimados passivos.

Por vezes, encontra-se o argumento de que o mandado de segurança não seria cabível no caso das instituições educacionais privadas por exercerem estas atividades autorizadas pelo Estado e não delegadas, conforme explicitado pela própria Di Pietro, não obstante sua defesa do cabimento do mandado de segurança. Os defensores dessa visão fixam-se no art. 209 da Constituição Federal, particularmente no termo *autorização*. Porém esquecem o art. 205, que expressa a educação como dever do Estado. A *autorização* do art. 209 é para o exercício da *delegação* do art. 205.

Nos tribunais, tem-se tratado a atividade como delegada, considerando-se que as instituições educacionais privadas atuam de fato como agentes delegados do dever de Estado de prestar educação formal (Constituição Fe-

[24] Entendidos os atos administrativos como *atos materiais praticados pelo poder público através de seus agentes*.
[25] PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 421.
[26] Ibid., p. 422.

deral, art. 205), imbuindo-se de responsabilidade de cunho administrativo, "ínsita à competência delegada de execução de tarefa estatal" (Parecer CNE/CEs nº 282/2002). Os tribunais, inclusive, adotam como prática regular o tratamento diferenciado aos processos, vinculado à natureza da questão. O Provimento nº 63/2004, da Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, determinou a distribuição interna de competências, atribuindo às Câmaras de Direito Público as ações relativas a ensino em geral, e às Câmaras de Direito Privado as concernentes a obrigações irradiadas de contrato de prestação de serviços escolares. Límpida e clara decisão, uma vez que em estrita consonância com o estabelecido pela Constituição Federal, respeitando a ambiguidade existente entre a natureza privada da mantenedora[27] e a natureza pública da mantida.

Estando a universidade sob a égide do direito administrativo, no que tange a seu *munus público*, resta-lhe atender aos princípios e diretrizes do direito administrativo e corretamente tutelar o interesse público que lhe foi confiado. Para Vieira,

> O *regime jurídico da educação*, e ainda o Direito Educacional, integram-se no Direito Público e, consequentemente, no Direito Administrativo, pois a educação se põe como *direito público subjetivo*. Em se tratando de esfera de investigação e de disciplina normativa, o Direito Educacional se distingue pela natureza pública da educação e pelo predomínio do interesse público sobre o interesse particular, abrangendo não somente as instituições públicas e privadas de ensino, como também os indivíduos vinculados a ele. No Direito Educacional, a Constituição Federal de 1988 e, em seguida, a Lei nº 9.394/96 (LDB) mudam essencialmente no campo educacional o regime privado, sujeitando este regime aos princípios constitucionais que guiam a educação brasileira.[28]

Equivocou-se a Reitoria ao reivindicar para si as prerrogativas da mantenedora, ente regido pelas normas próprias do direito privado, no trato das questões da mantida, ente regido pelo direito administrativo. A interpretação

---

[27] Ressalte-se que o contrato de prestação de serviços educacionais é firmado pelo aluno com a mantenedora.

[28] VIEIRA, Evaldo. A política e as bases do direito educacional. *Caderno Cedes*, Campinas, v. 21, n. 55, nov. 2001. Disponível em: <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-32622001000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 jul. 2010.

errônea origina-se da *idiossincrasia do caráter bipartido das instituições de ensino superior brasileiras*, conforme argumentado no Parecer CNE/CES nº 282/2002. Nesse mesmo parecer, encontramos outra distinção fundamental, ignorada pela Reitoria:

> Assim, convivem, de um lado a pessoa mantenedora, com sua capacidade para contrair direitos e obrigações, e com sua responsabilidade civil, administrativa e penal, pelos atos que praticar na órbita econômica; de outro lado, fica o ente mantido, despersonalizado, embora titular de direitos e obrigações no campo educacional, e impregnado de responsabilidade administrativa nessa matéria (Parecer CES/CNE nº 282/2002).

