I. INTRODUÇÃO

O Parecer nº 4 e a Resolução nº 1, ambos originários da Comissão Nacional de Avaliação da Educação Superior – CONAES e datados de 17 de julho de 2010, tratam do Núcleo Docente Estruturante – NDE, instituído por este último como novo requisito aos cursos de nível superior, considerando-o "*um grupo de docentes , com atribuições acadêmicas de acompanhamento, atuante no processo de concepção, consolidação e contínua atualização do projeto pedagógico do curso* " (art. Res. 01/CONAES/2010).

Algumas circunstâncias que envolvem tais atos da CONAES tornam o assunto controvertido, seja do ponto de vista meramente acadêmico-educacional, seja do ponto de vista jurídico, sendo certo que a comissão pecou na edição de citada Resolução e respectivo Parecer, como se passa a tratar.

II. EQUÍVOCOS SUBSTANCIAIS

Como acertadamente referido pela Profª. Roberta Muriel em seus comentários sobre a Resolução e Parecer da CONAES que instituíram o NDE, a comissão incorreu em grosseiro equívoco ao exarar parecer sobre matéria que sequer havia sido instituída como componente do ordenamento jurídico-educacional brasileiro, uma vez que a resolução (embora com mesma data do parecer), foi publicada apenas em 27.07.2010. Não é de boa técnica apresentar parecer sobre assunto ainda não estabelecido normativamente, as razões são várias, mas principalmente pela possibilidade de incompatibilidades com o futuro texto normativo, pecado efetivamente consumado, podendo-se encontrar incongruências entre as opiniões sustentadas no parecer e a posição sustentada na resolução, servindo o parecer para gerar dúvidas e divergências, antes de esclarecê-las.

O parecer confunde a realidade constatada nos cursos com a formalidade que passa a ser exigida dos mesmos, ao afirmar que todo curso possui um grupo de professores que é a "alma do curso" e que poderia ser chamado de núcleo docente estruturante. É verdade que todo curso possui professores profundamente comprometidos e envolvidos com a proposta curricular, evolução, qualidade e sucesso do curso, entretanto há uma considerável distância entre tal fato (natural e voluntário) e a imposição de obrigação que exige das IES a formação de um grupo de docentes cujo número mínimo, formação acadêmica e atribuições, são determinados pelo Estado e interferem diretamente na avaliação do curso.

Difícil é compreender o paradoxo da posição adotada no parecer, que considera que num país com tradição "*burocratizante*" como o Brasil, a exigência de uma nova estrutura poderia "*induzi r a definição deste como um órgão deliberativo, o que pode significar a perda da eficácia de suas funções*

” e afirma que o NDE não deveria ser uma “
exigência ou requisito legal
”, mas como elemento diferencial de qualidade. Tais colocações depõe contra a exigência instituída pela resolução, demonstrando quão incoerente é a obrigatoriedade do NDE para cursos superiores.

Prosseguindo a sequência de lastimáveis desacertos da CONAES, o parecer considera que a já existência de um colegiado de curso pode ser fundamento para criação de uma nova estrutura, pois, segundo sua compreensão, aquela ocupar-se-ia de funções administrativas. Inicialmente há que compreender-se que se uma estrutura já existe, deveria ser aproveitada e não desprezada pela imposição de uma nova, como, aliás, já se entendia na era pré-reforma universitária de 1968, que num de seus dispositivos trazia o princípio da não “duplicação de meios para fins idênticdos ou equivalentes”; num segundo momento, que os colegiados de curso não têm um papel meramente administrativo como sugerido, envolvendo-se sim na discussão da proposta pedagógica e qualidade acadêmica do curso; por fim, é impossível dissociar-se a discussão sobre a qualidade do curso da discussão administrativa.

