

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Samuel Pontes do Nascimento

O PAPEL DO DIREITO ECONÔMICO NO TRATAMENTO DOS CUSTOS SOCIAIS:
uma análise crítica e propositiva da regulamentação do
ensino superior privado no Brasil

Belo Horizonte

2016

Samuel Pontes do Nascimento

**O PAPEL DO DIREITO ECONÔMICO NO TRATAMENTO DOS CUSTOS SOCIAIS:
uma análise crítica e propositiva da regulamentação do
ensino superior privado no Brasil**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Giovani Clark

Área de concentração: Direito Público

Belo Horizonte

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

N244p Nascimento, Samuel Pontes do
O papel do direito econômico no tratamento dos custos sociais: uma análise
crítica e propositiva da regulamentação do ensino superior privado no Brasil /
Samuel Pontes do Nascimento. Belo Horizonte, 2016.
180 f.; il.

Orientador: Giovani Clark
Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Ensino superior – Brasil – Aspectos econômicos. 2. Direito econômico. 3. Economia social. 4. Economia institucional. 5. Educação e estado. 6. Souza, Washington Peluso Albino de, 1917- - Crítica e interpretação. 7. Kapp, K. William (Karl William), 1910-1976 – Crítica e interpretação. I. Clark, Giovani. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 351.82

Samuel Pontes do Nascimento

**O PAPEL DO DIREITO ECONÔMICO NO TRATAMENTO DOS CUSTOS SOCIAIS:
uma análise crítica e propositiva da regulamentação do
ensino superior privado no Brasil**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Direito Público

Prof. Doutor Giovani Clark - PUC Minas (Orientador)

Prof. Doutor Mário Lúcio Quintão Soares - PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Doutor Flávio Couto Bernardes - PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Doutor João Batista Moreira Pinto –Dom Helder (Banca Examinadora)

Prof. Doutor Rogério Emílio Andrade – FAAC (Banca Examinadora)

Prof. Doutor Leonardo Aves Corrêa – UFJF (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 28 de abril de 2016.

*Dedico este trabalho à minha esposa Juliana,
pelo verdadeiro amor. E ao meu filho Bernardo,
fonte das maiores inspirações.*

AGRADECIMENTO

A conclusão do doutorado é momento mais do que oportuno para agradecer. São muitas as pessoas que ao longo de quatro anos contribuíram para a realização desta etapa máxima da minha formação acadêmica.

Agradeço à minha mulher, Juliana, que esteve comigo desde o início dando o apoio e o incentivo indispensáveis ao trabalho solitário de pesquisa. Soube sempre me encher de afeto para recarregar as energias, e me animou quando o cansaço no meio do caminho já parecia insuperável.

Meu filho Bernardo também é destinatário de minha genuína gratidão. É desde cedo meu companheiro, determinado a provar quão simples são os momentos de maior felicidade.

Sou o filho mais novo de quatro, e meus pais sempre fizeram questão de não distinguir, entre nós, algum mais merecedor de atenção. O que posso testemunhar é que a mim foi dispensado o melhor de suas versões. Meu pai, Josué, sempre atento aos passos do caçula, nunca permitiu que as utopias me faltassem. Vera Lúcia, minha mãe, sábia e proativa, planejou e executou cada passo do meu crescimento, como uma verdadeira líder, sem me poupar as dores mas sempre ao lado para me socorrer nos deslizes.

Meus irmãos são meus guias. Paulo, Marina e Vinicius. Tenho a sorte de vê-los sempre à frente, abrindo caminhos e dando exemplo de profissionalismo. São meus guardiões e traduzem em ações e palavras o exato sentido do termo fraternidade. Prova que tenho disso é a ternura que reproduzem meus sobrinhos sempre que encontram com o tio "Dedéu". Sou grato também aos meus cunhados, Rafaela, George e Priscila, que sempre me prestaram apoio e incentivo.

Meus sogros, Geri e Mônica, deram-me muito além de amizade, cuidado e suporte. Deram-me o primeiro cobertor no inverno de 2007, e muitos outros depois, materiais e imateriais. Sempre foram uma fonte inesgotável de conforto e de alegria. Despejaram bênçãos sobre mim e a Juju a cada visita, e curtiram conosco os prazeres de BH. Juntos com Débora, Eduardo, Henrique, Ana Teresa, Vanessa, Daniel e Gabriel, sempre nos revigoravam durante as férias com o carinho e o aconchego dos churrascos dominicais. Gabriel, agradeço em especial pela inspiração nos últimos meses dessa jornada.

Do lado profissional, outras tantas pessoas foram peças-chave. Em primeiro lugar, o meu orientador, Giovani Clark. A sua história de dedicação acadêmica para o desenvolvimento do Direito Econômico é um legado para a ciência jurídica nacional. Através dele, tive a honra de conhecer e provar pessoalmente do tino provocador do Professor Washington Peluso Albino de Sousa. Giovani também me presenteou com a amizade de sua família e com a alegria do carnaval de Sabará. Agradeço imensamente à Érika, Angélica e Giovana por me darem a alegria de dividir o carinho de seu lar.

Meu amigo Leonardo Corrêa, que desde o início da nossa empreitada na disputa pelas vagas no mestrado, dividiu as angústias e os sonhos de construir uma vida acadêmica profissional. Foi só com seu apoio, incontáveis debates e leituras que esta tese pode ser realizada.

Os professores do Programa de pós-graduação em Direito da PUC Minas, a quem devo a maior experiência de aprendizado da minha vida. Toda a equipe de secretaria que faz tudo funcionar de modo eficiente e cordial. Vi de perto, como membro do Colegiado do Programa, todo o esforço desse grupo para alcançar o maior conceito da área de direito na avaliação da CAPES. A todos manifesto minha gratidão em nome do nosso coordenador Leonardo Poli e da Secretária Erinalda Souza.

Não posso deixar de agradecer também à Universidade Federal do Piauí, que me deu todo apoio para a qualificação. E aos colegas do Departamento de Ciências Jurídicas que me acolheram com elevada estima.

Por fim, quero registrar que, com a conclusão desta tese estou fechando também um ciclo de vida mineira. Tive a sorte de fazer muitos amigos nas alterosas, na terra do ouro. Agradeço o acolhimento de Laerte e Gláucio nas muitas idas e vindas na reta final da elaboração da tese. E não posso esquecer do primeiro amigo mineiro, Thiago Tinano Duarte, com quem compartilhei a tensão e a alegria do exame de ordem e do primeiro concurso público.

Como se percebe, apesar de ser assinada apenas por mim, esta é uma obra coletiva. Muitas outras pessoas contribuíram, mesmo que não as tenha citado nestas breves linhas; e a todas deixo aqui registrada minha profunda gratidão. Alunos, familiares, amigos e colegas de trabalho: muito obrigado!

RESUMO

O *mercado* da educação superior que se projetou nos últimos anos impõe reflexões importantes sobre a relação entre educação e a ordem econômica na Constituição de 1988. Defesa do consumidor, defesa da concorrência, regulação e planejamento passam a ser temas de primeira ordem para o Direito da educação superior. É neste contexto que a presente tese propõe uma análise sobre as medidas de política econômica que criaram condições para a expansão do *mercado de ensino*. O Direito Econômico, como disciplina jurídica aplicada ao campo específico e delimitado da política econômica, permitirá a compreensão dos atos e fatos econômicos na perspectiva do ordenamento jurídico. Isto é, através do Direito Econômico (Washington Albino) podemos ver como estão disciplinadas as políticas econômicas que dizem respeito ao ensino superior. A partir de um marco teórico institucionalista centrado nas contribuições de Karl W. Kapp, apresenta-se uma crítica às preconcepções e aos elementos normativos ocultos na análise econômica convencional. Nesse sentido, são apontados os custos sociais gerados pela atividade supostamente lícita das entidades lucrativas. Em seguida, é realizada uma análise do processo de expansão da iniciativa privada na educação superior brasileira desde as primeiras instituições nos anos 1960 até os dias atuais. A pesquisa revelou uma grande variedade de prejuízos gerados pela iniciativa privada com fins lucrativos no contexto educacional de nível superior. O poder econômico privado com finalidade lucrativa, atraído por uma série de mudanças nas políticas públicas, econômica e educacional, vem confrontando o texto constitucional ao violar princípios como o do pluralismo pedagógico e a evolução tecnológica, dentre outros. E é para preservar a ordem constitucional, e pelos demais fundamentos expostos no trabalho, que se defende o afastamento do setor privado lucrativo do serviço público educacional de nível superior no Brasil.

Palavras-chave: Direito econômico. Ensino Superior. Custos Sociais. Economia Institucional. Serviço Público. Educação. Washington Peluso Albino de Souza. Karl W. Kapp.

ABSTRACT

The higher education market that was designed in recent years imposes important reflections on the relationship between education and economic order in the Constitution of 1988. Consumer protection, antitrust, regulation and planning become first-order issues for the Law college education. In this context, this thesis proposes an analysis of the economic policy measures that created the conditions for the expansion of the education market. The economic law as a legal discipline applied to specific and limited field of economic policy, will allow the understanding of actions and economic facts from the perspective of law. That is, through the Economic Law (Washington Albino) we can see how they are disciplined economic policies that relate to higher education. From a theoretical framework centered institutionalist the contributions of Karl W. Kapp, presents a critique of preconceptions and hidden normative elements in conventional economic analysis. In this sense, the social costs generated by the supposedly lawful activity of profit entities are appointed. Then an analysis of the private sector expansion process in Brazilian higher education institutions from the early 1960s to the present day is held. The survey revealed a wide variety of losses generated by private enterprise for profit in the educational context of higher education. The private economic power for profit, attracted by a number of changes in public policies, economic and educational, is confronting the Constitution by violating principles such as the educational pluralism and technological developments, among others. And it is to preserve the constitutional order, and the other grounds in the work, which supports the removal of the lucrative private sector educational public service of higher education in Brazil.

Keywords: Economic law. Higher education. Social costs. Institutional Economics. Public service. Education. Washington Peluso Albino de Souza. Karl W. Kapp.

LISTA DE FIGURAS

Figura 01 - Transferência de manutenção	79
Figura 02 - Aquisição de controle entre empresas, sem transferência.....	79
Figura 03 - Simulação de parte da organização empresária comandada	80
Figura 04 - Estrutura administrativa da Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior – SERES.....	131

LISTA DE TABELAS

Tabela 01 - Valores contratados e executados no Programa IES (R\$ milhões)	45
Tabela 02 – Programa IES: valores segundo os itens de investimentos e por tipo de IES	46
Tabela 03 - Receita Líquida das Companhias de Capital Aberto – 1T15/1T14.....	76

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 01 - Matrículas no Ensino Superior brasileiro – 1960 a 2013	54
Gráfico 02 - Participação das matrículas entre instituições públicas e privadas	59
Gráfico 03 - Matrículas no ensino superior privado por subcategoria	62
Gráfico 04 - Matrículas no ensino superior privado	63
Gráfico 05 - Instituições no ensino superior privado.....	64
Gráfico 06 - Instituições Privadas de Ensino Superior	69
Gráfico 07 - Número de matrículas no setor privado do ensino superior brasileiro ...	91

LISTA DE QUADROS

Quadro 01 - Classificação criada pela LDB/96.....	89
Quadro 02 - Classificação criada pelo Decreto nº 2.207/1997	89
Quadro 03 - Demonstrativo do Resultado, antes e depois da adesão ao PROUNI em Instituições Filantrópicas, Sem fins lucrativos e Com fins lucrativos	99
Quadro 04 - Classificação de GRAU (2007): Educação como serviço público não privativo	116
Quadro 05 - Classificação de AGUILAR (2012): Educação como função pública ..	118
Quadro 06 – Características dos regimes de Obrigatoriedade, Privilégio e Livre Iniciativa na Constituição Econômica	123
Quadro 07 - Atos da Diretoria de Regulação da Educação Superior – DIREG/MEC	132
Quadro 08 – Alteração na Estrutura Básica e Direção do INSAES no PL 4372/2012	137
Quadro 09 - Propostas de emendas parlamentares sobre o PL 4272/2012	138

LISTA DE SIGLAS

ABMES – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MANTENEDORAS DE ENSINO SUPERIOR.

ABRUC – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS UNIVERSIDADES COMUNITÁRIAS.

ANDES-SN – ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DOCENTES DO ENSINO SUPERIOR- SINDICATO NACIONAL.

ANDIFES – ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DIRIGENTES DAS INSTITUIÇÕES FEDERAIS DE ENSINO SUPERIOR.

ANUP – ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS UNIVERSIDADES PARTICULARES.

BCB – BANCO CENTRAL DO BRASIL.

BIRD – WORLD BANK. **BNDES** – BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL.

BNDES – BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL

CES – CÂMARA DE EDUCAÇÃO SUPERIOR.

CR – CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

CNE – CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO.

CP – CONSELHO PLENO. **CRUB** – CONSELHO DE REITORES DAS UNIVERSIDADES BRASILEIRAS.

FASUBRA – FEDERAÇÃO DE SINDICATOS DE TRABALHADORES DAS UNIVERSIDADES BRASILEIRAS

FNDEP – FÓRUM NACIONAL EM DEFESA DA ESCOLA PÚBLICA.

FONAPRACE – FÓRUM NACIONAL DE PRÓ-REITORES DE ASSUNTOS COMUNITÁRIOS E ESTUDANTIS.

IES – INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR.

IFES – INSTITUIÇÕES FEDERAIS DE ENSINO SUPERIOR.

INEP – INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA.

LDB – LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO BRASILEIRA.

MARE – MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E REFORMA DO ESTADO.

MEC – MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO.

MF – MINISTÉRIO DA FAZENDA.

PNE – PLANO NACIONAL DA EDUCAÇÃO.

PRAMF – PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO E AMPLIAÇÃO DOS MEIOS FÍSICOS DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR.

PROUNI – PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS.

PSDB – PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA.

PT – PARTIDO DOS TRABALHADORES.

REUNI – PROGRAMA DE APOIO A PLANOS DE REESTRUTURAÇÃO E EXPANSÃO DAS UNIVERSIDADES FEDERAIS.

SEMESP – SINDICATO DAS ENTIDADES MANTENEDORAS DE ESTABELECIMENTOS DE ENSINO SUPERIOR NO ESTADO DE SÃO PAULO.

SESp – SECRETARIA DE EDUCAÇÃO SUPERIOR.

SERES – SECRETARIA DE SUPERVISÃO E REGULAÇÃO E DO ENSINO SUPERIOR

UNE – UNIÃO NACIONAL DOS ESTUDANTES.

UNESCO – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	16
2 UMA VISÃO INSTITUCIONALISTA DO “MERCADO” DE ENSINO SUPERIOR.21	
2.1 As instituições importam.....	24
2.2 Os custos da “sociedade de mercado”	27
2.3 Os custos sociais produzidos pelo ensino superior privado.....	35
2.3.1 Infrações contra a ordem econômica	36
2.3.2 Financiamento público direto e indireto.....	44
2.3.3 Outras “deseconomias”	48
3 A EXPANSÃO DA INICIATIVA PRIVADA NA EDUCAÇÃO SUPERIOR E AS MUDANÇAS INSTITUCIONAIS A PARTIR DOS ANOS 1960.....	51
3.1 O primeiro surto: iniciativa privada <i>sem fins lucrativos</i> (1968 – 1984)	56
3.2 O segundo surto: iniciativa privada <i>com fins lucrativos</i> (1999 – 2012).....	62
3.3 Políticas econômicas privadas	67
3.3.1 Conversão empresarial: <i>lucratividade e flexibilização (de repente, tornou-se um "bom negócio")</i>.....	69
3.3.2 Mercantilização: <i>gestão corporativa e consolidação</i>	73
3.4 Políticas econômicas públicas.....	82
3.4.1 Reforma do Estado e a iniciativa privada no ensino superior.....	84
3.4.2 Avaliação e Financiamento para estimular o setor privado	92
3.4.3 O aperfeiçoamento do modelo regulatório neoliberal a partir de 2004 – SINAES E PROUNI.....	95
4 O DIREITO ECONÔMICO E A EDUCAÇÃO SUPERIOR NO BRASIL.....	102

4.1 Controle do poder econômico público e privado	106
4.2 Divergências sobre a divisão de papéis entre Estado e iniciativa privada: polêmicas sobre serviço público	112
4.3 Novas fronteiras para a definição de serviço público na ordem econômica da Constituição de 1988	120
4.5 O Direito Econômico da educação superior	124
4.6 O atual sistema de regulação, avaliação e supervisão do ensino superior	127
4.7 A intensificação dos processos de regulação e supervisão a partir de 2011	130
4.8 O projeto de criação do Instituto Nacional de Supervisão e Avaliação do Ensino Superior (INSAES): debates sobre o modelo de ação estatal no “mercado” da educação superior brasileira	134
5 CAMINHOS PARA A REGULAMENTAÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA NA EDUCAÇÃO SUPERIOR	142
5.1 O Estado como agente normativo e regulador da educação superior	145
5.2 A educação como serviço público	149
5.3 Uma nova organização do serviço público da educação superior	154
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	161
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	165

1 INTRODUÇÃO

Para quem decide estudar o tema da ordem econômica, não se admite desenvolver análises exclusivamente dogmáticas. É preciso analisar as funções, as atividades, o interesse social e, acima de tudo, a garantia de que a todos será dada existência digna. “Mais ainda, é adequado também, que tal análise seja empreendida desde uma perspectiva crítica” (GRAU, 2007, p. 15). A exploração do serviço público de ensino superior nas mãos do capital privado (nacional e internacional) é uma realidade que impõe tal dedicação, e a isto se propõe o presente trabalho.

A partir de 1999, o Censo da Educação Superior começou a registrar explicitamente a presença das empresas privadas com fins lucrativos que começaram a ser credenciadas pelo Ministério da Educação para atuarem como mantenedoras de instituições de ensino. Em dez anos, esse novo setor de mercado cresceu 345%, e, se no início de 1999 essas empresas representavam 42% das matrículas de todo o setor privado, atualmente elas passam de 80%.

No ano de 2007 as primeiras companhias mantenedoras de ensino superior fizeram oferta de ações na bolsa de valores de São Paulo. A Kroton S/A, maior empresa do setor atualmente, informou ao mercado receita líquida acima 4,8 bilhões de reais em 2014. No mesmo ano, o setor privado como um todo movimentou mais de 35 bilhões de reais. O serviço público de ensino superior passou a figurar na última década como um dos setores mais lucrativos para o capital privado no Brasil.

A partir dos anos 50, os organismos financeiros internacionais, tendo o Banco Mundial como agente central, difundiram uma visão instrumental da educação como fator de desenvolvimento. A educação deveria servir aos interesses do mercado, e assim contribuir para o desenvolvimento econômico (fim último de toda economia capitalista). Essa visão está consolidada, e a principal meta dos governos nacionais tornou-se a expansão quantitativa das matrículas.

Atualmente, a exploração mercantil da educação superior tem revelado uma transmutação do direito social à educação em um típico direito do consumidor, alterando o status da relação jurídica estabelecida entre estudante e instituição de ensino: do nível de cidadania transfere-se à dimensão consumerista. Carlos Oscar Bertero observa que o “aluno desapareceu na medida em que educação se tornou

um serviço comercializado com a lógica de mercadoria”, dando lugar ao consumidor. E lembra que o “acionista (proprietário das faculdades) é aquele que acaba tendo o papel predominante no arranjo” (BERTERO, 2009, p. 68).

A nova realidade impactou as atividades de supervisão e avaliação executadas pelos órgãos de Governo. O volume de processos de autorização de cursos e de credenciamento de instituições, as denúncias de irregularidades e as rotinas de avaliação e supervisão do setor se tornaram cada vez mais complexas, ao ponto de se exigir mudanças administrativas no Ministério da Educação, para redistribuir funções e conseguir cumprir suas obrigações legais.

O tema deste trabalho está situado em um universo de pesquisas interdisciplinares. Dentro do mundo jurídico, várias são as disciplinas tocadas por esta nova realidade do ensino superior. Os reflexos são sentidos em praticamente todas as disciplinas. Questões tributárias e trabalhistas eram já presentes na realidade da educação privada *sem* fins lucrativos. Os regimes tributários, o reconhecimento de filantropia e as condições específicas do trabalho docente, pode-se dizer, não são novas. De modo especial, o tema passa pelo Direito Constitucional, pois toca diretamente o problema da efetividade dos direitos fundamentais sociais. Educação é um direito social cujas garantias estão evidenciadas no texto da Constituição.¹ Mas o *mercado* que se projetou nos últimos anos impõe reflexões importantes sobre a relação entre educação e a ordem econômica na Constituição de 1988.

Defesa do consumidor, defesa da concorrência, regulação e planejamento passam a ser temas de primeira ordem para o Direito da educação superior. É neste contexto que a presente tese propõe uma análise sobre as medidas de política econômica que criaram condições para a expansão do *mercado de ensino*. O Direito Econômico, como “disciplina jurídica aplicada ao campo específico e delimitado da política econômica” (SOUZA, 2005, p.52) permitirá a compreensão dos atos e fatos econômicos na perspectiva do ordenamento jurídico. Isto é, através do Direito

¹ Ao tratar do Estado social da Carta de 1988, Paulo Bonavides alerta: “Mas o verdadeiro problema do Direito Constitucional de nossa época está, ao nosso ver, em como juridicizar o Estado social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas e institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de vê-los efetivos. (...) O Estado social brasileiro é portanto de terceira geração (...): um Estado que não concede apenas direitos sociais básicos, mas os garante” (BONAVIDES, 2006, p. 373)

Econômico podemos ver como estão disciplinadas as políticas econômicas que dizem respeito ao ensino superior.

O Direito Econômico tem como objeto a regulamentação da política econômica referente a produção, circulação, repartição e consumo, posta em prática por todos os agentes econômicos indistintamente, públicos ou privados de qualquer natureza (CLARK, 2001, p. 7). O conteúdo econômico do Direito, todavia, é explicado pela ciência econômica. Como afirma Washington Peluso Albino de Souza, “a Economia ‘dirá’ ao jurista o que ‘é’ economicamente ‘certo’” (SOUZA, 2005, p. 56). É claro que é possível que a economia aponte, em suas diversas teorias, ‘certos’ diferentes. Por essa razão é que, numa pesquisa científica, as análises econômicas são feitas a partir de uma perspectiva escolhida, um marco teórico definido.

O tema *ensino superior* será aqui abordado dentro de sua nova realidade, o *mercado de ensino*. Mais estreitamente, esse *mercado* será analisado a partir da juridicização da política econômica, ou seja, a partir da ótica do Direito Econômico. E para que seja possível fazer essa análise, tomamos na teoria econômica o suporte de uma corrente teórica denominada *economia institucional*. A escolha desse marco teórico se justifica pela clareza que pode trazer para a compreensão dos fatos e atos econômicos envolvidos na formação do *mercado de ensino*.

A tese busca descrever os *custos sociais* decorrentes da exploração lucrativa do ensino e confrontá-los com a regulamentação jurídica da ordem econômica na Constituição. Propõe, ao fim, que esses *custos* podem significar violações de direitos fundamentais.

A Constituição, como manifestação histórica do Estado de Direito, estabelece limites importantes para a iniciativa privada, de modo que a exploração lucrativa do ensino superior deve ser tratada à luz da ordem econômica de 1988².

A hipótese central é de que o Direito Econômico apresenta os instrumentos de *atuação* do Estado no domínio econômico capazes de combater possíveis danos à coletividade, aqui identificados como *custos sociais* da atuação do poder econômico privado.

² No sentido adotado por Eros Roberto Grau: “ordem econômica (mundo do dever ser) em lugar de *conjunto de normas, da Constituição dirigente, voltado à conformação da ordem econômica* (mundo do ser) é síntese verbal que economia palavras (...)” (GRAU, 2007, p. 91)

Para realização da pesquisa, foram adotados procedimentos metodológicos qualitativos e de base bibliográfica e documental, combinados com análise estatística descritiva. O levantamento bibliográfico será centrado na literatura em Direito Econômico, Direito Constitucional e Economia Institucional. Entre os documentos analisados estão a legislação federal sobre educação superior, projetos e anteprojetos de Lei, decisões do Supremo Tribunal Federal, além de relatórios, estudos publicados, manifestações públicas e matérias veiculadas nos meios de comunicação e conteúdo de seminários. Os dados estatísticos foram buscados nos Censos da Educação Superior divulgados pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira.

Em síntese, o objetivo deste trabalho é compreender o processo de mercantilização da educação superior no Brasil, e o papel do Direito Econômico no tratamento dos custos sociais. O problema central a que se dedica esta tese pode ser delimitado pelos seguintes questionamentos: Quais os custos sociais gerados pela busca do lucro no ensino superior? Como a ordem constitucional brasileira trata a divisão de papéis econômicos entre Estado e iniciativa privada no âmbito da educação? É possível conter os custos sociais advindos da mercantilização do ensino?

O desenvolvimento do trabalho está estruturado em quatro capítulos. Definido o objeto de estudo nas *políticas econômicas de mercantilização do ensino superior brasileiro*, a pesquisa se inicia com a perquirição dos *custos sociais* desse fato econômico. A partir de um marco teórico institucionalista centrado nas contribuições de Karl W. Kapp e outros, apresenta-se uma crítica às preconcepções e aos elementos normativos ocultos na análise econômica convencional. Um dos exemplos dessa crítica é a atenção dada aos problemas gerados pelos *custos “ocultos”* da economia de mercado. Nesse sentido, são apontados os custos sociais gerados pela atividade supostamente lícita das entidades lucrativas.

Em seguida, é realizada uma análise do processo de expansão da iniciativa privada na educação superior brasileira desde as primeiras instituições nos anos 1960 até os dias atuais. Esse é capítulo está dividido em quatro subitens, sendo os dois primeiros referentes à pesquisa estatística descritiva dos principais momentos de crescimento da iniciativa privada, e os dois últimos voltados para a análise das

políticas econômicas, públicas e privadas, que de fato contribuíram para a formação do “mercado de ensino”.

O terceiro capítulo do desenvolvimento apresenta o Direito Econômico como disciplina de referência para a compreensão da ordem jurídico-constitucional aplicável ao objeto da tese. A partir da noção de serviço público como atividade econômica típica do Estado, defende-se que a educação não pode ser explorada irrestritamente pela iniciativa privada. Existem limites constitucionais explícitos (arts. 170, parágrafo único e 205, CR/88) e implícitos (arts. 207, 208 e 209, CR/88) para a iniciativa privada que estão sendo violados pela atual legislação federal que permite credenciamento de sociedades empresárias como mantenedoras de instituições de ensino.

Ao final, são apresentados parâmetros para a construção de um novo marco regulatório que respeite a ordem econômica da Constituição de 1988 e assegure a proteção do direito fundamental à educação. Dentro do panorama analítico construído, é necessário caminhar para a reversão do modelo atual e reconduzir a iniciativa privada para os modelos de organização sem fins lucrativos.

2 UMA VISÃO INSTITUCIONALISTA DO “MERCADO” DE ENSINO SUPERIOR

O estudo jurídico da mercantilização do ensino superior no Brasil exige uma análise que ultrapasse a mera descrição do “mercado”, sua lógica e seus efeitos; exige, antes disso, uma compreensão do processo através do qual a *educação* foi *transformada* em mercadoria, dos limites inerentes à juridicização desse “mercado” e do papel do Estado na regulamentação do ensino formal escolar de nível superior. Por isso, o presente trabalho está apoiado numa corrente do pensamento econômico heterodoxo, em que o Direito participa legitimamente, com seus instrumentos próprios, da construção da realidade econômica, e afasta fundamentações teóricas de cunho liberal que procuram justificar a dinâmica mercadológica como algo à margem do controle jurídico.

O *mainstream* supõe que a *sociedade de mercado* atual seja resultado de um processo evolutivo “natural” da economia. Acredita-se que *mercado* e *economia* sejam palavras sinônimas, e que por isso todo fenômeno econômico é intrinsecamente um fenômeno de mercado. Mais do que isso: que a sociedade inteira se sujeita (ou deve sujeitar-se) à forma de organização dos mercados, porque é a busca pelo lucro que, no fundo, move todos os homens à ação. É com base nesta crença sobre o “homem-ser-racional”, indivíduo que pensa, antes de tudo, como um mercador em busca de vantagens lucrativas, que se chega à conclusão de que nada mais *natural* do que uma sociedade inteiramente regida pelas *leis* do mercado capitalista.

Por outro lado, Karl Polanyi revela, em sua obra *A Grande Transformação*, que essa ideia é uma falácia economicista criada no século XIX (POLANYI, 2012). Mesmo sendo o “mercado” um fenômeno antigo na sociedade, no decorrer dos séculos XVIII e XIX houve uma ruptura profunda nos valores e no modo de organização social que mudou a compreensão sobre esse fenômeno econômico. Alguns historiadores chegam a defender que a *economia propriamente dita* só começou depois de ingressarmos no mundo moderno, ou mesmo no século XVIII, quando Adam Smith sistematizou uma parte considerável do trabalho de seus predecessores³. Essa compreensão restritiva da economia deu sustentação teórica ao modelo de organização social originado naquele momento, e se consolidou como

³ Para uma definição abrangente da economia, ver BACKHOUSE, 2007.

corrente dominante do pensamento econômico. Seu objeto de estudo se restringe ao comportamento humano e a maneira como as pessoas interagem por intermédio dos mercados.

Nessa nova *cultura*, abandona-se a ideia do mercado como lugar no qual as pessoas com necessidades distintas trocam bens. A troca deixa de ser realizada em função da necessidade, e passa a ser feita em função do lucro. Coisas completamente novas passaram a ser objeto de propriedade e de precificação. Surge nesse contexto o mito do “mercado autorregulado”, segundo o qual a melhor forma de os mercados funcionarem seria com o mínimo de interferência (pública ou estatal)⁴. Como observa Polanyi, não se trata mais de olhar para os mercados inseridos na sociedade, mas, ao contrário, a crença instalada é de que a sociedade está ***no mercado***. Essa é essência da ideia de uma *sociedade de mercado*, um sociedade que só faz sentido dentro de uma economia de mercado.

Raj Patel explica que “essa troca alterou não apenas a sociedade, mas também nos transformou, ao mudar nossa maneira de ver o mundo e o nosso lugar dentro dele” (PATEL, 2010, p. 24). O fato que se destaca neste ponto inicial da pesquisa é que a transformação de “tudo” em mercado é um processo contínuo, mas cuja origem está historicamente situada no tempo e no espaço. A Revolução Industrial não foi, como essa visão “naturalista” dos mercados quer fazer crer, uma evolução do que sempre foi a economia dos povos ocidentais. Como revolução, representou um rompimento, uma interrupção e uma transformação profunda nos arranjos sociais. Os *cercamentos* ingleses, algumas vezes realizados de modo violento, expulsaram os camponeses de terras comuns para serem abrigados em cidades, onde a sua força de trabalho seria vendida em troca de renda. A conversão da terra e do trabalho em *mercadorias fictícias* marcou o início da grande transformação.

Nesse sentido, Polanyi propõe uma compreensão da economia como um aspecto funcional da própria sociedade, rejeitando a ideia inversa de que as relações de mercado ocorrem em um plano independente/diferente das relações sociais comuns. Rejeita que exista um universo econômico independente da sociedade, ou até mesmo fora dela, com lógicas próprias. Dessa forma, a economia não se restringe à análise do homem dentro do “ambiente econômico” dos

⁴ Nesse sentido, ver: (MISES, 2010b) e (MISES, 2010a).

mercados. Não faz sentido considerar uma *sociedade de mercado*, algo como um modelo de organização social exclusivamente obediente aos mecanismos de preço. Em outras palavras, não existe um mercado autorregulável, muito menos um tipo específico de sociedade que se submete às suas exigências. Contra essa visão, Polanyi explica que o mercado está incrustado no mundo e na sociedade. Não há nada de *natural* na compra e venda de coisas a fim de lucrar. Um conjunto de coisas permitidas nos mercados pode mudar, até mesmo decretos determinando o que pertence aos mercados podem ser revogados. É o caso da escravidão, antigo mercado que hoje não existe mais - legitimamente (PATEL, 2010, p. 23).

Roger E. Backhouse, em sua *História da economia mundial*, soma a esse ponto de esclarecimento ao dizer que “o tema da economia não é definido como a compra e venda de bens, os mercados, a organização de empresas, a bolsa de valores ou mesmo o dinheiro. Todos esses são fenômenos econômicos, mas em algumas sociedades eles não ocorrem” (BACKHOUSE, 2007, p. 18). Em outras palavras, as sociedades enfrentam problemas econômicos que não necessariamente se relacionam a esses fenômenos, que devem ser apreciados como instituições que surgiram em determinadas circunstâncias, mas que não representam a totalidade da economia.

Os problemas econômicos comuns a todas as sociedades são aqueles que dizem respeito ao modo como a produção é organizada para satisfazer as necessidades humanas. O mercado, com sua lógica lucrativa, movido por empresas e pelo capital, é apenas uma forma de arranjo institucional que surgiu para enfrentar os problemas econômicos num determinado momento histórico. Esse é modelo dominante, é o modelo da *sociedade de mercado*.

É preciso investigar e refletir sobre esse modo particular de organização das instituições que reduz a sociedade aos mercados, e, com isso, impede a compreensão da economia e da vida fora da lógica monetária da busca pelo lucro. O capitalismo necessita que as instituições sociais estejam arranjadas de um modo muito particular. O modo capitalista não se refere à natureza das coisas, mas à forma como as coisas estão organizadas para servirem à lógica do capital.

Nessa perspectiva, não se admite que *tudo* seja potencialmente mercadoria. A pesquisa realizada nesta tese aponta exatamente para outra direção: os fenômenos sociais, políticos e econômicos precisam ser analisados dentro do

“processo da vida”⁵, com suas diferenciações, imperfeições, poderes e contextos variados, onde os agentes (ou atores socioeconômicos) se comportam para além da racionalidade e do mercado.

2.1 As instituições importam

O uso do termo *instituição* ganhou destaque recentemente, mas seu uso nas ciências sociais é antigo⁶. Ocorre que o seu conceito não tem uma definição uniforme entre as diversas disciplinas e autores considerados institucionalistas. Por isso, é necessário situar nas *tradições* ou *correntes* de pensamento, qual o *local* em que está inserido o conceito de instituição adotado no presente trabalho.

Na economia, há uma diversidade de pensadores considerados *institucionalistas*. José Reis refere-se ao *campo institucionalista* composto pelas seguintes contribuições principais na economia: (a) o “velho institucionalismo econômico”, de natureza evolucionista, (b) a “nova economia institucionalista”, representada por R. Coase, D. North e O. Williamson, (c) a economia institucional europeia contemporânea, ilustrada pelos trabalhos de G. Hodgson, (d) a economia evolucionista de influência schumpeteriana, (e) a escola francesa da regulação e (f) a análise comparativa sobre variedades de capitalismo (REIS, 2007, p. 29)

O presente trabalho - cujo objeto de análise é a atuação do poder econômico (público e privado) sobre a educação superior - reconhece a *instituição* como um conjunto regras sociais estabelecidas e embutidas (ou incrustadas) que estruturam as interações sociais. *Instituições* canalizam e restringem o comportamento de maneira que indivíduos formam novos hábitos. “Linguagem, moeda, lei, sistemas de pesos e medidas, convenções de trânsito, maneiras à mesa, empresas (e outras organizações) são todas instituições” (HODGSON, 2001, p. 101).

Nesta perspectiva institucionalista, o desempenho competitivo de um país, por exemplo, não é resultado somente dos recursos ou da tecnologia de que dispõe

⁵ “O mundo que Veblen e Commons trouxeram para ser reconhecido pela economia é aquele em que o que mais conta é a vida coletiva, a evolução, a presença de agentes activos e, por vezes, até irracionais; em que há eficiência, mas também desperdício; em que os desequilíbrios acontecem e são parte de um reino de incerteza; em que o conflito conta tanto como a cooperação. É este, portanto, ‘o processo da vida’ de que falava Veblen” (REIS, 2012, p. 51).

⁶ Geofrey M. Hodgson anota que o filósofo italiano Giambattista Vico, em 1725, já teria usado as *instituições* como categoria de análise nas ciências sociais, no livro *Scienza Nuova*.

ou da sua dimensão, pois também está relacionado com os valores, as lógicas sociais e políticas, as culturas cívicas e organizacionais, as instituições que lhe dão especificidade, espessura e sentido coletivo. A vida passa em contextos onde há incerteza, inesperado, diversidade e onde os atores, dotados de consciência e intencionalidade, são capazes de controlar os processos que os envolvem. Fazem isso através de escolhas, deliberações, consensos e conflitos que acabam por criar uma configuração institucional, reproduzida ao longo de gerações e capaz de gerar identidades como “mundo anglo-saxônico”, “mundo ocidental”, “Europa oriental e continental” etc. (REIS, 2007, p. 8).

José Reis (2007) denomina *economia impura* aquela em que os indivíduos processam informações imperfeitas, possuem modelos diferenciados de intencionalidade, consciência e identidade. Por isso, diferente da *economia pura* que pressupõe atores dotados de cognição perfeita, dispondo de um modelo comportamental assente na escolha racional. A *impureza* estaria, conforme Reis, na admissão de que os indivíduos possuem imperfeições, e vivem em contextos de incerteza. A sua racionalidade é limitada, e são as instituições que definem restrições e possibilidades da ação humana nos contextos relacionais concretos.

