

NDE - MAIS UMA EXIGÊNCIA ILEGAL!

GUSTAVO MONTEIRO FAGUNDES (*)

Inicialmente, cumpre lembrar que estamos tratando de regramento para avaliação no sistema federal de ensino, o qual compreende, por força do disposto no inciso II do artigo 16 da Lei nº. 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), as seguintes entidades, *verbis*:

“Art. 16. O sistema federal de ensino compreende:

I - as instituições de ensino mantidas pela União;

II - as instituições de educação superior criadas e mantidas pela iniciativa privada;

III - os órgãos federais de educação.”
(grifamos).

Ocorre que, estabelecendo exigências por intermédio de portarias que aprovam extratos de instrumentos de avaliação, o MEC comete flagrantes ilegalidades no exercício da atividade de regulamentação da educação superior, especialmente no tocante à edição de atos normativos secundários, supostamente destinados à regulamentação da Lei n. 9.394/1996, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e da Lei nº 10.861/2004, a Lei do SINAES.

Impositivo lembrar que a Constituição Federal consagra o princípio da livre iniciativa na educação, condicionando-o, exclusivamente, ao atendimento das exigências traçadas por seu artigo 209, *verbis*:

“Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.” (gn).

Este mesmo preceito é repetido, apenas com a inclusão da exigência de demonstração da “capacidade de autofinanciamento”, pelo artigo 7º da Lei nº. 9.394/1996 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), a qual, segundo expressamente disposto no § 1º de seu artigo 1º, “disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias”, ou seja, se destina exatamente a traçar as normas gerais da educação

nacional a serem observadas pelos entes que atuam na educação superior no sistema federal, conforme previsto no inciso II do artigo 209 da Constituição Federal.

Destarte, ao regular os limites constitucionalmente postos à atuação da livre iniciativa na educação superior, o artigo 7º da LDB assim estabelece:

“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;

II - autorização de funcionamento e avaliação de qualidade pelo Poder Público;

III - capacidade de autofinanciamento, ressalvado o previsto no art. 213 da Constituição Federal.” (gn).

Justificam-se plenamente tais condições em virtude da sobeja relevância da matéria em discussão – a educação -, sendo certo que, na esteira da norma constitucional, o legislador ordinário tratou de explicitar tais condições, sempre observando, como não poderia deixar de ser, o balizamento constitucional da questão.

Tanto é que, consoante acima exposto, ao tratar da liberdade do ensino à iniciativa privada, a Lei nº. 9.394/96, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, em seu art. 7º, elenca como condições para esta liberdade aquelas mesmas estabelecidas no art. 209 da Constituição Federal, apenas incluindo a necessidade de “capacidade de autofinanciamento” (inciso III).

A partir do regramento constitucional, e das disposições contidas na LDB, que traça as normas gerais da educação nacional, caberia à Ré a atribuição de regulamentar o disposto na LDB, disciplinando, por normas secundárias, o atendimento às disposições trazidas pela lei.

Ocorre que, consoante é do conhecimento de todos, o MEC, ao editar as portarias que aprovam instrumentos de avaliação com exigências distintas daquelas expressamente previstas em lei, extrapolou sua competência legal como ente regulamentador, violando o princípio da legalidade e estabelecendo

exigências manifestamente ilegais, as quais devem ser imediatamente banidas do mundo jurídico.

Não é demais registrar que, no exercício de sua atividade regulamentadora, o MEC deveria manter-se adstrito aos comandos legais, sem que lhe fosse dado, por norma secundária, estabelecer exigências estranhas ao comando legal expresso a ser regulamentado.

Força é admitir, portanto, 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, conforme acima exposto.

Emerge, assim, cristalina a conclusão de que qualquer exigência inserida na regulamentação e que seja estranha às limitações expressamente estabelecidas na Constituição Federal e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB (Lei nº. 9.394/1996), ultrapassa os limites estabelecidos para o exercício do poder regulamentar, incidindo em manifesta ilegalidade e inconstitucionalidade.

Vale dizer, as portarias editadas pelo MEC, normas regulamentadoras por excelência, jamais poderiam invadir a competência destinada à lei em nosso ordenamento jurídico para, de forma indevida, estabelecer novas obrigações para os administrados.

A primeira ilegalidade flagrante nos instrumentos de avaliação em vigor é o completo desprezo ao princípio fundamental da isonomia, a partir do momento em que traça exigências idênticas para faculdades, centros universitários e universidades, por exemplo, no que pertine à titulação dos docentes e seu regime de trabalho.