Impossível não criticar a absurda afirmação de que o coordenador não é um líder acadêmico que participa na construção da identidade do curso, afinal, imaginar que a proposta pedagógica do curso seja definida à margem da posição de seu coordenador, é ignorar qualquer conceito de liderança. Notadamente equivocado é o pensamento defendido no parecer de que a criação de uma nova estrutura dentro do curso viria a elevar seus padrões de qualidade, já que a simples existência de tal, não implica necessariamente em melhoria de condições do curso. Aliás, os requisitos estabelecidos pela resolução podem levar a condição diversa da defendida no parecer, visto que aquelas pessoas mais comprometidas e envolvidas na propulsão da qualidade acadêmica, podem não preencher exatamente os requisitos formais exigidos pela CONAES.

Por fim, pode-se trazer a aparente exclusão do coordenador, que não é nominado como componente do NDE, além do fato de que a exigência de pós-graduação *stricto sensu* para maioria dos componentes do núcleo, em idêntico percentual para faculdades, centros universitários e universidades, atenta contra os princípios de estruturação sistêmica da legislação educacional, incorrendo em prática imperdoável, por tratar-se de uma comissão especializada.

III. VÍCIOS DE ÍNDOLE JURÍDICA

A Resolução 01/CONAES/2010, instituidora do Núcleo Docente Estruturante – NDE, incorre em diversas ilegalidades, ignorando qualquer coerência sistêmica e afrontando, em especial, os princípios da isonomia e da legalidade, erigidos a cânones constitucionais, pela *Lex Legum* de 1988, como especificamente se analisa abaixo:

a) Carência de competência por parte da CONAES sobre a matéria

A Lei 10.861/2004 (SINAES), que criou a CONAES, fixou sua competência, sendo que esta comissão invocou o art. 6º, inciso I, como fundamento formal de legalidade para instituição do

NDE, impondo-se assim a transcrição do texto legal, para bem analisar-se o assunto:

Art. 6º Fica instituída, no âmbito do Ministério da Educação e vinculada ao Gabinete do Ministro de Estado, a Comissão Nacional de Avaliação da Educação Superior – CONAES, órgão colegiado de coordenação e supervisão do SINAES, com as atribuições de:

I – propor e avaliar as dinâmicas, procedimentos e mecanismos da avaliação institucional, de cursos e de desempenho dos estudantes;

A CONAES é, portanto, um órgão colegiado de coordenação e supervisão do SINAES, subordinado ao Ministro da Educação, que não tem poder deliberativo. Por outro lado, o inciso I acima transcrito confere à CONAES a competência para "*propor e avaliar as dinâmicas, procedimentos e mecanismos da avaliação institucional, de cursos e de desempenho dos estudantes* ". Nessa competência não se insere a de impor ou criar órgãos na estrutura acadêmico-administrativa das IES, como, *v. g.*
, ocorre no caso do NDE. Trata-se, assim, de uma arbitrariedade da CONAES, homologada pelo ministro da Educação. Não se atende, mais uma vez, no âmbito do MEC, ao princípio da legalidade e isonomia, atentando contra um dos postulados jurídicos do Estado Democrático de Direito.

O Núcleo Docente Estruturante (por mais louváveis que sejam as intenções de sua criação, ou não) é inexigível por ter sido instituído por quem não detinha competência para tanto, não só pelo fato da lei não lhe delegar tal atribuição, como pela própria circunstância de que no Brasil ninguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei, como assegura o art. 5º, inciso II da CRFB.

b) Ilegalidade da normatização

O atual ordenamento constitucional estabelece o primado da legalidade (art. 5º, inciso II), sendo vedada a imposição de obrigações aos particulares senão pela via legal. Os juristas em posição indestoante, entendem que o sentido do princípio constitucional da legalidade está a imperar que todos os elementos integrantes e disciplinadores de obrigações na sociedade brasileira deverão estar estabelecidos em lei.