Dar às instituições um papel central na compreensão da economia representa, sem dúvida, uma dissidência, ou como dito antes, uma *impureza*. Afirma-se que o modelo cognitivo da teoria neoclássica não permite uma compreensão real das decisões econômicas. Rejeita, assim, o isolamento dos indivíduos face a contextos políticos e institucionais, e rejeita também a noção de que sua ação é uma derivação desprovida de *espessura própria*, quer dizer, da influência direta de sua subjetividade e interesses (REIS, 2007, p. 44). É a negação de que o *homo economicus* - como indivíduo que não desperdiça recursos e os utiliza da melhor forma possível - sirva de categoria válida para compreender o comportamento humano⁷.

⁷ Gary Becker, prêmio Nobel de economia em 1992, aplicou as ferramentas de abordagem econômica para todo o mundo. Seu método engloba três ideias: (a) tudo e todos são animais maximizadores - pessoas, governos e corporações podem ser pensados como *homo economicus* tentando obter, da melhor forma possível e com os recursos de que dispõem, o máximo que puderem de algo; (b) o comportamento do *homo economicus* se dá em algum tipo de mercado, e; (c) as preferências do *homo economicus* são sempre as mesmas em todas as sociedades e circunstâncias. Becker é o arauto de uma cultura na qual internalizamos as *virtudes* do mercado e nos comportamos como empreendedores individuais da nossa própria felicidade. Mas, segundo PATEL (2010), essa cultura favorece interesses materiais de grupos específicos. “As visões de Becker propagam os

Entre as principais aplicações desse estudo da economia na perspectiva institucional está a possibilidade de interpretação de ações coletivas, comportamentos dinâmicos, formação de sistemas de regulação e de organização da economia, sempre reconhecendo que as restrições institucionais são capazes de moldar as preferências individuais.

Desde institucionalistas *originários* Thorstein Veblen e John R. Comons (nos Estados Unidos), até os trabalhos de Karl William Kapp (na Europa), os estudos econômicos não se limitam à explicação do comportamento racional deliberado do *homo economicus*, mas dos comportamentos do “*homem institucional*”. Ambos são conceitos abstratos, obviamente, mas este último permite a observação de modelos diferentes de comportamento em diferentes sociedades (KAPP, 2009, p. 184).

Karl W. Kapp, em sua defesa da economia institucional, afirma que esta corrente se destaca, entre outras características, pela crítica às preconcepções e aos elementos normativos ocultos na análise econômica convencional. Um dos exemplos dessa crítica é contínua preocupação com os problemas gerados pelos *custos sociais* e o papel do *poder* na vida econômica. Assim, dedica-se a observar a estrutura e o funcionamento dos sistemas e dos processos econômicos. “*Esta perspectiva, que unifica la economía institucional y la diferencia de la teoría convencional, se basa en la convicción de que los sistemas económicos son abiertos y dinámicos y deben ser tratados como tales por nuestros marcos teóricos conceptuales*” (KAPP, 2009, p. 188)⁸.

São abertos os sistemas econômicos exatamente porque não podem ser compreendidos isoladamente do sistema social. Os mercados capitalistas, como dito acima, necessitam de instituições próprias, resultado de construções políticas. Não se pode tomar o mercado como *pressuposto natural*, ou um *dado* inafastável das comunidades. Os mercados são construções políticas, desde a acumulação primitiva capitalista até às formas de privatização contemporâneas (CHANG, HA-JOON, 2001).

CHANG (2001) enfatiza a natureza institucional do mercado, o qual também deve ser analisado a partir das políticas. Os mercados estão entre os fins da política,

interesses de criaturas muito mais semelhantes ao *Homo economicus* e muito mais adaptadas à sociedade de mercado do que nós: as corporações” (PATEL, 2010, p.44).

⁸ O texto de Kapp citado foi apresentado originalmente em 1967 no “Institute for International Economic Studies”, e publicado em espanhol numa tradução argentina de 1996, no livro “Economía de los recursos naturales: um enfoque institucional”.

quer dizer, eles são definidos por um conjunto de instituições formais e informais que incorporam direitos e obrigações, cuja legitimidade é no fim das contas determinada pela própria política. Assim, trata a política, não como algo estranho ao mercado, mas como parte essencial da sua construção, operação e mudança, embora se reconheça os danos decorrentes de excessiva politização.

Não se nega o poder do mercado como mecanismo de coordenação econômica. Aliás, ele é *construído* com esta finalidade. Mas é partir dessa suposição, que se identificam suas limitações. Entre elas, de amplo reconhecimento, estão os *custos sociais* decorrentes da atividade econômica empresarial. Karl W. Kapp percebe que este é um problema intrínseco ao capitalismo, melhor, inerente às instituições dos mercados orientados ao lucro. Consequentemente, “a decisão sobre o modo como a sociedade decide suportar esses custos deve ser tomada também politicamente” (CORRÊA, 2015, p. 103)⁹.

2.2 Os custos da “sociedade de mercado”

Kapp (1978) alertava décadas atrás que nem os custos sociais nem os retornos sociais entravam nos cálculos de preço de uma empresa privada, a menos que leis especiais assim exigissem, como no caso dos princípios do seguro social para acidentes de trabalho. Fazendo uma crítica à economia neoclássica, afirma que se a ciência econômica continuar fechada na racionalidade da formação de preços, não poderá assimilar grande parte dos custos e benefícios da atividade empresarial que não podem ser expressos em dinheiro¹⁰.

A. C. Pigou já defendia que o bem-estar social é promovido quando os custos sociais – os prejuízos a terceiros decorrentes de transações econômicas privadas – são perfeitamente compensados. Porém, na época em que Pigou,

⁹ Leonardo Alves Corrêa defendeu tese de doutorado no Programa de Pós-graduação da PUC Minas com o título “ESTADO, MERCADO E INSTITUIÇÕES: estudos sobre o incrustamento e a (re)construção da ordem econômica constitucional à luz da economia plural de Karl Polanyi”, em abril de 2015. Após realizar doutorado sanduíche no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, abriu um novo e estimulante caminho de pesquisa interdisciplinar para a pesquisa científica na área do direito, especialmente no Direito Econômico que tanto depende das explicações da ciência econômica para dar o devido tratamento às medidas de política econômica pública e privadas.

¹⁰ “As long as it continues to confine itself to market value neoclassical economics will fail to assimilate to its reasoning and to its conceptual system many of the costs (and returns) which cannot be expressed in dollars and cents” (KAPP, 1978, p. 11)

sucessor de Alfred Marshal na Cátedra de Economia Política da Universidade de Cambridge (1908-1943), dava uma das primeiras contribuições para a perspectiva universalista de bem-estar social, ainda não havia na teoria econômica meios para calcular esses custos¹¹. Aliás, para o pensamento econômico da época, esses custos não eram tradados como uma questão econômica. Como efeitos residuais da atividade econômica principal, e irremediáveis por meio dos mecanismos de preço, as *externalidades* deveriam ser compensadas pela ação corretiva do Estado.

Todavia, Vitor Neves, um dos principais responsáveis pelo esforço atual de recuperar os estudos de Karl W. Kapp sobre os custos sociais, chama atenção para o fato de que “preço de mercado e valor social estão longe de ser uma e a mesma coisa” (NEVES, 2011, p. 65). Os custos são *deseconomias*, riscos e incertezas que podem se estender anos no futuro. Não podem ser valorados por critérios monetários, pois tal qual os benefícios sociais, os custos sociais têm de ser considerados como fenômenos *extra-mercado*.

Há “uma dimensão de poder, e portanto *política*, no problema dos custos sociais – ignorada pela teoria dominante – sem o qual o problema dos custos sociais não poderá ser plenamente compreendido” (NEVES, 2011, p. 62). Ao tratar dos danos ambientais, Kapp explica que estes não são originados de relações de caráter bilateral, em que poluidores específicos causam danos a indivíduos específicos identificáveis. Em regra, as pessoas afetadas estão desprotegidas, e não têm pouco ou nenhum controle sobre o processo econômico causador.

De acordo com Kapp, a existência dos custos sociais se deve fundamentalmente ao fato de que a busca pelo lucro leva à minimização dos custos privados de produção. Nesse processo de redução de custos internos, as empresas tendem a *transferir* para terceiros e para a comunidade em geral, e efetivamente *maximizarem* os *custos sociais* (isto é, a parte dos custos chamada de custos “externos” na literatura econômica tradicional). A livre operação do mercado promove a “externalização” ou, como ele prefere chamar, a transferência em larga escala de uma parte significativa dos custos totais da produção para a comunidade (a conversão dos custos “externos” em custos sociais). (NEVES, 2015, p. 5)

Isso significa que as empresas não precisam infringir as leis para causar danos. O funcionamento normal da *sociedade de mercado* leva as empresas a

¹¹ Para ver sobre a defesa do estado do bem-estar, KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O estado do bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo**. 1. ed. Rio de Janeiro: 2012. 295 p.

organizarem trabalhadores, matérias-primas, equipamentos de capital e aluguéis de modo a tornar seus custos o mais baixo possíveis. PATEL usa o exemplo fictício do Mc Donald's que para produzir 550 milhões de Big Macs ao ano gasta 297 milhões de dólares em energia, produzindo um rastro de efeito estufa na ordem de 1,21 bilhão de toneladas de CO₂, além do consumo de água, degradação do solo e os custos com tratamento de saúde relacionados à alimentação, como diabetes e enfermidades cardíacas (PATEL, 2010, p. 48).

Karl William Kapp (KAPP, 2009, p. 30) define o termo *custos sociais* como todas as perdas, diretas ou indiretas, suportadas por terceiros ou pelo público em geral, geradas pela atividade produtiva, e cuja responsabilidade é rejeitada pelos empresários. Reconhecidas como *ineficiências* da atividade produtiva privada, essas perdas se caracterizam como *custos sociais* que podem ser evitados, mas, em vez disso, são transferidos para terceiras pessoas ou para a comunidade como um todo.

As consequências materiais negativas da atividade empresarial, rejeitadas pelos empresários e transferidas para a sociedade, precisam ser inseridas na análise de eficiência da produção. Segundo KAPP (2009, p. 36), deixar de fora do cálculo de eficiência os custos sociais e humanos da produção seria uma clara contradição com as pretensões, ideais humanísticos e o respeito aos valores da dignidade da pessoa humana. Os *custos sociais* afetam a vida e a saúde não apenas dos indivíduos, mas da humanidade inteira, e contradizem qualquer aspiração de utilização racional dos recursos disponíveis.

Na realização de suas atividades produtivas, as empresas geram efeitos prejudiciais para terceiros. O exemplo clássico é o das fábricas poluidoras, que causam danos ao meio ambiente. Mas não só. A ordem econômica da Constituição de 1988, por exemplo, busca prevenir danos decorrentes da atividade econômica através de princípios como a função social da propriedade, a defesa do consumidor e o tratamento favorecido para pequenas empresas, além da própria defesa do meio ambiente (art. 170, CR/1988).

Para evitar e combater os efeitos negativos da atividade econômica, o Estado de direito estabelece normas que visam limitar o funcionamento dos mercados e a iniciativa privada. Os limites variam de intensidade e natureza, desde permissões e induções, até proibição e punição. O comércio de drogas

entorpecentes como a cocaína é passível de punição, bem como o comércio de órgãos humanos e de jogos de azar.

A educação é um direito social fundamental, e toda atividade ligada à satisfação desse direito envolve uma grande quantidade de normas regulamentadoras, a fim de garantir que todos os indivíduos tutelados pelo Estado brasileiro terão acesso aos benefícios de uma educação adequada. Direta ou indiretamente, ao assegurar direitos prestacionais e direitos de liberdade, a ordem constitucional exerce sobre os mercados uma série de estímulos e restrições.

Os objetivos nacionais do Brasil, como a erradicação da pobreza e a redução de desigualdades sociais (art. 3º, CR/1988), estão atrelados a instrumentos de intervenção no funcionamento livre das transações econômicas. É obrigatório, na ordem jurídica vigente, o uso de medidas de política pública para garantir a todos a existência digna, o bem-estar e a justiça social. As funções do Estado, portanto, se expandem para a organização da economia de modo que o mercado interno deve estar a serviço de objetivos como o desenvolvimento e o bem-estar em âmbito nacional.

É comum, por outro lado, que a economia seja vista apenas sob a perspectiva do funcionamento dos mercados competitivos, onde o sucesso ou o fracasso são medidos pelo nível de realização do bem-estar individual. Em um ambiente de mercado genuíno, todo agente econômico pode buscar melhorar o seu nível de bem-estar até alcançar uma situação eficiente, ou ótima. Isto é, a eficiência econômica é alcançada sempre que um agente, empresa ou setor eleva seu nível de bem-estar nos mercados, sem implicar piora do bem-estar de nenhum outro. Essa é a noção de eficiência de Pareto, ou ótimo de Pareto, que embala grande parte da teoria econômica¹².

O funcionamento normal do mercado sempre levaria, nessa perspectiva, à máxima eficiência, pois as relações de transação se dão no campo da objetividade e tendem a se equilibrar através do cálculo econômico baseado no preço. Ronald Coase (COASE, 1960) desenvolveu a teoria dos custos de transação para demonstrar que os diversos riscos envolvidos nas relações de mercado podem ser

¹² Amartya Sen critica o que ele chama de “welfarist efficiency”, e defende que a interpretação dos mecanismos competitivos de mercado deve ser feita com base nos ganhos de liberdade individual, e não de bem-estar/utilidade, como admitido na maioria dos estudos econômicos baseados na ideia de eficiência de Pareto. (SEN, 1993)

minimizados com uma estrutura de governança empresarial. Isso quer dizer que, ao identificar os custos de transação, o empresário teria como os absorver internamente através do mecanismo de preços.

A ideia de eficiência econômica está assim representada apenas pelo somatório dos ganhos agregados com a produção de bens e serviços. As relações de mercado proporcionam uma alocação eficiente de recursos econômicos, pois a barganha entre as partes acaba levando esses recursos para as mãos de quem mais os valoriza, ou seja, quem mais irá criar riqueza a partir deles.

Todavia, há também uma tradição na teoria econômica, originada nos estudos de Arthur Pigou (PIGOU, 1932), através da qual se busca analisar os efeitos residuais ou secundários da atividade econômica principal do agente – efeitos “externos” – que escapam à ação do mecanismo de preços. Estas externalidades negativas, também chamadas de falhas de mercado, revelam situações nas quais os mercados não são capazes de garantir a afetação “eficiente” dos recursos econômicos, e por isso não se realiza o ótimo de Pareto. A existência dessas externalidades justifica a ação corretiva do Estado por via de impostos, subsídios ou regulamentação pública (NEVES, 2011, p. 55).

Coase, por sua vez, foi um severo crítico dessa tradição. Segundo sua teoria dos custos de transação, não é possível admitir a existência de *custos sociais* como danos externos às relações de mercado. Para o autor, os *custos sociais* existem para ambas as partes, e não é adequado entendê-los como resultado de uma imposição unilateral, pois decorrem de situações em que os agentes envolvidos estabelecem entre si uma relação de reciprocidade. É uma questão de se atribuir direitos a uma ou outra parte. Evitar o dano para uma das partes implica causar dano à outra.

Se discutirmos o problema do ponto de vista de sua causa, é certo afirmar que ambas as partes causaram o dano. Se nos ativermos numa alocação ótima de recursos, é desejável, portanto, que ambas as partes devam levar o efeito prejudicial (o incômodo) em consideração ao decidir como agir. Uma das belezas de um sistema de determinação de preços que opera perfeitamente é [...]que a queda no valor de produção devido a um efeito prejudicial tornar-se-ia um custo para ambas as partes. (COASE, 1960, tradução nossa)¹³.

¹³ “If we are to discuss the problem in terms of causation, both parties cause the damage. If we are to attain an optimum allocation of resources, it is therefore desirable that both parties should take the harmful effect (the nuisance) into account in deciding on their course of action. It is one of the

Não é o caso de chamar o Estado para corrigir uma *falha* do mercado, mas sim de suprir uma *falta* de mercado. Os governos deveriam criar instituições que minimizassem os custos de transação, e não buscar compensar os problemas sociais com intervenção na produção privada. Segundo Coase, este é o papel da política econômica: comparar o produto social gerado em arranjos sociais alternativos, e não comparar o produto privado com o produto social. Para ele, isso não faz sentido. O problema dos *custos sociais* deve ser resolvido através da escolha da alternativa mais vantajosa. É saber se o ganho obtido com a eliminação do dano é maior ou menor do que a perda resultante da ação que visou esse impedimento. E isso tem que ser visto caso a caso.

Assim, Coase põe em causa a abordagem tradicional de Pigou sobre as externalidades em dois aspectos: 1) nega os *custos sociais* como “falhas de mercado”, e; 2) critica a solução dos *custos sociais* pela ação corretiva do Estado, propondo o uso da valoração dos ganhos, ou seja, a escolha do arranjo social que maximiza o valor total da produção (NEVES, 2011, p. 59).

Apesar das discordâncias, tanto Coase quanto Pigou realizam a análise econômica de eficiência dos mercados com base no ótimo de Pareto. Isto é, o debate se estabelece sob a regência de um objetivo maior, a eficiência econômica baseada no funcionamento dos mercados. Com Pigou, é bem verdade, é preciso ajustar algumas falhas através da ação estatal, o que Coase refuta veementemente.

Mas quando Coase admite que questões como a repartição da renda ou o bem-estar coletivo não podem ser resolvidos pelo mercado, o faz para separar os campos de atuação da economia e da ética. Para ele, equidade e eficiência não se comunicam e operam em lógicas distintas.

Sobre este ponto, Vitor Neves (NEVES, 2011, p. 64) lembra que na teoria econômica interiorizou-se uma crença equivocada de que eficiência, ao contrário da equidade, pode ser pensada como isenta de valores. Por isso, Coase se aferra tão fielmente à ideia de que a valoração é o melhor caminho para resolver os *custos sociais*. Pelo fato de estar concentrada do cálculo da produção total através dos preços de mercado, a eficiência seria obtida sempre por uma análise integralmente objetiva.

beauties of a smoothly operating pricing system that, as has already been explained, the fall in the value of production due to the harmful effect would be a cost for both parties”.

É certo que discutir o problema dos *custos sociais* é, inevitavelmente, discutir o papel do mercado na teoria e na realidade das nossas economias. Mas segundo Karl William Kapp é preciso levar em consideração uma gama mais complexa de fatores que interferem na geração dos *custos sociais*, os quais

são, em seu entender, o resultado da ação combinada de uma pluralidade de fatores, relações e processos causais, só podendo ser plenamente compreendidos (e os seus efeitos minimizados) no quadro de uma abordagem que reconheça: (1) o caráter aberto dos sistemas socioeconómicos e (2) a natureza circular e cumulativa daqueles processos causais (Kapp, 1976). Esta natureza cumulativa impõe a consideração de limiares críticos (ou zonas críticas), ausente da análise convencional, a partir dos quais os *custos sociais* ganham nova relevância e significado. Mecanismos lineares de causa e efeito e abordagens teóricas com base na noção convencional de equilíbrio serão inadequados para analisar os *custos sociais*. (NEVES, 2011, p. 62)

A principal crítica de Kapp em relação às teorias convencionais dos *custos sociais* está no fato de pressuporem a existência das empresas e o funcionamento dos mercados como se fossem dados imutáveis da realidade. “Em suma, o que a teoria convencional trata como um dado é, na verdade, já o resultado de uma constelação de interdependências mercantis e não mercantis entre unidades de caráter heterogéneo e com diferentes graus de controlo e dominação económica” (Kapp, 1969: 335, *apud*, NEVES, 2011, p. 62).

Kapp defende que a análise dos *custos sociais* deve estar baseada na compreensão de um desempenho global da economia do ponto de vista dos valores da sociedade, definindo critérios substantivos e indicadores objetivos de bem-estar, assentes numa teoria substantiva das necessidades humanas essenciais e do comportamento humano (NEVES, 2011). Os *custos sociais* são, dessa forma, um problema de organização institucional da economia.

É necessário afastar, dentro de uma economia institucional, qualquer dicotomia entre fins econômicos e não-econômicos, sob pena de não serem levadas em consideração variáveis históricas e sociais que determinam as reais necessidades básicas da vida humana em cada sociedade. Dentro do *institucionalismo*, o problema central da teoria econômica é construir uma *teoria do valor social* capaz de avaliar os custos e benefícios em termos do valor que traduzem para a sociedade.

A divergência central de Kapp em relação aos outros teóricos está na sua compreensão de que, muito além de uma *falha*, ou uma *falta* de mercado, **os custos sociais são um problema intrínseco ao capitalismo**. São custos “não pagos” pelo empresariado, intrinsecamente ligados à atividade produtiva e inevitáveis no quadro das economias baseadas no lucro.

Para ilustrar sua tese, Kapp anota que, por uma questão óbvia, nenhum proprietário de bens produtivos duráveis estaria disposto a empregar um capital sem existir uma provisão que possa compensar o desgaste em seu patrimônio. Essa provisão é o que se conhece como custo de depreciação, que obriga o empresário a constituir um fundo para realocar os fatores de produção fixos e duráveis. É um custo assumido pelo empreendedor, para garantir a continuidade da sua empresa. Por outro lado, o tratamento que se dá ao desgaste do fator humano de produção não costuma ser assumido voluntariamente pelo empresário, uma vez que pode ser substituído. “Além disso, na medida em que o desemprego seja maior e menor a capacitação do trabalhador, será mais difícil que o empresário considere os danos à saúde do trabalhador como custo interno” (KAPP, 1966, p. 170, tradução nossa).

Tanto melhor, quanto menor forem esses custos internos. Isso porque a finalidade primordial de gerar lucro ao final das transações mercantis é o que move um empresário ao investir seus direitos e propriedade em uma atividade produtiva. É por essa razão também que o empresário transfere para terceiros as perdas (como a saúde do trabalhador) geradas no processo produtivo. Segundo KAPP (2009, p.169), “Um dos casos mais reconhecidos como causadores de custos sociais é o impacto prejudicial que as atividades produtivas têm sobre a saúde física e mental dos homens”.

Outros aspectos da economia de mercado como o progresso tecnológico e a “Destrução criativa” descrita por SCHUMPETER (1984) como a principal característica do capitalismo, também geram custos sociais. Além da inovação, isso que foi chamado de *equilíbrio instável* ou mesmo de *instabilidade*, é também causado por uma *guerra econômica* generalizada, definida por KAPP (1966, p. 235) como um conjunto de práticas empresariais que configuram concorrência desleal, obsolescência planejada e propaganda abusiva.

Em resumo, ao minimizarem os seus custos internos, as empresas maximizam os *custos sociais*, pois transferem para terceiros e para a comunidade

aquilo que a teoria convencionou chamar de custos “externos”. Kapp mostra que os *custos sociais* são na verdade um amplo espectro de “deseconomias” (KAPP, 1966). Sendo os *custos sociais* um produto inexorável da lógica de funcionamento da economia de mercado como um todo, perde sentido a proposta de Coase para criar novos mercados para negociar os direitos decorrentes dos *custos sociais*. A solução, para Kapp, passa por mudanças institucionais que levem em consideração os valores sociais. A busca por uma *eficiência social*, no lugar de uma eficiência de Pareto.

2.3 Os custos sociais produzidos pelo ensino superior privado

A partir da noção de custos sociais e do seu oposto como eficiência social, é possível analisar os prejuízos causados pela exploração lucrativa do ensino superior no Brasil. Muitos são os problemas que podem ser analisados sob a ótica dos *custos sociais*, desde a intensificação do desgaste do fator humano docente, passando por perdas transferidas ao consumidor/estudante, violações concorrenceis, excesso de oferta e oneração direta dos recursos públicos para estimular a demanda.

Desde 2007, quando as primeiras empresas mantenedoras de ensino superior abriram seu capital na bolsa de valores de São Paulo, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE tem percebido a formação de uma nova estrutura de mercado, caracterizada pela presença de *players* dotados de capilaridade, ganhos de escala, redução de custos por meio da centralização operacional e administrativa e maior acesso ao capital para financiar investimentos. A nova dinâmica, configurada com a consolidação e concentração no setor, trouxe significativas alterações para as relações de concorrência, e “novos elementos são inseridos no cenário competitivo, os quais sequer faziam parte do horizonte de atuação das tradicionais instituições de ensino” (CADE, 2014a, pp. 23, 24).

Sendo a existência de uma sociedade empresária destinada, em primeiro lugar, para geração de excedentes, e que estas sobras (lucro) são tanto maiores quanto menores forem os custos internos, a tendência natural também das empresas mantenedoras de ensino superior é transferir seus custos internos para terceiros. Aos professores transferem-se custos reduzindo-se a remuneração e a

infraestrutura de apoio pedagógico; aos estudantes, proporcionando cursos de qualidade limítrofe, isto é, apenas para cumprir formalmente (o termo certo seria *aparentemente*) as exigências mínimas para funcionamento sob a chancela do Estado, e; à sociedade como um todo, usando da máquina estatal reguladora e dos fundos públicos.

2.3.1 Infrações contra a ordem econômica

Ao analisar o maior caso de concentração do setor, quando as companhias Kroton S/A e Anhanguera S/A decidiram unir suas operações, O CADE observou que os potenciais efeitos para os alunos desses mercados podem ser substancialmente graves, de forma que a análise de eficiências dessa operação deveria ser realizada de maneira bastante parcimoniosa. A atenção estava voltada para coibir o exercício abusivo de poder de mercado: interferência negativa nas condições mercadológicas (preços, oferta, qualidade) e extinção de rivalidade efetiva.

A primeira constatação do órgão controlador foi em relação ao destaque que deveria ser dado para a análise do mercado de graduação à distância, pois os cursos de bacharelado, licenciatura e tecnológico ofertados através da metodologia EAD pelo novo conglomerado alcançariam índices alarmantes de concentração. Quando o maior agente de mercado adquire o seu principal rival, isso não pode ser visto apenas sob a ótica de uma possível redução de preço em virtude de ganhos de escala. Ter-se-ia que indagar também sobre o impacto da operação na qualidade dos serviços que são oferecidos ao consumidor, na redução de alternativas ao consumidor e do aumento de assimetria perante os consumidores, que ficariam ainda mais vulneráveis. Ainda mais diante de mercado tão problemático e que diz respeito a serviço tão essencial e vinculado à dignidade da pessoa humana, como é o ensino superior (CADE, 2014a, p. 334).

A preocupação se justifica porque, juntas, Kroton e Anhanguera passariam a ter no ensino à distância 226 mil alunos a mais do que a sua principal concorrente em âmbito nacional, a UNINTER. O total de alunos duas companhias corresponderiam a mais de 37% de todo o mercado de graduação à distância no

Brasil, equivalendo a quase quatro vezes a participação de mercado da segunda colocada, que detinha 10% do mercado nacional. Em busca de criar um negócio de escala *irreplícável*, a união das duas companhias ganharia tanto poder de escala e massificação, que a entrada de concorrentes nesse mercado estaria completamente comprometida.

Ao contrário do que tentaram defender as companhias, a mera existência de economias de escala não assegura que haverá uma melhoria na qualidade dos produtos ofertados, nem mesmo um decréscimo nos preços cobrados. A relatora do Ato de Concentração, conselheira Ana Frazão, expôs que a análise antitruste revela que a redução de custos só é repassada para os consumidores quando o mercado apresenta níveis razoáveis de rivalidade e possibilidade de entradas suficientes para estimular a distribuição, senão total, pelo menos parcial, das economias obtidas pelos agentes econômicos aos consumidores (CADE, 2014a).

No parecer da Superintendência Geral do CADE, foi demonstrado que o ato de concentração, se aprovado sem restrições, poderia gerar condições prejudiciais para os alunos dos cursos e municípios afetados, tais como elevação de preços, redução da oferta dos serviços e queda na qualidade de ensino (CADE, 2014b). Essas e outras consequências negativas apontadas no Ato de Concentração analisado já haviam sido apresentadas em audiência pública da Câmara dos Deputados, quando foi mostrado que mais da metade dos cursos da Anhanguera avaliados no ano de 2012 tiveram desempenho de aprendizagem dos alunos com resultados negativos (conceitos 1 e 2). Além disso,

A professora Dr^a Cristina Helena de Almeida Carvalho, da Faculdade de Educação da Universidade de Brasília (UNB), em sua, também, segura exposição, desmontou todas as falácia dos representantes patronais, com notório destaque para os seguintes aspectos:

I) a estratégia de gestão e de negócios da IES, com fins lucrativos, são: i1) venda parcial ou total ao capital estrangeiro; i2) ausência legal para a participação deste capital; i3) alinhamento dos objetivos da administração aos interesses dos acionistas: maior liquidez e maior valorização das ações negociadas no mercado; i4) redução de custos, com enxugamento do quadro de pessoal, baixos salários, demissões dos mais qualificados e precarização das relações de trabalho; i5) a massa salarial das IES, com fins lucrativos, manteve-se estagnada, sem nenhum crescimento, no período 2002 a 2011; i6) concorrência predatória, com a aquisição de estabelecimentos de pequeno e médio porte, que leva à oligopolização do setor, que passa a ser controlado pela mantenedora da holding;

- II) a associação da Anhanguera com a Kroton, numa operação financeira de R\$ 13 bilhões, levou à criação da maior IES privada do mundo;
- III) o valor de mercado da Kroton é de R\$ 8,8 bilhões; da Anhanguera, de R\$ 6,2 bilhões; da Estácio de Sá, de R\$ 5,1 bilhões; e da Abril Educacional, de R\$ 2,9 bilhões;
- IV) a Kroton e a Anhanguera representam 14% das matrículas em ensino superior, percentual que chega a 30% com a soma da Laureate Brasil, Unip, Ser Educacional, Ânima Educação e Cruzeiro do Sul;
- V) 56% dos bolsistas do ProUni encontram-se matriculados em IES com fins lucrativos;
- VI) 53% dos cursos oferecidos pela Anhanguera obtiveram notas 1 e 2, no último Enade: 71 no total de 134 avaliados. (SOUZA, NARA TEIXEIRA DE; OLIVEIRA, 2014).

Os esforços para ampliar a qualidade do ensino eram até então inócuos, ou pouco consistentes, em sua grande maioria estando no limite passível de punição, tendo algumas inclusive passado por Termo de Saneamento em razão de problemas de qualidade do ensino. Por essa razão, o CADE, mesmo tendo que desistir das necessárias restrições estruturais e comportamentais que visariam afastar os efeitos anticoncorrenciais detectados, firmou um acordo com soluções consideradas viáveis e adequadas à realidade encontrada. Segundo a relatora, “a autoridade antitruste não poderia, por diversas razões, impor e monitorar unilateralmente as metas de qualidade” (CADE, 2014a, p. 384).

Considerando que 63% dos estudantes de graduação à distância no Brasil estaria submetido ao poder de mercado resultante da concentração, o acordo previu medidas de suspensão durante 3 anos de presença simultânea nos cursos de Administração, Gestão de RH, Serviço Social, Gestão Hospitalar, Gestão Logística e Pedagogia – considerados os mercados mais problemáticos de concentração no ensino à distância. Isso inclui os 443 pedidos de credenciamento em andamento no Ministério da Educação, de modo que já existindo ou não atuação de uma das companhias, em nenhum local poderá haver funcionamento de cursos simultâneos nas áreas citadas. Além disso, foi acordado um prazo para alienação para uma empresa estranha ao grupo de uma de suas instituições de graduação à distância (UNIASSELVI) com 70 mil alunos (diante de um total de quase 500 mil alunos da nova empresa). Em relação à qualidade do ensino, o acordo estabeleceu o prazo de 2017 para que os cursos de EAD tenham corpo docente formado por no mínimo

80% de mestres e doutores. Também exige investimentos em material didático e aperfeiçoamento de ferramentas tecnológicas.

Toda a documentação desse processo de consolidação de mercado, representam os diversos aspectos que fazem do ensino superior privado um exemplo típico de processo produtivo gerador de custos sociais. A baixa remuneração dos professores, a qualidade insuficiente do ensino em termos gerais é normalmente vista como resultado de uma estratégia de *redução* de custos. O que se está sustentando aqui é que a necessidade de gerar lucratividade com o ensino, e, ainda mais criticamente, o compromisso corporativo de gerar rentabilidade para os investidores do negócio implicam transferência, e não redução de custos.

A compreensão da atividade econômica como um arranjo institucional complexo impõe, como já foi visto acima, a busca de uma eficiência social que vai além dos cálculos baseados em ganhos. Além da relação de consumo (com o aluno) e da relação de trabalho (com os professores), a educação está inserida em um contexto institucional mais amplo. A própria decisão do CADE que aprovou o acordo de concentração destacou que “no mercado de educação, a análise deve ser o mais possível conservadora, a fim de preservar, acima de tudo, o consumidor/estudante” (CADE, 2014a, p. 182). Certamente querendo dizer com isso, que o estudante deveria estar *acima de tudo* em razão da fundamentalidade do direito social à educação previsto no artigo 6º da Constituição.

Mas uma vez esse direito foi colocado à mercê da competitividade do mercado, e da busca *natural* dos empresários pela dominação do seu setor e com isso gerar os melhores resultados para o negócio, não apenas o direito fundamental à educação fica comprometido, mas também o próprio conteúdo valorativo do ensino como atividade inerente à ordem social, que deve se projetar para a redução das desigualdades regionais e garantir o pluralismo e o acesso irrestrito aos níveis superiores. O que fazem as empresas de ensino superior é se apoiarem na expectativa de *mobilidade social* e nas precárias certificações governamentais para impulsionar as vendas de um serviço que seja viável para suas ambições, mas sem nenhum outro compromisso coletivo como os mencionados nesse parágrafo.

O que a análise concorrencial chamada de *abuso de poder de mercado* é, na visão de qualquer empresa, apenas uma estratégia de se estabilizar no mercado. O uso da propaganda para atrair clientes, funciona no ensino da mesma forma que

em todos os outros setores. O intuito final é sempre a venda, mas que no caso do ensino formal escolar, como são os cursos superiores, está se tratando de direitos. O que os cidadãos-estudantes buscam nos bacharelados, licenciaturas e tecnológicos não é um mero serviço, mas a fruição efetiva do direito fundamental à educação.

Sobre a publicidade, KAPP (1966, p. 254) lembra que a manipulação da personalidade humana que explora as fragilidades pessoais para, a partir daí, estimular decisões emocionais com base em meias verdades ou afirmações exageradas (e todas as armas possíveis de persuasão), consistem em um atentado à integridade do indivíduo. Muitos são os diplomados vítimas de um ensino de má qualidade, e que só fora adquirido a partir das distorções de convencimento criadas pelo intenso apelo midiático e variadas técnicas de captação de novos alunos.

Há um discurso pretencioso por parte dos empresários da educação de que seriam eles os agentes da *democratização* do ensino superior. Falam isso com base no perfil dos estudantes que conformam o seu público-alvo, ou *mercado consumidor*. Para eles, todos os problemas identificados pela autoridade antitruste são irrelevantes diante do seu papel na expansão do ensino superior. Usando as estatísticas do censo do ensino superior e as metas previstas no plano nacional de educação, um representante da Kroton Educacional, Rodrigo Capelato, destacou que “Quem está fazendo a inclusão educacional não é a universidade pública, mas as instituições privadas”, e que o perfil dos seus alunos é majoritariamente das classes C (29,8%), D (31,2%) e E (32,4%), sendo apenas 6,6% da classe A/B. Segundo ele, não existe problema algum no fato de o grupo concentrar 1 milhão de estudantes. “É o número de alunos no ensino superior que tem que crescer, inclusive na educação a distância”. (RIBEIRO, 2013)

Mas na investigação feita pela Superintendência Geral do CADE, todos os representantes das instituições de ensino superior consultadas foram incisivas ao salientar o papel central da propaganda na sua estratégia de captação de novos alunos. Nota-se que a propaganda é um dos fatores mais importantes para ampliar o número de alunos matriculados, considerando que o “público-alvo” da grande parte dessas instituições é menos sensível a questões relacionadas à qualidade do ensino. Dessa forma, é esse público que se torna, por isso mesmo, mais sensível à questão da marca e da propaganda.

Há também um forte movimento de expansão da rentabilidade através da implantação de pólos de ensino à distância. Diante da constatação de inúmeros problemas de qualidade e condições precárias de aprendizagem nessa modalidade, o Fórum dos Conselhos Federais da Área da Saúde, que reúne os conselhos de Medicina, Psicologia, Farmácia, Enfermagem, Serviço Social, Biologia, Biomedicina, Educação Física, Fisioterapia, Terapia Ocupacional Fonoaudiologia, Medicina Veterinária, Nutrição, Odontologia, além do Conselho Nacional de Técnicos em Radiologia, decidiu se posicionar contra a implementação de cursos de graduação a distância na área de saúde.

Existe um déficit quantitativo de docentes capacitados no domínio da educação a distância. É importante que o PPC defina um modelo de capacitação que leve ao domínio da tecnologia a ser utilizada assegurando a todos os docentes pontos comuns de conhecimento. A formação dos professores não está pensada nem preparada para um ensino que, exige um tempo maior e uma dinâmica de aula muito distanciada do modelo tradicional de ensino de caráter transmissivo.