Ora, se o legislador quisesse que esses diferentes tipos de instituição cumprissem requisitos iguais, não as teria diferenciado nos requisitos para credenciamento, conforme podemos facilmente inferir da decisão anexa, emanada do TRF da 3ª Região:

"EMENTA

*DIREITO ADMINISTRATIVO - RESOLUÇÃO CONFEA -
INDICAÇÃO DE REPRESENTANTE - DISTINÇÃO ENTRE FACULDADE*

E 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 – grifamos).

Por outro lado, nunca é demais lembrar a regra constitucional que consagra o princípio da legalidade, a qual se encontra insculpida no inciso do artigo 5º da Carta Magna, *verbis*:

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;". (gn).

Destarte, a norma constitucional assecuratória dos direitos e garantias fundamentais determina expressamente que a “lei” é a única forma legítima de impor a alguém que faça ou deixe de fazer algo, sendo certo que a expressão adotada pelo constituinte prevê em seu alcance a norma legal fruto do processo legislativo constitucional, e não meros atos de hierarquia inferior, como portarias, resoluções e assemelhados.

Este entendimento não guarda interpretações distintas, sendo absolutamente unânime na doutrina e jurisprudência pátrias, conforme se pode pinçar, por exemplo, da incensurável lição de **Alexandre de Moraes**, respeitado estudioso do Direito Constitucional da atualidade:

“O princípio da legalidade é de abrangência mais ampla do que o princípio da reserva legal. **Por ele fica certo que qualquer comando jurídico que impõe comportamentos forçados há de provir de uma das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras do processo legislativo constitucional.**” (in Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, São Paulo, Atlas, 2002, pág. 199 – gn).

Destarte, dúvida alguma resta no sentido de que as restrições impostas ao 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.

As exigências contidas nos instrumentos de avaliação, assim como as limitações à atuação na educação superior, portanto, somente podem ser validamente impostas por lei no sentido estrito, obedecido, evidentemente, o processo legislativo constitucionalmente previsto.

No caso sob análise, as portarias que aprovam, por mero extrato, os instrumentos de avaliação, extrapolam de forma flagrante sua atuação como norma secundária, meramente regulamentadora, invadindo a competência legislativa e, de forma absolutamente ilegal, trazendo limitações à atuação na educação superior e impondo obrigações não previstas na normal legal por elas regulamentadas, a Lei n. 9.394/1996 – LDB e a Lei n. 10.861/2004 – Lei do SINAES.

Ora, na condição de normas secundárias, de cunho estritamente regulamentador, evidencia-se, portanto, a completa imprestabilidade das portarias do MEC e dos próprios instrumentos de avaliação para impor qualquer tipo de exigência não prevista expressamente em lei, aqui entendida no sentido que lhe estabelece o inciso II do artigo 5º da Constituição Federal.

O poder regulamentar, como é sabido, encontra limites intransponíveis, decorrentes do princípio constitucional da separação dos poderes. Estes limites, por certo, são os ditames da norma legal a ser regulamentada, que não pode ter seu objeto restringido ou elastecido pelo titular de tal poder.

Neste sentido, vale lembrada 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 – gn).

Não é outro o ensinamento do ilustre **Pinto Bandeira** sobre a questão:

“O regulamento representa na hierarquia das normas jurídicas o grau mais alto e elevado, logo abaixo das leis (no sentido amplo). **O regulamento só vale dentro da lei, conforme a lei, segundo a lei, devendo tão-somente indicar o modo de determinar a observação da lei, que deve regulamentar.**

...

Os regulamentos no direito constitucional brasileiro são editados secundum legem. Eles não têm o poder de inovar a ordem jurídica nem criar deveres e obrigações (RDA, 132:303). Esclarece José Celso de Mello Filho (Constituição Federal Anotada, cit., pág. 254): **‘A ordem jurídica brasileira não admite os regulamentos autônomos ou independentes, editados praeter legem, com o objetivo de suprir as lacunas da lei.** Esses regulamentos autônomos ou independentes, que não existem em nosso direito, criam direitos e obrigações, bem como inovam, à semelhança das leis, a

ordem jurídica'." (in Comentários à Constituição do Brasil, volume 3, Ed. Saraiva, 1989, págs. 551/552, grifamos).

Ainda sobre a limitação ao poder regulamentar, vale lembrada a lição da estudiosa **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**, em sua festejada obra *Direito Administrativo* (14ª. Edição, Ed. Jurídico 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.**" (ob. cit., pág. 87 – gn).