No Brasil, apenas a lei, em seu sentido formal, é apta a inovar, originariamente, na ordem jurídica. Logo, não é possível pensar em direitos e deveres subjetivos sem que, contudo, seja estipulado por lei. É a submissão e o respeito à lei! Estado de Direito e legalidade na relação com o súdito são termos equivalentes. Onde houver Estado de Direito haverá respeito ao princípio da legalidade. Onde for possível prevalecer o arbítrio (ainda que por ordem de outro dos Poderes Estatais – Judiciário e Executivo) inexistirá Estado de Direito. E, pois, liberdade e segurança tampouco existirão.

Aliás, acerca do assunto, o ilustre professor José Afonso da Silva assevera que "*o princípio da legalidade é nota essencial do Estado Democrático de Direito. É, também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito [...], porquanto é da essência do seu*

conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. [...]
". (SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 423).

Complementando o raciocínio, o insigne doutrinador Celso Ribeiro Bastos leciona que "*o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura, ao particular, a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei* ".
Pela mesma réstia, verifica-se que, não pode qualquer autoridade, por mais relevantes, social e juridicamente, que sejam suas razões, impor qualquer obrigação que não derive de lei, sob pena de ferir o princípio em questão.

O verdadeiro sentido do vetusto princípio em comento exige que todos os elementos indispensáveis à compostura do vínculo obrigacional estejam repousados e sedimentados na Lei. Seria desnecessário (não fosse a realidade em apreço) dizer que o MEC no exercício de sua atividade regulamentadora, deveria manter-se adstrito aos comandos legais, lhe sendo assegurado o direito de regulamentar, sempre dentro das fronteiras legais, as obrigações instituídas pelo Legislativo, jamais lhe sendo dado instituir exigências, por norma secundária, que extrapolam o comando legal.

Diante disso, forçoso é admitir, que a regulação, ou seja, a delimitação do direito de atuação da livre iniciativa na educação superior encontra-se estabelecida pela Lei nº 9.394/1996 e que o sistema de avaliação, em todo seu dimensionamento, fora instituído pela Lei nº 10.861/04, restando ao MEC apenas regulamentar tais diplomas, tornando-os operáveis por meio de sua estrutura administrativa, sem jamais gerar obrigações às IES.

Por evidente que a exigência do NED (e outras que não constituem objeto de análise), por decorrente unicamente da regulamentação do MEC, sendo estranha às limitações expressamente estabelecidas na Constituição da República, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB (Lei nº. 9.394/1996) e Lei do SINAES (Lei nº 10.861/04), ultrapassa os limites estabelecidos para o exercício do poder regulamentar, incidindo em manifesta ilegalidade e inconstitucionalidade. Vale dizer, todos os atos normativos editados pelo MEC ou quaisquer órgãos a ele relacionados, jamais poderiam invadir a competência destinada à lei em nosso ordenamento jurídico para, de forma indevida, estabelecer novas obrigações para os administrados. Dúvida alguma resta no sentido de que as restrições impostas pelo MEC à atuação na educação superior somente poderiam ser legitimamente veiculadas por norma legal elaborada conforme regramento constitucional, segundo previsão expressa e definitiva do artigo 59 da Carta Magna.

Oportuna a referência a magistral lição do saudoso Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, segundo a qual o poder regulamentar "*não cria, nem modifica e sequer extingue direitos e obrigações, senão nos termos da lei, isso porque o inovar originalmente na ordem jurídica consiste em matéria reservada à lei* " (in Princípios Gerais de Direito Administrativo, Vol. I, Ed. Forense, 1979, pág. 360).