Quanto às avaliações, o quadro é bastante heterogêneo na EAD, havendo situações em que os estudantes são avaliados apenas por testes não presenciais, outros tem avaliações presenciais com provas em cada módulo. Há muito poucas indicações sobre a realização de Trabalho de Conclusão de Curso – TCC- Os alunos também são avaliados no momento de estágio, mas não fica clara a presença dos mecanismos utilizados – relatório, avaliação em campo e acadêmica. O processo avaliativo da EAD não coaduna com a avaliação proposta nas Diretrizes Curriculares que prevê um acompanhamento efetivo do processo ensino-aprendizagem.

O estágio supervisionado e as práticas de laboratório são sem dúvida, o nó crítico desta modalidade de oferta de ensino, para a área da saúde. O número excessivo de estagiários por supervisor de campo, ultrapassando o limite recomendado de 15 alunos por turma, bem como a dificuldade de se ter uma relação adequada de instituições como campos de estágio e a disponibilidade de supervisores de campo em vários locais é um grande problema no EAD. Temos que ter garantia de tutores com formação em serviço, identificados com o projeto pedagógico. Muitas vezes pela dificuldade de encontrar profissionais para a tutoria, são contratados tutores com um papel meramente técnico e administrativo, o que gera um prejuízo na relação ensino-aprendizagem, considerando a inexistência de debate mesmo nos momentos presenciais, numa dinâmica que apenas resolve dúvidas eventuais no plano individual (FCFAS, 2011).

No Estado do Rio de Janeiro, a primeira Comissão Parlamentar de Inquérito que investigou denúncias contra instituições de ensino superior privadas, encaminhou ao Ministério da Educação suspeita de fraude na venda de diplomas e aumento abusivo nas mensalidades de 64 instituições. “Os grupos financeiros investigados viraram mantenedores e obtiveram lucros na Bolsa de Valores,

enquanto a qualidade do ensino ficou cada vez mais deteriorada", frisou o relator Robson Leite (ALERJ, 2010).

Salvo exceções, uma parte considerável das IES possui, em função do aqui exposto e investigado pela CPI, um total descompromisso com a qualidade da educação. A excelência acadêmica não pode ser medida apenas pela titulação ou exames dos alunos. É urgente que entre nos critérios indicativos, humanizadores e ambientais. Em função disso, há a necessidade de aprimoramento nas fiscalizações do MEC, além das regulamentações necessárias no Ensino à Distância (EAD), PósGraduações e no credenciamento e recredenciamento das IES. (LEITE, 2013)

Uma das empresas investigadas nessa CPI foi a Galileo Educacional S/A, que parece ter sido responsável pelo caso mais emblemático de má administração privada do ensino, envolvendo, além de todas as possíveis violações de normas impostas pelo Ministério da Educação para o normal funcionamento de seus cursos, também teve transações financeiras com fundos de pensões sendo objeto de investigação da polícia federal. Duas grandes instituições de ensino do Rio de Janeiro, incluindo a Universidade Gama Filho, foram descredenciadas e tiveram suas atividades encerradas após longo Processo de Supervisão, tudo em decorrência da má gestão privada.

Apesar de ter instalado o caos no ensino superior, todo esse processo trouxe resultados milionários para os seus responsáveis. As instituições assumidas pelo grupo econômico Galileo (Universidade Gama Filho e o Centro Universitário UniverCidade) eram mantidas por entidades filantrópicas que estariam em grave crise financeira, mas as negociações para transferência de manutenção proporcionaram aos antigos administradores mais de duzentos milhões de reais, segundo reportagem do jornal O GLOBO (VIEIRA, 2013).

A captação de recursos da nova mantenedora está sendo investigada desde a CPI, pois há graves indícios de crimes, inclusive contra os fundos de Pensão PETROS e POSTALIS¹⁴.

O GRUPO GALILEO, através de duas empresas, a Galileo Administradora de Recursos Educacionais S.A, uma sociedade anônima, e depois, de

¹⁴ A reportagem foi veiculada no caderno Istoé Brasil N° Edição: 2377, no dia 19 de junho de 2015. Inquérito da PF revela desvio de R\$ 100 milhões nos fundos de pensão Postalis e Petros. Delator acusa o presidente do Congresso de receber quantia milionária. Os parlamentares petistas Lindbergh Farias e Luiz Sérgio teriam ficado com R\$ 10 milhões cada.

forma nebulosa, mais obscura, com a criação da Galileo Gestora de Recebíveis SPE, uma sociedade de propósitos específicos, que através da constituição de um capital social de apenas dez mil reais, fez uma operação de mercado que possui uma legalidade que deve ser questionada. Essa operação de mercado foi realizada através da emissão de cem debêntures no valor nominal de um milhão cada e a contrapartida dada pelo negócio que foi o estoque de alunos do curso de medicina da Gama Filho (LEITE, 2013, p. 30).

O dinheiro do Postalis, cerca de R\$ 80 milhões, foi usado para adquirir 75% do total de debêntures emitidas pelo grupo. O restante foi comprado pela Petros e pelo Banco Mercantil do Brasil, responsável por estruturar a operação. Segundo depoimentos, dentro do banco o negócio foi encaminhado pelo irmão de Mendes Costa, Marcus Vinícius, acionista minoritário do BMB. As debêntures do Galileo tiveram como lastro as mensalidades do curso de medicina da Universidade Gama Filho, que naquele momento já passava por dificuldades financeiras e risco de descredenciamento pelo Ministério da Educação. Comprá-las era uma decisão temerária e só uma gestão política poderia garantir a aplicação milionária num negócio pra lá de suspeito (SEQUERA, 2015).

Em São Paulo, a Assembleia Legislativa também investigou graves denúncias contra instituições de ensino superior privado que lesaram milhares de estudantes com baixa qualidade e práticas de abuso contra o consumidor. Segundo relatório final da CPI paulista, a expansão privada no Brasil não é um fenômeno sadio, pois não contribui para o desenvolvimento do País uma vez que os cursos são abertos por “modismos”, e conforme o potencial do mercado consumidor, algo que vai totalmente e contra os objetivos de pluralidade, qualidade e equidade. Indicador de um *capitalismo de baixo risco* praticado pelos empresários do ensino superior é a concentração de suas atividades no Estado de São Paulo, onde 92% das vagas são ofertadas em instituições privadas.

Um dos casos mais graves analisados pela CPI paulista foi a da instituição UNIESP, “a escola que é caso de polícia”, conforme reportagem da revista Exame. Pela primeira vez o Ministério da Educação precisou solicitar à Polícia Federal a investigação de fraude na instituição que prometia algo extraordinário: pagar a mensalidade de seus próprios alunos, e ainda dar um tablet de “lambuja” (o termo foi usado pela repórter da revista).

É, de longe, a promoção mais agressiva do mercado de educação no Brasil, e os números comprovam sua popularidade. Olhada ao microscópio, porém, a generosidade fica, digamos, menos generosa — o que, somado a um histórico que já tinha um tanto de polêmica, acabou colocando a Uniesp e seu controlador na mira do Ministério da Educação e da Polícia Federal.

Isso porque, para participar da promoção, os estudantes devem procurar um banco e contrair — em seu nome — o financiamento estudantil do governo federal, o Fies. Feito isso, recebem da escola um documento em que a instituição diz que se compromete a quitar a dívida.

O problema é que, para os órgãos de defesa do consumidor, o documento não tem valor legal. Ou seja, caso a Uniesp não pague as parcelas do financiamento, é o aluno que ficará com o nome sujo na praça. Só o Procon de Campinas, cidade em que a Uniesp tem uma unidade, recebeu 64 queixas de alunos que não sentiram firmeza na garantia oferecida.

A entidade apura o caso — ao final do processo, pode suspender novas matrículas e multar a Uniesp em até 6 milhões de reais. Em julho, o Ministério da Educação pediu à Polícia Federal que investigue o grupo por fraude — é a primeira vez que isso acontece com uma instituição de ensino superior (LEAL, 2012).

Na CPI, ficou demonstrado que a UNIESP tem como política atrair alunos com baixas mensalidades e oferta de bolsa de estudo. Depois de certo tempo em que o aluno estava matriculado, a bolsa era rescindida e o aluno constrangido a aderir ao FIES, com um valor de mensalidade superior ao que tinha sido oferecido no início do curso (ALESP, 2011, p. 140).

2.3.2 Financiamento público direto e indireto

Fundado em 1952, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) se tornou o principal instrumento público de financiamento de longo prazo em todos os setores da economia brasileira. Seus recursos têm origem em fundos públicos como FAT/PIS-PASEP, FGTS e no próprio Tesouro Nacional, atualmente seu maior credor. Para o ensino superior, em 1997 o BNDES criou o Programa de Recuperação e Ampliação dos Meios Físicos das Instituições de Ensino Superior.

Assinado pelo então Ministério da Educação de Desporto, o Protocolo de Atuação Conjunta 01/97 tinha o objetivo de conjugar esforços e recursos financeiros para (a) contribuir para a consolidação e a modernização do ensino superior no Brasil e (b) apoiar a renovação e a ampliação dos meios físicos voltados ao ensino, à pesquisa e à administração das instituições de ensino superior. Conhecido como Programa IES, esta política econômica previa vigência inicial de 60 meses recursos de até R\$ 500 milhões, e este valor seria dividido igualmente entre financiamentos para IES públicas e privadas.

Ao final desse prazo, o programa foi prorrogado por mais 60 meses, e em 2004 houve alterações substanciais nas condições de concessão de financiamento para permitir que as IES privadas tivessem acesso à modalidade de operação indireta automática, no valor de até R\$ 10 milhões, por intermédio de agentes financeiros. E em 2005, o Termo Aditivo 3 ao Protocolo da Atuação Conjunta elevou o limite de financiamento para o programa até o valor de R\$ 900 milhões, sendo R\$ 650 milhões para IES privadas e R\$ 250 milhões para IES públicas.

Ao longo da vigência do Programa IES (1997-2007), o BNDES contratou R\$ 525,7 milhões, com excelente grau de desembolso, sendo que até setembro de 2009 96% do total já haviam sido liberados. Conforme tabela a seguir, fica claro como o Programa acabou sendo direcionado para o setor privado: mais de 90% do valor liberado pelo Programa foi para os projetos da iniciativa privada.

Tabela 01 - Valores contratados e executados no Programa IES (R\$ milhões)

Tipo/IES	Privada	Pública	Total
Valor do orçamento do programa	650,0	250,0	900,0
Valor contratado	462,8	62,9	525,7
Valor desembolsado	459,0	47,5	506,5
Valor total dos projetos	1.119,6	101,4	1.221,0
<u>Razão valor total do projeto/Valor da operação (contratado)</u>	<u>2,42</u>	<u>1,61</u>	<u>2,32</u>

Fonte: (SÉCCA; LEAL; MENEZES, 2010, p. 239)

Nota: Valores históricos, ou seja, não foi aplicada atualização monetária.

Ainda segundo estudo de Secca, Leal e Menezes (2010), os valores se concentraram, em mais de 96%, nas regiões sul e sudeste do país, sendo 70% dos desembolsos para grandes empresas (com receita operacional bruta anual maior que R\$ 60 milhões). Outro dado importante levantado pelos autores é a característica dos investimentos realizados, conforme tabela abaixo:

Tabela 02 – Programa IES: valores segundo os itens de investimentos e por tipo de IES

	IES privadas	IES públicas	Total geral
Despesa pré-operacional e giro	700.000	0	700.000
Estudos, projetos e tecnologia	9.740.317	0	9.740.317
Equipamentos	191.139.065	0	191.139.065
Obras e instalações	848.842.608	91.881.059	940.723.667
Terrenos	20.681.093	9.522.000	30.203.093
Veículos	132.205	0	132.205
Móveis, utensílios e materiais	21.785.127	0	21.785.127
Outros	23.939.487	0	23.939.487
Total geral	1.116.959.903	101.403.059	1.218.362.962

Fonte: (SÉCCA; LEAL; MENEZES, 2010, p. 247)

Conforme se observa, o principal item de investimento do programa foi “Obras e instalações”. Nas IES privadas, a participação desse item foi de 76% (R\$ 848,8 milhões) do valor total dos projetos e, nas públicas, chegou a atingir 90,6% (R\$ 91,9 milhões). Em seguida, vieram os investimentos na rubrica “Equipamentos”, que, somados aos de “Obras e instalações”, totalizaram 93,1% do valor dos projetos das IES privadas. É necessário notar nesses dados que investimentos mais diretamente voltados à promoção da qualidade do ensino e da pesquisa, como seria de se supor atrelados ao item de “Estudos, projetos e tecnologia”, tiveram atenção mínima.

Em síntese, o capital público foi transferido em forma de crédito barato para que grandes empresas, das regiões sul e sudeste do Brasil investissem no próprio patrimônio, e não na educação propriamente dita.

Ao final da vigência do Programa, o setor privado solicitou a renovação da política e em 2009, o novo Programa IES foi lançado com a parceria entre o BNDES e o MEC, declarando ter por objetivo principal “apoiar a melhoria da qualidade do ensino das Instituições de Educação Superior”. Um dos requisitos para a concessão do apoio financeiro nesse novo programa era que a instituição de ensino

apresentasse Índice Geral de Cursos (IGC) igual ou superior a 3 (três), no âmbito do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES), considerado o IGC mais recente publicado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Anísio Teixeira (INEP) até a data do protocolo do projeto na Instituição Financeira Credenciada (BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL, 2012). Em resposta a essa exigência, o principal representante do setor privado à época se manifestou:

o BNDES já liberou milhares de linhas de financiamento e nunca fez imposições que desqualificasse, de imediato, o público interessado. **Muitas empresas privadas utilizaram recursos do Banco para comprar gado e para desenvolver seus serviços, mas, elas nunca tiveram que apresentar notas dois, três ou quatro** (FÓRUM DAS ENTIDADES REPRESENTATIVAS DO ENSINO SUPERIOR PRIVADO, 2009).

É difícil não estranhar os termos, mas o que o representante das instituições particulares fez foi comparar seus negócios à compra de gado. A clara irritação do setor se justifica pela consequência desse pré-requisito de nota mínima. Aproximadamente 76% das instituições foram desqualificadas por esse critério. Quatro anos depois, o Sindicado das Mantenedoras do Ensino Superior noticiaram que a linha de crédito do Programa estimada em R\$ 1 bilhão continua sem uso.

A outra exigência do segundo Programa IES foi a vinculação aos outros programas de financiamento da Educação superior, o Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (FIES) e ao Programa Universidade Para Todos (PROUNI). Estas duas são modalidades de financiamento indireto do Estado para a iniciativa privada, estudas com mais detalhes adiante.

Segundo COUTELLE (2013), esses programas de financiamento e bolsas de estudos se transformaram nos maiores aliados das instituições de ensino para levantar recursos por meio do oferecimento do serviço educacional. Somente o FIES em 2013 tinha previsto orçamento de R\$ 7,8 bilhões para pagamento de 626,5 mil contratos em andamento e mais 400 mil novas adesões. A remuneração é realizada através de títulos da Dívida Pública, que são repassados mensalmente às instituições de ensino. Esse valor é utilizado para quitação de contribuições previdenciárias e demais tributos da Receita Federal. No caso de excedentes, eles são recomprados pelo governo pelo mesmo valor da mensalidade.

O programa tem sido visto como uma das principais formas de salvação financeira para instituições particulares. Isso porque anualmente concede um número cada vez maior de financiamentos e o histórico de atrasos dos repasses que vinha ocorrendo até 2011 foi regularizado. No ano passado, 23,8% dos alunos ingressantes na rede particular foram contemplados com o custeio, contra apenas 2,4% em 2009. E esse percentual deve aumentar ainda mais. O diretor-executivo do Semesp, Rodrigo Capelato, acredita que rapidamente ultrapassará a margem dos 30%, podendo chegar a 40% nos próximos anos (COUTELLE, 2013).

Entre 2010 e 2014, o FIES passou de 76.165 novos financiamentos, com orçamento de cerca de R\$ 1 bilhão, para 732.243 novos financiamentos e um orçamento de mais de R\$ 12 bilhões em 2014, representando um crescimento de 860% em relação ao número de novos financiamentos e de 1100% em relação ao orçamento. Os dados são do Relatório Anual de Auditoria de Contas, da Controladoria-Geral da União. No relatório fica claro o auto custo para o Estado e o grande risco de prejuízo:

verificou-se se o retorno dos recursos financeiros provenientes da amortização do financiamento após a conclusão do ensino superior pelos estudantes vem ocorrendo. Ressalta-se, no entanto, que havia 315 mil contratos em fase de amortização e mais de 1,8 milhão de contratos em fase de utilização, do que se pode concluir pela **grande dependência do FIES em relação a outras fontes de custeio**.

Diagnosticou-se que, em 31/12/2014, 23,66% dos contratos em fase de amortização estavam com mais de 360 dias de atraso, ante 20,40% ao término de 2013. Esse percentual deve ser continuamente monitorado, pois há o risco de que ele continue a aumentar devido à atual situação econômica do país (CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO, 2015, negrito nosso).

A elevada inadimplência gera graves prejuízos diretos ao erário e à política de expansão do ensino superior baseada nas empresas de capital aberto. O Estado brasileiro perde duas vezes: perde porque a inclusão no nível superior seguirá distante dos objetivos estabelecidos no Plano Nacional de Desenvolvimento da Educação. E perde porque sustenta a lucratividade de um setor econômico ao alto custo da inadimplência do FIES.

2.3.3 Outras “deseconomias”

São diversos os tipos de custos sociais, ou *deseconomias* externas, que surgem no curso das atividades econômicas privadas. Os desgastes decorrentes

das más condições de trabalho são as mais antigas e melhor conhecidas deseconomias externas do capitalismo, e esses custos sociais já são de certa maneira compensados e prevenidos através da legislação trabalhista e de segurança social. Mas ainda assim é precária a prevenção desses custos, pois ainda não foram considerados como autênticos custos de produção, para se garantir a devida contabilização nos balanços empresariais.

Do mesmo modo que o desgaste de bens de produção duráveis são como “custos de depreciação”, o desgaste de seus trabalhadores (fatores de produção) também deve ser absorvido pelo empreendimento. A consciência sobre os custos sociais deve prevenir a transferência desses custos diretamente ao trabalhador e à coletividade, como se viu no caso da Galileo Educacional no Rio de Janeiro, que não pagou os seus funcionários, inviabilizou a formatura de seus alunos (seja com a péssima qualidade do ensino ofertado, seja com o próprio descredenciamento das instituições) e ainda lesou os recursos públicos com fraudes ao Fundo Nacional da Educação através de bolsas irregulares do PROUNI.

Os custos sociais da concorrência desleal em um setor como o ensino superior, que consubstancia um direito fundamental, pode ocasionar prejuízos irremediáveis, como foi destacado na análise do Ato de Concentração entre as duas maiores companhias atuantes como mantenedoras no ensino superior. Mesmo as promoções de venda para atração de novos alunos também geram custos sociais, como foi o caso da UNIESP que “obrigava” os alunos a contratarem financiamento público em troca de promessas vazias como a de que a dívida seria paga pela própria instituição (fato que levou os órgãos de defesa do consumidor a autuarem a instituição de ensino).

A constatação da realidade dos custos sociais, como apresentado por Karl William Kapp, também deve ser considerada relevante para o estudo da mercantilização do ensino superior, porque alguns desses custos permanecem ocultos durante um grande período de tempo, de modo que nem mesmo as pessoas afetadas diretamente por eles podem ter consciência. Os transtornos de saúde provocados pelas condições precárias de trabalho docente só podem ser sentidos ao longo dos anos, e os vultosos gastos públicos e particulares com um ensino de qualidade inferior também serão calculados como perdas reais de tempo e recurso apenas passados vários anos (pelo menos até ficar evidente que não houve

instrução minimamente adequada para o exercício profissional certificado pelo diploma).

É oportuno lembrar a fala de um dos executivos mais importantes desse “mercado” quando precisou explicar como havia conseguido reestruturar a operação de sua empresa mesmo após cortes no repasse de recursos da União através do programa de financiamento estudantil (FIES): “Fomos mais restritivos que o habitual na definição de turmas. Formamos menos turmas, mais rentáveis”. Isso é o que se chama no mercado financeiro de *foco no aumento de margem*. O que foi visto ao longo deste capítulo mostrou como são vastos os custos sociais gerados para que essas empresas do setor educacional tenham conseguido manter seu *foco no aumento da lucratividade*.

No capítulo a seguir, será realizado uma análise descritiva dos dois *surtos* de expansão do setor privado no ensino superior. A partir desta visão, será possível identificar as políticas econômicas públicas e privadas que caracterizaram a formação do atual *mercado de ensino*.

3 A EXPANSÃO DA INICIATIVA PRIVADA NA EDUCAÇÃO SUPERIOR E AS MUDANÇAS INSTITUCIONAIS A PARTIR DOS ANOS 1960

Em trabalho anterior¹⁵, foi constatado que a expansão do ensino superior privado a partir da segunda metade dos anos 1990 estava diretamente ligada ao surgimento das empresas com fins lucrativos no setor. O que se apresentou como resultado da pesquisa foi que essas empresas só puderam expandir seus negócios porque contaram com alteração nas regras que regulam o funcionamento do sistema federal de ensino. O estudo realizado naquela oportunidade estava interessado em entender como o direito e as normas vigentes contribuíram para essa guinada mercantil no ensino de nível superior. Com este propósito, demonstrou-se que sem as mudanças regulatórias feitas pelo Estado, não teria surgido o *mercado* de ensino superior hoje está instalado no Brasil.

A autorização para exploração empresarial da educação superior nasceu para o mundo jurídico-positivo através do Decreto nº 2.207/97. O Decreto fez uma interpretação do artigo 20 da LDB/96, reconhecendo como instituições de ensino superior privadas aquelas mantidas por “pessoas físicas ou jurídicas de direito privado” (artigo 1º, do Decreto 2.207/1997). E mais: que estas pessoas jurídicas de direito privado [poderiam atuar como] entidades mantenedoras de instituições de ensino superior sob qualquer das formas previstas nos incisos I e II do art. 16 do Código Civil de 1916. (NASCIMENTO, 2010, p. 74)

A abertura para “todas” as formas jurídicas de pessoas de direito privado, fazia incluir explicitamente na legislação a possibilidade de que as sociedades comerciais passassem também a ser mantenedoras sem nenhum tipo de distinção em relação às pessoas de direito privado sem fins lucrativos (filantrópicas ou não). Restou esclarecida a convergência de políticas econômicas públicas e privadas para a expansão das matrículas no ensino superior, e que as mudanças nas regras jurídicas influenciou decisivamente o processo.

Na presente tese, o problema investigado toma o fenômeno da

¹⁵ Dissertação de Mestrado defendida em 2010, com o título “MERCANTILIZAÇÃO DO ENSINO SUPERIOR BRASILEIRO: Análise da política econômica privatizante em face da Constituição de 1988”. Escrevi ainda sobre o tema um artigo no Conpedi 2008 http://www.conpedi.org.br/anais/36/06_1068.pdf e um capítulo de livro em 2015, Direito Econômico em Debate, onde este autor foi um dos organizadores.

mercantilização a partir das *instituições*. Isso quer dizer que não apenas as normas jurídicas serão estudadas; não é um estudo restrito sobre as normas legais aplicáveis, mas sobre o processo de transformação da *educação* em mercadoria, e como esse processo deve ser compreendido em face da ordem constitucional democrática vigente.

Karl Polanyi explica que a economia é um processo de relacionamento entre homem e ambiente. Os mercados, a precificação e o comércio não se formam e funcionam apenas com base nos comportamentos humanos, na razão e nas coisas. Leonardo Alves Corrêa, ao explicar a posição de Polanyi contra o formalismo econômico¹⁶, lembra que a economia funciona dentro de um “complexo aparato institucional que dá sentido e liga aos elementos desse sistema” (CORRÊA, 2015, p.160).

No presente capítulo, parte-se da hipótese de que a mercantilização do ensino superior tem relação, sim, com as políticas econômicas adotadas, conjuntamente entre iniciativa privada e governo, a fim de favorecer as mantenedoras com fins lucrativos. Mas o processo econômico de formação do *mercado de ensino*, isto é, o conjunto de interações indivíduo-ambiente que deu forma a esse mercado só pode ser compreendido a partir de uma visão bifocal, que permita analisar, de um lado, o comportamento dos agentes econômicos (estudo sobre as medidas de política econômica), e de outro, as *instituições* que configuram o ambiente de ação.

Como dito algumas páginas atrás, as *instituições* são sistemas de regras que dão estrutura para as interações sociais¹⁷. Por isso, não se pode compreender as políticas econômicas, isto é, as medidas políticas com objetivos econômicos puros¹⁸, se não forem colocadas lado-a-lado com as *instituições* que lhes dão

¹⁶ Polanyi apresenta o que comprehende como *economia substantiva*, em contraposição à economia formalista do *homo economicus*.

¹⁷ Geoffrey M. Hodgson, um autor que pode ser reconhecido como um conciliador entre as diversas correntes da economia institucional, escreveu ensaio intitulado “What are institutions?”, publicado no Journal of Economics Issues em março de 2006. Nesse trabalho, faz um esforço para propor algumas definições chaves para evitar vieses na interpretação de teorias institucionalistas. Para isso foi que apresentou a definição de instituição adotada neste trabalho: “Institutions are systems of established and embedded social rules that structure social interactions” (HODGSON, 2006, p. 18).

¹⁸ Lembrando aqui a lição do Professor Whashington Albino: “Entendemos por política econômica o conjunto de medidas postas em prática para atender a objetivos econômicos. Deve ser juridicamente tratada, sob pena de prática arbitrária do poder, sem o devido respeito aos direitos indispensáveis à vida social. Determinados exageros ou abusos do poder econômico, tanto público

legitimidade. Para entender o processo econômico é preciso observar as ações econômicas dentro de um sistema institucional.

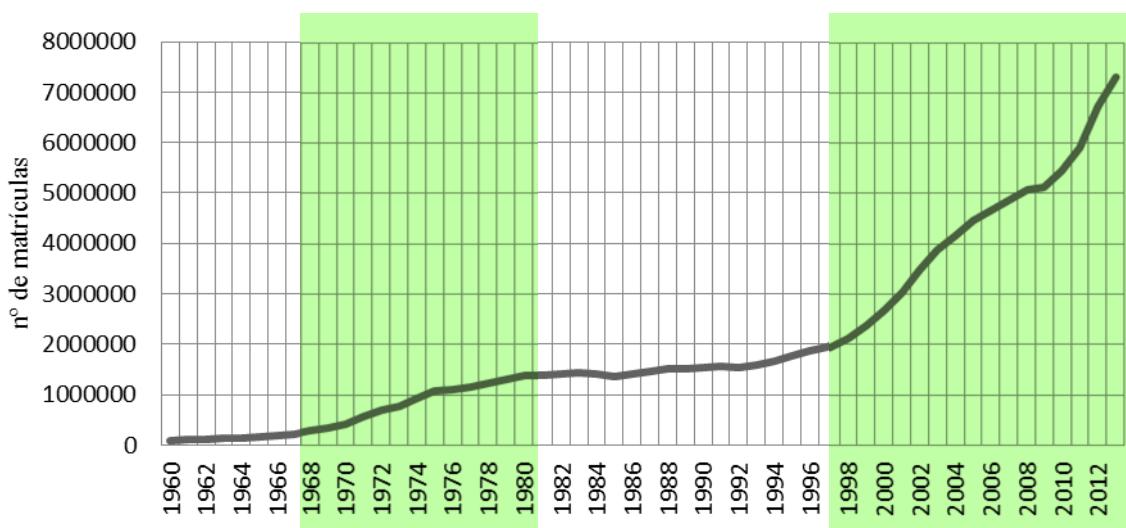
Geoffrey Hodgson (2006) lembra que as normas jurídicas não produzem efeitos se não estiverem apoiadas sobre regras sociais estabilizadas nos costumes ou incrustadas na consciência dos indivíduos. Quer dizer, as normas que estejam na lei e não tenham suporte em regras sociais *informais* não podem ser consideradas *instituições*, no sentido da teoria econômica institucional aqui adotada. “Uma economia política institucionalista (EPI) não separa a análise dos mercados da reflexão sobre o pano de fundo político e ético de uma economia” (MAUSS, 2009).

Dessa forma, procurar as causas da *mercantilização* apenas na legislação e nas medidas de política econômica, não permitirá compreender adequadamente o processo que transformou o ensino superior brasileiro em uma mercadoria tão favorável à atuação das companhias de capital aberto e de investidores do mercado financeiro. Não foram apenas as decisões econômicas de empreendedores, suas estratégias e as regras de mercado. O sistema econômico precisa de um certo grau de institucionalização, quer dizer, de uma estrutura social mínima para que uma atividade econômica se organize na forma de mercado.

Ao colocar o olhar sobre a “curva” de crescimento das matrículas no ensino superior a partir de 1960, é possível identificar dois momentos de verticalização, isto é, de crescimento acelerado. Como fica claro no Gráfico 1, o primeiro momento ocorreu entre os anos 1968 e 1980. E o segundo teve início em 1998 e permanece até os dias atuais.

quanto privado, justificam plenamente a necessidade dessa juridicização que se efetiva pelo Direito Econômico” (SOUZA, 2005, p. 25).

Gráfico 01 - Matrículas no Ensino Superior brasileiro – 1960 a 2013



FONTE: CARVALHO (2002, p.120) e Censo Superior INEP/MEC. Elaborado pelo autor.

O primeiro surto de expansão privada, ainda nos anos 1960, fez parte de um processo amplo de mudanças na estrutura institucional da economia brasileira, o que acabou criando um ambiente próprio para a *naturalização* do mercado de ensino superior. Como já vimos, o capitalismo necessita de instituições específicas para funcionar. Aquilo que hoje se chama *sociedade de mercado* é na verdade um conjunto de instituições que combinam com os requisitos de um sistema econômico no qual os bens são trocados com a finalidade de lucrar.

Se hoje parece natural que o ensino superior seja vendido em larga escala a *bem da lucratividade* de investidores do mercado financeiro, é porque houve uma profunda transformação institucional ao longo de décadas. E o ponto de partida mais evidente foi a privatização promovida com a Reforma Universitária de 1968. O resultado ali foi a supremacia quantitativa do sistema privado sobre o público, o que representou um largo passo em direção do que hoje se chama *mercado de ensino superior*, caracterizado por processos bilionários de fusões e aquisições, investimentos estrangeiros e oferta de ações em bolsa de valores.

Nos anos 1940 alguns grupos defendiam um modelo de universidades semelhante ao norte-americano, com a intenção de permitir uma democratização do acesso ao nível superior de ensino (NASCIMENTO, 2010, p. 63). Como se sabe, as universidades de maior destaque nos Estados Unidos são privadas, e numa época em que o Brasil ainda possuía um acesso extremamente restrito à educação

superior¹⁹, não é de se estranhar que houvesse o desejo de replicar um modelo bem-sucedido. Digo, cópia aos moldes de uma colônia pós-moderna (CLARK, 2008).

As grandes instituições privadas nos Estados Unidos são universidades de pesquisa. A Universidade Harvard possui mais alunos na pós-graduação do que na graduação. Foram as descobertas em seus grupos de pesquisa e laboratórios que a tornaram uma referência internacional. Além disso, instituições como Harvard são mantidas por fundações, isto é, entidades sem finalidade lucrativa cujos recursos são originados das taxas de alunos, transferências de governo e de doações.

Leandro Tessler, coordenador de relações internacionais da Unicamp, comenta que em 2010 o ensino superior norte-americano apresentava 4,5 mil escolas de ensino superior, 20,5 milhões de matrículas (no Brasil eram 5,5 milhões), 3,2 milhões de diplomas concedidos, 1,5 milhão de professores e 3,8 milhões de funcionários (incluindo os docentes), e acrescenta:

Em relação às universidades, que oferecem doutorado e atividades de pesquisa, o palestrante informa que 168 são públicas (com 21% dos estudantes de ensino superior) e 112 privadas (que recebem 8% dos alunos). Ele acrescenta que, em 2009, 43% dos estudantes estavam nas escolas públicas de curta duração, 16% nos state colleges (4 anos) e 13% nos colégios de artes liberais. “Trata-se, portanto, de um sistema de ensino superior majoritariamente público (embora não gratuito), ainda que muitos daqui o vejamos como privado” (SUGIMOTO, 2011).

A iniciativa privada do ensino superior no Brasil ganhou espaço e se sobressaiu em relação ao ensino público após a Reforma Universitária de 1968. Trinta anos depois, em 1998, teve início um novo movimento de expansão privada, quando as instituições com finalidade lucrativa foram estimuladas e/ou “convocadas” a assumir o protagonismo no ensino superior. No presente capítulo, serão apresentadas as características institucionais que garantiram a expansão da iniciativa privada no ensino superior, tanto no primeiro surto de crescimento, no final dos anos 1960, quanto no segundo surto, iniciado na segunda metade dos anos 1990.

¹⁹ Em 1960, registravam-se 90mil matrículas, o que significava algo em torno de 0,1% da população com acesso ao ensino superior brasileiro. Era uma situação inaceitável para a classe média do País. Inaceitável para todos. Derek Bok ressalta, com sua larga experiência no ensino superior, e como Presidente da Universidade de Harvard, que “De todos os bens nacionais, uma inteligência bem treinada e uma capacidade de inovação e de descoberta parecem fadadas a ser os mais importantes. Como são as universidades que detêm a principal responsabilidade em nossa sociedade para ajudar a desenvolver pessoas que possuam essas capacidades, a qualidade da educação que elas oferecem só tende a crescer de importância” (BOK, 1988, p. 14).

3.1 O primeiro surto: iniciativa privada *sem fins lucrativos* (1968 – 1984)

No início dos anos 1960, o Brasil vivia uma forte polarização política, levado pelo ambiente ideologicamente conflituoso da Guerra Fria. O governo federal tentava ganhar adesão aos planos de crescimento econômico e de combate à desigualdade, mas muitos dos projetos apresentados tiveram insucesso. A lei de diretrizes e bases da educação aprovada em 1961 (Lei nº 4.024/1961 - LDB) criou um novo ambiente institucional, com a formação do Conselho Federal de Educação, que passou a ter competência para decidir sobre o funcionamento e reconhecimento dos estabelecimentos isolados de ensino superior, federais e particulares.

Dessa forma, o Ministério da Educação assumia o controle sobre a validade dos diplomas em todos os estabelecimentos de ensino superior, bem como sobre o seu funcionamento, podendo estimular ou retrair a oferta de novas vagas. Ainda no próprio texto da LDB ficou definido que os “diplomas [...] ficam sujeitos a registro no Ministério da Educação e Cultura, podendo a lei exigir a prestação de exames e provas de estágio perante os órgãos de fiscalização e disciplina das profissões respectivas” (Art. 68, parágrafo único, da Lei nº 4.024/1961).

Além dessa função institucional, em razão de suas amplas atribuições, o Conselho também passou a exercer poder político-ideológico sobre a educação. CARVALHO explica:

A documentação produzida pelo Conselho era bastante diversificada. O parecer era uma proposição mediante a qual o Plenário, as Câmaras e Comissões se pronunciavam sobre qualquer matéria que lhes fosse submetida. A indicação era uma proposição apresentada pelos conselheiros para que o assunto nela contido fosse apreciado pelo Plenário, após parecer aprovado na respectiva Câmara ou Comissão. Os estudos especiais refletiam a posição individual dos conselheiros, não se constituíam matéria de decisão, nem eram submetidos à votação, como os pareceres e indicações. Por fim, os pronunciamentos do órgão e os estudos de seus conselheiros eram divulgados mensalmente pela revista “Documenta”, na forma de estudos especiais, palestras e depoimentos. (CARVALHO, 2002, p.58)

Foi também com a LDB de 1961 que surgiram os fundos federais para aplicação na educação, compostos exclusivamente com recursos orçamentários. Em seu artigo 92, a lei obrigava a União a aplicar no mínimo 12% de sua receita com

impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino, e deste recurso, nove décimos deveriam ser divididos em parcelas iguais para o Fundo nacional do Ensino Primário, o Fundo Nacional do Ensino Médio e o Fundo Nacional do Ensino Superior.

Toda a estrutura institucional prevista pela LDB de 1961 foi criada após longos treze anos de tramitação do projeto de lei no Congresso Nacional. Mas sua aplicação dependia da execução do Plano Nacional de Educação - PNE aprovado em 1962 pelo Conselho Federal de Educação. Era no plano onde estavam estabelecidas as normas para aplicação dos recursos correspondentes a cada um dos Fundos. O primeiro PNE, elaborado por um grupo de educadores, tendo à frente Anísio Teixeira, teve vida curta em razão da interrupção política promovida pelo golpe civil-militar que tomou o Governo e suspendeu a ordem constitucional vigente, em 01 de abril de 1964.

Nos dois primeiros governos militares pós-64, foram construídas as bases para um período que ficou conhecido como “milagre econômico”. O Programa de Ação Econômica do Governo (PAEG), elaborado pelos Ministros Roberto Campos e Octavio Gouvêa de Bulhões, representantes, respectivamente, do Planejamento e da Fazenda, com vigência para o período de 1964/66, foi o primeiro documento oficial a colocar as políticas de educação como uma das iniciativas de planejamento econômico.