Evidente, portanto, que no caso das portarias que aprovam os instrumentos de avaliação estamos diante de exercício do poder regulamentar do qual somente poderia advir um "*regulamento executivo*", posto que destinadas as mencionadas portarias a promover a "*fiel execução da lei*", no caso a Lei nº 9.394/1996 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) e a Lei nº 10.861/2004 – Lei do SINAES, de modo que é ato normativo derivado, sobre o qual vale, novamente, lembrada a lição da mencionada **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**:

"Quando comparado à lei, que é ato normativo originário (porque cria direito novo originário de órgão estatal dotado de competência própria derivada da Constituição), o decreto regulamentar é ato normativo derivado (porque não cria direito novo, mas apenas

estabelece normas que permitam explicitar a forma de execução da lei) .” (ob. cit., pág. 222 – gn).

Verifica-se, portanto, que inexistente qualquer liame lógico entre a delimitação contida na Constituição Federal, na Lei nº. 9.394/1996 – LDB ou na Lei nº 10.861/2004 – Lei do SINAES para a atuação na educação superior e as absurdas disposições contidas nos instrumentos de avaliação, de modo que as referidas normas secundárias que os aprovaram nitidamente extrapolaram, de forma indevida, suas atribuições de ato normativo derivado, afastando-se da obrigação legal de limitar-se a explicitar a forma de execução da lei, inovando no mundo jurídico criando exigências não previstas no ato normativo originário.

Evidencia-se, em mais esta oportunidade, a desabrida intenção do Poder Executivo de se valer de uma prerrogativa legal, qual seja, exercer o poder de regulamentação, para claramente perseguir e atormentar 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, basta ver, por exemplo, a elencação dos requisitos legais, que exigem como condição imprescindível a acessibilidade para portadores de necessidades especiais.

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.

Trilhando esta mesma senda de legalidade e rechaçando os abusos do Poder Executivo, os tribunais pátrios vêm sedimentando em nossa jurisprudência este entendimento, conforme demonstram os seguintes arestos:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO A DECRETO NÃO CONFIGURADA. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA VETERINÁRIA. EXAME NACIONAL DE CERTIFICAÇÃO PROFISSIONAL. DESCABIMENTO. ACÓRDÃO CALCADO NO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

1. É inadmissível o recurso especial quando alegada violação a decreto. Precedente: REsp 529644/SC, Relatora Min. Eliana Calmon, DJ 29.08.2005.

2. A exigência de aprovação no Exame Nacional de Certificação Profissional, instituído pela Resolução 691/01 do Conselho Federal de Medicina Veterinária, como requisito indispensável à obtenção do registro profissional junto ao referido Conselho é ilegal, em afronta ao artigo 16, alínea "f", da Lei n.º 5.517/68.

3. **A imposição do registro não pode ser inaugurada por Resolução, haja vista que o ato administrativo de caráter normativo subordina-se ao ordenamento jurídico hierarquicamente superior, in casu, à lei e à Constituição Federal, não sendo admissível que o poder regulamentar extrapole seus limites, ensejando a edição dos chamados "regulamentos autônomos", vedados em nosso ordenamento jurídico (Precedente: AgRg no REsp 844830/DF, Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 02.10.2006).**

4. Deveras, consoante assentado pela Col. 1.ª Turma em decisão unânime:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA VETERINÁRIA (CFMV). **RESOLUÇÃO 691/2001. INSTITUIÇÃO DO EXAME NACIONAL DE CERTIFICAÇÃO PROFISSIONAL COMO REQUISITO PARA OBTENÇÃO DO REGISTRO PROFISSIONAL. ILEGALIDADE. REQUISITO NÃO-PREVISTO NA LEI 5.517/68 E NO DECRETO 64.704/69. PRECEDENTE. DESPROVIMENTO.**

1. **A exigência da aprovação no Exame Nacional de Certificação Profissional - instituído pela Resolução 691/2001 do Conselho Federal de Medicina Veterinária - como condição para a obtenção do registro profissional do médico veterinário não encontra respaldo na Lei 5.517/68 e no Decreto 64.704/69.**

2. **Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF/88, art. 5º, II). O livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais estabelecidas em lei, constitui direito individual fundamental (CF/88, art. 5º, XIII).**

3. Recurso especial desprovido. (Resp 758158/RS, Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 05.10.2006).

5. Recurso Especial parcialmente conhecido, e nesta parte, desprovido." (STJ, 1ª Turma, REsp 778338/DF

(2005/0145026-0, Rel. Ministro Luiz Fux, DJU Seção 1, 12.03.2007, pág. 204 – gn).