Ainda sobre a limitação ao poder regulamentar, vale lembrada a lição da Dra. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em sua festejada obra "Direito Administrativo" (14ª. Edição, Ed. Atlas): *Insere-se, portanto, o poder regulamentar como uma das formas pelas quais se expressa a função normativa do Poder Executivo. Pode ser definido este como o que cabe ao Chefe do Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios, de editar normas complementares à lei, para sua fiel execução.*

Doutrinariamente, admitem-se dois tipos de regulamentos: o regulamento executivo e o regulamento independente ou autônomo. O primeiro complementa a lei ou, nos termos do artigo 84, IV, da Constituição, contém normas 'para fiel execução da lei'; ele não pode estabelecer normas contra legem ou ultra legem. Ele não pode inovar na ordem jurídica, criando direitos, obrigações, proibições, medidas punitivas, até porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme artigo 5º., II, da Constituição; ele tem que se limitar a estabelecer normas sobre a forma como a lei vai ser cumprida pela Administração." (p. 87).

Novamente se observa a indisfarçável intenção do Poder Executivo de se valer de uma prerrogativa legal, qual seja, exercer o poder de regulamentação, para impor aos administrados obrigações que não representam a vontade da lei, arbitrariedade que não diverge ontologicamente de qualquer outro ato de perseguição, eis que na verdade quem ora se persegue é o segmento da iniciativa privada e, principalmente, das instituições isoladas, como se não bastassem os inúmeros instrumentos legais já postos à sua disposição para a avaliação da qualidade do ensino ministrado nas instituições particulares de ensino, posto que as instituições públicas permanecem imunes.

Assim como não é novidade esta conduta do Poder Executivo, também não é novidade a posição do Poder Judiciário contrária a esta prática verdadeiramente medieval e ditatorial, constante de violar diuturnamente o princípio constitucional da legalidade. A figura do NDE é um dos exemplos dos desmandos cometidos pelas autoridades educacionais brasileiras.

Surpreendentemente, este núcleo, criado já de forma ilegal para "complementar" informações em processos específicos, como acima apontado, alastrou-se tal como uma metástase para todos os cursos superiores e atos regulatórios a eles relacionados, não podendo ocorrer aceitação, acomodamento ou conivência por parte das IES, que devem sim resistir a esse tipo de conduta, afinal, para formar cidadãos, é necessário agir com cidadania e resistir a opressão velada em instrumentos de regulação e avaliação do ensino.

c) Violação ao princípio da isonomia

Não bastasse a ilegalidade do Parecer nº 4 e a Resolução nº 1, ambos originários da Comissão Nacional de Avaliação da Educação Superior, suficiente para seu repúdio e inexigibilidade, observa-se ainda que a matéria foi tratada de maneira a vilipendiar outro princípio constitucional dos mais apreciáveis: a isonomia. O art. 5º da Constituição da República (em seu *caput* e inciso I), fixam o primado da isonomia, segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinções de qualquer ordem, consubstanciando-se tal previsão em cláusula pétrea de nosso sistema jurídico, sendo inalterável, ou seja, é posto fora do alcance até mesmo do

legislador constituinte derivado, muito mais de autoridades do executivo.

Talvez não fosse necessário dizer, entretanto, tudo indica ter sido esquecido, o princípio republicado (tido por alguns como o principal princípio constitucional), faz emergir o dever do tratamento igualitário, seja na dimensão política ou civil, prestigiando o valor conformador da igualdade, como pressuposto de uma ordem jurídica justa. É de Rui Barbosa (em sua célebre "Oração aos moços") quem dá a lição mais objetiva e mais completa da dimensão precisa do valor igualdade:

A regra da igualdade não consiste senão ***em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam*** *. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.*
(GN).

A exigência do NDE foi imposta às faculdades, centros universitários e universidades, indistintamente, exigindo-se os mesmos elementos de composição, ou seja, ao instituir ilegalmente a exigência o fizeram sem ao menos atentar às distinções que o modelo educacional brasileiro segue, afinal, fosse para dedicar a todos o mesmo tratamento jurídico, a LDB e o Dec. 5.773/06 não teriam regrado a existência de categorias distintas de IES, com regime jurídico também distinto.