Este programa salientava que a aceleração do desenvolvimento econômico requisitava uma política financeira e uma política econômica internacional, além de uma “política de produtividade social”. Esta compreendia, entre outras, a política educacional, “visando a ampliar oportunidades de acesso à educação, a racionalizar o emprego dos recursos disponíveis e a ajustar a composição do ensino às necessidades técnicas e culturais da sociedade moderna” (CARVALHO, 2002, p. 35/36).

Para que essa nova produtividade fosse alcançada, era necessário realizar um gerenciamento de recursos humanos de capacitar contingentes de mão-de-obra especializada para atuação na indústria. O ensino superior passou a ser considerado o principal fator de desenvolvimento, desde que estivesse voltado para ampliação de carreiras técnicas.

Aproveitando a centralização regulatória criada pela LDB de 1961, o governo militar não teve dificuldade para implementar sua visão sobre os objetivos do ensino

superior²⁰. Por outro lado, os militares encontraram o obstáculo material da insuficiência na oferta de vagas. Diante disso, foi planejada uma Reforma Universitária com dois objetivos: primeiro, ampliar em termos quantitativos a parcela da população com grau superior de escolarização, especialmente nas áreas que pudessem produzir *capital humano* suficiente para alavancar o crescimento econômico; segundo, resolver a pressão da classe média que buscava acesso ao ensino superior.

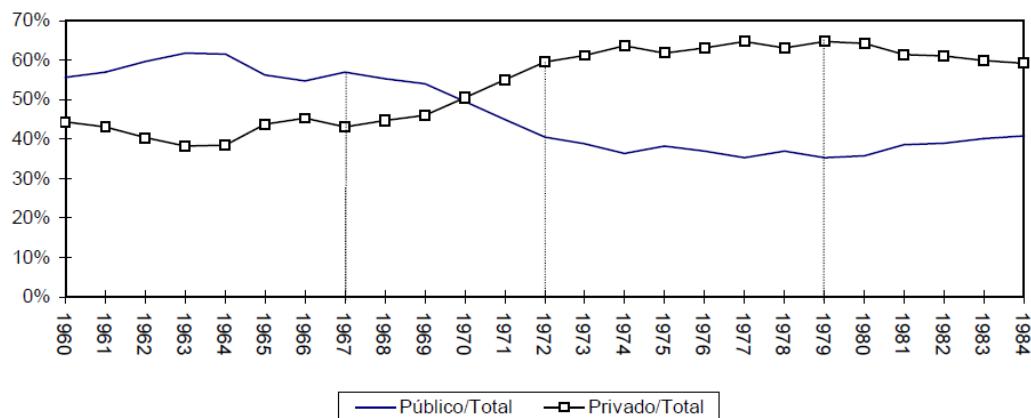
Porém, mesmo declarando o compromisso com a expansão da educação, o governo também havia decidido realizar o controle inflacionário através da restrição orçamentária, nos termos do PAEG. A intervenção da realidade econômica pela visão clássica (monetarista) impôs ao governo afastar a expansão de matrículas na educação superior pela via orçamentária. A vinculação de recursos tributários da União (12%) foi extinto pela Constituição de 1967. Os gastos com a educação e políticas sociais foram drasticamente cortados do orçamento federal. Todavia, foi nesse período que se iniciou um intenso crescimento do ensino superior brasileiro. Como explicar que, com menos gasto, o ensino superior cresceu 340% nos dez anos seguintes?

O financiamento direto e amplo, representado pelas despesas do MEC, foi substituído por incentivos indiretos. CARVALHO (2002) explica que esse sistema de incentivos indiretos ocultou a desobrigação do Governo Federal em sustentar o processo de expansão em suas instituições. “Como saída para a crise institucional do sistema, a escolha estabelecida pela Reforma Universitária foi o estímulo financeiro indireto e institucional à iniciativa privada” (CARVALHO, 2002, p. 114).

No Gráfico 2, é possível notar que nos primeiros dez anos de governo militar a iniciativa privada assumiu a maior fatia das matrículas no ensino superior, invertendo completamente o quadro encontrado no ano do golpe. A relação público/privado de matrículas no ensino superior passou de 62%/38% para o inverso, 36%/64%.

²⁰ “Entre as condições que tornaram possível a emergência do novo ensino privado, a existência do Conselho Federal de Educação (CFE) desempenhou um papel relevante. O CFE foi fortalecido pela aprovação da LDB, em 1961, quando deixou de ser um órgão de assessoramento sobre questões educacionais e passou a deliberar sobre abertura e funcionamento de instituições de ensino superior. Era composto majoritariamente por personalidades ligadas ao ensino privado, com disposição favorável para acolher os pedidos de abertura de novas instituições particulares. Entre 1968 e 1972, foram encaminhados ao CFE 938 pedidos de abertura de novos cursos, dos quais 759 obtiveram respostas positivas” (MARTINS, 2009, p. 22).

Gráfico 02 - Participação das matrículas entre instituições públicas e privadas



FONTE: SEEC/MEC apud CARVALHO, 2002.

A marca registrada deste período foi a institucionalização de incentivos fiscais, utilizados como medida de política educacional. Mas a expansão do ensino superior passou a ser conduzida pela iniciativa privada, não apenas em razão dos incentivos de financiamento indireto, mas também por meio do relaxamento de critérios para credenciamento das instituições de ensino.

Símbolo da Reforma, o Decreto nº 63.341, de 1º de Outubro de 1968 estabeleceu alguns critérios a serem observados no exame dos pedidos de autorização e reconhecimento de universidades e de estabelecimentos isolados de ensino superior, bem como de financiamentos de programas e projetos de instituições existentes ou a serem criadas. Em 28 de novembro do mesmo ano, foi sancionada a Lei nº 5.540/1968, fixando normas de organização e funcionamento do ensino superior e sua articulação com a escola média. Claramente, o governo buscava dar satisfação ao *problema de excedentes* criado na década anterior, com a expansão da escola básica sem correspondente abertura de vagas no ensino superior.

A Reforma de 1968, portanto, não pode ser considerada como resultado de apenas um ato, ou uma política. Foi resultante de um conjunto de mudanças institucionais que criaram condições para a expansão do ensino superior privado, que haveria de se revelar indutora da formação de um verdadeiro *mercado de ensino*. O governo instituiu, em 1969, o Grupo de Trabalho da Reforma Universitária

(decreto nº 62.937/68) para propor “soluções realistas” e “medidas operacionais”, com o objetivo de conferir eficiência e produtividade ao sistema.

Como já foi dito acima, os objetivos eram expandir e integrar a política de crescimento econômico com *capital humano*, e ao mesmo tempo reduzir o peso orçamentário com as políticas educacionais. Conseguiu alcançar bons resultados adotando mecanismos sofisticados de incentivo com a criação de programas, fundos e isenções fiscais. Em seu estudo, CARVALHO (2002, p.124) destaca que os mecanismos destinados ao sistema privado podem ser classificados em quatro grupos: (a) transferências orçamentárias, (b) renúncia fiscal, (c) financiamento por fundos ou programas, e (e) estímulo de natureza institucional.

Segundo a autora, não houve um aumento de transferências orçamentárias para a expansão privada pós-Reforma, o que confirma a posição de reduzir os gastos diretos do governo com educação. Mas a renúncia fiscal, por outro lado, pode ser vista como a principal força de influência sobre a expansão privada.

Em 1966, o Código Tributário Nacional - CTN (Lei nº 5.172/66), e em 1967 a carta constitucional, instituíram a não incidência de impostos sobre a renda, o patrimônio e os serviços dos estabelecimentos de ensino de *qualquer natureza*. Dizia o artigo 20, da carta de 1967: “É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] III - criar imposto sobre: [...] c) o patrimônio, a, renda ou os serviços [...] de **instituições de educação** ou de assistência social, observados os requisitos fixados em lei”. Porém, o CTN restringiu essa isenção para que se tornasse válida apenas para as entidades que não distribuíssem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título.

Além do imposto de renda (IRPJ), de competência da União, a iniciativa privada na educação tornou-se isenta dos impostos municipais sobre a propriedade (IPTU) e serviços (ISS), além de outros impostos federais e estaduais. É evidente que a renúncia fiscal representaria a redução de custos fixos e variáveis do estabelecimento de ensino. A análise sobre o volume de comprometimento da Receita Operacional Bruta com os tributos devidos, revela que as essas mudanças favoreceram as instituições privadas em níveis diferentes.

CARVALHO (2002, pp. 136-138) comparou três hipóteses de Demonstração do Resultado do Exercício, aplicando sobre uma receita operacional de mesmo valor as renúncias fiscais para entidades (1) com fins lucrativos, (2) sem fins lucrativos e

de (3) utilidade pública. As instituições com fins lucrativos teriam um comprometimento de 20% da receita bruta, enquanto as instituições sem fins lucrativos, 12,5%, e as que possuíssem reconhecimento de utilidade pública, apenas 4,5%. Desse modo “Enquanto na instituição privada com fins lucrativos, o lucro representa cerca de 8% da ROB, na instituição sem fins lucrativos, este quase duplica (15%) e na entidade de utilidade pública o lucro líquido chega a quase triplicar (23%)” (CARVALHO, 2002, p. 137).

Nota-se que esse desenho institucional de renúncia tributária criou um ambiente fértil para a expansão do setor privado sem fins lucrativos, e mais intensamente, daquele que buscasse o título de *utilidade pública*. Ainda entre os mecanismos que podem ter favorecido a iniciativa privada, a criação de programas e fundos deram importantes garantias para o movimento de expansão, mesmo quando já se anunciava um movimento de estagnação do setor.

Em suma, a disponibilidade de recursos do FNDE, e, mais precisamente, do Programa de Auxílio às Instituições não-Federais, permitiu que os estabelecimentos particulares recorressem em busca de recursos para as despesas correntes e de capital. O Programa de Crédito Educativo possibilitou a continuidade do “negócio” por meio do recebimento garantido de mensalidades antecipadas (CARVALHO, 2002, p. 147).

Por fim, o mecanismo de apoio institucional também foi fator fundamental na expansão privada. No início da expansão, os requisitos de autorização de estabelecimentos e cursos foram simplificados. Chegou-se ao ponto de se eximir a instituição de comprovar qualquer investimento prévio²¹.

No início dos anos 1980, o ensino superior entra para uma longa fase de estagnação (Gráfico 1). No decorrer dos governos militares, a demanda por matrículas foi determinada pela variação do nível de atividade econômica e da renda real da população, e com o esgotamento do crescimento econômico durante o II Plano Nacional de Desenvolvimento (PND 1975-1979) as políticas de expansão foram retraídas.

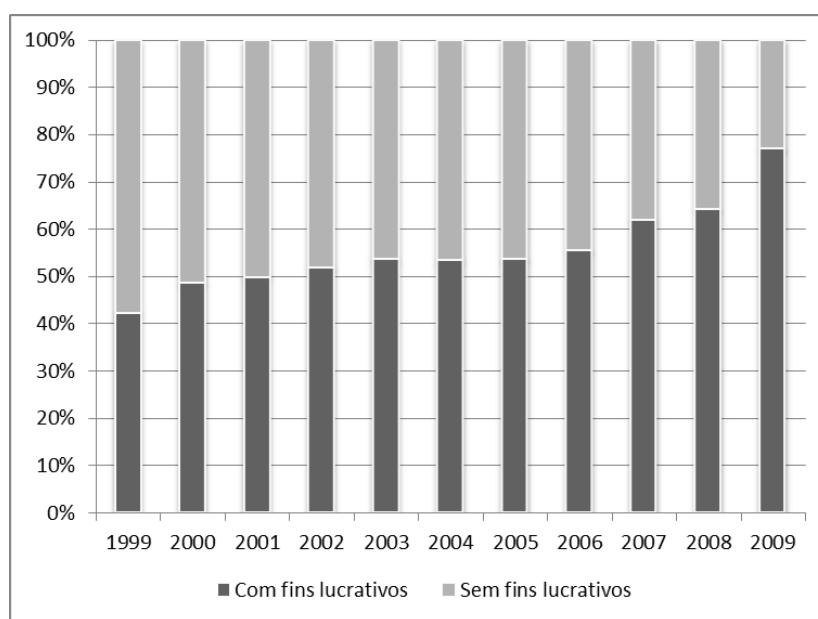
²¹ “Nos dois primeiros anos do funcionamento do Conselho, o total de pedidos autorizados foi de 83%, sendo que os pedidos dobraram de um ano para o outro. No ano subsequente, após o estabelecimento dos primeiros critérios, houve uma queda abrupta nos pedidos autorizados. De 1965 a 1972, a parcela de pedidos que foram efetivados cresceu bastante, chegando a mais de 90% em 1971” (CARVALHO, 2002, p. 149).

3.2 O segundo surto: iniciativa privada *com* fins lucrativos (1999 – 2012)

A retomada do crescimento do ensino superior brasileiro ocorreu após estabilização econômica dos anos 1990. As instituições já não eram as mesmas: uma nova Constituição democrática (CR/88), uma nova LDB (Lei. nº 9.394/96) e um Governo fortemente influenciado pelas correntes econômicas neoliberal-reguladoras. A aposta no setor privado como condutor do movimento expansionista gerou o mesmo resultado do período analisado anteriormente, e intensificou sua predominância sobre o setor público.

Segundo o último Censo do ensino superior, o setor privado – novamente – é responsável por 74% das matrículas. Mas, apesar de parecer apenas uma continuidade no crescimento do mesmo setor privado que ganhou força entre os anos 60 e 80 do século passado, é possível notar um fenômeno novo. O Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira divulgou entre os anos 1999 e 2009 dados estatísticos que revelaram uma mudança dentro do setor privado. As matrículas do setor privado, que antes estavam predominantemente em instituições sem finalidade lucrativa migraram para instituições com finalidade lucrativa. A relação “com fins lucrativos”/“sem fins lucrativos” passou de 42%/58% para 77%/23% (GRÁFICO 3).

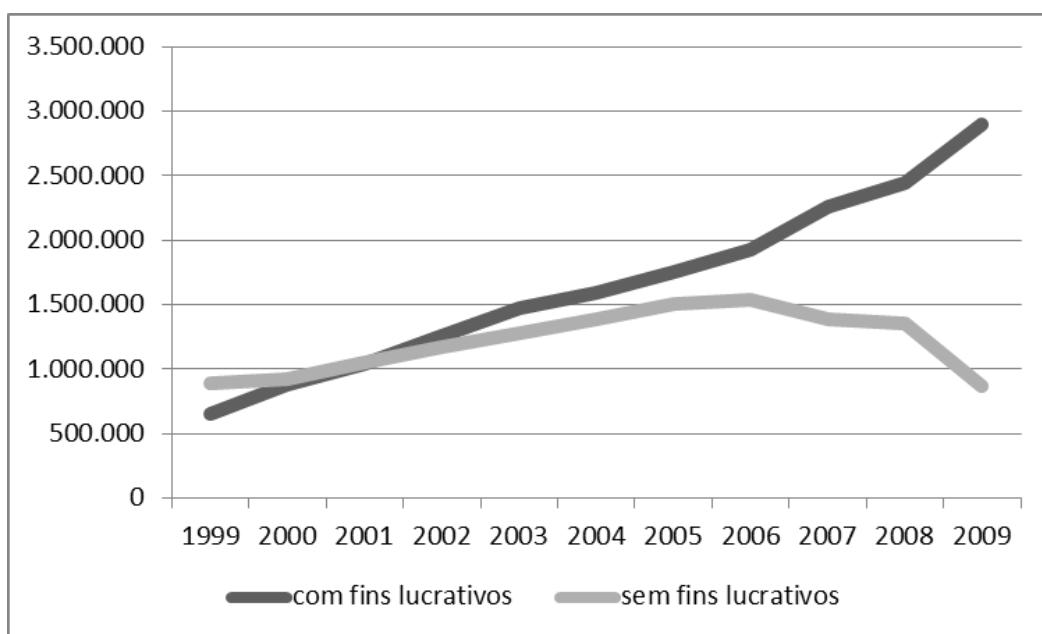
Gráfico 03 - Matrículas no ensino superior privado por subcategoria



FONTE: CENSO SUPERIOR/INEP. Elaborado pelo autor.

Se for analisado o número de instituições, também será percebida intensidade com que o setor privado mudou de característica em relação à forma de manutenção. As instituições com fins lucrativos cresceram 236%, enquanto as sem finalidade de lucro retraíram em 23%. No Gráfico 4 a seguir, fica claro que as matrículas do setor privado estão crescendo apenas em uma de suas formas de organização: aquela estabelecida com finalidade lucrativa. O Gráfico 5, utilizando o número de instituições de ensino superior, e não o número de matrículas, mostra o mesmo movimento de redução da participação da iniciativa privada sem fins lucrativos.

Gráfico 04 - Matrículas no ensino superior privado

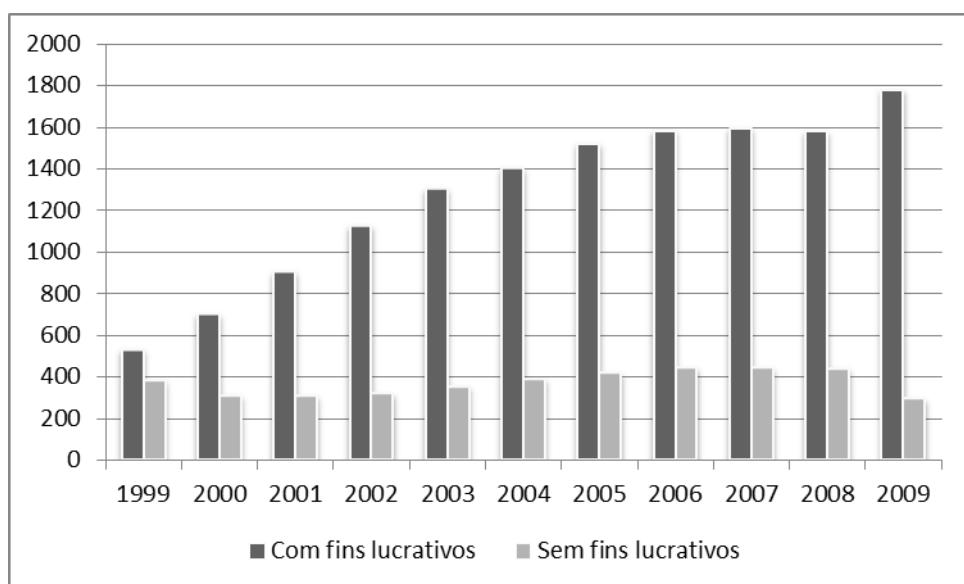


FONTE: CENSO SUPERIOR/INEP. Elaborado pelo autor.

Toda essa transformação foi influenciada por um novo arranjo institucional. Os governos democráticos pós-88 foram profundamente influenciados pelo neoliberalismo de regulação (SOUZA, 2005). Se nos anos 1960 a preocupação da equipe econômica de governo era atingir metas de desenvolvimento através do aperfeiçoamento dos fatores de produção, incluindo a mão-de-obra qualificada, nos anos mais recentes, os mercados exigiram políticas econômicas de regulação centradas na liberdade do capital. O processo de transformação da nação, afinado

como a regulação, está baseado em uma plataforma de valorização financeira. Nesse modelo, cabe ao Estado facilitar e privilegiar a atuação livre dos mercados em atividades antes protegidas por princípios garantidores de direitos sociais, econômicos e culturais. A tutela dos interesses dos indivíduos deve ser feita pelas regras de mercado, incluindo aí também os serviços essenciais, como educação e saúde.

Gráfico 05 - Instituições no ensino superior privado



FONTE: CENSO SUPERIOR/INEP. Elaborado pelo autor.

Uma grande discussão se instalou no Brasil após o anúncio de uma série de medidas que ficaram conhecidas como Reforma do Aparelho do Estado (Decreto nº 1.738/95). A ordem constitucional foi alterada (EC nº 39/1995) em alguns pontos, para receber novos termos e novas *instituições* de influência neoliberal. O princípio da eficiência, a responsabilidade fiscal (Lei complementar nº 101/2000) e a extinção do tratamento diferenciado em favor das empresas de capital nacional (Emenda Constitucional nº 101/2000) foram mudanças que ajudaram a criar um ambiente institucional favorável às políticas de privatização e desestatização (Lei nº 8.987/1995 – dispõe sobre o regime de concessões e permissões de serviços públicos) da economia, e atender ainda aos pleitos do capital internacional.

No fim do século XX e no início do século XXI, as políticas neoliberais de regulamentação passaram a restringir a expansão e a mobilidade do capital. O novo ambiente mundial de fim da guerra fria, queda do socialismo real e

de alta evolução tecnológica resulta em pressões por outras políticas econômicas ao gosto dos donos do capital. Os Estados nacionais passam a executar o neoliberalismo de regulação transferindo serviços e atividades econômicas estatais à iniciativa privada (via privatização e desestatização), agora, atraentes ao capital, em face da “redução” dos ganhos com a indústria bélica da guerra fria e dos avanços científicos. A tecnologia tornou lucrativos setores que anteriormente tinham baixa lucratividade, ou não tinham, e estavam nas mãos do Estado (CLARK, 2008, p. 70).

A política de expansão do ensino superior, mais do que qualificação de mão-de-obra, deveria também servir à economia diretamente na forma de atividade econômica organizada para o lucro. O objetivo era permitir a exploração de atividades econômicas tidas por serviço público na ordem constitucional através de mecanismos ordinários de mercado. A livre iniciativa para o ensino foi tratada como liberdade para exploração lucrativa.

As mudanças na legislação educacional a partir da publicação da lei de diretrizes de bases da educação de 1996 (Lei nº 9.394/96), bem como as novas políticas de avaliação e financiamento do ensino superior também ajudaram a criar o ambiente ideal para a intensificação da presença de empresas com fins lucrativos como mantenedoras credenciadas junto ao Ministério da Educação.

O conjunto institucional básico foi sendo revelado aos poucos para incentivar a busca de rentabilidade de capital no ensino superior, e com a criação ainda em 1995 do Exame Nacional de Cursos (Lei nº 9.131/1995), ficou clara essa intenção. Concebido como um mecanismo de regulação de mercado, o “Provão” (como ficou conhecido o Exame) servia de parâmetro para os agentes de mercado avaliarem a concorrência e o risco de entrarem para um setor dependente de autorização pelo Poder Público.

A criação de mecanismos objetivos de avaliação que concedessem maior segurança em relação ao credenciamento e recredenciamento das instituições era uma política interessante ao mercado, que poderia assim contar com maior previsibilidade. Mas além de criar instituições regulatórias para a formação do mercado, o governo também voltou a fortalecer as políticas de financiamento do setor privado.

A Medida Provisória nº 1.865/1999 (convertida na lei nº 10.260/2001) instituiu o Fundo de Financiamento Estudantil (Fies), de natureza contábil, destinado à concessão de financiamento a estudantes regularmente matriculados em cursos superiores não gratuitos e com avaliação positiva nos processos conduzidos pelo

Ministério da Educação. Um Estado mais “leve” (ou menor), em razão das privatizações agora cedia também a uma tendência de transferir serviços públicos para a iniciativa privada. Para isso, no ensino superior, foi criado um espaço de “segurança”, com métodos de avaliação aliados a programas de financiamento de mensalidades.

O projeto do governo para atrair a iniciativa privada para aumentar a oferta de vagas no ensino superior teve retorno rápido, assim como ocorreu no período do governo militar já estudado. E o crescimento foi intensificado após o aperfeiçoamento da política de avaliação, com a Lei nº 10.861/2004, que criou um sistema mais amplo do que aquele do Provão e institui o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAES. Ao mesmo tempo estava sendo gerado o Programa Universidade para Todos, aprovado um ano depois pela Lei nº 11.096/2005.

O Programa Universidade para Todos – PROUNI retomava a mesma política de transferência indireta de recursos públicos que mais teve sucesso no primeiro surto de expansão. Todavia, a renúncia fiscal dessa vez não favoreceria apenas as instituições sem fins lucrativos. A nova legislação tinha redação claramente voltada a estimular os agentes em busca de lucro para que viessem buscar rentabilidade para seu capital no ensino superior. No próprio texto da Lei:

Art. 8º A instituição que aderir ao Prouni ficará isenta dos seguintes impostos e contribuições no período de vigência do termo de adesão:

I - Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas;

II - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, instituída pela Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988;

III - Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social, instituída pela Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991; e

IV - Contribuição para o Programa de Integração Social, instituída pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970.

§ 1º A isenção de que trata o caput deste artigo recairá sobre o lucro nas hipóteses dos incisos I e II do caput deste artigo, e sobre a receita auferida, nas hipóteses dos incisos III e IV do caput deste artigo, decorrentes da realização de atividades de ensino superior, proveniente de cursos de graduação ou cursos seqüenciais de formação específica.

3.3 Políticas econômicas privadas

A transformação que Polanyi (2012) identificou nas sociedades capitalistas é um processo contínuo de *mercadorização* das coisas. Quer dizer, sem uma data para acabar, as sociedades capitalistas tendem a incluir cada vez mais bens (materiais ou imateriais) nos mercados voltados ao lucro. A educação, como bem imaterial, também sofre a pressão da sociedade de mercado para que seja organizada e regida pelas regras da compra e venda com finalidade lucrativa.

O atual momento de expansão do ensino superior está apoiado nesta transformação da educação em mercadoria. Por definição, quando se fala em “mercado do ensino superior privado” está-se falando que o ensino superior está sendo vendido por agentes econômicos privados em um ambiente de mercado, no qual as regras que valem são, basicamente, aquelas inerentes a livre iniciativa, preço e concorrência.

Os agentes privados atuantes nesse ambiente de mercado praticam todas as condutas necessárias para que seus objetivos sejam alcançados com a geração de tão portentosos lucros quanto seja possível. Não se trata apenas de cobrar mensalidades para remunerar o serviço prestado, mas de agir segundo regras próprias de mercado. Em decisão recente, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, ao expor as preocupações com a união de duas grandes empresas do setor, exemplifica que tipo de práticas são próprias da busca pelo lucro: “Kroton e Anhanguera possuem vantagens importantes em termos de captação de alunos, escala, catálogo de cursos, capilaridade de instituições e polos de ensino, preços, marketing e outras variáveis” (CADE, 2014a).

O mercado realmente não é só um espaço para acordos simples de compra e venda de produtos ou serviços. No mercado do ensino superior brasileiro, as operações de compra e venda já deixaram de ser apenas de serviço, e os principais negócios passaram a ser de aquisição entre as próprias empresas, de umas pelas outras. A consultoria Hoper Educacional, especializada em treinamento para executivos das empresas do setor, revela a existência dos chamados grupos consolidadores, isto é, grupos empresariais que controlam várias instituições de ensino em busca de maior eficiência em gestão para obter melhores margens de lucratividade. “A principal característica dos consolidadores, quando comparados às IES isoladas, é a maior eficiência em gestão. A melhor gestão e a tradicional

economia de escala, explicam os resultados e a melhor margem líquida por parte dos consolidadores" (HOPER, 2015, p. 23).

Todas as vantagens competitivas que as empresas buscam desenvolver em relação aos seus concorrentes criam uma dinâmica extremamente complexa de entrelaçamento de interesses econômicos. Especialmente com a abertura de capital na bolsa de valores, os interesses envolvidos na organização dessas empresas deixam de ser somente aqueles ligados à relação aluno-instituição. Quer dizer, não é um mercado em que se encontram oferta e demanda, livremente. O cenário comum de um mercado livre seria integrado, de um lado, por pessoas em busca da satisfação de uma necessidade (alunos em busca de formação de nível superior), e de outro, por pessoas vendendo meios de satisfação de necessidades (instituições oferecendo vagas em cursos de nível superior).

O mercado capitalista é muito mais do que oferta e demanda. É também, para citar alguns fatores determinantes: *persuasão* (marketing), *risco* (investimento financeiro privado), *subsídio* (financiamento público) e *regulação* (autorização e avaliação de qualidade). Dentro desse mercado real, onde os agentes econômicos precisam se adaptar às condições dadas pela estrutura institucional vigente²², as empresas praticam diversos atos em vista de alcançar seus objetivos econômicos com o melhor desempenho possível. Esses atos são estudados aqui como medidas de política econômica privada, que devem respeitar as normas de Direito Econômico vigentes.

O setor privado criou uma força extraordinária a partir do momento em que o mercado deu condições para garantir rentabilidade a quem investisse seu capital em instituições de ensino superior. A mudança de perspectiva provocou alterações importantes na forma de administrar e de adquirir recursos nessas instituições. O Governo federal também realinhou suas políticas regulatórias e de financiamento.

Nos itens a seguir, serão analisados os principais pontos de virada na política econômica privada. Ao final de um longo período à frente do Ministério da Educação, Paulo Renato Souza declarou em 2001: "o setor empresarial da educação está agora se consolidando e existem novos nichos de expansão"

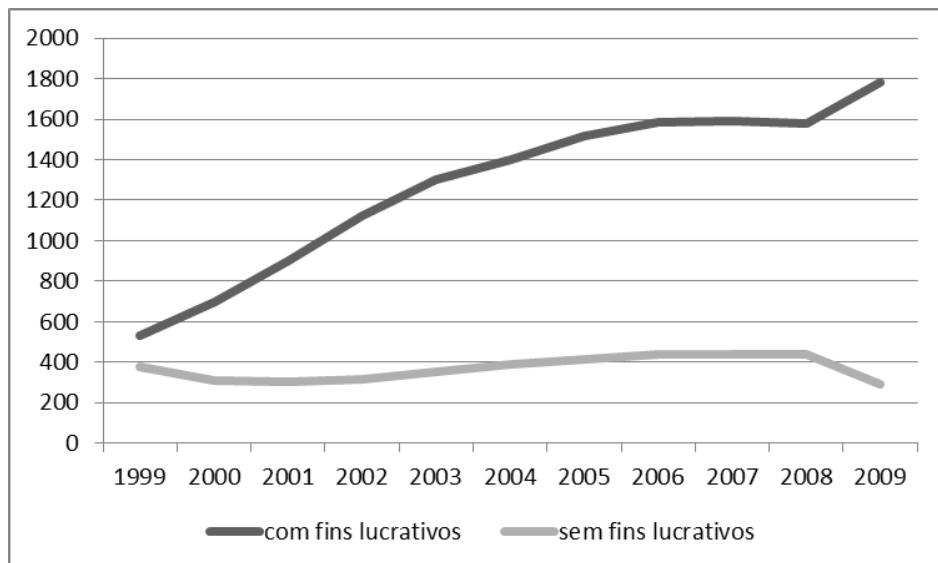
²² Conferir item 1.4 acima. "Linguagem, moeda, lei, sistemas de pesos e medidas, convenções de trânsito, maneiras à mesa, empresas (e outras organizações) são todas instituições" (HODGSON, 2001, p. 101).

(ROSEMBURG, 2002). Era um anúncio feito por um personagem central nesse processo, e que haveria de dedicar os próximos anos de sua vida à frente de uma das principais consultorias para empresas que decidiram investir no ensino superior brasileiro, com muito sucesso.

3.3.1 Conversão empresarial: lucratividade e flexibilização (de repente, tornou-se um "bom negócio")

Nos Gráficos 4 e 5 do capítulo anterior, foi demonstrado com base nos dados do Censo do Ensino Superior que houve uma forte inversão do perfil da iniciativa privada, deixando de ser predominantemente sem fins lucrativos, para de forma acelerada, tornar-se quase inteiramente com fins lucrativos²³. No Gráfico 6 a seguir, fica ainda mais marcante o movimento que denominamos aqui de *conversão empresarial*.

Gráfico 06 - Instituições Privadas de Ensino Superior



FONTE: CENSO SUPERIOR/INEP. Elaborado pelo autor.

Esse fenômeno é tratado pelos entusiastas desse mercado como superação de uma barreira ideológica que desacreditava o potencial do setor privado. Segundo

²³ As exceções hoje são apenas as Universidades privadas constituídas sob o estímulo ainda da Reforma Universitária de 1968, que por serem, em sua grande maioria, mantidas por entidades confessionais dificilmente terão como converter-se em sociedades empresárias. Também existem instituições mantidas por cooperativas, originadas do período de estagnação como alternativa à falta de estímulo do Governo.

análise feita pela HOPER Educacional, um fator determinante foi a “Flexibilização das regras para a abertura de cursos e instituições a partir de 1997, por iniciativa do ministro Paulo Renato Souza durante o governo Fernando Henrique Cardoso” (HOPER, 2009, p. 19). Além de flexibilizar os critérios para abertura de cursos e para criação de novas instituições no setor privado, o Governo também regulamentou a Lei de Diretrizes de Bases da Educação – LDB (Lei nº 9.394/1996). Mas a regulamentou com um objetivo específico: permitir que as Instituições de ensino superior fossem mantidas com finalidade lucrativa. Essa permissão se deu menos de quatro meses depois da sanção da LDB, com a publicação do Decreto nº 2.007 de 15 de abril de 1997, no qual havia logo no artigo primeiro a seguinte definição: “As entidades mantenedoras das instituições privadas de ensino superior poderão se constituir sob qualquer das formas de pessoa jurídica, de direito privado previstas nos incisos I e II do art. 16 do Código Civil Brasileiro”. O inciso I se referia às sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações. E o inciso II, que trazia a novidade para o meio educacional, incluía as sociedades mercantis.

Em 1999, três anos após a aprovação da nova LDB, e dois anos desde a permissão explícita da exploração lucrativa do ensino superior, já existiam 529 instituições com esse novo perfil. Em 2009 já eram 1.779 instituições com fins lucrativos, representando um crescimento de 236% no número de instituições. Em número de matrículas, o crescimento foi de 345% apenas entre as entidades com fins lucrativos.

Por outro lado, o antigo setor privado teve como ponto de virada para baixo o ano de 2006, a partir de quando suas matrículas caíram 44% em apenas três anos. Entre 2008 e 2009, o setor perdeu quase 500 mil matrículas, enquanto as lucrativas ganharam 450 mil. A forte queda do antigo setor privado concomitante ao crescimento do novo setor privado (lucrativo) pode significar que houve transferência de manutenção. Quer dizer, algumas instituições anteriormente mantidas por entidades sem fins lucrativos foram transferidas para empresas com finalidade lucrativa.

Esse fenômeno ocorre porque na legislação educacional as instituições de ensino são tratadas como entes jurídicos autônomos, mesmo que sem personalidade jurídica própria. Desse modo, os atos e contratos jurídicos que uma instituição de ensino participa são, na verdade, realizados por uma outra entidade,

chamada de entidade mantenedora, a qual possui, esta sim, personalidade jurídica. Perante o Ministério da Educação, a existência da entidade mantenedora apenas é verificada para conferir a disponibilidade de recursos suficientes para manter em funcionamento a instituição de ensino (mantida).

Havia, anteriormente, restrição quanto à natureza jurídica das mantenedoras, para que a autonomia das mantidas fosse preservada. Mas após a mudança promovida pelo Decreto nº 2.207/1997, o Governo passou a aceitar o pedido de credenciamento de novas instituições feito por sociedades mercantis. Com isso, as transferências de manutenção poderiam ser feitas de uma fundação privada, por exemplo, para uma sociedade mercantil. Isso certamente explica a mudança abrupta entre os anos de 2008 e 2009 observada no Gráfico 6.

As oportunidades para fazer do ensino superior um negócio lucrativo estavam apenas começando nos anos 1990. Após a concretização desse ambiente para a livre iniciativa buscar lucro com a oferta de vagas em cursos de nível superior, o setor atingiu taxas de crescimento em faturamento superiores a 20% ao ano, entre 1999 e 2003 (HOPER, 2009). Essa transformação atraiu para o mercado brasileiro o interesse de grupos educacionais globais. Nos anos seguintes, viram-se intensificar participações diretas e indiretas de capital estrangeiro nas empresas mantenedoras.

Em 2001, o então maior grupo educacional do mundo²⁴, Apollo Group, foi o pioneiro em anunciar investimento em instituições brasileiras. A parceria foi feita com o empresário Walfredo dos Mares Guia para criar a Faculdade Pitágoras dentro de um modelo próprio para gerar lucros. Em matéria publicada na Revista Exame em 27 de março de 2002, ficava clara a ousadia do projeto:

Foi Mares Guia quem procurou Klor de Alva há pouco mais de dois anos. "Havia previsto apenas uma hora na agenda para falar com ele, mas a conversa foi tão boa que durou três dias", diz Klor de Alva, que mora desde criança nos Estados Unidos e está pensando em comprar uma casa ou um apartamento em Minas Gerais. Em agosto passado, ele e Mares Guia abriram uma faculdade que vem sendo vista como um dos maiores experimentos já feitos em educação no país. "Vamos dar escala a um modelo pedagógico e empresarial que permitirá levar uma formação cultural forte e ao mesmo tempo profissionalizante para a massa", diz Mares Guia. Com isso ele espera elevar o faturamento do Pitágoras dos atuais 75 milhões para 400 milhões de reais em 2010. (ROSEMBURG, 2002)

²⁴ Em 2014, após o anúncio da aquisição pela Kroton Educacional S/A do controlos sobre a Anhanguera S/A, o Brasil passou a ostentar o primeiro lugar, com uma empresa só controlando as atividades de instituições de ensino com quase 1 milhão de alunos matriculados.