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IPI. **MODIFICAÇÃO DO PRAZO DE RECOLHIMENTO DO TRIBUTO POR MEIO DE PORTARIA. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.**

1. **A alteração no prazo de recolhimento de tributo, no caso o IPI, fixado em lei, não pode ser realizada por meio de portaria, por ser norma de hierarquia inferior, exigindo-se, para tanto, expressa previsão legal.**

2. A concessão de efeito infringente, em sede de embargos de declaração, somente é admitida em casos excepcionais, os quais exigem, necessariamente, a ocorrência de qualquer dos vícios previstos no art. 535 do Código de Processo Civil, quais sejam, omissão, contradição ou obscuridade.

3. Dispondo o julgado de motivação coerente e suficiente à solução da controvérsia, torna-se inviável o acolhimento de declaratórios que, na verdade, buscam o rejuízo da causa.

4. Embargos de declaração rejeitados.” (STJ, 1ª Turma, EDcl no ArRg no REsp nº. 620922/MG (2003/0224826-4, Rel. Ministra Denise Arruda, DJU Seção 1, 01.02.2007, pág. 395 – gn).

“TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CERTIFICADO DE REGISTRO DE FABRICANTE. INEXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO OU CERTIDÃO DE REGULARIDADE JURÍDICO-FISCAL.

1. **Não existe lei exigindo que a impetrante, para exercer sua finalidade, apresente certidão negativa tributária, não sendo lícito que mero ato administrativo imponha tal exigência, pois qualquer restrição ao livre exercício de atividade econômica deve estar prevista em lei.**

2. Tal conduta da autoridade impetrada é reprovável pelo direito, pois configura meio ilícito de cobrança tributária.

3. Apelação e remessa oficial improvidas.” (TRF 1ª. Região, 2ª. Turma Complementar, AMS nº. 01000196492, Processo nº. 199901000196492/DF, Rel. Juiz Federal Eduardo José Corrêa, DJ de 03.04.2003, pág. 94 – gn).

“ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.
PROTOCOLO FIRMADO ENTRE A SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL E A SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ, COM ANUÊNCIA DA JUNTA COMERCIAL, PARA QUE SEJAM PREVIAMENTE VISADOS PELA CENTRAL DE CADASTRAMENTO – CECAD, ÓRGÃO CRIADO PARA INTERCAMBIAR INFORMAÇÕES TRIBUTÁRIAS, OS ATOS DE REGISTRO COMERCIAL.

1. **Exigência imposta pela Administração Pública, de caráter limitativo para o exercício da atividade empresarial, que não encontra amparo legal.**

2. Interpretação do art. 37 da Lei nº. 8.934, de 18.11.94.

3. **Excesso de autoridade na política administrativa tributária.**

4. **O princípio da legalidade é o sustentáculo do regime democrático.**

5. O exercício da atividade fiscalizadora tributária há de ser exercido nos limites fixados pela lei.

6. Recurso especial improvido.” (STJ, 1ª. Turma, REsp nº. 513356/CE, Rel. Min. José Delgado, DJ de 13.10.2003, pág. 270 – gn).

“Tributário. Substituição Tributária. Princípio da Legalidade.

A definição do sujeito passivo da obrigação tributária está sujeito ao princípio da reserva legal, não podendo a lei cometê-lo ao regulamento (CTN, art. 97, III).” (STJ, 2ª Turma, REsp nº. 101.774/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, DJU Seção 1, 09.12.1997, pág. 64.661 – gn).

Absolutamente cristalina, portanto, a submissão das normas regulamentadoras, como as portarias que aprovaram, por extrato, os instrumentos

de avaliação atualmente em uso, aos princípios fundamentais da isonomia e da legalidade, sendo vedado a tal categoria normativa secundária a imposição de obrigações e restrições não previstas expressamente na lei que devem regulamentar.

Embora esta conclusão seja clara, o que realmente nos chama a atenção quando nos debruçamos sobre o tema é a defesa absolutamente intransigente que a jurista **Maria Paula Dallari Bucci** faz do princípio da legalidade, chegando a chamá-lo de “*princípio dos princípios*”, conforme abaixo:

“O Estado de Direito representa o triunfo do Direito e da concepção liberal que nos legou o constitucionalismo, na medida em que assegura não apenas a sujeição dos cidadãos à lei, mas principalmente a sujeição das autoridades e dos governantes a essa mesma lei. E a lei - frise-se -, ainda como fruto do Liberalismo, entendida como regra de Direito, geral e abstrata, emanada do povo ou de seus representantes (Jacques Chevallier, L’État de Droit).