Nesse sentido, a jurisprudência inclusive já manifestou-se, conforme emanada do TRF da 3ª Região:

EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO - RESOLUÇÃO CONFEA – INDICAÇÃO DE REPRESENTANTE - DISTINÇÃO ENTRE FACULDADEE UNIVERSIDADE PREVISTA EM RESOLUÇÃO – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL - LEI 5.164/66 – HIERARQUIA DAS NORMAS. A alínea "b" do artigo 37 da Lei 5.194/66 previa que os conselhos regionais seriam constituídos de brasileiros diplomados em curso superior, legalmente habilitados, obedecida em sua composição, a permanência de um representante de cada escola ou faculdade de engenharia, arquitetura e agronomia com sede na região. ***Havendo clara distinção na lei entre estabelecimento isolado (faculdade) e universidade, não poderia o Conselho, ao editar ato normativo, desprezá-la para equipará-los***
.
Dentro do ordenamento jurídico deve-se preservar a hierarquia entre as normas visando garantir a lógica, a ordem e a segurança do sistema.
As normas podem ser classificadas hierarquicamente conforme sua maior ou menor intensidade criadora do direito, conformando-se as normas inferiores às normas de categoria superior. A Resolução do CONFEA que traz restrições não previstas em lei, não pode prevalecer ao extrapolar os limites próprios da natureza do regulamento, exorbitando a sua função de caráter complementar à lei, voltada à sua pronta e fiel execução.
(TRF da 3ª Região, Processo 89.03.005998-0 AMS 4442, 6ª Turma, Rel. Juiz Federal Conv.

Miguel Di Pierro, v.u., DJU, Seção II, Nº 76, 20.04.2007, p. 1001). (GN).

Verifica-se que andou mal a CONAES, e o MEC ao homologar, quando editou o Parecer nº 4 e a Resolução nº 1, desprezando o fato de não poder criar obrigações aos administrados, assim como a circunstâncias do necessário tratamento isonômico às IES, segundos as categorias instituídas pelo Dec. 5.773/06 ao regulamentar a Lei 9.394/96 (LDB).

IV. CONCLUSÕES

O Parecer nº 4 e a Resolução nº 1 incorrem em contradições, que os tornam inconsistentes, gerando dúvidas às IES, quando deveriam regulamentar questões legais para clareá-las aos administrados, observando-se a lamentável ausência de coerência da CONAES, que parece ignorar a realidade do ensino superior, editando regulamentos contraditórios. A segunda mácula insanável é a instituição de sua obrigatoriedade por força de mera portaria, consoante os motivos jurídicos já alinhados, uma vez que o princípio da legalidade veda expressamente a imposição de obrigações por intermédio de normas secundárias, meramente regulamentadoras.

Noutro passo, é indiscutível que a obrigação imposta a todas as IES quanto ao NED viola o princípio constitucional da isonomia, tratando igualmente categorias de IES, às quais a Lei 9.394/96 e o Dec. 5.773/06 dão distinto tratamento jurídico, ou seja, a CONAES trata igualmente os sabidamente desiguais. Também se poderia se referir a circunstância – embora não tenham sido objeto direto deste artigo – de violação do também constitucional princípio da autonomia universitária, pois interfere diretamente na organização das instituições de ensino superior, impondo a elas a criação de um órgão colegiado e, além disso, predeterminado suas atribuições e composição.

O inconformismo com a inconstitucional e ilegal exigência do NDE não decorre de mera rebeldia aos atos da CONAES, senão de efetiva revolta justificada pela inclusão de tal órgão como objeto de quatro indicadores nos instrumentos de avaliação de todos os cursos superiores.

Assim, e para concluir, a ilegalidade que vilipendia o princípio da igualdade, é impropriamente estabelecida como requisito de avaliação por intermédio de um indicador imposto às instituições, interferindo no conceito que obterão, o qual pode gerar conseqüências nefastas, não apenas nas relações das IES com o poder público – eventual saneamento de deficiências etc. – como com o próprio mercado – desprestigio nos processos seletivos, até proibição de sua abertura.