As iniciativas internacionais se intensificaram e outras instituições também passaram a receber grandes aportes de capital estrangeiro. Em 2005, o grupo também norte-americano Laureate Education adquiriu 51% das ações da universidade Anhembi Morumbi, sendo a primeira empresa estrangeira a adquirir o controle acionário de uma empresa mantenedora de instituição de ensino superior no Brasil.

Conforme Almeida (2012), em 2003 o fundador da Anhembi Morumbi, Gabriel Mário Monteiro Rodrigues, havia contratado o fundo de investimento Pátria para assumir a gestão financeira da sua mantenedora. A atuação da Pátria foi uma preparação da instituição para atrair investimentos, conseguindo dobrar o lucro em dois anos. Fez isso suspendendo cursos com menores margens de lucro e cortando custos em geral. Também na Revista Exame, noticiou-se em 2006 a chegada da Laureate como efeito desse trabalho do fundo, com seguinte título: "O capitalista da educação: como o arquiteto Gabriel Rodrigues, fundador da Anhembi Morumbi, transformou sua universidade numa empresa capaz de atrair sócios americanos" (LETHBRIDGE, 2006).

A entrada de investidores estrangeiros no Brasil ajudou os empresários locais a desenvolverem um modelo de ensino superior especializado em gerar lucros. Mas como a mudança provocada nas instituições foi rápida e com efeitos profundos, alguns grupos sociais e políticos tentaram criar alguma resistência a esse movimento, limitando a participação de capital externo nas mantenedoras. Após a aquisição pelo grupo Laureate de mais da metade do capital que administra a Anhembi Morumbi, o Governo apresentou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 7.200/2006 sob o título "Proposta de Lei de Reforma da Educação Superior". No corpo dessa proposta de reforma abrangente, o Governo tinha como uma das principais preocupações conter a participação estrangeira na expansão do setor privado.

Na mensagem interministerial que apresenta as razões para a elaboração da Proposta, afirma-se que a expansão do setor privado na educação superior exige um marco regulatório robusto e transparente. E explica:

merece destaque o disposto no art. 7º, § 4º, conforme o qual "pelo menos 70% (setenta por cento) do capital votante das entidades mantenedoras de instituição de ensino superior, quando constituídas sob a forma de sociedade com finalidades lucrativas, deverá pertencer, direta ou

indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados". Trata-se de medida tão indispensável quanto urgente, pois é necessário evitar que o investimento feito pela sociedade brasileira seja adquirido e desnacionalizado pelo capital estrangeiro descompromissado. (BRASIL, 2006b)

Sendo aprovado o referido Projeto de Lei, estaria limitada a participação do capital estrangeiro a 30% do capital votante nas empresas de educação. Como ficou claro no texto citado acima, havia uma séria preocupação com os efeitos da *desnacionalização* da educação superior brasileira.

A tramitação da proposta de Reforma da Educação Superior, todavia, não teve prosseguimento, uma vez que o Poder Executivo enviou Mensagem ao Congresso Nacional, apenas dois meses depois, pedindo que fosse desconsiderada a solicitação de urgência na apreciação do Projeto. Continuou totalmente livre o caminho para as negociações de fundos de investimento e companhias globais. No ano seguinte, o mercado deu nova guinada com as primeiras ofertas públicas de ações na Bolsa de Valores de São Paulo.

A transformação das empresas do setor exigiu um novo perfil de gestores que acabaram vindo de outros mercados para dar mais ênfase a uma administração que pudesse preparar as instituições para um novo ambiente, no qual competitividade e controle de custos são valores-chave.

3.3.2 Mercantilização: gestão corporativa e consolidação

Percebido como um mercado em rápido crescimento, o ensino superior privado além de atrair os investimentos estrangeiros, despertou também interesse entre investidores locais que viram o grande potencial para gerar lucros com uma gestão corporativa eficiente. Enquanto as experiências da Faculdade Pitágoras e da Anhembi Morumbi mostravam a força do mercado com a participação de fundos de investimento e capital estrangeiro, outros grupos também redefiniram a forma de administrar suas instituições de ensino superior, até que em 2007 ocorreram as primeiras ofertas públicas de ações.

Em 2009, já eram quatro empresas mantenedoras que haviam se tornado Companhias de Capital Aberto com ações listadas na BM&FBOVESPA²⁵. Nesse novo mercado exige-se da empresa uma mudança de paradigma na cultura da empresa, pois a admissão de novos sócios através do mercado de ações altera de forma definitiva sua gestão, os controles internos e a transparência. Ao adotar as chamadas “boas práticas de gestão corporativa”, a companhia passa a ter obrigações graves com os acionistas, sempre atentos ao pagamento de dividendos e a manutenção de crescimento duradouro.

Após dois anos desde a abertura do seu capital, a Anhanguera Educacional S/A já estava sendo comandada por investidores profissionais. Em relatório da Comissão de Valores Mobiliários (órgão responsável por acompanhar a emissão de ações e outros valores por companhias de capital aberto), constata-se que em 2009 mais de 50% do capital da Anhanguera pertencia a um dos fundos de investimento da mesma Pátria que havia assessorado a Anhembi Morumbi. Os acionistas fundadores apenas representavam 4,69% do capital (HOPER, 2009, p. 77).

A decisão para abrir o capital exige, em si, uma grande mudança, e pressupõe a participação de instituições financeiras, e auditorias que irão auxiliar na preparação da estrutura organizacional para se adequar às disposições legais (Lei nº 6.404/1976). A Companhia Aberta deve garantir um nível de prestação de informações muito superior ao de uma empresa fechada.

Pressupõe-se que a empresa, representada por seus executivos e acionistas majoritários, esteja culturalmente aberta para o pronto atendimento, a prestação de contas ao mercado e tenha estrutura organizacional e mecanismos de controle que permitam aos sócios minoritários acompanhar e fiscalizar seu desempenho e gestão. A decisão de abrir o capital é da empresa que, após entender o significado desse processo para seu negócio, adota boas práticas de Governança Corporativa para preservar os direitos de seus novos acionistas, identificando suas necessidades imediatas (pagamento de dividendos, por exemplo) e de longo prazo (crescimento duradouro, consolidação do setor, diversificação etc.). (PWC; BM&FBOVESPA, 2015, p. 12)

Não é difícil perceber que numa Companhia Aberta há uma atenção especial na gestão dos ativos, de modo que o que se chama de Governança Corporativa é um conjunto de práticas voltadas para a defesa dos direitos dos acionistas.

²⁵ ANHANGUERA EDUCACIONAL S/A, KROTON S/A, ESTÁCIO PARTICIPAÇÕES S/A e Sistema Educacional Brasileiro (SEB).

Obrigados a uma prestação de contas pública trimestral, para revelar ao mercado como está o desempenho das operações e a aplicação dos recursos investidos, as Companhias de ensino superior trouxeram para a educação superior uma nova cultura para dentro das instituições de ensino, onde o desempenho da mantenedora é que condiciona o funcionamento da mantida.

Atualmente, a maior companhia do setor é a Kroton Educacional S/A, que como uma das pioneiras no mercado de ações, iniciou em 2010 um processo de grandes aquisições extremamente rentável. Em apenas quatro anos, deixou para trás a décima posição no ranking das empresas com maior número de matrículas no ensino superior, para se tornar a líder isolada.

No relatório para investidores divulgado em março de 2010, a Companhia mostrou que o crescimento em matrículas entre 2006 e 2009 foi de 455,9%. O valor de mercado da Kroton informado no site da BM&FBOVESTA alcançou mais de 18 bilhões de reais em julho de 2015, depois da compra da Anhanguera. As demais companhias listadas em 2015 (Estácio Participações, Anima e Ser Educacional) representam, juntas, 9 bilhões de reais, segundo também a BM&FBOVESPA.

Entre ensino presencial e à distância, a Kroton Educacional acumula 1,1 milhão de alunos matriculados no ensino superior das instituições cujas mantenedoras estão sob seu controle. A companhia divulgou para o mercado que a qualidade dos seus cursos tem sido atestada pelos indicadores regulatórios do Governo. Segundo *release* divulgado à imprensa e aos investidores no primeiro trimestre de 2015, 97% das suas instituições e 91% dos seus cursos atingiu o desempenho mínimo exigido para funcionamento. Fazendo comparação, esse desempenho estaria acima da média tanto do setor privado, quanto do setor público.

Os dados parecem indicar que a qualidade dos seus cursos está acima da média, mas como estão colocados apenas são úteis para a perspectiva dos investidores. Ao alcançar o mínimo na avaliação, a Companhia garante que os cursos e as instituições poderão renovar a autorização do governo para funcionamento, o que dá aos investidores segurança quanto ao futuro dos seus recursos ali aplicados. Em termos de qualidade educacional, o que realmente significa esses números apresentados pela Kroton, é que a meta de qualidade tomada por referência pela Companhia é o conceito mínimo exigido pelo Governo. É

fazer um negócio rentável, mantendo o mínimo de qualidade e assim assegurar a continuidade da operação.

A cada trimestre, as Companhias de capital aberto divulgam seus resultados, e especialmente no primeiro trimestre de 2015 o setor mostrou um vigoroso poder de organização após as restrições do principal fundo de financiamento público de mensalidades, o FIES²⁶. Conforme se verifica na Tabela 1 a seguir, no primeiro trimestre de 2015, as quatro companhias com ações negociadas na bolsa tiveram, juntas, uma receita líquida de 2,5 bilhões de reais, o que significou um crescimento de 60% em relação ao mesmo período do ano de 2014. A receita conjunta das quatro empresas aumentou um bilhão de reais em apenas um ano.

Tabela 03 - Receita Líquida das Companhias de Capital Aberto – 1T15/1T14

	Receita Líquida (x 1000)		Lucro Líquido (x 1000)	
	1T15	1T14	1T15	1T14
ANIMA	R\$ 218.500,00	R\$ 137.900,00	R\$ 65.800,00	R\$ 45.200,00
SER	R\$ 269.498,00	R\$ 154.530,00	R\$ 82.844,00	R\$ 58.706,00
ESTACIO	R\$ 722.300,00	R\$ 538.200,00	R\$ 130.600,00	R\$ 125.800,00
KROTON	R\$ 1.287.875,00	R\$ 674.045,00	R\$ 455.312,00	R\$ 290.204,00
total	R\$ 2.498.173,00	R\$ 1.504.675,00	R\$ 734.556,00	R\$ 519.910,00

Fonte: (KROTON, 2015)

A Kroton Educacional S/A divulgou seus dados no primeiro trimestre de 2015 já considerando a unificação das suas operações com as da Anhanguera Educacional S/A. E essa é uma das características novas do mercado do ensino superior após a abertura de capital: as instituições crescem não apenas com o aumento de matrículas em seus cursos, mas através do que eles denominam *integração*. A Kroton explica que estão sempre “atentos às oportunidades de

²⁶ Criado em 1999 com o objetivo de substituir o PCE/CREDUC, o Fundo de Financiamento Estudantil (FIES) é um programa do MEC destinado à concessão de financiamento a estudantes regularmente matriculados em cursos superiores não gratuitos e com avaliação positiva nos processos conduzidos pelo governo federal. No início do Programa, as fontes de receita eram provenientes do MEC, Caixa Econômica Federal e do recebimento de resíduos financeiros do antigo CREDUC. Em 2010, o Banco do Brasil juntou-se a este grupo. A expectativa do governo era que ao longo do tempo o FIES se tornasse autossustentável, na medida em que cada estudante concluisse o curso e iniciasse o reembolso do empréstimo. Essa condição mostrou-se insustentável e o governo certamente terá que arcar com o ônus da expansão de crédito e financiamento estudantil. Com a ameaça de crise econômica, inflação, entre outros problemas governamentais, houve retração de investimentos em todas as áreas, inclusive a educacional. (EDUCA *et al.*, 2014)

aquisições que possam agregar valor para a Companhia no longo prazo"(KROTON, 2015).

Em 2001, o mercado do ensino superior estava iniciando sua fase de consolidação, ou seja, começava a apresentar sinais de estabilidade para os empresários, de organização e de clareza sobre o seu potencial de retorno ao capital investido. Hoje, os grandes grupos privados comandados pelas Companhias de Capital aberto, são chamados de *grupos consolidadores*. São eles que servem de referência, detêm a maior parte das matrículas no setor privado e adotam uma estratégia de crescimento, tanto internamente (com aumento das matrículas em suas próprias instituições), quanto comprando o controle de mantenedoras de outras instituições.

A análise feita pelos principais noticiários de economia tem se concentrado no desempenho apenas das empresas mantenedoras. Afinal, no todos os atos jurídicos de uma instituição de ensino só têm validade em termos de diplomação. Todos os demais negócios jurídicos, desde contratação de professores, cobrança de mensalidades, pagamento de fornecedores e de impostos, tudo é praticado diretamente pela empresa mantenedora. Quem vai ao mercado captar novos alunos e fazer negociações financeiras é a mantenedora, e não a instituição de ensino (mantida).

Como vem sendo defendido neste trabalho, o avanço da mercantilização do ensino superior praticada pela iniciativa privada com fins lucrativos é o desfecho de um longo processo de *mercadorização*, isto é, a transformação de um serviço educacional em uma mercadoria. O ensino é apenas uma entre várias modalidades de serviços educacionais. A Lei que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional deixa claro que “A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais” (Art. 1º, Lei nº 9.394/1996).

O artigo 45 da Lei nº 9.394/1996, determina que a educação superior será ministrada em instituições de ensino superior, públicas ou privadas, com variados graus de abrangência ou especialização. O Decreto nº 5.773/2006, que regulamenta este artigo, acrescenta que o início do funcionamento de instituição de educação superior é condicionado à edição prévia de ato de credenciamento pelo Ministério da

Educação, e que poderão se organizar como faculdade, centros universitários e universidades, de acordo com as prerrogativas acadêmicas. Repetindo a redação do artigo 209 da Constituição Federal de 1988, o Decreto também declara que a educação superior é livre à iniciativa privada, e que o funcionamento das instituições de ensino superior depende de ato autorizativo do Poder Público.

Quando autoriza a funcionar uma instituição de ensino, já foi mencionado acima, o Poder Público na verdade está autorizando o funcionamento conjunto de duas entidades, a mantenedora e a mantida. O ato de credenciamento é, portanto, concedido à instituição vinculada a uma mantenedora. Esta já deve ostentar vida própria, com registro civil adequado a depender de sua especificidade. Já a mantida só passa a existir no universo jurídico após o respectivo ato de credenciamento junto ao Ministério da Educação. Quer dizer, para que o setor privado preste serviços de ensino superior, é necessário que existam duas organizações, a de uma pessoa jurídica mantenedora e a de uma instituição de ensino mantida.

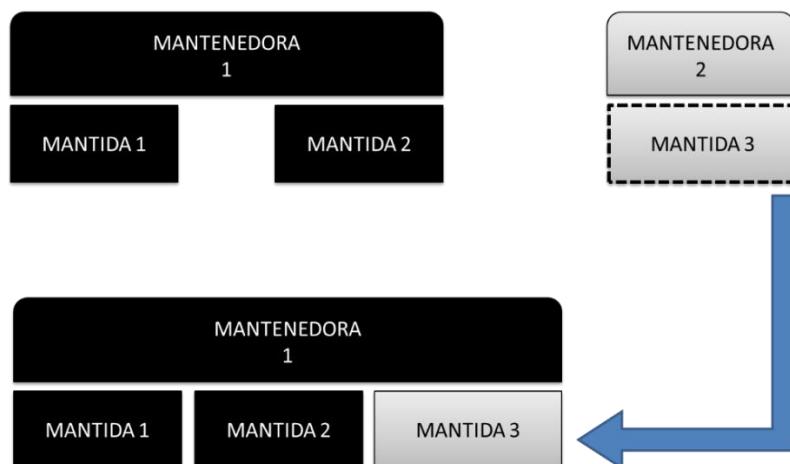
Foi com base nessa peculiaridade formal da educação brasileira que as mantenedoras com fins lucrativos encontraram um novo caminho para o crescimento de suas atividades, sem necessidade de criar novas instituições ou apenas atrair novos alunos. O crescimento das grandes empresas mantenedoras e sua consolidação no mercado do ensino superior vem ocorrendo por meio de “inúmeros os casos de aquisição de faculdades de pequeno e médio porte por grandes organizações educacionais, tanto nacionais quanto estrangeiras” (BARÃO, 2015). Mas quando se faz uma afirmação como esta, comete-se um erro conceitual importante, muitas vezes despercebido.

Quando se fala em “aquisição de faculdades” deixa-se subentendido que houve uma transferência de faculdades de uma mantenedora para outra, fato que exigiria um processo específico junto ao Ministério da Educação. Porém, as instituições de ensino não podem ser adquiridas porque não possuem personalidade jurídica própria. Elas não podem ser objeto de contrato. O que está sendo negociado no mercado, vendido e comprado, é o controle de sociedades empresárias. Estas sim, na qualidade de mantenedoras, é que são vendáveis, e não as instituições em si.

A consolidação do mercado, portanto, se dá com a aquisição do controle de mantenedoras, sem necessidade de submeter um pedido de transferência de

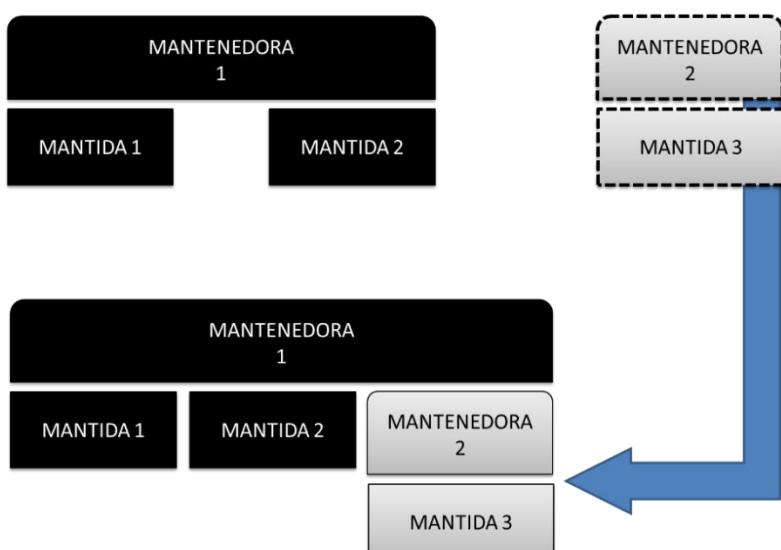
manutenção junto ao Ministério da Educação. Isso confere muito mais agilidade nos processos de aquisição. Quando se noticia que um grupo “comprou” mais uma Faculdade, o que ocorreu foi que os sócios da mantenedora de uma Faculdade decidiram vender os seus direitos de controle de capital para uma outra empresa, e com isso a instituição de ensino mantida passa a ser comandada pela empresa adquirente. Nas figuras a seguir, fica mais clara a diferença entre o que seria o processo de transferência de manutenção, conforme está previsto nos artigos 25 e seguintes do Decreto nº 5.773/2006, e a política de aquisições realmente posta em prática pelas empresas de ensino.

Figura 01 - Transferência de manutenção



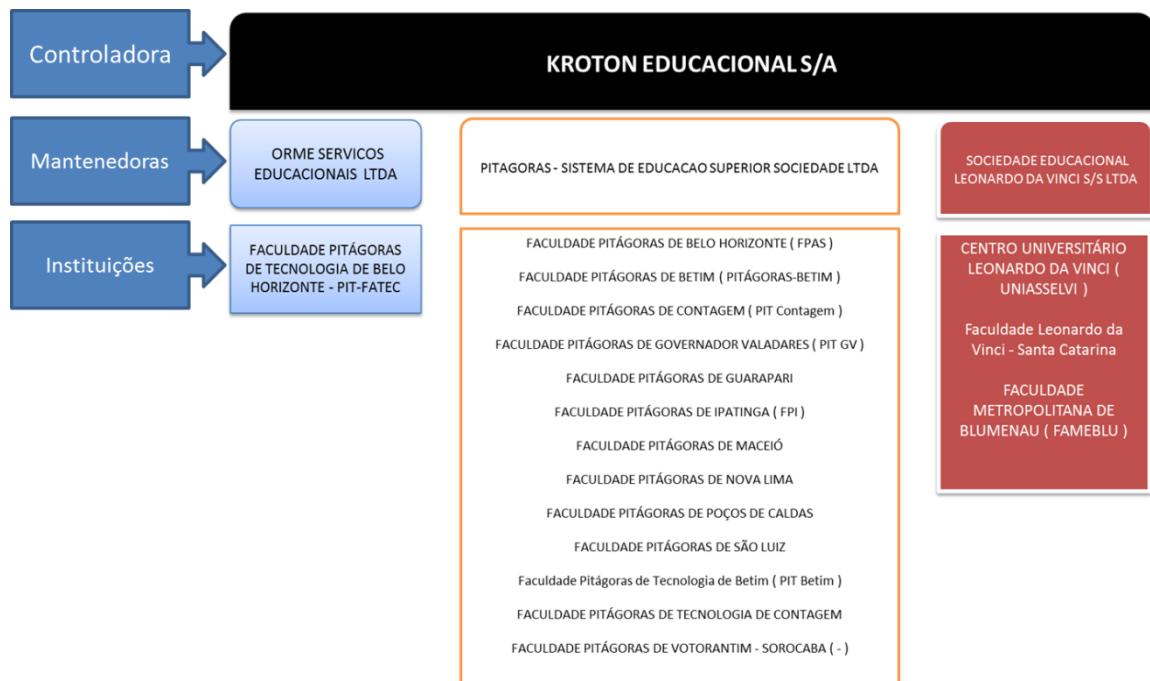
FONTE: elaborado pelo autor.

Figura 02 - Aquisição de controle entre empresas, sem transferência



FONTE: elaborado pelo autor.

Figura 03 - Simulação de parte da organização empresária comandada pela Kroton Educacional S/A



FONTE: emec.mec.gov.br; elaborado pelo autor.

Essa prática não poderia ocorrer caso a mantenedora fosse uma pessoa jurídica de direito privado constituída como associação, fundação ou organização religiosa, porque o patrimônio dessas entidades não pode ser objeto de compra e venda. Ao comparar o mercado do ensino superior com o da educação básica, o consultor Fernando Barão (2015) explica que dificilmente esta última passará por um processo de consolidação como aquele verificado na educação superior, exatamente porque as escolas do ensino fundamental e médio que seriam potencialmente mais atraentes para investidores são mantidas por entidades filantrópicas, confessionais ou por fundações, e em suas palavras, são escolas “não vendáveis”.

O bom desempenho das grandes empresas consolidadoras também é resultado da padronização pedagógica. Quer dizer, apesar de perante a legislação educacional o credenciamento ser concedido para cada instituição separadamente, cada uma com o seu próprio projeto pedagógico, a partir do momento que as grandes empresas adquirem o controle de novas mantenedoras, inicia-se um processo intenso de unificação de práticas. A Estácio Participações S/A explica aos seus investidores que um dos pilares da Companhia é “um produto robusto e

padronizado" (ESTÁCIO EDUCACIONAL, 2015). De modo mais incisivo a Companhia Ser Educacional S/A comemora o seus resultados com novas aquisições e captação de alunos:

Esses resultados também devem ser observados sob ponto vista do posicionamento estratégico da Companhia que visa principalmente a geração de valor aos acionistas a longo prazo, baseada na combinação de iniciativas que combinam crescimento da base de alunos de forma orgânica e por aquisições, aliado ao foco na **criação de uma proposta de valor única ao aluno** (marcas fortes e reconhecidas pelo mercado de trabalho, elevados índices de qualidade de ensino, unidades equipadas e bem localizadas e oferta de cursos a preços competitivos) e otimização de custos determinados pela **alta padronização, escalabilidade e replicabilidade das operações**. Os efeitos combinados dessas iniciativas geram um ciclo virtuoso de crescimento e resiliência a momentos mais turbulentos de mercado. Dessa forma a Companhia continuou a crescer sua base de alunos, mesmo com o recente aumento das taxas de evasão apresentadas nesse trimestre, um dos principais efeitos adversos relacionados as recentes mudanças no FIES (SER EDUCACIONAL, 2015, destaque nosso).

Para realizar essa padronização, as mantenedoras estão cada vez mais presentes no dia-a-dia das instituições de ensino. Isso significa que as decisões sobre plano de curso, carga-horária e perfil do corpo docente são tomadas nas instâncias de governança corporativa da mantenedora, e não pelos órgãos de gestão acadêmica das mantidas. Isso garante os resultados que as Companhias buscam: ganho de escala e geração de valor aos acionistas.

No ano de 2015, de acordo com os números divulgados pelas Companhias, as quatro empresas listadas na BM&FBOVESPA já concentram mais de 1,7 milhão de matrículas em cursos de graduação. Em relação aos últimos números do Censo Superior, isso equivaleria a cerca de 30% de todo o setor privado, ou 23% de todas as matrículas em cursos de graduação no Brasil.

3.4 Políticas econômicas públicas

Além, ou melhor, ao lado das medidas de política econômica privada analisadas no capítulo anterior, o Poder Público também participou ativamente do processo de transformação do ensino superior em mercadoria. Em outras palavras, o surgimento de um sistema de ensino superior estruturado para gerar lucros para empresas particulares só foi possível com a atuação do Estado no domínio econômico. Ensina o professor Washington Peluso Albino de Souza:

Por ser forma de “ação” do Estado, a sua natureza é política. Quando esta se exprime por um conjunto de atos praticados pelo Poder Público para atingir certos fins, influindo sobre os fenômenos a longo prazo (reformas estruturais), ou simplesmente a curto prazo (medidas de tipo conjuntural), temos a “Política Econômica”, que se completa por lhe serem fixados os objetivos com os quais se compromete o Poder Público, quer legislando, quer executando ou estimulando, quer “regulamentando” ou “regulando” medidas, pela aplicação dos dispositivos legais. (SOUZA, 2005, p. 318).

Após a promulgação da Constituição de 1988, e ao fim de mais de uma década de estagnação, o Estado brasileiro passou por reformas econômicas que buscavam recuperar o crescimento e estabilizar a moeda nacional. Junto dessa demanda interna, havia forte pressão internacional para abertura comercial e liberalização financeira. Mas o esforço político mais efetivo foi para inserir o País na rota de um *neoliberalismo de regulação*²⁷.

Para seguir esse caminho, o Brasil deveria reduzir as atribuições do Estado na oferta de serviços públicos e transferir para a iniciativa privada atividades “indevidamente” exploradas por empresas públicas. E a educação estava no centro das medidas de realinhamento das funções estatais na economia.

Com o fim da Guerra Fria, os valores sociais e econômicos da economia de mercado foram exaltados. As exigências de uma nova globalização impunham às

²⁷ Expressão adotada utilizada para diferenciar os diferentes momentos da política econômica pública no Estado de Direito. Inicialmente liberal (séc. XIX), depois um neoliberalismo regulamentador (séc. XX, após ampliação da ação econômica direta do Estado) e atualmente o neoliberalismo regulador. Nesse sentido: CLARK; NASCIMENTO; CORRÊA, 2013; CLARK, 2008; SOUZA, 2005. O termo neoliberalismo costuma ser utilizado para simbolizar um movimento teórico de retorno aos valores liberais liderado pelos ensinamentos do economista F. A. Hayek no seu livro *O Caminho da Servidão*. Defendia esse movimento que o governo deveria estruturar as instituições jurídicas para a exortação da concorrência. Era dever do Estado criar mercado. É nesse sentido que adota-se aqui o termo neoliberalismo, como um conjunto de medidas governamentais para ajustar o sistema capitalista às demandas sociais, com mais mercado (regulador), ou com mais Estado (regulamentador) na exploração direta de atividades econômicas..

nações pobres uma série de reformulações de ordem política e jurídica, sob a condição de não serem reconhecidos na ordem econômica internacional. A dependência de recursos externos levou diversos governos da América Latina a tomarem decisões alinhadas à nova ordem, inclusive o Brasil.

A fórmula básica das reformas foi denominada por John Williamson de “Consenso de Washington”: um decálogo elaborado em 1989, com as reformas necessárias para que as nações latino-americanas orientassem suas economias para a globalização,²⁸.

No Brasil, as medidas mais evidentes foram as de privatização de serviços essenciais e as de ajuste fiscal, com redução imediata de gastos públicos setoriais. As reformas mais profundas na estrutura do Estado foram implementadas a partir do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, aprovado em setembro de 1995. A educação deveria, segundo o plano, ser submetida a um processo de “publicização”.

Finalmente, através de um programa de publicização, transfere-se para o setor público não-estatal a produção dos serviços competitivos ou não-exclusivos de Estado, estabelecendo-se um sistema de parceria entre Estado e sociedade para seu financiamento e controle. (BRASIL, 1995, p. 13).

Na realidade, não ocorreu nem publicização, nem privatização no âmbito da educação superior. Como será visto, o Estado promoveu medidas aparentemente pontuais, dispersas, mas totalmente orientadas para favorecer o florescimento de um novo setor privado com finalidade lucrativa. Na realidade, percebe-se no serviço público do ensino superior uma “privatização” transversa, ou seja, sem haver transferência direta do serviço de uma instituição pública para uma instituição privada, mas sim através da contenção e/ou precarização do setor público, cumulada com incentivos financeiros e regulatórios para o crescimento do setor privado.

²⁸ A expressão “Consenso de Washington” é muitas vezes usada como sinônimo de neoliberalismo. Mas o próprio criador essa expressão, John Williamson, nega tal similaridade. Conferir WILLIAMSON, 2002.

3.4.1 Reforma do Estado e a iniciativa privada no ensino superior

Apoiado nos princípios neoliberais reguladores de redução da presença do Estado na manutenção de serviços públicos, o Governo realizou ajustes na organização do ensino superior brasileiro. Para garantir que a iniciativa privada assumisse o protagonismo no processo de expansão das matrículas de ensino superior, foram publicados seguidos decretos presidenciais para criar um ambiente institucional seguro. Ainda havia no primeiro governo presidencial de Fernando Henrique Cardoso forte resistência política de grupos sindicais, acadêmicos e partidários contra o neoliberalismo regulador. Diante da redação do artigo 209 da Constituição Federal de 1988, os futuros empresários da educação não tinham total segurança quanto aos limites jurídicos para a exploração lucrativa do ensino.

Diz o artigo 209 que o ensino é livre à iniciativa privada, mediante autorização e supervisão do Poder Público. Para tranquilizar os agentes de “mercado” e atender aos princípios neoliberais reguladores, era necessário garantir ao capital privado que a liberdade de iniciativa seria ampla o suficiente para permitir a atuação de empresas com finalidade lucrativa. Mesmo antes da sanção da nova Lei de diretrizes e bases da educação nacional (que ocorreu em dezembro de 1996), o Presidente da República delegou ao Ministro da Educação a competência para os atos de autorização e o recredenciamento periódico de universidades e estabelecimentos isolados de ensino superior (Decreto nº 1.845, de 28 de março de 1996).

A ideia como foi declarada no Plano de Reforma do Estado era descentralizar para um setor público não-estatal a execução de serviços que não envolvem o exercício do poder de Estado. Quer dizer, atividades como saúde e educação deveriam ser subsidiadas pelo Estado mas a execução deveria ficar a cargo de uma iniciativa privada chamada de “setor público não-estatal”. Mas no caso o ensino superior, esse processo foi declaradamente tendencioso a favorecer um setor específico da iniciativa privada, as sociedades comerciais.

Em abril de 1997, outro decreto presidencial declarou que “as entidades mantenedoras das instituições privadas de ensino superior poderão se constituir sob qualquer das formas de pessoa jurídica, de direito privado previstas nos incisos I e II do art. 16 do Código Civil Brasileiro” (artigo 1º, parágrafo único, do Decreto nº 2.207

de 15 de abril de 1997). Na prática, o que estava sendo decretado naquele momento era a plena liberdade de iniciativa para as sociedades comerciais solicitarem o credenciamento junto ao Ministério da Educação para atuarem como mantenedoras de instituições de ensino.

O conceito teórico de setor público não-estatal utilizado no Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado se referia ao chamado “terceiro setor”, cuja característica essencial é a ausência de finalidade lucrativa. Como visto nos capítulos anteriores, foi exatamente o contrário que veio a ocorrer no ensino superior, com a ascensão do setor lucrativo em ritmo intenso a partir dessas medidas de políticas públicas.

A dinâmica regulatória implementada a partir de então passou a criar um ambiente institucional favorável à iniciativa privada com fins lucrativos. Inicialmente, as reações contra a nova legislação estavam voltadas a combater alguns prejuízos sentidos pelo grupo privado tradicional, sem fins lucrativos. A Associação Brasileira de Mantenedoras do Ensino Superior fez severa crítica às regras para o recredenciamento institucional e aos requisitos criados pelo governo para que as IES permanecessem como instituições não lucrativas. Segundo as críticas feitas pelo presidente da entidade²⁹, várias foram as ingerências sobre as mantenedoras dessa espécie, dentre elas as principais: primeiro a obrigação de um conselho fiscal na mantenedora com representante da mantida; segundo, a exigência de publicação anual de balanços; terceiro, a destinação de dois terços de sua receita operacional à remuneração do corpo docente e técnico administrativo.

Tais exigências, que prenunciavam a tendência de indução à iniciativa privada com fins lucrativos, foram logo revogadas pelo Decreto nº 2.306 de 19 de agosto de 1997, no qual ficou evidenciado um tratamento mais rigoroso para as mantenedoras sem finalidade de lucro:

Art. 2º As entidades mantenedoras de instituições de ensino superior, **sem finalidade lucrativa**, deverão:

I - elaborar e publicar, em cada exercício social, demonstrações financeiras certificadas por auditores independentes, com o parecer do conselho fiscal, ou órgão similar;

²⁹ Houve um seminário promovido pela entidade em 07.05.97, em Brasília, com a participação de um representante do MEC, cujo tema não poderia ser mais sugestivo: —O Decreto nº 2.207/97 e a LDB: Avanço ou Recuo? O documento resultante publicado sob nº 19 da revista —Estudos II apresentava, como um de seus objetivos, permitir a discussão e o encaminhamento de sugestões e propostas aos órgãos do governo com vistas à reformulação do Decreto citado. (CARVALHO, 2011)

II - manter escrituração completa e regular de todos os livros fiscais, na forma da legislação pertinente, bem como de quaisquer outros atos ou operações que venham a modificar sua situação patrimonial, em livros revestidos de formalidades que assegurem a respectiva exatidão;

III - conservar em boa ordem, pelo prazo de cinco anos, contados da data de emissão, os documentos que comprovem a origem de suas receitas e a efetivação de suas despesas, bem como a realização de quaisquer outros atos ou operações que venham a modificar sua situação patrimonial;

IV - submeter-se, a qualquer tempo, a auditoria pelo Poder Público;

V - destinar seu patrimônio a outra instituição congênere ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades, promovendo, se necessário, a alteração estatutária correspondente;

VI - comprovar, sempre que solicitada;

a) a aplicação dos seus excedentes financeiros para os fins da instituição de ensino superior mantida;

b) a não-remuneração ou concessão de vantagens ou benefícios, por qualquer forma ou título, a seus instituidores, dirigentes, sócios, conselheiros ou equivalentes;

c) a destinação, para as despesas com pessoal docente e técnico-administrativo, incluídos os encargos e benefícios sociais, de pelo menos sessenta por cento da receita das mensalidades escolares proveniente da instituição de ensino superior mantida, deduzidas as reduções, os descontos ou bolsas de estudo concedidas e excetuando-se, ainda, os gastos com pessoal, encargos e benefícios sociais dos hospitais universitários.

Parágrafo único. A comprovação do disposto neste artigo é indispensável para fins de credenciamento e recredenciamento da instituição de ensino superior.

(...)

Art. 4º As entidades mantenedoras de instituições de ensino superior, **com finalidade lucrativa**, ainda que de natureza civil, deverão:

I - elaborar e publicar, em cada exercício social, demonstrações financeiras certificadas por auditores independentes, com o parecer do conselho fiscal, ou órgão equivalente;

II - submeter-se, a qualquer tempo, a auditoria pelo Poder Público.

O artigo 20 da LDB fez uma classificação das instituições privadas de ensino para diferenciá-las de acordo com o tipo de mantenedoras que ostentam. A novidade em relação à legislação anterior (LDB de 1961, Lei nº 4.064/61) foi a subdivisão do setor privado em quatro grupos: (a) particulares em sentido estrito, (b) comunitárias, (c) confessionais e (d) filantrópicas. Mas a LDB não detalhou como essa subdivisão seria útil no funcionamento do sistema federal de ensino.

Na Constituição de 1988, artigo 213, existe uma menção explícita aos termos (b), (c) e (d), mas para dizer que os recursos públicos podem ser dirigidos às escolas assim definidas em lei. Apesar das diferenças na denominação, não há nessa passagem da Constituição nenhum tipo de diferenciação entre essas três subcategorias privadas no que se refere à atividade educacional em si. As diferenças concretas decorrem de leis específicas, e apenas quanto ao enquadramento tributário de cada uma delas.