Isso tem como consequência as restrições ao exercício de poderes normativos pela autoridade administrativa, a qual deve estar sempre fundamentada em uma prescrição legal ou em uma regra de habilitação jurídica, contida na norma de competência (Charles Eisenmann, “O princípio da legalidade”, artigo publicado na RDA 56)”. (BUCCI, M. P. D. . Processo administrativo: perspectivas modernizantes decorrentes da nova legislação. In: J.E.Cardozo; J.E.Queiroz; M.W. Batista dos Santos. (Org.). Curso de Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2006, v. III, p. 835 – grifamos).

Curioso, neste caso, é notar a postura diametralmente oposta assumida pela Dr^a **Maria Paula Dallari Bucci** após assumir, primeiro, o cargo de Consultora Jurídica do MEC e, depois, de Secretária de Educação Superior.

Passou da teoria em defesa do princípio da legalidade à prática rotineira do desmando, da arbitrariedade e da flagrante violação do princípio que, outrora, elegera como “*princípio dos princípios*”...

A figura do Núcleo Docente Estruturante – NDE - é um dos exemplos dos desmandos que o autoritarismo dos outrora defensores da legalidade vem cometendo à frente do Ministério da Educação.

Vale lembrar que o NDE surgiu como uma exigência específica, já espúria em sua origem, por ocasião da edição da Portaria nº 147/2007, a qual, lembremos, era destinada exclusivamente aos pedidos de autorização de funcionamento de cursos de Direito e Medicina que não tivessem obtido o parecer favorável na OAB e no Conselho Nacional de Saúde, respectivamente.

Naquela ocasião, foi exigida uma “complementação de informações” nesses processos, as quais nada mais eram do que novas exigências mal disfarçadas sob a forma desta complementação, entre as quais se incluiu a existência de um “núcleo docente estruturante, responsável pela formulação do projeto pedagógico do curso, sua implementação e desenvolvimento”, conforme contido nos artigos 2º e 3º da malsinada Portaria nº 147/2007.

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.

Com efeito, todos os instrumentos de avaliação para fins de autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos superiores incorporaram a exigência legal de existência do NDE, indicando como fundamento legal para tanto a Portaria nº 147/2007.

Temos, neste ponto, pelos menos três vícios manifestos.

O primeiro é a universalização, para todos os cursos superiores, de uma exigência cuja norma instituidora destinava-se, única e exclusivamente, a duas situações específicas e já superadas, quais sejam, os pedidos de autorização de cursos de Direito e Medicina que não contassem, respectivamente, com parecer favorável da OAB e do Conselho Nacional de Saúde.

Incabível, portanto, sua ampliação para, esgotado o objeto da Portaria nº 147/2007, ampliar a exigência do NDE para todos os demais cursos superiores.

A segunda mácula insanável é a instituição de sua obrigatoriedade por força de mera portaria, consoante os motivos jurídicos já alinhados no início do presente texto, uma vez que o princípio da legalidade veda expressamente a imposição de obrigações por intermédio de normas secundárias, meramente regulamentadoras, conforme inclusive defendido veementemente pela Dr^a Maria Paula Dallari Bucci antes de sua indicação para a Secretaria de Educação Superior do Ministério da Educação, quando passou a acreditar no dito popular “faça o que eu digo, mas não faça o que eu faço”.

Por fim, o terceiro vício na exigência de implantação do NDE em todos os cursos superiores é a flagrante 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.

Como se não bastasse a ilegalidade absolutamente flagrante da exigência de implantação do Núcleo Docente Estruturante – NDE – por absoluta falta de previsão legal neste sentido, consoante exposto exaustivamente neste texto, existe, ainda, o problema deste órgão ilegalmente imposto ser objeto de quatro indicadores nos instrumentos de avaliação.

Ou seja, além de ilegal sua exigência, ainda existe a impropriedade flagrante de avaliação por intermédio de um indicador imposto às instituições sem a observância dos princípios legais da isonomia, da legalidade e da autonomia universitária.

(*) Especialista em Direito Educacional e Consultor Jurídico do ILAPE – Instituto Latino-Americano de Planejamento Educacional e da ABMES – Associação Brasileira de Mantenedores de Ensino Superior. Professor do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito e Gestão Educacional e coautor do livro LDB Anotada e Comentada e Reflexões sobre a Educação Superior – 2^a edição revista e ampliada.