A *pregnância de responsabilidade administrativa*, corretamente levantada pelo CNE, coloca a universidade (mantida) sob a égide do direito público, no que concerne a suas práticas educacionais. Descabida a pretensão da Reitoria de escusar-se ao caráter vinculativo da homologação com base no caráter privado da mantenedora. Talvez o que pretendesse a Reitoria, ao se esquivar do direito administrativo, fosse afugentar seus princípios: os constitucionais — legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37 da Constituição Federal) — e os legais — legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (Lei nº 9.784/1999). Ainda que esses princípios do direito administrativo não tivessem força coercitiva para a universidade, aceita a tese da Reitoria de que se trata de uma instituição exclusivamente de direito privado, esses princípios deveriam ser observados, no âmbito de uma instituição que se apresenta compromissada com a gestão democrática, colegiada e participativa.

Não obstante, confrontado com a situação concreta, manifestou-se o MEC, por meio da Secretaria de Educação Superior, da seguinte forma:

> Os atos de gestão do dirigente de IES privada devem ser atacados pela via comum, com base nos princípios do Direito Privado, uma vez que a relação estabelecida entre a instituição e o aluno é tipicamente de consumo, firmada por meio de um contrato particular de prestação de serviços entre as partes. Já os atos atinentes ao exercício da função federal delegada, qual seja, a prestação do serviço público de educação, podem ser objeto de análise segundo os fundamentos de Direito Administrativo.

Optou o Ministério, claramente, por uma resposta padrão, de caráter tautológico, por reiterar os argumentos até aqui defendidos, porém sem vislumbrar a possibilidade de sua aplicação ao caso concreto. Outro trecho da resposta evidencia o paradoxo do entendimento do Ministério:

> [o dirigente de IES privada] é autoridade de pessoa jurídica de direito privado no exercício de atribuições do Poder Público. Ele deve cumprir o que determinam o Estatuto e o Regimento Interno de sua instituição, documentos esses que passam pelo crivo do Ministério da Educação quando do credenciamento da instituição, a fim de que seja avaliada sua compatibilidade com os critérios preconizados pela legislação federal.

O que estava em discussão, no caso concreto, era um ato de gestão, contudo não relacionado de qualquer forma à relação de consumo (instituição — alunos) e parcialmente conectado à relação trabalhista (instituição — professor), uma vez que se tratava de atribuição de aulas. A liberdade da instituição para contratar e gerir a contratação do docente, entretanto, foi restrita, pela própria instituição, no momento em que a mesma decidiu regular o assunto em seu Estatuto. Trata-se, portanto, de ato de gestão passível de análise pelo direito administrativo.

6. Considerações finais

Houve recurso ao Conselho Universitário da decisão da Reitoria de não homologar as aulas atribuídas pela faculdade. Na sessão prevista para sua análise, a Reitoria anunciou a decisão de homologar as aulas e retirou o recurso de pauta, sob alegação de perda de objeto.

O direito educacional é um ramo novo, carente ainda da construção de seus referenciais teóricos e da solidificação de sua jurisprudência. Além disso, tem diante de si o desafio de coadunar o direito público e o direito privado, esquivando-se da pretensa dicotomia entre ambos.

No chamado estado social, essa distinção fica ainda mais tênue. Assumida a educação como um dever do Estado, porém, dada a insuficiência estatal para provê-la plenamente, autorizando-a à iniciativa privada, cria-se uma estrutura institucional ambígua, marcada pela indiscernibilidade das fronteiras na relação entre Estado, sociedade e mercado.

Casos concretos, como o apresentado no artigo, podem contribuir para clarificar esses contornos e construir o arcabouço teórico do direito educacional.

Referências

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional* — Lei nº 9.394/1996.

BRASIL. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Educação Superior. *Parecer nº 282/2002*.

BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1998.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto nº 5.773/2006*.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MINTZBERG, Henry. *Criando organizações eficazes*: estruturas em cinco configurações. São Paulo: Atlas, 1995.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

RANIERI, Nina. *Autonomia universitária*: as universidades públicas e a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1994.

SALIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. São Paulo: Forense, 2010.

VIEIRA, Evaldo. A política e as bases do direito educacional. *Caderno Cedes*, Campinas, v. 21, n. 55, nov. 2001. Disponível em: <www.scielo.br/scielo.

php?script=sci_arttext&pid=S0101-32622001000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 jul. 2010.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2009.

YIN, Robert K. *Estudo de caso*: planejamento e métodos. Porto Alegre: Bookman, 2001.