A própria LDB repete o mesmo tratamento para instituições comunitárias, confessionais e filantrópicas, sem discriminação alguma entre elas:

Art. 77. Os recursos públicos serão destinados às escolas privadas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas que: I - comprovem finalidade não-lucrativa e não distribuam resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcela de seu patrimônio sob nenhuma forma ou pretexto; II - apliquem seus excedentes financeiros em educação; III - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades; IV - prestem contas ao Poder Público dos recursos recebidos. (BRASIL, 1996)

A partir dessas observações, defende-se nesta tese que a redação do artigo 20 da LDB não criou quatro categorias de instituições privadas, mas apenas: (a) as que **não** podem receber destinação de recursos públicos (particulares em sentido estrito), e (b) as que podem receber destinação de recursos públicos (comunitárias, confessionais e filantrópicas), quando cumpridos os requisitos do artigo 213 da Constituição Federal de 1988 e do artigo 77 da própria LDB/96.

O que representou realmente uma novidade em relação à Lei anterior foi a previsão de que seria possível que o setor privado tivesse outras formas de mantenedoras não qualificadas como comunitárias, filantrópicas e confessionais.

Todavia, Decreto nº 2.207/1997 promoveu uma reclassificação das instituições do setor privado, diferente daquela já criada na LDB. Adotou como critério de distinção entre as categorias privadas a *finalidade lucrativa das entidades mantenedoras*. Inicialmente, o art. 1º, parágrafo único, o Decreto estabelece que “As entidades mantenedoras das instituições privadas de ensino superior poderão se constituir sob qualquer das formas de pessoa jurídica, de direito privado previstas nos incisos I e II do art. 16 do Código Civil Brasileiro.” A grande novidade foi mencionar expressamente o inciso II, pois incluía no rol das mantenedoras as sociedades comerciais.

Nos artigos seguintes, o Decreto nº 2.207/1997 passa a dividir as instituições privadas em dois grupos: (A) instituições privadas com mantenedoras de finalidade não lucrativa e (B) instituições privadas com mantenedoras com fins lucrativos. E é essa a classificação adotada oficialmente a partir de então pelos órgãos do Ministério da Educação³⁰.

A intenção do Estado brasileiro com essa nova diferenciação foi incentivar que o setor privado adotasse prioritariamente a forma mercantil de instituição. Tanto que foi aberto prazo que aquelas instituições com finalidade não lucrativa pudessem alterar sua natureza jurídica. Assim ficou estabelecido expressamente, conforme se lê na seguinte citação:

Art. 2º [...] Parágrafo único. As atuais mantenedoras das instituições privadas de ensino superior a que se refere este artigo **que desejarem alterar sua natureza jurídica**, observado o disposto no parágrafo único do art. 1º deste Decreto, **revestindo umas das formas estabelecidas nas leis comerciais**, poderão fazê-lo no prazo de 120 dias, a contar da data de publicação, deste Decreto, submetendo a correspondente alteração estatutária, devidamente averbada pelos órgãos competentes, ao Ministério da Educação e do Desporto, para fins de recredenciamento, ouvido o Conselho Nacional de Educação. (BRASIL, 1997a, grifos nossos)

Nos quadros 01 e 02 a seguir, é possível perceber como a classificação criada pela LDB foi transformada pelo Decreto nº 2.207/1997. Na coluna da direita estão as subdivisões do setor privado. Nota-se que a categoria “particulares em sentido estrito” prevista na LDB é ampliada para incluir expressamente as mantenedoras constituídas na forma de sociedades mercantis.

³⁰ É importante anotar aqui que o poder regulamentar, exercido através de decretos da Presidência da República, deve estar restrito aos limites da Lei, não podendo inovar em relação a esta. No caso, foi tamanha a modificação do sentido dado à expressão “particular em sentido estrito” que seria cabível discutir sua legalidade. Atualmente, porém, a aceitação de instituições privadas com fins lucrativos já se encontra prevista na Lei de criação do PROUNI, Lei federal nº 11.096/2004. Como já foi defendido em trabalho anterior (NASCIMENTO, 2010), a inclusão das sociedades mercantis como mantenedoras foi na verdade uma medida de política econômica alinhada com o modelo de reforma do Estado em andamento naquele momento histórico. Mas, considerando a atividade educacional de nível superior um serviço público nos termos constitucionais, e considerando a exigência de autorização pelo Poder Público para a atuação da iniciativa privada, é necessário fazer interpretação restritiva da expressão “mantidas e administradas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado”, para excluir as sociedades comerciais (ou empresárias).

Quadro 01 - Classificação criada pela LDB/96

Art. 19. As instituições de ensino dos diferentes níveis classificam-se nas seguintes categorias administrativas:	
I - públicas, assim entendidas as criadas ou incorporadas, mantidas e administradas pelo Poder Público;	II - privadas, assim entendidas as mantidas e administradas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.
	Art. 20. As instituições privadas de ensino se enquadrarão nas seguintes categorias:
	I - particulares em sentido estrito, assim entendidas as que são instituídas e mantidas por uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado que não apresentem as características dos incisos abaixo;
	II - comunitárias, assim entendidas as que são instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas, inclusive cooperativas educacionais, sem fins lucrativos, que incluam na sua entidade mantenedora representantes da comunidade;
	III - confessionais, assim entendidas as que são instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas que atendem a orientação confessional e ideologia específicas e ao disposto no inciso anterior;
	IV - filantrópicas, na forma da lei.

FONTE: Lei nº 9.394/1996. Elaborado pelo autor.

Quadro 02 - Classificação criada pelo Decreto nº 2.207/1997

Art. 1º. As instituições de ensino superior do Sistema Federal de Ensino, nos termos do art. 16 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, classificam-se, quanto a sua natureza jurídica, em:	
I - públicas, quando criadas ou incorporadas, mantidas e administradas pelo Governo Federal;	II - privadas, quando mantidas e administradas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado;
	<i>Parágrafo único.</i> As entidades mantenedoras das instituições privadas de ensino superior poderão se constituir sob qualquer das formas de pessoa jurídica, de direito privado previstas nos incisos I e II do art. 16 do Código Civil Brasileiro.
	Art. 2º. As entidades mantenedoras das instituições privadas de ensino superior que se revestirem de finalidade não lucrativa deverão observar o seguinte: [...]
	Art. 3º. As entidades mantenedoras com fins lucrativos submetem-se à legislação que rege as sociedades mercantis, especialmente na parte relativa aos encargos fiscais, parafiscais e trabalhistas.

FONTE: Decreto nº 2.207/1997. Elaborado pelo autor.

Além do estímulo direto para transformação das mantenedoras sem finalidade lucrativa em sociedades comerciais, a iniciativa privada sem finalidade lucrativa foi atacada com a publicação da Lei nº 9.732/1998, que versa sobre o pagamento da contribuição ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS pelas entidades benfeitoras.

Pretendia o Estado brasileiro, via a Lei nº 9.732/1998 que a isenção da contribuição à seguridade social ficasse condicionada à prestação gratuita de

serviços a quem deles necessitar. Ou seja, só teria o reconhecimento como entidade benéfica, e, portanto, à isenção de recolhimento patronal da cota do INSS, se a instituição não cobrasse pelos serviços educacionais, incluindo matrículas e mensalidades (CARVALHO, 2011, p. 165). Este dispositivo legal está suspenso por decisão liminar do Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2028 (Rel. Min. Joaquim Barbosa), impetrada pela Associação Brasileira das Universidades Comunitárias - ABRUC.

Nos primeiros anos de vigência da LDB, vários conflitos de interesse ainda estavam evidentes. Cristina Helena Almeida de Carvalho (2011) menciona a divisão entre grupos privatistas e estatistas na disputa política pela destinação de recursos. Sucessivas alterações legislativas e o longo debate para aprovação do Plano Nacional de Educação 2001-2010 revelam o momento de relativa instabilidade.

Estavam em disputa, de um lado, a iniciativa privada tradicional formada pelas grandes instituições sem fins lucrativos, e, de outro, as entidades representantes do segmento público federal. Mas no centro de influência estava o capital privado atuando sobre o Ministério da Educação, e também exercendo grande pressão com base a agenda de reformas sistêmicas recomendadas pelo Banco Mundial. E foi essa agenda de recomendações que levou à formação de quadro institucional favorável ao capital empresarial.

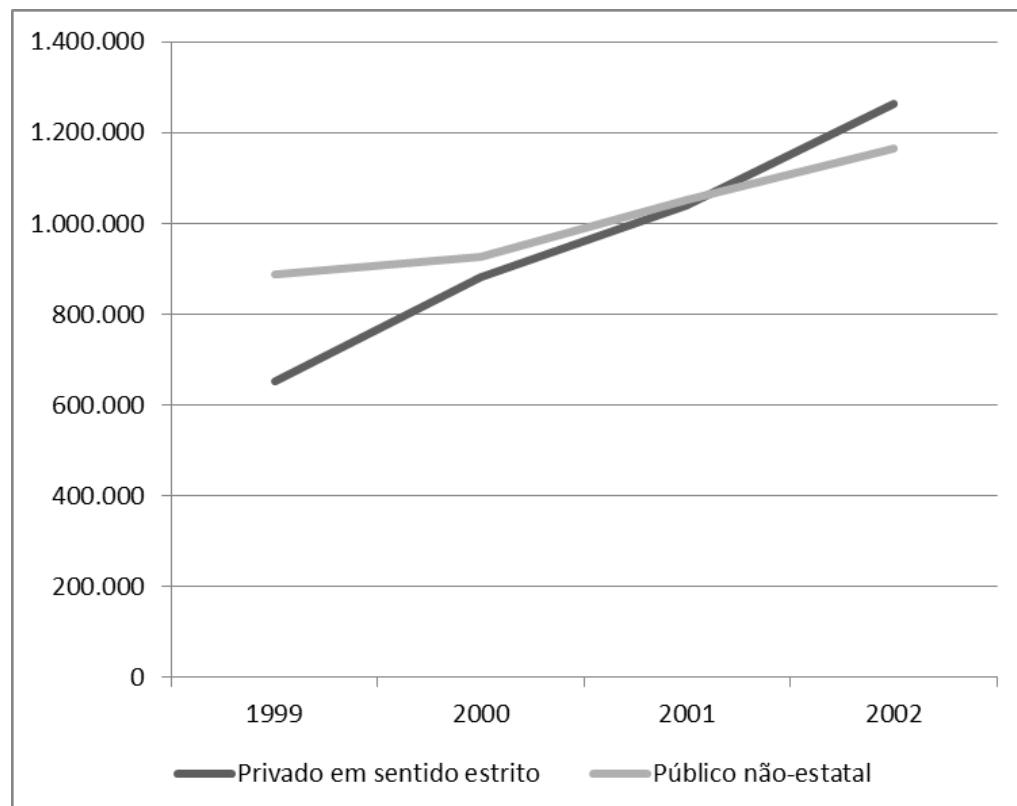
Durante os anos 1990, impulsionado pelos mandamentos do Consenso de Washington, o Banco Mundial (através do BIRD) passou a exercer influência efetiva na política educacional através de seus documentos oficiais que, exaustivamente, propunham aos países em desenvolvimento um modelo baseado em princípios como avaliação, autonomia universitária, diversificação, diferenciação, flexibilização e privatização (CARVALHO, 2011, p. 59).

Apesar da participação e da influência da iniciativa privada não lucrativa ser predominante naquele momento, é possível perceber que havia um espaço sendo construído para que um outro grupo econômico se desenvolvesse. Os empresários encontraram um marco regulatório que propiciou o desenvolvimento de um “mercado” que pudesse suprir a demanda (existente ou criada) pelo serviço público de ensino superior. Depois de quase duas décadas de estagnação econômica, voltou a ser inevitável desenvolver a força de trabalho com o ensino superior e atender às reivindicações de ascensão social.

Aliado ao objetivo de expansão para atingir a meta de 30% de matrículas líquidas no ensino superior (PNE 2001-2010), o projeto de reforma do Estado para garantir a transferência de serviços públicos para o setor privado também influenciou profundamente o novo movimento de expansão do ensino superior. O chamado setor público não-estatal já atuava no ensino superior, desde a reforma universitária de 1968 comentada no capítulo 2. E com as regras de credenciamento e autorização criadas após a nova LDB, foi o setor privado lucrativo que se destacou.

Entre 1999 e 2002, o setor “público não-estatal” (ou seja, as privadas não lucrativas) diminuiu 16%, enquanto o setor privado em sentido estrito (com fins lucrativos) aumentou em 71% o número de instituições. Foi exatamente nesse período em que houve a virada a favor do capital empresário: o setor lucrativo superou o número de matrículas do não lucrativo, com crescimento de 94% em três anos.

Gráfico 07 - Número de matrículas no setor privado do ensino superior brasileiro



Fonte: Censo Superior/INEP. Elaborado pelo autor.

3.4.2 Avaliação e Financiamento para estimular o setor privado

Como já foi mencionado, um dos principais fatores que contribuíram para o crescimento rápido do setor privado com fins lucrativos no ensino superior foi a legitimação ideológica dada pelo Banco Mundial ao sugerir que o Estados em desenvolvimento constituísse instrumentos financeiros direcionados para o segmento por meio de recursos indiretos. O argumento fundamental era a conquista de “eficiência” no gasto público vista como simples economia dos recursos orçamentários. Para isso, propunha algo que não significasse subvenção, mas incentivo para um setor que oferecesse vagas no ensino superior a um custo menor do que nas instituições estatais. É o neoliberalismo regulador na educação.

Desconsiderando a óbvia diferença estrutural e finalística entre as universidades públicas e uma instituição isolada de ensino superior, o Banco Mundial preferiu focar na capacidade das empresas de serem flexíveis diante da alteração de demanda, e de oferecerem mais agilidade na ampliação de vagas com um custo reduzido para o Estado. Um dos princípios defendidos pelo órgão financeiro era a eliminação de gastos com subsídios não relacionados à instrução propriamente dita. Afirmava um documento publicado em 1995 sobre o ensino superior nos países em desenvolvimento que, em vez de exercer um controle direto, os governos deveriam proporcionar um ambiente favorável para as instituições de nível superior com incentivos e mecanismos orientados para o “mercado” (BANCO MUNDIAL, 1995, p. 10).

O Estado brasileiro agiu de acordo com esse ditame, e passou a desenvolver um aparato institucional como sugerido pelo Banco Mundial. O tripé para redefinição das funções do governo envolvia: (1) estabelecimento de um marco regulatório que permita aos estudantes avaliar e conhecer o desempenho das instituições; (2) criar mais incentivos e mecanismos para conduzir o mercado para as políticas públicas, e; (3) maior autonomia para as instituições públicas buscarem diversificação de financiamento e utilização eficiente dos recursos.

Sobre o marco regulatório, a União instituiu ainda em 1995 um sistema de avaliações periódicas da qualidade do ensino superior que ficou conhecido pelo destaque dado ao Exame anual aplicado aos estudantes em fase de conclusão dos cursos de graduação. Todavia, a Lei que criou o Provão (como ficou conhecido o

Exame) determinava que o sistema de avaliação deveria usar procedimentos e critérios abrangentes dos diversos fatores que determinam a qualidade e a eficiência das atividades de ensino, pesquisa e extensão (artigo 3º da Lei nº 9.131/1995).

Muitas críticas pesaram sobre a aplicação dessas avaliações, pois representariam, na prática, um regulador mercadológico e midiático. Barreyro analisa que o Provão permitia comunicar uma mensagem nos próprios códigos e linguajar da publicidade e o marketing. O principal valor gerado pelas avaliações era classificação das instituições nos conceitos de desempenho A, B, C, D e E (BARREYRO, 2004).

A mudança institucional provocada pela regulamentação do sistema de avaliação foi revelada como um dos passos mais importantes na consolidação de um sistema aberto para as práticas de “mercado”. É notório que, no sistema capitalista, a avaliação cumpre papel estratégico na disseminação de valores e finalidades de “mercado”, o que acaba levando à implantação de “processos de gestão de natureza contábil e/ou de “economização” da educação” (CATANI; OLIVEIRA; DOURADO, 2001).

A segunda dimensão da transformação realizada no bojo da Reforma do modelo de Estado, e que correspondia aos ditames do Banco Mundial, foi desenvolvida através das políticas de crédito estudantil. Através da Medida Provisória nº 1.865-4, de 26 de agosto de 1999, o Poder Executivo instituiu o Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior, destinado a financiar as mensalidades em cursos de graduação com avaliação positiva. Depois de várias reedições, a medida provisória foi convertida na Lei nº 10.260 de 12 de julho de 2001.

A gestão do FIES cabe ao Ministério da Educação, na qualidade de formulador da política de oferta de financiamento e de supervisor da execução das operações do Fundo. Nessa primeira versão do Programa, seria financiado até 70% dos encargos educacionais cobrados dos estudantes por parte das instituições de ensino, em contraprestação aos cursos de graduação em que estejam regularmente matriculados. A lei também vedou o financiamento nos cursos com avaliação negativa nos processos conduzidos pelo MEC, e cada estudante somente poderia se habilitar a apenas um financiamento, destinado à cobertura de despesas relativas a um único curso de graduação.

Assim, o Programa de financiamento estudantil surgiu de modo interligado à sistemática de avaliação dos cursos de graduação (Provão). Essa combinação funcionou como um solo fértil para o desenvolvimento do “mercado” de ensino superior. Além disso, também favoreceu a lógica imposta pelo Banco Mundial para que a expansão do ensino superior fosse ser feita com subvenção pública ao setor privado. Segundo essa visão, o Estado não deveria ampliar suas vagas no ensino superior, pois estaria comprometendo o orçamento público com gastos não relacionados diretamente à atividade de ensino, tais como pesquisa e extensão, estabilidade da carreira docente e apoio estudantil. Ao contrário, o setor privado aproveitaria melhor os recursos pois poderia se dedicar a um modelo de ensino-mercadoria.

No relatório do Tribunal de Contas da União sobre as contas do Governo de 1999, o primeiro ano de FIES beneficiou 104.736, custando 141 milhões de reais do orçamento da União (ALMEIDA, 2012, p. 37). Já no ano de 2014, o Ministério da Educação informa no processo de contas anuais do FIES, que haviam 1,9 milhão de estudantes financiados a um custo de R\$ 12,2 bilhões. Representa um crescimento nos gastos públicos de 8700% em quinze anos. Dessa forma, as instituições particulares tiveram a garantia de que uma parte significativa dos seus alunos seriam atraídos e subsidiados com o uso de recursos do orçamento da União. Foi, sem dúvida, um ótimo incentivo ao setor privado que ganhou uma estratégia de receita inteiramente criada e bancada pelo Estado.

Mesmo com forte resistência de grupos políticos ligados às entidades estudantis e de profissionais da educação, esse modelo de avaliação que estimula a “padronização” e a “concorrência” entre os cursos de nível superior era promovido como ganho de suposta “eficiência” no uso de recursos públicos. Além disso, um modelo de ensino superior baseado na ambição empreendedora seria importante para permitir adaptações econômicas em momentos de adversidade. Caso a União resolvesse reduzir a transferência de recursos para esse setor, bastaria um ajuste na política orçamentária. Por outro lado, se a expansão fosse baseada no setor público, autárquico ou fundacional, a redução de gastos encontraria óbices como a estabilidade jurídica dos cargos públicos e a manutenção do próprio patrimônio público.

As reformas privatizantes do marco regulatório e das políticas de financiamento prepararam o ambiente institucional para a expansão de um setor privado em busca de lucratividade. Com o passar dos anos, as instituições educacionais passaram a ser geridas por executivos profissionais, e em menos de uma década chegou ao topo da cadeia econômica com a entrada de ativos do mercado financeiro em busca de rentabilidade.

Essa confiança na participação do setor privado ficou registrada no Plano Nacional de Educação aprovado na Lei nº 10.172/2001 da seguinte forma: “É importante a contribuição do setor privado, que já oferece a maior parte das vagas na educação superior e tem um relevante papel a cumprir, desde que respeitados os parâmetros de qualidade estabelecidos pelos sistemas de ensino” (item 4.2). E como já foi demonstrado, as medidas implementadas até então favoreceram um novo tipo de instituição, com interesses específicos na formação de um verdadeiro “mercado” de ensino.

Ademais, o FIES é um programa de financiamento mantido pelos cofres da União, com importante impacto no seu orçamento, através do qual o Poder Público inicialmente desembolsa títulos públicos especiais pagos posteriormente às instituições privadas credenciadas no sistema. Assim sendo, o Estado garante a iniciativa privada a rentabilidade da atividade sem risco de inadimplência.

3.4.3 O aperfeiçoamento do modelo regulatório neoliberal a partir de 2004 – SINAES E PROUNI

A combinação das medidas regulatórias de avaliação com as políticas de financiamento foi aperfeiçoada nos anos seguintes, dando ainda mais força institucional para o desenvolvimento do setor privado lucrativo. De um lado, foi criado o Sistema Nacional de Avaliação do Ensino Superior – SINAES (Lei nº 10.861/2004), com o propósito de substituir o modelo anterior que estava voltado para uma regulação baseada na dinâmica do mercado. Do outro, o Programa Universidade para Todos – PROUNI (Lei nº 11.096/2005), criou um amplo sistema de bolsa de estudo para alunos da educação superior.

Alguns autores consideram que houve uma evolução com a Lei do SINAES, uma vez que teria criado um modelo de avaliação formativa. “O SINAES sinaliza uma mudança na concepção da avaliação, passa do foco da concorrência institucional pelo mercado para o da melhoria da qualidade, afirmado valores ligados à educação superior como bem público e não como mercadoria” (ROTHEN; BARREYRO, 2006). Mas os mesmos autores também reconhecem que, apesar intenção de constituir uma avaliação que não se restringisse ao Provão, a nova política pública não levou em consideração o tipo de instituição que seria usado como referência e modelo para a expansão.

O que realmente se obteve com a nova Lei foi uma cumulação de mecanismos usados em experiências anteriores: a) a Avaliação Institucional, do PAIUB³¹, b) a Avaliação dos Cursos de Graduação, da Avaliação das Condições de Ensino e c) o Exame Nacional do Desempenho dos Estudantes, do Provão. Ao contrário do que parecia, O SINAES estava fazendo uma clara opção pela consolidação do projeto de expansão privada lucrativa.

A reunião dos três critérios de avaliação (instituição de ensino, curso de graduação e desempenho de estudantes) em um só sistema representou a coroação de um aparato regulatório capaz de dar aos empresários uma melhor visão de como poderiam forjar a sua atuação no setor de ensino superior (política econômica privada). Os resultados de avaliação anual do ensino superior agora eram divulgados através de três indicadores, conforme artigos 3º, 4º e 5º da Lei nº 10.861/06:

- A avaliação das instituições de educação superior resultará na aplicação de conceitos, ordenados em uma **escala com 5 (cinco) níveis**, a cada uma das dimensões e ao conjunto das dimensões avaliadas;

³¹ “Como reação às concepções quantitativistas, é criado, em 1993, o Programa de Avaliação Institucional das Universidades Brasileiras (PAIUB), produto do trabalho da Comissão Nacional de Avaliação das Universidades Brasileiras, composta por membros de entidades representativas do setor³ (PAIUB, 1994). O Programa caracterizava-se como uma proposta de auto-regulação e concebia a avaliação como institucional (o foco era a própria instituição), a adesão era de caráter voluntário e propiciava a participação dos próprios integrantes. Previa a criação de uma comissão de avaliação no interior de cada instituição, que elaboraria um projeto de auto-avaliação. Embora tendo a sua origem nas próprias Instituições de Educação Superior (IES), o Ministério da Educação (MEC) era quem financiava e realizava a (meta) avaliação dos projetos, inspirados no “Documento Básico de Avaliação das Universidades Brasileiras””. (ROTHEN; BARREYRO, 2006)

- A **avaliação dos cursos de graduação** resultará na atribuição de conceitos, ordenados em uma **escala com 5 (cinco) níveis**, a cada uma das dimensões e ao conjunto das dimensões avaliadas;
- A **avaliação do desempenho dos alunos** de cada curso no ENADE será expressa por meio de conceitos, ordenados em **uma escala com 5 (cinco) níveis**, tomando por base padrões mínimos estabelecidos por especialistas das diferentes áreas do conhecimento.

Após dois anos, o Decreto nº 5.773/2006 veio regulamentar a função avaliativa do SINAES e acrescentou ao Ministério da Educação competências para regulação e supervisão das instituições e cursos da educação superior. Dentro do Ministério da Educação, as competências de regulação e supervisão foram atribuídas inicialmente à Secretaria de Ensino Superior - SESU. Anos mais tarde, em virtude da complexidade e aumento extraordinário da demanda sobre essas funções, o Poder Executivo desmembrou a SESU para criar a Secretaria de Regulação e Supervisão do Ensino Superior – SERES (Decreto nº 7.480, de 16 de maio de 2011).

Mas não foi apenas isso. O Programa Universidade para Todos – PROUNI inaugurou um novo paradigma de incentivos fiscais para o setor privado do ensino superior. Como já foi dito acima, apenas em 1997 surgiu a previsão legal expressa para que sociedades com finalidade lucrativa exercessem a função de mantenedoras de instituições de ensino superior. E foi só com o PROUNI (2005) que apareceu a referência explícita em nível de lei ordinária:

Art. 1º Fica instituído, sob a gestão do Ministério da Educação, o Programa Universidade para Todos - PROUNI, destinado à concessão de bolsas de estudo integrais e bolsas de estudo parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento) para estudantes de cursos de graduação e seqüenciais de formação específica, **em instituições privadas de ensino superior, com ou sem fins lucrativos**. (BRASIL, 2005)

Diferente do FIES, que faz empréstimos ao estudante e paga às mantenedoras todos os seus encargos educacionais com a emissão de títulos da dívida pública, o PROUNI criou um programa em que as instituições de ensino

oferecem bolsa de estudo a um grupo específico de estudantes³² e recebem em contrapartida uma importante isenção fiscal:

Art. 8º A instituição que aderir ao Prouni ficará isenta dos seguintes impostos e contribuições no período de vigência do termo de adesão:

- I - Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas;
- II - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, instituída pela Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988;
- III - Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social, instituída pela Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991; e
- IV - Contribuição para o Programa de Integração Social, instituída pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970. (BRASIL, 2005)

Os efeitos sobre o processo de mercantilização do ensino superior brasileiro foram muito mais efetivos com a criação do PROUNI, pois como visto acima os tributos isentos nos incisos I e II apenas beneficiaram as instituições com fins lucrativos. No Quadro 03, são comparados os resultados antes e depois da Lei do PROUNI. Foram utilizados dados fictícios de instituições de três modalidades institucionais. No grupo das não-lucrativas, foi analisada em separado as filantrópicas. Na última linha da tabela está o resultado final da atividade financeira nas três instituições.

³² Art. 2º A bolsa será destinada: I - a estudante que tenha cursado o ensino médio completo em escola da rede pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral; II - a estudante portador de deficiência, nos termos da lei; III - a professor da rede pública de ensino, para os cursos de licenciatura, normal superior e pedagogia, destinados à formação do magistério da educação básica, independentemente da renda a que se referem os §§ 1º e 2º do art. 1º desta Lei.

Quadro 03 - Demonstrativo do Resultado, antes e depois da adesão ao PROUNI em Instituições Filantrópicas, Sem fins lucrativos e Com fins lucrativos

DEMONSTRAÇÃO DO RESULTADO	FILANTRÓPICAS		SEM FINS LUCRATIVOS		COM FINS LUCRATIVOS	
	NORMAL	PROUNI	NORMAL	PROUNI	NORMAL	PROUNI
1. Receita Operacional Bruta - ROB	144.000.000	144.000.000	144.000.000	144.000.000	144.000.000	144.000.000
1.1 Prestação de Serviços	144.000.000	144.000.000	144.000.000	144.000.000	144.000.000	144.000.000
2. Deduções e Abatimentos	30.548.400	31.131.556	7.291.176	4.591.454	11.092.091	7.471.454
2.1 Descontos concedidos	720.000	576.000	720.000	720.000	720.000	720.000
2.2 Bolsas Concedidas	29.828.400	30.555.556	2.320.800	3.871.454	2.320.800	3.871.454
2.2.1 Bolsas PROUNI		30.555.556		2.990.654		2.990.654
2.2.2 Demais bolsas	29.828.400		2.320.800	880.800	2.320.800	880.800
2.3 Impostos Incidentes sobre a Receita			4.250.376		8.051.291	2.880.000
2.3.1 PIS Cumulativo					920.915	
2.3.2 COFINS Cumulativo			4.250.376		4.250.376	
2.3.3 ISS sobre serviços prestados					2.880.000	2.880.000
3. Receita Operacional Líquida - ROL (1-2)	113.451.600	112.868.444	136.708.824	139.408.546	132.907.909	136.528.546
4. Custo dos Serviços Prestados	80.980.000	80.260.000	95.380.000	94.660.000	94.660.000	94.660.000
4.1 Folha Salarial	72.000.000	72.000.000	72.000.000	72.000.000	72.000.000	72.000.000
4.2 INSS sobre a Folha Salarial			14.400.000	14.400.000	14.400.000	14.400.000
4.3 FGTS sobre a Folha Salarial	5.760.000	5.760.000	5.760.000	5.760.000	5.760.000	5.760.000
4.4 PIS sobre a Folha Salarial (s/ fins lucrativos e filantrópicas)	720.000		720.000			
4.5 Demais Custos	2.500.000	2.500.000	2.500.000	2.500.000	2.500.000	2.500.000
5. Lucro Bruto (3-4)	32.471.600	32.608.444	41.328.824	44.748.546	38.247.909	41.868.546
6. Despesas Operacionais	15.120.000	15.120.000	15.120.000	15.120.000	15.264.000	15.264.000
6.1 Despesas comerciais	720.000	720.000	720.000	720.000	720.000	720.000
6.2 Despesas Administrativas (IPTU)					144.000	144.000
6.3 Despesas Financeiras	7.200.000	7.200.000	7.200.000	7.200.000	7.200.000	7.200.000
6.4 Receitas Financeiras	-8.640.000	-8.640.000	-8.640.000	-8.640.000	-8.640.000	-8.640.000
6.5 Outras Despesas Operacionais	15.840.000	15.840.000	15.840.000	15.840.000	15.840.000	15.840.000
7. Lucro Operacional (5-6)	17.351.600	17.488.444	26.208.824	29.628.546	22.983.909	26.604.546
8. Outras Receitas e Despesas	1.440.000	1.440.000	1.440.000	1.440.000	1.440.000	1.440.000
9. Lucro antes do IRPJ e da CSLL (7-8)	15.911.600	16.048.444	24.768.824	28.188.546	21.543.909	25.164.546
10. CSLL	129.600	129.600	129.600	129.600	1.938.952	129.600
11. IRPJ (Incidente sobre 9)	336.000	336.000	336.000	336.000	5.361.977	336.000
12. Lucro/Prejuízo Líquido do Exercício	15.446.000	15.582.844	24.303.224	27.722.946	14.242.980	24.698.946

Fonte: CARVALHO, 2011. Elaborada pelo autor.

Em face do quadro acima, percebe-se a política pública de incentivo ao setor privado lucrativo através das isenções fiscais. Com a lei do PROUNI, foi garantida uma expressiva vantagem financeira quanto aos ganhos das instituições lucrativas frente às não-lucrativas. As filantrópicas, todavia, apesar de não terem sido favorecidas com a mesma intensidade, ainda permanecem em situação melhor do que as lucrativas.

Com FIES, SINAES e PROUNI, o setor privado definitivamente decidiu investir no ensino superior em busca de lucro e rentabilidade. Em 2007, as primeiras companhias de capital aberto começaram a ofertar ações na bolsa de valores de São Paulo com a promessa de grandes retornos ao capital investido. E a expectativa tem se confirmado ano após ano.

A política econômica pública para o ensino superior privado ainda tem por onde avançar. Em 2012, o Poder Executivo apresentou projeto de lei³³ para criação do Instituto Nacional de Supervisão e Avaliação da Educação Superior – INSAES. Tomando a forma de uma autarquia federal subordinada ao Ministério da Educação, o INSAES acumularia todas as funções ligadas à avaliação, supervisão e regulação do ensino superior. Já em fase avançada de aprovação no Congresso Nacional, o instituto virá a ser o maior e mais arrojado instrumento de execução de medida de política econômica pública em todos esses anos de mercantilização do ensino superior. O “mercado”, com o INSAES, ganharia em segurança institucional tanto quanto qualquer outro setor econômico que conta atualmente com uma agência reguladora.

Uma outra política pública que deverá surtir efeitos no ensino superior é a limitação de gastos públicos da União em 2015. Em face dos novos critérios definidos na Portaria Normativa nº 21 de 26/12/2014, que limitam o acesso ao FIES, seja a restrição da renda familiar, seja em relação à elevação das notas de corte do Enem, ocorrerá uma queda no número de financiamentos do Programa. Todavia, já está sendo posta em prática uma política econômica privada, substitutiva, em que as próprias instituições, predominantemente com fins lucrativos, criaram um sistema alternativo em conjunto com os bancos privados a fim de oferecer uma linha de crédito aos estudantes. Certamente, será possível ver, em um futuro bem próximo, egressos e suas famílias super-endividados³⁴, uma realidade já presente no Chile.

Em 1981, através da Lei de Subvenções, Pinochet criou no Chile um sistema de transferência de recursos públicos às escolas e universidades privadas, sem

³³ Projeto de Lei 4732/2012. Cria o Instituto Nacional de Supervisão e Avaliação da Educação Superior - INSAES, e dá outras providências.

³⁴ O Instituto de Defesa do Consumidor – IDC, alerta a sociedade sobre o alto risco de um endividamento precoce, sem garantias reais de retorno do investimento em um diploma universitário: “Mesmo que as taxas de juros cobradas no financiamento estudantil sejam menores do que as oferecidas em outras modalidades, como o crédito pessoal, Ione aponta que, como o financiamento dura, em média, quatro anos (tempo médio para conclusão de um curso no ensino superior), os juros cobrados, mesmo baixos, podem ter um peso considerável no valor final desembolsado.” (ALMEIDA, MARÍLIA, 2015).

contrapartida das empresas para o interesse público. Foi a partir de 1981 que a maioria dos jovens passou a se endividar para estudar. Ao mesmo tempo, a ditadura chilena passou a incentivar o mercado de universidades privadas, facilitar licenças para abertura das empresas educacionais, promover gigantescas isenções de impostos ao setor privado. De 1982 até 1989, o orçamento público da educação caiu 30% (REDONDO, 2007, p. 44).

A visão neoliberal do Estado reduziu o mecanismo de suas instituições a uma situação que atenta contra a eqüidade. Alguns centros universitários do Estado, no desespero de compreender as leis do mercado, esqueceram suas raízes histórico sociais. É preciso, pois, recuperar os espaços públicos de debate e análise dos problemas sociais (DÍAZ, 2005, 62).

Aparentemente, o Estado brasileiro está buscando soluções para condicionar o financiamento indireto através do PROUNI a limites mínimos de qualidade da instituição e dos cursos, o que representaria um certo controle sobre a baixa eficiência social desse modelo privado lucrativo. Todavia, essa política regulatória apenas fortalece a iniciativa privada especulativa e induz, conforme visto no quadro comparativo acima (Quadro 03), a iniciativa privada sem fins lucrativos a abandonar a manutenção de suas instituições para e entrega-las para a gestão corporativa de grandes empresas.

O resultado da privatização chilena da educação superior é sentida mais profundamente no início do século XXI. No Brasil já começam a aparecer os resultados que demonstrarão a clara violação do texto constitucional, conforme visto no item 2.3.2.

4 O DIREITO ECONÔMICO E A EDUCAÇÃO SUPERIOR NO BRASIL

O Direito Econômico³⁵ não é uma disciplina jurídica tradicional como o direito civil, que, enervado na história das tradições romano-germânicas, rege as relações jurídicas privadas desde antes do Estado de Direito. Também não emergiu logo com as disciplinas jurídicas da modernidade ligadas à estatização do direito, que concebia Estado e sociedade situados em polos opostos, como o direito administrativo³⁶. O estudo do direito econômico como disciplina acadêmica autônoma é resultado das transformações advindas da revolução industrial, que fez surgir uma sociedade voltada para as atividades econômicas nas suas mais diversificadas manifestações.

Somente a partir do final do século XIX, os debates sobre a relação entre direito e economia ganharam maior notoriedade entre os estudiosos da prática jurídica, pois a organização da nova economia industrial tendia cada vez mais a depender da força do Estado³⁷, de suas leis e da compatibilização entre interesses públicos e privados, coletivos e individuais. Ao defender a introdução pioneira da disciplina nos cursos da Faculdade de Direito de Minas Gerais, Washington Peluso Albino de Souza apresentava uma nova abordagem científica sobre o conteúdo econômico no Direito. O conteúdo econômico está presente em normas dos diversos ramos da ciência jurídica, mas o direito econômico se distingue por tratar juridicamente, não de qualquer manifestação econômica, mas apenas da **política econômica**, em busca da realização da **ideologia constitucionalmente adotada**.

³⁵ A expressão “direito econômico” foi empregada com significados diversos ao longo da história do direito, tendo o debate em torno das distintas visões sobre ela se intensificado no período posterior à Primeira Guerra Mundial. Na América Latina também se reproduziu esse debate, como relata OLIVEIRA (1954) sobre a Argentina; no Brasil, já em 1977 ficou retratado o cenário de divergências no I Seminário de Professores de Direito Econômico. Mas já não era dissenso entre os vários estudiosos da matéria a necessidade de preparar os profissionais de direito para lidar com problemas decorrentes do tratamento jurídico cada vez mais intenso da vida econômica.

³⁶ “A razão de ser do direito administrativo encontra-se, nessa sua primeira versão, que inspira nossa doutrina até os dias que correm, unicamente na defesa do indivíduo em face do Estado. Em sua raiz, a fundamentar essa versão que é sem qualquer discussão assumida pela nossa doutrina, instala-se, como pressuposto dela, a crença em uma cisão entre Estado e sociedade” (GRAU, 2011, p. 256).

³⁷ “Com a supressão da livre concorrência pela concentração de capital, a dominação burguesa passa a necessitar de um Estado politicamente poderoso para garantir o mercado nacional e se expandir em busca de novos mercados. Os conglomerados, assim, representariam o interesse do capital pelo fortalecimento estatal, unificando o poder econômico e aumentando seu poder de pressão perante o Estado” (BERCOVICI, 2009, p. 510).

Explicava o autor sobre o dado comum entre o direito econômico e os demais ramos, e sobre o objeto que os distingue:

Como vimos, existe um dado ao Direito Econômico e aos demais ramos, que é o “conteúdo econômico” de suas normas.

Uma primeira diferença, entretanto, há de ser salientada. É que o Direito Econômico versa obrigatoriamente sobre “atos e fatos econômicos”, porém sob o prisma “político-econômico”, enquanto o mesmo não acontece com todos os demais ramos da ciência jurídica. **O elemento “econômico”, enquanto “gênero”, é dado comum entre o Direito Econômico e as demais disciplinas. Porém, o elemento “político-econômico”, como “espécie”, embora sendo uma variante do “econômico”, registra a diferença entre essa disciplina e as demais** (SOUZA, 2005, p. 61, negrito nosso).

Para o autor, o tratamento jurídico das políticas econômicas é necessário para evitar a prática arbitrária do poder e o desrespeito aos direitos indispensáveis à vida social. Dessa forma, baseada na Constituição Econômica³⁸, a legislação infraconstitucional trata da normatização das *políticas econômicas* públicas e privadas. Em outras palavras, as medidas adotadas pelo Estado e pelos particulares com vistas a atender objetivos econômicos devem ser tratadas pelo direito para confrontar exageros ou abusos do poder econômico, bem como para realizar a justiça social e dar concretude aos comandos normativos constitucionais.

É esta a definição de *política econômica* adotada no presente trabalho, seguindo SOUZA (2005, p. 25): “conjunto de medidas postas em prática para atender a objetivos econômicos”. Sendo assim, cabe esclarecer quais os parâmetros para a regulamentação da política econômica. É uma questão sobre o papel do Estado e do direito em relação à economia. Como anotou COTTELY (1977, p. 30), em algum momento o sistema econômico pode requerer um certo tipo de escravidão, mas as normas de convivência rejeitam tal situação. A função do direito é buscar a coincidência das necessidades econômicas com as regras sociais. O Direito Econômico, por sua vez, incumbe-se da harmonização entre as políticas econômicas postas em prática pelos diversos *agentes de poder* (sujeitos de direito) na defesa dos seus respectivos interesses.

³⁸ “De nossa parte, seguimos a orientação de considerar a Constituição Econômica componente do conjunto da Constituição Geral. Apresenta-se na tessitura estrutural desta, não importa se na condição de Parte, Título, Capítulo ou em artigos esparsos. Sua caracterização baseia-se tão somente na presença do econômico no texto constitucional. Por esse registro, integrasse na ideologia definida na Constituição em apreço e a partir desta são estabelecidas as bases para a política econômica a ser traduzida na legislação infraconstitucional” (SOUZA, 2002, p. 23).

Os parâmetros para a regulamentação das políticas econômicas se encontram na Constituição. A base constitucional do Direito Econômico Positivo é justamente o registro da “ideologia” adotada na ordem jurídica vigente. SOUZA (2005, p. 29) usa o conceito de *ideologia constitucionalmente adotada* para se referir ao conjunto plural de princípios econômicos constitucionalizados. É a ideologia definida em direito positivo, no Estado de Direito, em cada época e em cada nação. Refuta assim o discurso ideológico puro, algo fundamental após o florescimento dos “extremismos” que passaram a fazer parte das ideias políticas e econômicas após a Segunda Guerra Mundial.

Em termos gerais, “ideologia constitucionalmente adotada” refere-se ao processo jurídico-político de conversão de “ideologias econômicas puras” (capitalismo, nacionalismo, socialismo) em uma ordem juridicamente positivada mesclando-as em um único texto a ser aplicado. Trata-se de um mecanismo de juridificação do discurso ideológico construído, no plano econômico-político, pelo Poder Constituinte. Em última análise, a constitucionalização de fatos econômicos significa uma alteração do tipo de “ordem”, isto é, a transmutação de institutos do sistema econômico - e por isso aberto a quaisquer ideologias - para uma ordem jurídico-econômica (NASCIMENTO; CORRÊA; CLARK, 2013, p. 276).

Um problema científico evidente no direito no século XX era este, o da conciliação entre modelos teórico-normativos divergentes numa mesma Constituição. A ideologia que se expandiu pelo mundo nesse período era a própria Constituição, como um dia já fora o liberalismo. A “globalização constitucional” (SAMPAIO, 2013, p. 181, ss) no pós-guerra impôs novas reflexões sobre a força normativa da Constituição, pois o texto constitucional deveria ser tomado a sério, não apenas como potencial fonte de validade das demais normas do ordenamento jurídico, mas como ordens normativas eficazes. Essa vertente ideológica do neoconstitucionalismo³⁹ afetou a normatividade, o método e a interpretação de diversos ramos do direito, cujas práticas se apoiavam no “direito dos códigos”, os quais, pela boca do legislador, espelhavam as normas constitucionais. Estas, ao juiz, chegavam por acesso indireto.

³⁹ José Adércio Leite Sampaio assinala que “Por “neoconstitucionalismo” – ou para alguns, o pós-positivismo – entendemos diversas coisas. Todas, entretanto, giram e torno da crítica ao positivismo jurídico ou, mais especificamente, ao legicentrismo que reinou durante quase todo o século XX. O legicentrismo concebia o direito a partir das leis, desconsiderando as suas relações com a constituição (SAMPAIO, 2013, p. 182). Um análise profunda sobre o positivismo jurídico e a ideia de que estaríamos numa era do “pós-positivismo”, conferir *Além do Positivismo Jurídico* (CRUZ; DUARTE, 2013).

Mundo da *ideologia constitucionalmente adotada*, o direito econômico colocou-se à frente do seu tempo, pois permitiu que seus estudos mantivessem compromisso direto com a normatividade da Constituição Econômica, superando as dicotomias abstratas como as de direito público-direito privado, capitalismo-socialismo, liberalismo-comunismo, economia de mercado-economia planificada. Segundo (SOUZA, 2002, p. 23–24), a organização político-jurídica da economia sempre esteve presente na ordem constitucional: o elemento econômico jamais esteve ausente da Constituição como fundamento, quer na falsa visão do abstencionismo liberal, quer nas mais visíveis e eloquentes manifestações dos Textos Constitucionais posteriores à crise capitalista dos anos 1920.

A Constituição de 1988 elenca em seu discurso normativo os fundamentos ideológicos que conformam a *ideologia constitucionalmente adotada*, que, se vistos isoladamente poderiam ser atribuídos a “sistemas” ou “regimes” econômicos incompatíveis. Sendo assim, cabe ao aplicador e ao intérprete buscar a sua conciliação ou a oportunidade de adoção de cada um deles, compreendendo a economia em seu sentido lato, “no qual constam relações mercantis (típicas de uma economia de mercado) e relações não-mercantis (relações nas quais outros princípios organizadores da vida econômica estão presentes, tais como, a solidariedade, a dádiva, etc.)” (NASCIMENTO; CORRÊA; CLARK, 2013, p. 281). E prosseguindo ainda:

Os comandos jurídicos plurais do texto constitucional brasileiro, incluindo a sua Constituição Econômica, possuidor de normas vinculantes de diversas matrizes ideologias políticas que participaram da sua elaboração, constroem uma ideologia constitucionalmente adotada a ser implementada necessariamente na realidade socioeconômica e ambiental nacional, seja pela sociedade (incluindo os agentes privados da economia), seja pelo aparelho estatal. A nossa Constituição Econômica, portanto, não adotou, logicamente, somente o capitalismo como forma de produção, mas apenas o admite como uma delas, e dentro de limites constitucionais - inclusive com o dever/poder estatal de atuar na vida social, econômica e ambiental. Aliás, bem ao contrário do que pregam os defensores da escola da análise econômica do direito, que desvirtuam a aplicação e interpretação do direito. Temos assim, nos conteúdos jurídicos da nossa ordem econômica constitucional, comandos (expressos e implícitos) que admitem/apóiam outras formas de produção (as acima citadas, por exemplo), convivendo entre si, não se limitando ao reducionismo da forma produtiva baseada nos meios privados e a exploração paga do trabalho. Em síntese, adotamos o pluralismo produtivo em decorrência lógica de termos garantido constitucionalmente uma sociedade plural (NASCIMENTO; CORRÊA; CLARK, 2013, p. 292).

Apoiado nessa visão plural e complexa da economia conforme a Constituição, o direito econômico abre espaço para a reflexão institucionalista sobre a necessidade de “ contenção” dos custos sociais decorrentes da economia de mercado. Na teoria dos custos sociais, como defendida por KAPP (1966), o funcionamento da economia de mercado não depende unicamente do sistema de preços. A visão institucionalista da economia revela que os mercados são construções políticas, e considerando o tema aqui pesquisado, demonstra-se que a expansão do ensino superior lucrativo não é resultado de um “movimento natural”, regulado pelo mecanismo de preços, em busca do equilíbrio entre oferta e demanda de serviços. Ao contrário disso, é resultado de políticas econômicas intencionais, que conduzem a expansão do acesso educacional de nível superior aos grupos sociais mais pobres, com financiamento público e intensa transformação regulatória, bem como a efetivação do pluralismo, da pesquisa e da tecnológica, da soberania nacional, da democracia, da valorização do trabalho, dentre outros, compromissos impositivos constitucionais.

Um dos papéis centrais do direito econômico, ao conferir tratamento jurídico às medidas de caráter político-econômico, é evitar a prática arbitrária do poder. As políticas que levaram ao protagonismo do poder econômico privado na oferta do ensino superior estão sujeitas à normatividade jurídica, e devem ser analisadas sob a perspectiva das normas de direito econômico.

4.1 Controle do poder econômico público e privado

O poder em sua forma político-econômica representa a capacidade de ação (praticada ou potencial) na busca interesses econômicos, e o condicionamento à *ideologia* constitucionalmente estabelecida é o caminho para evitar a dominação econômica. Essa capacidade de agir ligada à atividade econômica pode se manifestar tanto pelo poder público quanto privado, e o direito econômico, portanto, cuida de disciplinar as políticas econômicas traçadas pelo próprio Estado e pelo particular.

Ao disciplinar sobre o tema “ordem econômica”, a Constituição estabelece determinados fundamentos e valores segundo os quais o sistema

econômico deverá ser conduzido. Tais “valores fundamentais” refletirão as manifestações de ideologias de diversas matizes do pensamento econômico-político. Assim, não resta dúvida de que a positivação da livre iniciativa ou o direito de propriedade representam as conquistas liberais-burguesas do final do século XVII e início do XIX. Por outro lado, a busca do pleno emprego e redução das desigualdades sociais são conquistas do Constitucionalismo Social (CLARK; CORRÊA, 2011, p. 39).

O capitalismo liberal, idealizado para funcionar sob a proteção de um Estado “minimamente invasivo”, mostrou-se inviável ainda no século XIX (VIDIGAL, 1977, p. 14). Monopólios, crises cíclicas, exacerbamento do conflito capital x trabalho e a ampliação contínua dos serviços públicos revelaram que o processo de acumulação de capital sempre foi dependente da penetração do Estado na esfera econômica. Daí que essencialmente equivocado o uso do termo “intervenção” para se referir à atuação do estado no campo econômico.

Insisto, neste ponto, em que a idéia de “intervenção” tem como pressuposta a concepção da existência de uma cisão entre Estado e sociedade civil. Então, ao “intervir”, o Estado entraria em capo que não é o seu, campo estranho a ele, o da sociedade civil – isto é, o mercado. Essa concepção é, porém, equivocada. Família, sociedade civil e Estado são manifestações, que não se anulam entre si, manifestações de uma mesma realidade, a realidade do homem associando-se a outros homens (GRAU, 2007, p. 21).

A realidade do poder econômico privado era ignorada, ou melhor recusada pelo modelo clássico de mercado. Havia, originalmente, uma crença de que o processo econômico era governado por leis além do controle humano. Preocupados que estavam os economistas do início do século XIX com a expansão e melhoria econômica, não se pode estranhar sua defesa intransigente do merco livre. O ambiente político da época não proporcionava a mínima visão de que os governos pudessem ser encarados como defensores do bem-estar geral.

O Estado moderno ainda embrionário não tinha obrigações com um eleitorado popular, não estava ainda sob o controle de instituições democráticas de bases amplas. Nessas circunstâncias, não era de todo irracional argumentar que as ações de política econômica do Estado teriam consequências bem piores do que uma ainda desconhecida difusão impessoal do poder econômico em mercados não-regulamentados. William J. Barber ajuda a compreender o contexto:

Nas circunstâncias da primeira metade do século XIX, as razões não são difíceis de compreender. Tais teóricos percebiam muito vagamente – se é que percebiam – as complicações introduzidas pelas economias de escala

trazidas por tecnologias avançadas, já que em seu mundo econômico tais problemas mal podiam ser vistos. Entretanto, no fim do século aplicações de novas tecnologias a produção de ampla de escala trouxeram concentrações industriais que destruíram a base de sua ordem competitiva natural (BARBER, 1967, p. 111).

Capazes de exercer dominação econômica, grandes indústrias passaram a controlar os mercados através de monopólios e oligopólios. Logo se fez necessário criar artificialmente condições básicas de concorrência, preservando as estruturas do mercado que jamais existiriam em um regime de verdadeira liberdade (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 54). Wahington Peluso Albino de Souza (2005, p. 239-240) resume as formas de vulnerabilidade da livre concorrência, delimitando dois extremos, monopólio (com total domínio do mercado pelo ofertante/vendedor) e monopsônio (com total domínio pelo procurante/comprador). Entre eles, manifesta-se imensa variedade de situações, quando a disputa se concentra entre um pequeno número de concorrentes, partindo dos duopólios ou duopsônios, e assim por diante.

Segundo CHANG (2004, p. 109), a adesão ao livre cambismo como ideologia nas economias capitalistas originais serviu apenas à política do Estado para promover suas indústrias no mercado internacional. O mercado não é uma instituição espontânea, natural e autônoma, mas está situado dentro de arranjos institucionais que sempre contaram com a atuação estatal. Quer dizer, o mercado exige atuação estatal para garantir a fluência de suas relações, o que inclui a própria limitação do poder econômico. Ou seja, o Estado sempre atuou na vida de diversos formas e intensidades, assim ensinam as doutrinas de SOUZA (2005), CLARK (2001), CORRÊA (2011), CAMARGO (2014). Para esclarecer:

A afirmação de que até o momento neoconcorrencial ou “intervencionista” estava atribuída ao Estado a função de produção do direito e segurança – bem assim a de que o direito deixa de meramente prestar-se à harmonização de conflitos e à legitimação do poder; passando a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas – não deve ser tomada em termos absolutos. **O Estado moderno nasce sob a vocação de atuar no campo econômico. Passa por alterações, no tempo, apenas o seu modo de atuar, inicialmente voltado à constituição e à preservação do modo de produção social capitalista, posteriormente à substituição e compensação do mercado** (GRAU, 2007, p. 19, negrito nosso).

Nos idos do constitucionalismo liberal, acreditava-se que o Estado deveria exercer a mínima intromissão possível. Como explicado pelos economistas

clássicos, na busca do lucro e da geração de excedentes (acumulação), era preciso acima de tudo liberar o poder econômico privado e limitar o máximo possível a interferência estatal. Mas já tendo se tornado evidente a inviabilidade da livre competição em face da rápida concentração de poder (dominação econômica), as estruturas de mercado passaram a ser protegidas pelo próprio Estado.

O Estado ampliou suas funções como disciplinador das atividades econômicas através da regulamentação jurídica. O fato econômico da concentração de poder, todavia, não foi tratado como um ilícito absoluto. Inerente à própria concorrência, a concentração é vista como resultado do anseio de vencer a disputa usando de medidas que aumentam sua capacidade de luta, e portanto, o seu poder econômico. Por isso, o direito deve apoiar o sujeito econômico enquanto está nessa caminhada rumo à posição dominante, oferecendo instrumentos jurídicos como a fusão, a encampação, a absorção e as combinações societárias, como as *holdings* e os conglomerados.

Os economistas clássicos previam grandes perigos caso fosse permitido ao Estado intrometer-se em assuntos econômicos. Eram muitos os riscos de se comprometer o equilíbrio das leis do mercado. Mas a relação entre direito, economia e política na história das nações que adotaram o regime constitucional não permite crer na existência de um mercado “isolado”. No afã de desmontar os maiores mitos sobre o capitalismo, Ha-Joon Chang oferece o seguinte esclarecimento:

O livre mercado não existe. Todo mercado tem algumas regras e limites que restringe a liberdade de escolha. O mercado só parece livre porque estamos tão condicionados a aceitar suas restrições subjacentes que deixamos de percebê-las. Não é possível definir objetivamente o quanto um mercado é “livre”. Essa é uma definição política. A alegação habitual dos economistas que defendem o livre mercado de que eles estão tentando defender o mercado contra a interferência politicamente motivada do governo é falsa. O governo está sempre envolvido e esses adeptos do livre mercado estão tão politicamente motivados quanto qualquer pessoa. Superar o mito de que existe algo como um “livre mercado” objetivamente definido é o primeiro passo na direção de entender o capitalismo (CHANG, 2013, p. 21–22)

Washington Peluso Albino de Souza, tão consciente quanto o autor do trecho acima, explica que o direito foi convocado a antepor obstáculos ao “desequilíbrio de forças” que levaria a concorrência a destruir-se por seus próprios princípios. “Provém, portanto, da própria ideologia liberal, em seu desenvolvimento para garantir a sobrevivência da concorrência, a necessidade de limitá-la, de cerceá-

la, embora aí fique situada a sua principal ‘contradição de princípios’” (SOUZA, 2005, p. 254).

Dessa forma, o controle jurídico deve ser exercido sobre o poder econômico, quer em sua manifestação lícita (uso do poder econômico), quer ilícita (abuso do poder econômico). Como foi visto, a concentração de poder econômico como uma fatalidade imposta ao sujeito concorrente que se vê entre “crescer ou perecer”, não é sempre tratada como abuso (ilicitude). No capítulo anterior, foi analisado o ato de concentração envolvendo as duas maiores empresas mantenedoras de ensino superior no Brasil. A conclusão foi pela aprovação, impondo-se algumas condições. O fundamento legal dessa decisão está na Lei nº 12.529/2011, que, em seu artigo primeiro declina:

Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a **prevenção e a repressão** às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico (BRASIL, 2011, negrito nosso).

As medidas de prevenção são aquelas que asseguram o uso (lícito) do poder econômico, mesmo concentrado, e desde que estejam de acordo com os ditames constitucionais. Percebe-se que a licitude/ilicitude do poder econômico está parametrizada pela Constituição. Na primeira metade do século XX, as constituições começaram a cogitar expressamente do assunto econômico e a oferecer elementos de diferenciação entre “uso” e “abuso” do poder econômico.

Nesse momento, quando a ordem jurídica, consignada no texto da Constituição, disciplina a ordem econômica, configura-se um regime político-econômico juridicamente regulamentado. Mas é importante destacar que o controle de abuso do poder econômico se aplica tanto ao Poder Privado, quanto ao Poder Público. Segundo SOUZA (2005, p. 255–256), é preciso abandonar a reminiscência do Estado Absolutista, cujos atos jamais eram vistos como abuso, seja qual fosse o resultado. Quando o Estado atua indiretamente (via normas jurídicas e fiscalização), com medidas de política econômica, e com isso leva a prejuízos, por vezes insanáveis, não há como ignorar o caráter abusivo dessa prática contra os interesses sociais, coletivos ou particulares.

Basta citarmos as políticas de recessão e de desemprego, as políticas inflacionárias e os seus efeitos corrosivos, e até mesmo as medidas praticadas pelo Estado-empresário em administrações ineficazes ou ruinosas, para se reconhecer a base lógica e ética dessa afirmativa, a menos que não se trate de Estado democrático. Configura-se, no caso, a personalidade do Estado como “sujeito” de Direito. Reconhecida essa condição, não seria apenas o Direito de regresso sobre funcionários detentores de cargos que satisfaria, porém, se deveria levar em conta especialmente as consequências geralmente irreversíveis de tais medidas, e para tanto observando-se as regras de Direito Econômico (SOUZA, 2005, p. 256).

Dessa forma, além de disciplinar juridicamente o poder econômico privado, também participa direta e indiretamente da atividade econômica, sob a forma autêntica de exercício do poder econômico público. O Estado brasileiro assume, na ordem econômica da Constituição de 1988, dois tipos de atuação. O primeiro, pelo qual assume as condições de normatizador das estruturas de mercado (quando versa sobre ele - isto em face do nosso pluralismo econômico), elaborando legislação, aplicando-a e impondo sanções à sua transgressão⁴⁰. No segundo, cria meios para que o próprio Estado assuma a iniciativa da atividade econômica diretamente, atuando nos setores da economia da nação. Neste último tipo de atuação, o Estado cumpre diretamente a política econômica que propõe, e, por estar assim exercendo o poder econômico público. Em ambos os casos, poder atuar seja na atividade econômico em sentido estrito (GRAU, 2010), seja em serviço público.

A ideologia da Constituição expressa o “objetivo-fim” da política econômica, tanto pública quanto privada. Esta ideologia, perfeitamente determinável e definível no bojo do discurso constitucional, vincula o intérprete a ensejar o exercício de um *prudente positivismo*⁴¹, indispensável à manutenção da obrigatoriedade normativa

⁴⁰As normas jurídicas desse tipo são estudadas no direito econômico, como Direito Regulamentar Econômico, parte da disciplina em que se identificam as suas fontes normativas e as posições em que se acham os sujeitos da relação jurídica. O outro tipo de atuação do Estado é estudado como Direito Institucional Econômico, a parte da disciplina que cuida da criação de entidades e órgãos estatais destinados a dar concreção à política econômica através do poder econômico público. Conferir: SOUZA, 2005, p. 244, CAMARGO, 2014, p. 76, VENÂNCIO FILHO, 1968, p. 337.

⁴¹Eros Roberto Grau defende que, ao intérprete autêntico, nada cabe positivar, pois a interpretação/aplicação do direito é formulação de *juízo de legalidade*, isto é, atuação no campo da prudência, que o intérprete desenvolve contido pelo texto (GRAU, 2013, p. 115). Sobre a ideologia: “O direito – e, muito especialmente, a Constituição – é não apenas ideologia, mas também nível no qual se opera a cristalização de mensagens ideológicas. Por isso as soluções que cogitamos somente poderão ser tidas como corretas quando e se adequadas e coerentes com a ideologia constitucionalmente adotada.

A alusão a uma *ideologia adotada na ordem jurídica* é encontrada no conceito de Direito Econômico formulado por Washington Peluso Albino de Souza. Cuida-se, então, de ideologia que se

do texto constitucional. No trabalho de interpretar a Constituição Econômica é onde surgem as normas jurídicas propriamente ditas. A base normativa para o que se está chamando aqui de controle do poder econômico está nela presente, na forma de uma ideologia constitucional expressa em princípios.

A questão resume-se em determinar a maneira pela qual possam conviver harmonicamente, incorporados em um mesmo texto constitucional, os elementos ideológicos ‘puros’, tais como a propriedade privada e a função social da propriedade, ou dado referente à posição do Estado relativamente ao particular na prática da atividade econômica (SOUZA, DE, 2002, p. 371).

Como se viu, as posições do Estado e do particular na prática da atividade econômica estão sob o mesmo regime de controle jurídico do poder econômico. E um dos mecanismos utilizados pela Constituição para exercer esse controle é a própria divisão de papéis entre as iniciativas econômicas públicas e privadas. Os tipos de regimes jurídicos a que se submetem algumas atividades econômicas servem, por princípio, como modelos estruturais de controle do abuso do poder econômico, público ou privado. É o caso do regime jurídico dos serviços públicos.

Ademais, deve alertar, que a atuação estatal no processo produtivo, através do tempo, foi causado por diversos motivos, não limitou-se ao abuso do poder econômico, entre eles: o nacionalismo por via das políticas de moeda e de comércio externos (inclusivo nos ditos tempos liberais); a industrialização nas nações em desenvolvimento por intermédio das políticas econômicas destinadas a evolução tecnológicas e a implantação de plantas industriais de base; e ainda as voltadas a defesa do meio ambiente e na defesa do consumidor.

4.2 Divergências sobre a divisão de papéis entre Estado e iniciativa privada: polêmicas sobre serviço público

No Estado de Direito, as atividades econômicas são repartidas entre o Poder Público e a iniciativa privada, de acordo com a decisão política de cada ordem constitucional. As atividades econômicas destinadas ao exercício direto pelo Estado

expressa nos ‘princípios adotados na ordem jurídica, significando que esta é a que se comprometerá com o aspecto político, quando tomada enquanto Direito Positivo’ (GRAU, 2007, p. 168–169).

são caracterizadas prioritariamente como serviços públicos⁴². Todavia, pode também o Estado desenvolver atividade econômica concorrencial e atividade econômica em monopólio. Mas como visto forma combatidas de forma sido implacável pelas políticas econômicas neoliberal-reguladoras.

Versar sobre as políticas econômicas públicas pelo viés da obediência da Carta Magna é de fundamental importância nesses tempos atuais, onde se questiona o papel do Estado na economia, se valoriza a participação social e se descobre a magnitude do poder econômico privado, por vezes, bem superior ao público (CLARK, 2008, p. 79).

Nas últimas décadas, a ciência do direito tem promovido intenso debate sobre o papel do Estado na economia, e um dos principais pontos de divergência está na amplitude que se deve dar à noção de serviços públicos. Com a criação do Conselho Nacional de Desestatização⁴³, o Brasil tem se sujeitado a um movimento de privatização de funções estatais que provocou uma profunda mudança institucional sobre a atuação econômica do Estado. Trouxe também dificuldades teóricas para classificar, conceituar e definir os limites das atividades sujeitas ao regime jurídico especial de serviço público.

No que respeita à redefinição do papel do Estado, reclama a identificação de **setores indevida e injustificadamente, do ponto de vista social, atribuídos ao setor privado – aqui as áreas da educação e da saúde –** bem assim de outros nos quais vem ele atuando como agente econômico, também do ponto de vista social, injustificada e indevidamente. (GRAU, 2007, p. 47)

Defende-se na presente tese que as atividades econômicas ligadas à educação (como o ensino) receberam da Constituição Econômica uma clara definição de serviços públicos. Assim, acrescenta GRAU (2007, p. 47), os programas de governo deste e daquele Presidentes da República [que consubstanciam políticas econômicas] é que devem ser adaptados à Constituição, e não o inverso. Ensina o

⁴² Na clássica visão de Léon Duguit, os serviços públicos são a própria essência do Estado, chegando ao ponto de pretender substituir a noção de soberania pela de serviço público, dizendo que o Estado é uma cooperação de serviços públicos organizados e fiscalizados pelos governantes.

⁴³ O Conselho foi criado pela lei federal nº 8.031/1990, mantido pela Lei nº 9.491/1997. O movimento de privatizações promoveu a venda de empresas públicas para o capital privado e a abertura de mercados regulados, como os de telefonia e aviação. Este movimento, que teria a "virtude" de implantar valores econômicos de eficiência na Administração Pública, tem recebido inúmeras críticas em razão do alto custo para o Estado e para o cidadão, o reduzido controle democrático e a precarização das garantias sociais, além de reduzir a capacidade realizadora do Estado.

Prof. Giovani Clark (2013), de forma sintética, sobre a distinção de intervenção e atuação estatal no domínio econômico, bem como de atividade econômica em sentido amplo e em escrito na visão de GRAU em obra em sua homenagem:

O Prof. Eros Roberto Grau (2010) distingue os termos intervenção (ação estatal em área onde o titular é o setor privado) e atuação estatal (Estado prestando ou/e regulando serviço Público). E assim sendo, prefere dividir a atuação estatal no campo econômico: em sentido estrito e em sentido amplo. A atividade econômica em sentido amplo, é gênero e comporta três espécies: serviço público, ação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito e atividades econômicas ilícitas. Existindo serviço público o termo intervenção torna-se inadequado, esclarece o jurista, já que o Estado age em campo próprio (prestando/regulando serviços públicos) e não em esfera de titularidade de outrem (dos particulares) (GRAU, 2010, p. 91).

A atividade econômica no sentido estrito significa que o Estado atua em área do setor privado de produção, circulação, repartição de bens e serviços - exemplificando, por intermédio de empresas públicas e sociedade de economia mista. É o famoso Estado empresário que pode atuar em regime de monopólio ou de concorrência conforme ditames da Constituição brasileira de 1988 (CLARK, 2013, p. 439).

Mas, pela força da realidade, é possível notar os efeitos da incursão ideológica sobre a própria teoria jurídica. Não há dúvidas de que a educação é um direito fundamental de natureza prestacional. Todavia, quando a atividade de ensino é prestada pela iniciativa privada, percebem-se divergências profundas. Há quem o defina como serviço público, e há quem o considere totalmente franqueado à iniciativa privada. E também quem o considere uma atividade estatal *não econômica*⁴⁴.

ARAGÃO (2009b, p. 24) lembra que a jurisprudência do STF não possui uma sistematização bem elaborada do conceito de serviço público, havendo apenas menções esparsas ao conceito ao longo de alguns votos, que variam de acordo com a situação concreta apreciada, e destaca:

A narrativa desses julgados adverte que se deve evitar absolutizações de afirmações esparsas de Ministros do Supremo, que naturalmente, devem ser sempre consideradas no contexto do caso concreto e com as naturais limitações que o STF vem tendo, provavelmente em razão da quantidade de processos que lhe são submetidos, em fixar os marcos teóricos de suas decisões, o que, todavia, certamente contribuiria para a construção de uma

⁴⁴ Fernando Herren Aguilar (2012, pp. 370; 377) desenvolve uma classificação peculiar das atividades do Estado, e define o ensino estatal como *função pública*, pois, sendo gratuito, não pode ser considerado atividade econômica. O autor contrapõe a atividade econômica em sentido estrito à ideia de *serviço público em sentido estrito*, a qual apenas inclui as atividades exclusivas do Estado, exercidas diretamente ou mediante contratos de concessão e permissão.

jurisprudência mais sólida, que evitaria inclusive a propositura desnecessária de algumas novas ações (ARAGÃO, 2009b, p. 25)⁴⁵.

Como não poderia ser diferente, quando o tema foi o ensino privado, no julgamento da ADI 1266, Ministros do Supremo Tribunal Federal explicitam divergências interpretativas acerca do tratamento dado pela Constituição:

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Senhor Presidente, também eu, conforme o Ministro Carlos Brito, embora respeitando como categoria doutrinária a classificação do Ministro Eros Grau, **entendo que, em termos constitucionais, o ensino privado não é serviço público; é uma atividade privada, mas, porque imbricada com o direito à educação, sujeita a regulamentações públicas**.

Nesse julgamento, o Ministro Eros Grau já havia proferido voto como relator, nos seguintes termos:

O artigo 209 da Constituição do Brasil afirma **que o ensino é livre à iniciativa privada, isso significando que o setor privado pode prestar esse serviço público independentemente da obtenção de concessão ou permissão**. Tratando-se, contudo de serviço público, incumbe às entidades educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo Estado-membro, no exercício de competência legislativa suplementar (§ 2º do art. 24 da Constituição do Brasil).

A seguir, apresenta seu voto, o Ministro Carlos Brito:

Quero deixar registrado que não tenho a educação enquanto modalidade de serviço público. Com respeito à opinião do eminente Ministro-Relator, **entendo que o artigo 175 da Constituição deixa claro que serviço público é aquele titularizado pelo poder público, ou seja, de senhorio exclusivo do poder público.**
Sabemos que em matéria de ensino, a Constituição chega a dizer que o ensino é livre.

⁴⁵ Na sua pesquisa sobre conceitos de serviço público, ARAGÃO (2009b, p. 52) defende que as atividades de saúde e educação devem ser denominadas de “serviços compartidos”, sendo que, quando exploradas pelos particulares são atividades econômicas privadas, eventualmente, de interesse público ou regulamentadas, e, quando exploradas pelo Poder Público são serviços públicos sociais, espécie classificatória do gênero serviço público caracterizada, ao contrário de todos os demais serviços públicos, pela inexistência da reserva de titularidade estatal. Em seguida chega a afirmar que essa é a mesma perspectiva que Eros Roberto Grau adotaria com nomenclatura diferente, referindo-se à distinção entre serviços públicos privativos e não privativos. Porém, como será visto logo adiante, o ministro Eros Grau revisou sua posição doutrinária, a nosso ver de modo correto, para sustentar que **em qualquer hipótese, as atividades de educação são serviços públicos**.

E por fim rebate Eros Grau: “É livre exatamente porque prescinde de concessão. [...]. Exatamente por ser serviço público é que a Constituição diz, depois, que é livre no sentido de que, apesar de ser serviço público, é não-privativo (ADI 1266)”. É mesma posição expressa em sua doutrina:

Assim, o que torna os chamados serviços públicos não privativos distintos dos privativos é circunstância de os primeiros poderem ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização, ao passo que os últimos apenas poderão ser prestados pelo setor privado sob um desses regimes.

Há, portanto, serviço público mesmo nas hipóteses de prestação de serviços de educação e saúde pelo setor privado. Por isso mesmo é que os arts. 209 e 199 declararam expressamente serem livres à iniciativa privada a assistência à saúde e o ensino – não se tratassem a saúde e ensino, de serviço público razão não haveria para as afirmações dos preceitos constitucionais (GRAU, 2007, p. 124).

Quadro 04 - Classificação de GRAU (2007): Educação como serviço público não privativo

Atividades econômicas		
Serviços públicos		
Privativos	Não privativos	Atividades econômicas em sentido estrito
"(...)o serviço público está para o setor público assim como a <i>atividade econômica (em sentido estrito)</i> está para o setor privado." p.1 48		

Fonte: GRAU (2007, pp. 124-125). Elaborado pelo autor.

Todo o debate, entretanto, não interferiu na decisão sobre o pedido principal daquela ADI 1266. A decisão dos três Ministros citados acima foi pelo indeferimento da Ação que pedia a declaração de constitucionalidade de lei estadual que estabelece critérios para o uso de material didático nas escolas particulares do Estado da Bahia. Ao final, todos entenderam que a lei estava amparada pela competência concorrente de legislar-se sobre educação (art. 24, IX, CR/88), e, portanto, não se fez necessário definir o mérito da natureza da atividade de ensino, permanecendo também em sede jurisprudencial o mesmo desentendimento que a seguir se verá na doutrina.

Maria Sylvia Zanella di Pietro explica que as mudanças e as dificuldades encontradas pela doutrina levaram inclusive a se falar em “crise” do conceito de serviço público (PIETRO, 2003, p. 97). Segundo a autora, não é mais possível falar em *um* conceito de serviço público, e que entre as variações doutrinárias é impossível apontar uma definição mais correta. A sua opção foi adotar uma dupla restrição à noção de serviços públicos, excluindo as atividades legislativas e jurisdicionais, e, dentro das atividades executivas, o poder de polícia, o fomento e a intervenção (no sentido administrativo).

Fernando Herren Aguilar apresenta distinções entre os grupos teóricos *convencionalistas-legalistas* - que entendem ser o serviço público dependente de disposições constitucionais/legais -, e *essencialistas* - os quais enxergam a existência de serviço público onde há necessidade relevante da população que não possa ser atendida diretamente pela iniciativa privada. Apoiando-se na primeira corrente, ressalta que a atual Constituição optou por enumerar as atividades que constituem serviço público, em vez de conceituá-lo genericamente. Defende que “ninguém pode invocar o conceito de serviço público desse ou daquele autor para fundamentar a instituição de novos serviços públicos não previstos constitucionalmente” (AGUILAR, 2012, p. 338). Nem mesmo o legislador ordinário estaria autorizado a criar novos serviços públicos, pois não teria respaldo em um *conceito constitucional*.

Assim, para AGUILAR, serviço público é visto como uma espécie de atividade econômica de titularidade estatal, exercida em regime de privilégio.

Serviços públicos, no atual regime jurídico-constitucional brasileiro, são atividades econômicas exercidas em regime de privilégio pelo Estado em função de reserva constitucional. Ou seja, dá-se o nome de serviço público às atividades econômicas desempenhadas sob o regime jurídico de serviço público.

Tais atividades são exercidas em regime de exclusividade (sic) pelo Poder Público, porém são suscetíveis de delegação a particulares por regime de concessão ou permissão. No sentido aqui adotado, portanto, todo serviço público é suscetível de delegação a particulares, nos termos da Constituição e da lei (AGUILAR, 2012, p. 374).

Para esse autor é necessário abandonar a classificação tradicional que divide os serviços públicos em *privativos* e *não privativos*, pois de acordo com o artigo 175 da Constituição, todos os serviços públicos podem ser delegados a particulares, sem condicionantes. São todos, portanto, *não privativos*. Os serviços

públicos, assim, ocupam espaço residual em relação às atividades econômicas desempenhadas pela iniciativa privada. O regime de privilégio, que caracteriza os serviços públicos, significa que a iniciativa privada só pode desempenhá-los mediante concessão ou permissão.

AGUILAR (2012) busca, com essa definição *estrita* de serviços públicos, adaptar-se aos movimentos de contestação ao chamado “apego doutrinário à noção de serviço público”. Seria um debate, segundo ele, permeado de questões ideológicas, mas que não poderia ignorar as profundas transformações no tratamento jurídico aplicável aos serviços públicos.

Por sua vez, o processo de privatização brasileiro foi precedido por intensa Reforma Constitucional, objetivando atenuar vestígios legislativos de protecionismo ou privilegiamento das empresas brasileiras, em detrimento das concorrentes estrangeiras. Nos mais diversos setores de atuação, implementa-se uma política pública econômica voltada para a integração comercial do país à economia globalizada, relativizando a regulação operacional pelo Estado, abrindo as atividades econômica à competição internacional e franqueando o acesso de capitais estrangeiros para impulsionar o processo de transferência de negócios estatais para a gestão privada.

[...] A legislação ordinária brasileira encontra-se em sintonia com o diagnóstico frequentemente anunciado de que os serviços públicos precisam ser expostos ao regime de competição e tem posto em vigor uma legislação ordinária compatível com tais premissas (AGUILAR, 2012, p. 418).

Quanto aos serviços de educação e saúde, o que justificaria a insistência da doutrina em caracterizá-los como serviços públicos, seria o temor de que não pudessem ser objeto de controles estatais. Mas como a própria Constituição afirma serem atividades que independem de contratação em regime de concessão ou permissão, o que descaracteriza o regime de privilégio dos serviços públicos.

Quadro 05 - Classificação de AGUILAR (2012): Educação como função pública

Atividades do Estado (ou Serviços públicos em sentido amplo)		
Funções públicas	Serviços públicos em sentido estrito	Atividades econômicas desempenhadas pelo Estado
“(...) nem toda atividade estatal é atividade econômica. Ficam fora desse quadro as atividades estatais que não são desempenhadas em regime de atividade econômica.” p. 367		

Fonte: AGUILAR (2012, pp.366 e 378). Elaborado pelo autor.

Essa definição, porém, é insustentável, pois os serviços educacionais deveriam receber tratamento dúbio: seriam funções estatais (atividades irrenunciáveis do Estado, mesmo que sem exclusividade) quando desenvolvidas pelo Estado, e seriam ao mesmo tempo atividades econômicas em sentido estrito, quando desempenhados pela iniciativa privada.

O autor acima faz confusão similar à reconhecida por Eros Roberto Grau sobre o mesmo tema, quanto estivesse este a defender a ambiguidade em outros termos:

(...) equivocadamente afirmei terem substrato atividade econômica que tanto pode ser desenvolvida pelo Estado, enquanto *serviço público*, quanto pelo setor privado, caracterizando-se tal desenvolvimento, então, como modalidade de *atividade econômica em sentido estrito*. Exemplos típicos de *serviços públicos não privativos* manifestar-se-iam nas hipóteses de prestação dos serviços de educação e saúde (GRAU, 2007, p. 124).

Na visão renovada, GRAU (2007, p. 124) dirá: “Seja como for, temos que serviços de educação e saúde, em qualquer hipótese, quer estejam sendo prestados pelo Estado, quer por particulares, configuram *serviço público*”. E mesmo parecendo estar em concordância com as posições de AGUILAR e DI PIETRO, ao afirmar que a significação da expressão *serviço público* não pode ser determinada mediante o recurso a um *conceito*, mas a uma noção historicamente situada, sustenta que esta deve ser construída sobre a ideias de *coesão* e de *interdependência social*. Eis sua posição:

Serviço público, assim, na noção que dele podemos enunciar, é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros temor, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima) (GRAU, 2007, p. 136).

No mesmo sentido é doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Serviço público, em sentido técnico jurídico, é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.

Consiste na prestação de uma utilidade ou comodidade material, como oferecimento de água, luz, gás, telefone, transporte coletivo, tratamento da saúde, ministério de ensino etc. Esta oferta é feita aos administrados em geral. Daí falar-se, com razão, no princípio da generalidade do serviço público. Diz respeito a necessidades ou comodidades básicas da Sociedade. Por isso CIRNE LIMA o conceituou como “o serviço existencial à sociedade ou, pelo menos assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de que ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa”. LÉON DUGUIT, o criador da “escola do serviço público”, chefe desta corrente que tanta influência teve no direito administrativo o configurou como “indispensável à realização da interdependência social e de tal natureza que não pode ser assumido senão pela intervenção da força governante” (MELLO, 2006).

4.3 Novas fronteiras para a definição de serviço público na ordem econômica da Constituição de 1988

É possível perceber que ainda há uma zona de indefinição profunda no direito contemporâneo sobre como as atividades econômicas ligadas à educação devem ser tratadas. Mas para fins da presente pesquisa, é preciso avançar no debate, e propor uma superação das dificuldades identificadas na exposição acima.

Nesta tese, já foi visto que a economia é compreendida a partir da visão institucionalista, que reconhece ao direito impor normas estruturantes ao processo econômico. Reconhecendo-se a existência dos *custos sociais*, o mercado voltado ao lucro é tomado aqui como um mecanismo institucionalizado de coordenação econômica, o qual deve estar submetido, assim como todas as instituições, à decisão política daqueles que a ele se submetem. Os direitos fundamentais de segunda, terceira, quarta e até quinta gerações são produtos justamente da história de lutas sociais de solução de opressões e de reconhecimento das diferenças (SAMPAIO, 2013, p. 579). A ordem jurídica incorporou ao longo dos anos de desenvolvimento capitalista, uma grande variedade de proteções e compensações em face dos *custos sociais*, como a subjetividade dos direitos trabalhistas, previdenciários, assistenciais e consumeristas.

Além disso, a ordem constitucional vigente exige uma atenção aos ditames de justiça social, colocando em igual hierarquia a *livre iniciativa* e a *valorização do trabalho humano* (art. 170, *caput*, CR/88). A defesa do trabalhador no Brasil passa pelo reconhecimento constitucional dos sindicatos e do direito de greve, bem como pelo funcionamento de uma justiça especializada em conflitos relativos à relação de

trabalho. A propriedade privada (bens de consumo e de produção) é um direito individual (arts. 5º, XXII e 170, II da CR/88) cujo exercício é atrelado ao cumprimento de sua função social (art. 5º, XXIII e 170, III da CR/88).

A educação é reconhecida como direito fundamental social (art. 6º, CR/88), e o ensino, como uma de suas formas de expressão, está também regulado pela Constituição, que lhe impõe princípios como a *igualdade de condições para acesso e permanência na escola* e o *pluralismo* de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, incisos I e II). Toda atividade de ensino deve estar pautada por esses e outros princípios da ordem social. Como atividade econômica, o ensino também deve observar os princípios gerais da ordem econômica, previstos nos artigos 170 e seguintes da Constituição.

Nesse ponto, cabe a primeira proposta de avanço: ao contrário do que propõe AGUILAR, não é aceitável atribuir ao ensino natureza de *atividade econômica em sentido estrito* com base no texto do artigo 209 da Constituição que diz: “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”.

Isso porque esse dispositivo deve ser interpretado conforme a Constituição Econômica. As atividades econômicas em sentido estrito (ou atividades econômicas próprias da iniciativa privada) são aquelas que *não estão condicionadas a autorização de órgãos públicos*. É isso que se pode compreender do artigo 170 da Constituição: “Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Isso quer dizer, que a iniciativa privada é livre para exercer qualquer atividade econômica, desde que não haja autorização prévia exigida em lei (ou na própria Constituição). Esse é o regime da livre iniciativa, que se aplica às atividades econômicas em sentido estrito.

Quando houver restrições autorizativas, ou seja, quando a atividade econômica for condicionada a algum tipo de ato autorizativo (concessão, permissão, autorização) o regime jurídico dessa atividade econômica será o de serviço público. Assim, é coerente consentir com a posição defendida por Eros Roberto Grau, conforme visto acima.

Não é necessário ir em busca de uma definição *essencialista*, ou de uma *noção* descriptiva de serviço público para tanto. Conforme se defende nesta tese, é a própria ordem jurídica que estabelece os limites para a iniciativa privada na educação e exige que o ensino só possa ser exercido fora do Estado quando houver autorização prévia do Poder Público. É isso que está explícito no artigo 209 da Constituição da República.

A própria relação direta da atividade de ensino com o dever jurídico-fundamental do Estado de garantir a todos a educação como um direito social, somada à necessária autorização do Poder Público, são elementos suficientes para se concluir que no bojo da Constituição Brasileira existem parâmetros conformadores da qualidade de serviço público ao ensino.

Para o direito econômico, o principal efeito desse reconhecimento normativo de serviço público é o elevado grau de controle do poder econômico que deve ser aplicado sobre a iniciativa privada quando se trata de atividade econômica educacional. Segundo Eros Roberto Grau, há serviço público mesmo nas hipóteses de prestação dos serviços de educação e saúde pelo setor privado. É este o caso que entende o autor, de serviço público não privativo. Todavia, parece surgir uma contradição quando a esse raciocínio se confronta a seguinte passagem de sua obra: “o que torna os chamados serviços *públicos* *não privativos* *distintos dos privativos* é a circunstância de os primeiros poderem ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização” (GRAU, 2007, p. 124).

Ora, a Constituição prevê expressamente (CR, art. 209) a necessidade de autorização do Poder Público para a iniciativa privada exercer atividade de ensino. Por esse motivo, defende-se com mesma convicção do autor que a educação seja serviço público, porém sob outro fundamento. Acrescentamos que os serviços públicos *privativos* são aqueles cujo exercício é obrigatório por parte do Estado (regime de obrigatoriedade), e quando exercidos pela iniciativa privada serão precedidos de concessão ou permissão (CR, art.175). Por sua vez, os serviços públicos *não privativos* (como é o caso da educação) são aqueles também exercidos pelo Estado em regime de privilégio, mas que se submetem a restrições específicas, constitucionalmente previstas .

Quadro 06 – Características dos regimes de Obrigatoriedade, Privilégio e Livre Iniciativa na Constituição Econômica

	Atividade econômica em sentido amplo		
Tipo	Serviço Público Privativo	Serv. Púbo Não-Privativo	Atividade econômica em sentido estrito
Regime	Privilégio		Livre iniciativa
Exceções	Possibilitada à iniciativa privada, por concessão ou permissão (Ex. art. 175, CR)	Exceção à iniciativa privada, com limitações específicas (Ex. art. 209, CR)	Possibilitada ao Estado por concorrência ou monopólio (art. 173 e 177, CR)

FONTE: Elaborado pelo autor.

Em síntese, dentro de um interpretação sistemática da Constituição brasileira de 1988, incluindo a Ordem Econômica e Financeira, e em face da realidade/necessidades atuais, não se pode deixar de enquadrar juridicamente a educação (superior também) como serviço público, enquanto atividade de coesão e de interdependência social, além de direito fundamental, estratégico e estruturante para a nação. Mas especialmente, porque a Constituição prevê importantes limites e condições para o exercício através da iniciativa privada.

4.5 O Direito Econômico da educação superior

Previsto na Constituição (artigos 205 e 208 da CR/88)⁴⁶, o dever do Estado com a educação se realiza predominantemente através da educação escolar, como está detalhado na LDB (Lei nº 9.394/1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional). E a educação escolar é dividida, nesta lei, em dois níveis: educação básica e superior. O *direito econômico da educação superior* consiste no conjunto de normas jurídicas para regulamentação das políticas econômicas de cumprimento desse *dever do Estado* com a educação superior. Não comprehende, desse modo, toda e qualquer norma que trate de educação superior, mas apenas aquelas que se referem ao *controle jurídico da política econômica da educação escolar de nível superior*. Ademais, as tomadas de decisões publica que possuem um cunho social, obviamente apresentam também uma faceta econômica, assim como vice-versa.

A educação escolar de nível superior é realizada através de cursos e programas de quatro modalidades: sequenciais, de graduação, de pós-graduação e de extensão. Esses cursos são ministrados por Instituições credenciadas pelo Estado e dependem de autorização e reconhecimento periódico. As chamadas *instituições de ensino superior* podem ser públicas ou privadas, conforme classificação já vista anteriormente, e, segundo sua natureza jurídica, não possuem personalidade jurídica própria – no caso das privadas. Sua existência depende de uma *entidade mantenedora* que dispõe de recursos e é responsável pela prática dos atos da vida civil.

A Constituição, em seu artigo 209, e a LDB, nos artigos 7º e 20, estabelecem que o ensino é livre à iniciativa privada, que pode atuar através das instituições mantidas conforme as seguintes categorias: (a) particulares em sentido

⁴⁶ “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

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

[...]

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;”

estrito; (b) comunitárias; (c) confessionais; e (d) filantrópicas⁴⁷. E logicamente todos os cursos da educação superior estão sujeitos a autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público, o que é realizado nos termos da lei federal nº 10.861/2004, que criou o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior.

A organização da iniciativa privada na educação superior, bem como todo o processo de avaliação previsto na Constituição, foi regulamentada através de decretos após a LDB de 1996. No capítulo quatro dessa desse trabalho foi visto como a política econômica pública contribuiu para induzir à entrada de empresas lucrativas no sistema federal de ensino para atuarem como mantenedoras na educação superior. A partir de então, a transformação do ensino superior ocorreu tanto no aspecto quantitativo, como qualitativo, tendo o setor privado concentrado mais de 75% das matrículas.

Para cuidar do rápido crescimento da demanda regulatória sobre os órgãos do Poder Público, o Ministério da Educação sofreu algumas alterações na sua estrutura. Todavia considerando as metas estabelecidas no Plano Nacional de Educação 2014-2024 e a nova dinâmica imposta pelas grandes empresas *mantenedoras*, a capacidade do Estado de cumprir seu dever com a educação superior mostra sinais de esgotamento.

Em que pese o importante passo dado pela criação da SERES [Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior], o desafio imposto ao MEC de atingir e manter elevado padrão de qualidade na educação superior ainda requer profundas alterações da atual estrutura do Ministério. É necessário o aprimoramento e atualização das estruturas de gestão, processos e sistemas de informação, para que se obtenha efetividade nas ações destinadas à qualidade vis-à-vis a ampliação quantitativa da rede de instituições de ensino e cursos por ela oferecidos e às necessidades da população e objetivos estratégicos do governo federal, o que implica na necessidade de uma ampliação significativa dos recursos humanos e financeiros disponíveis para o cumprimento das atribuições institucionais de avaliação, regulação e supervisão da educação superior.

Atualmente, o MEC é responsável pela regulação e supervisão de cerca de 2.667 instituições de educação superior (excluídos deste total as unidades acadêmicas e os campi fora de sede) e 40.748 cursos de graduação nas modalidades presencial e a distância, de acordo com o cadastro de cursos e instituições do E-Mec, sistema eletrônico de acompanhamento processual dos atos de regulação da educação superior. Para isso, são desenvolvidas cerca de 7.000 avaliações in loco por ano, de acordo com dados da Diretoria de Avaliação da Educação Superior do INEP. (PODER EXECUTIVO, 2012).

⁴⁷ O sentido dado pela política econômica pública para a categoria particular em sentido estrito está sendo questionado neste estudo, pois é nessa categoria onde estão incluídas as instituições que formam o “mercado” de ensino em expansão.

Como visto nos capítulos anteriores, o avanço do poder econômico privado lucrativo sobre o processo de expansão do ensino superior é um fator de geração de custos sociais. Para destacar apenas alguns dos resultados negativos dessa realidade, anote-se: a sobrecarga do aparelho regulador do Estado, o alto dispêndio de recursos públicos com os programas de financiamento estudantil, as violações de direitos “consumeristas”/estudantis, a concentração de mercado, a instabilidade da oferta e o baixo nível de qualidade no ensino. Diante dessa realidade, para fazer frente ao poder econômico privado, é necessário realizar transformações no *direito econômico da educação superior*.

Mas antes de buscar indicar quais transformações seriam necessários, é importante indicar as possíveis falhas do arranjo institucional existente. A citação em destaque acima é uma passagem da exposição de motivos do projeto de lei para criação do INSAES, o Instituto Nacional de Supervisão e Avaliação do Ensino Superior. Esse projeto foi apresentado pela Presidência da República com a finalidade de suprir a carência de pessoal e para aperfeiçoar o sistema de avaliação do ensino superior criado em 2006 com SINAES. O atual sistema passou a enfrentar grandes dificuldades decorrentes da rápida expansão dos programas de auxílio estudantil (Prouni e Fies), da entrada de grandes empresas do mercado financeiro e de todos os processos administrativos derivados de suas competências regulatórias.

O desafio consiste em realizar as metas de expansão do PNE 2014 com a mudança no perfil da iniciativa privada, o sistema de avaliação de cursos e instituições e os programas de financiamento estudantil. Esses quatro fatores estão interligados, pois as empresas querem o máximo de expansão, com o máximo de financiamento e o máximo de agilidade na avaliação. Isso quer dizer, que a demanda pelos serviços estatais cresce no mesmo ritmo imposto pela meta 12 do PNE:

A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 2011 registrou que a taxa bruta atingiu o percentual de 27,8%, enquanto a taxa líquida chegou a 14,6%. O PNE (2001-2010) estabelecia, para o fim da década, o provimento da oferta de educação superior para, pelo menos, 30% da população de 18 a 24 anos. Apesar do avanço observado, o salto projetado pela Meta 12 do novo PNE, que define a elevação da taxa bruta para 50% e da líquida para 33%, revela-se extremamente desafiador (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2014, p. 41)).

Quer dizer, há expectativa de duplicação do ensino superior nos próximos dez anos, e a atual estrutura organizacional do Estado não suportará a demanda sobre o sistema de avaliação, supervisão e regulação, tampouco o crescente risco de desvio ou abuso do poder econômico privado. O objetivo desse capítulo será mostrar como funciona e quais os problemas na atual estrutura, e com o vindouro Instituto, diante da nova realidade de mercantilização do ensino superior.

4.6 O atual sistema de regulação, avaliação e supervisão do ensino superior

O arranjo institucional para garantir a qualidade da educação superior é regido atualmente pela Lei nº 10.861/2004, o Decreto nº 5.773/2006 e o Decreto nº 7.690/2012, tratando, respectivamente da criação do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAES, da atribuição das funções de avaliação, regulação e supervisão e da distribuição de competências dentro da estrutura organizacional do MEC.

No primeiro artigo do Decreto nº 5.773/2006, encontram-se as definições sobre os principais processos administrativos do SINAES:

Art. 1º Este Decreto dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e seqüenciais no sistema federal de ensino.

§ 1º A regulação será realizada por meio de atos administrativos autorizativos do funcionamento de instituições de educação superior e de cursos de graduação e seqüenciais.

§ 2º A supervisão será realizada a fim de zelar pela conformidade da oferta de educação superior no sistema federal de ensino com a legislação aplicável.

§ 3º A avaliação realizada pelo Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior - SINAES constituirá referencial básico para os processos de regulação e supervisão da educação superior, a fim de promover a melhoria de sua qualidade. (BRASIL, 2006a)

Desse modo, as funções administrativas do SINAES podem ser sintetizadas:

- **Regulação:** atos administrativos de autorização de cursos e de credenciamento de instituições;
- **Supervisão:** atos administrativos de fiscalização e punição por irregularidades no funcionamento das instituições;

- **Avaliação:** processos de avaliação de qualidade sobre as instituições, os cursos e os estudantes.

A Regulação é a função mais abrangente do Sistema, pois o funcionamento de qualquer instituição de educação superior depende do ato autorizativo inicial de *credenciamento*. O pedido de credenciamento deve ser feito pela pessoa jurídica que assumirá a condição de mantenedora perante a Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior – SERES, do Ministério da Educação. O primeiro credenciamento terá prazo máximo de três anos, para faculdades e centros universitários, e de cinco anos, para universidades. Mas a instituição também deverá, passado esse primeiro período de três ou cinco anos, solicitar o seu *recredenciamento*, ao final de cada ciclo avaliativo do SINAES, ou seja, sempre que são publicados os resultados dos processos de *Avaliação*.

Além da instituição, todo e qualquer curso de graduação precisa de um ato autorizativo específico. As universidades e centros universitários, nos limites de sua autonomia, independem de autorização para funcionamento de curso superior, devendo informar à SERES os cursos abertos para fins de supervisão, avaliação e posterior reconhecimento, no prazo de sessenta dias. Por outro lado, as Faculdades não têm autonomia, e todos os seus cursos precisam ser previamente autorizados pela SERES para iniciar o funcionamento.

A Supervisão é exercida também pela SERES, através de processo administrativo para saneamento de deficiências. O Secretário exará despacho, devidamente motivado, especificando as deficiências identificadas, bem como as providências para sua correção efetiva, em prazo fixado. Esgotado o prazo para saneamento de deficiências, a Secretaria competente poderá realizar verificação in loco, visando comprovar o efetivo saneamento das deficiências. Não saneadas as deficiências ou admitida de imediato a representação, será instaurado processo administrativo para aplicação das seguintes penalidades: desativação de cursos e habilitações; intervenção; suspensão temporária de prerrogativas da autonomia; ou descredenciamento (artigo 46, § 2º, LBD/96).

Finalmente, a Avaliação das instituições de educação superior, dos cursos de graduação e do desempenho acadêmico de seus estudantes será realizada no âmbito do SINAES. Esse sistema é coordenado pela Comissão Nacional de

Avaliação da Educação Superior, e as atividades executivas ficam a cargo do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP, cujas atribuições são:

- I - realizar visitas para avaliação in loco nos processos de credenciamento e recredenciamento de instituições de educação superior e nos processos de autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos de graduação e seqüenciais;
- II - realizar as diligências necessárias à verificação das condições de funcionamento de instituições e cursos, como subsídio para o parecer da Secretaria competente, quando solicitado;
- III - realizar a avaliação das instituições, dos cursos e do desempenho dos estudantes;
- IV - elaborar os instrumentos de avaliação conforme as diretrizes da CONAES;
- V - elaborar os instrumentos de avaliação para credenciamento de instituições e autorização de cursos, conforme as diretrizes do CNE e das Secretarias, conforme o caso; e
- VI - constituir e manter banco público de avaliadores especializados, conforme diretrizes da CONAES. (Art. 7º do Decreto nº 5.773/2006. Brasil, 2006)

Os atos de regulação e supervisão terão como referencial básico os resultados da avaliação do SINAES. A obtenção de conceitos insatisfatórios nos processos periódicos de avaliação, nos processos de recredenciamento de instituições, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos de graduação enseja a celebração de protocolo de compromisso com a instituição de educação superior. A celebração de protocolo de compromisso suspende o fluxo do processo regulatório, até a realização da avaliação que ateste o cumprimento das exigências contidas no protocolo.

Ao final do prazo do protocolo de compromisso, a instituição receberá novamente a avaliação “in loco” do INEP, para verificar o cumprimento das metas estipuladas, com vistas à alteração ou à manutenção do conceito. Ao final da nova avaliação, o INEP expedirá relatório à Secretaria, sendo vedada a celebração de novo protocolo de compromisso.

Sendo descumprimento o protocolo de compromisso, total ou parcialmente, a SERES poderá dar início a processo administrativo próprio, em que ouvirá a Câmara de Educação Superior, do Conselho Nacional de Educação, e aplicará as

seguintes penalidades, ficando assegurado o direito de ampla defesa e do contraditório:

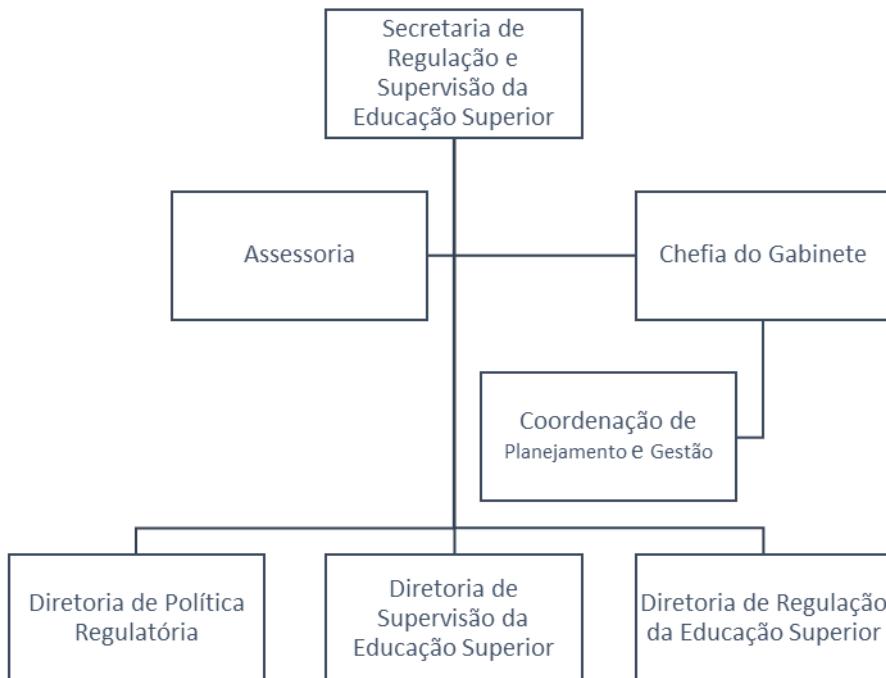
- I – suspensão temporária da abertura de processo seletivo de cursos de graduação;
- II – cassação da autorização de funcionamento da instituição de educação superior ou do reconhecimento de cursos por ela oferecidos;
- III – advertência, suspensão ou perda de mandato do dirigente responsável pela ação não executada, no caso de instituições públicas de ensino superior (artigo 10, § 2º, Lei nº 10.861/2004 - BRASIL, 2004).

Dessas decisões punitivas só cabem recursos administrativos ao Ministro de Estado da Educação. Logicamente, como em qualquer outro processo administrativo efetivado pelos poderes públicos federal, estadual e municipal deve ser respeitar os ditames constitucionais de ampla defesa e contraditório.

4.7 A intensificação dos processos de regulação e supervisão a partir de 2011

A Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior foi criada em 2011 pelo Decreto nº 7.840/2011, para ampliar a estrutura antes pertencente à Secretaria de Educação Superior. Depois da criação do SINAES, e com o acelerado processo de expansão do capital privado no setor, foi necessário criar um órgão de segundo escalão no MEC, com atribuições específicas para garantir a regularidade do funcionamento das novas instituições e cursos. Menos de um ano depois, foi realizada uma nova reformulação na SERES para conseguir suportar o crescimento expressivo de demandas regulatórias e dividir melhor o fluxo de trabalho dos processos administrativos. Publicado em março de 2012, o Decreto nº 7.690/2012 definiu a estrutura atual, conforme organograma abaixo:

Figura 04 - Estrutura administrativa da Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior – SERES



Fonte: Decreto nº 7.690/2012. Elaborado pelo autor.

No seu Relatório de Gestão 2013, a SERES registra que foi a partir daquele ano que iniciou a se responsabilizar, através de sua Diretoria de Supervisão, pela condução de um macroprocesso de implantação de instituições de educação superior. Foram instaurados naquele mesmo ano 476 procedimentos para apurar irregularidades e deficiências na oferta de cursos, 40 processos para aplicação de penalidades e 5 descredenciamentos de instituições que descumpriam os padrões de qualidade previstos em lei. Além disso, vários processos regulatórios precisaram ser suspensos por Termo de Saneamento:

Ao comparar os dados de IGC 2012 com os dados de IGC 2009, a SERES identificou grupo de Instituições de Educação Superior com potencial de risco: 60 (sessenta) instituições com reiterados resultados insatisfatórios para o mesmo grupo de cursos do ciclo avaliativo. Dado o fundado receio da ampliação dos problemas já enfrentados, foram aplicadas as medidas cautelares de sobrerestamento de processos de regulação de entrada (autorização, novos campus e novos polos) e de recredenciamento; vedação de abertura de novos processos de regulação de entrada (autorização, novos campus e novos polos); suspensão de prerrogativas de autonomia; e limitação de ingresso, com o congelamento de matrículas conforme dados do Censo 2012. As medidas impostas significam o impedimento temporário de expansão da instituição e limitação de ingresso de novos alunos.

Todas as 60 Instituições desse grupo devem assinar um Termo de Saneamento de Deficiências junto ao MEC, comprometendo-se a comprovar a efetiva melhoria da qualidade de sua Instituição em prazo determinado, sob pena de aplicação de penalidades que podem culminar inclusive em seu descredenciamento. (SECRETARIA DE REGULAÇÃO E SUPERVISÃO DA EDUCAÇÃO SUPERIOR - SERES, 2014, p. 21)

A Diretoria de Regulação da Educação Superior - DIREG é responsável por instruir e exarar pareceres nos processos de autorização, reconhecimento e renovação de cursos de educação superiores, nas modalidades presenciais e a distância; e, ainda, instruir e exarar pareceres relativos a processos de credenciamento e recredenciamento de instituições de educação superior. Como resultado, observa-se a publicação de 9.215 atos no exercício de 2013, conforme especificado no quadro abaixo.

Quadro 07 - Atos da Diretoria de Regulação da Educação Superior – DIREG/MEC

Tipo de Ato	Quantitativo
Autorização	1.137
Indeferimento do pedido de autorização	111
Reconhecimento	2.084
Reconhecimento em caráter excepcional	34
Reconhecimento em caráter experimental	5
Reconhecimento para fins de expedição de diploma	8
Renovação de reconhecimento	4.597
Aditamentos - mudança de local de oferta do curso	1.007
Aditamentos - aumento de vagas	199
Outros aditamentos - alteração da denominação do curso e da IES, alteração de estatuto, e outros	33
Total	9.215

Fonte: (SECRETARIA DE REGULAÇÃO E SUPERVISÃO DA EDUCAÇÃO SUPERIOR - SERES, 2014)

Além disso, destaca-se a análise e parecer, para apreciação do Conselho Nacional de Educação e posterior decisão do Ministro da Educação, em 70 processos de credenciamento e 134 processos de recredenciamento de instituições de educação superior. Somados aos quantitativos apresentados no quadro acima, observa-se que, em 2013, foram editados **9.419 atos regulatórios** de instituições e cursos superiores.

Com essa nova estrutura, o Estado aparentemente ganhou mais “força” para exercer as funções de supervisão e regulação da educação superior, e gerou reações de estranhamento no setor privado. Na LDB de 1996 está definido no artigo 9º que incumbe à União “autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar,

respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino". Aí já estavam previstas as funções de regulação (autorizar, reconhecer e credenciar), supervisão e avaliação. Mas apenas a avaliação havia ganhado destaque com os exames de desempenho (Provão) e depois com o SINAES. Na análise a seguir, publicada no site da Associação Brasileira de Mantenedoras de Ensino Superior – ABMES, a criação da SERES e seu ganho de poderes em 2012 são considerados um “ataque” ao processo de avaliação:

O Ministério da Educação, por meio do Decreto 7690, de 2 de março de 2012, alterou significativamente a sua estrutura especialmente e, no que mais interessa à avaliação, com relação às competências da Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior (SERES).

Pode-se dizer que tudo que está relacionado à avaliação institucional e avaliação de cursos agora, a partir da edição do referido Decreto, está nas mãos da SERES.

Competências antes atribuídas ao Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) e à Comissão Nacional de Avaliação da Educação Superior (CONAES) **ficaram concentradas nas mãos da SERES ou, no mínimo, conflitantes com as funções destes outros órgãos citados.**

[...]À SERES caberá ainda planejar e coordenar todo o processo de formulação de políticas para a regulação e supervisão; propor referenciais de qualidade para educação a distância; gerenciar o sistema público de informações cadastrais de instituições e cursos; manter e atualizar o catálogo para os Cursos Superiores de Tecnologia e outras funções relacionadas tanto à regulação e supervisão quanto à avaliação.

Se a avaliação estava relacionada à regulação, qual é o papel desta diante das mudanças ocorridas e diante de novos instrumentos de supervisão e de avaliação? Teremos instrumentos diferentes para supervisão e para a avaliação? E qual deles se articulará com a regulação? **As Instituições de Ensino precisam destas respostas pois não suportam mais mudanças, mistérios, enigmas, incógnitas com relação ao que vai acontecer com os processos que são delas e interessam prioritariamente a elas.**

O Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES) sofre mais um “baque” com as decisões do novo Decreto. A proposta tão bem pensada e declarada no documento de Diretrizes do SINAES torna-se cada vez mais distante do que ocorre de fato com a avaliação no Brasil, especialmente no que se refere à sua “*visão abrangente do papel dos processos avaliativos sem dissociar estes da necessária regulação do Estado, para fomentar e supervisionar o sistema em seu conjunto*”; e ao seu objetivo principal que é a construção de “*um sistema de avaliação capaz de aprofundar os compromissos e responsabilidades sociais das instituições, bem como promover os valores democráticos, o respeito à diversidade, a busca da autonomia e a afirmação da identidade.*” Como teremos avaliação sem diálogo e sem a construção de sentidos? (MURIEL, 2012, grifos nossos).

4.8 O projeto de criação do Instituto Nacional de Supervisão e Avaliação do Ensino Superior (INSAES): debates sobre o modelo de ação estatal no “mercado” da educação superior brasileira

Uma das maiores queixas do setor privado sobre a atividade regulatória da educação superior recai sobre a constante mudança dos parâmetros normativos para funcionamento das instituições e seus cursos. Afirma-se que faltam normas jurídicas claras e seguras sobre os processos regulatórios, pois estes têm sido objeto de Decretos e de portarias do Ministério da Educação, o que causaria instabilidade para a iniciativa privada.

Por conta dessa insatisfação, o setor privado vem defendendo a criação de uma agência reguladora para a educação superior brasileira. O modelo idealizado pelos representantes dos estabelecimentos de ensino é de um órgão que definiria os limites da política econômica e educacional para a atividade de educação superior. O que fundamenta a ideia *neoliberal reguladora* é a de que, a partir da Reforma do Estado dos anos 1990, os mercados deveriam ser minimamente “incomodados” pela ação do Poder Público.

Como já mostrado no capítulo quarto, o neoliberalismo de regulação preconiza por um modelo de política econômica fundada no “enxugamento” do Estado e na liberalização do comércio. Washington Albino descreve as mudanças ideológicas de política econômica durante o século XX, que culminou com as reformas reguladoras:

Por fim, no decorrer do século XX, predominou o mínimo uso da Regulação até a Primeira Guerra Mundial. Exaltou-se a Intervenção, com os Planejamentos e as restrições regulamentadoras da concorrência no mercado, a partir dos anos 30, passando pela Segunda Guerra Mundial, para atingir as três últimas décadas com ênfase para a expansão da concorrência, com as “Desregulações” e a recomposição em “Regulações” amis liberalizantes, ou com os efeitos experimentais de modelos globalizantes (SOUZA, 2005, p. 343).

Era esse o caminho imaginado pela nova iniciativa privada lucrativa depois de ter logrado dominar a educação superior com grandes empresas. Bertero (2009) demonstra confiança nesse modelo para implementar políticas junto a setores de atividades essenciais e que são organizadas sob a forma de empresas lucrativas, como é o caso da educação superior brasileira. Segundo esse autor, em que pese

as empresas de educação superior brasileiras terem sido capazes de dar excelentes resultados para seus acionistas, o que torna necessária a Agência é que a qualidade do serviço é considerada lamentável, não apenas por critérios brasileiros, mas especialmente por critérios internacionais. É crença na combinação entre lucratividade e qualidade da educação superior (ensino, pesquisa e extensão) como irmãs siamesas, viabilizando a concretude do texto constitucional de 1988, ou seja, pluralismo, valorização cultural, desenvolvimento tecnológico, etc.

Do mesmo modo, como foi anotado nas linhas acima, o Poder Público também mostrou ter necessidade de uma reformulação do seu sistema de supervisão e regulação da educação superior. Em 2012, logo depois da reformulação da SERES, o Poder Executivo enviou para o Congresso Nacional uma proposta de criação de uma nova autarquia federal, o Instituto Nacional de Supervisão e Avaliação da Educação Superior (INSAES). O projeto de lei nº 4.372/2012 está em processo adiantado de aprovação, e desde o início da tramitação sofreu críticas.

Do lado que expectava uma agência reguladora como as outras já conhecidas, muitas críticas foram feitas porque o projeto apresentado pelo Poder Executivo teria fugido do modelo já existente desde os anos 1990, “mais democrático e transparente”, e se fechado numa SERES com outra roupagem, com “autonomia administrativa e financeira”. O Instituto teria receita própria, com base na cobrança direta sobre as IES e seus cursos, e não teria passado por qualquer estudo prévio e transparente, mas somente com a participação das entidades representativas do segmento privado, que são maioria absoluta nesse cenário (FRAUCHES, 2012). A democracia participativa constitucional foi deixada de lado, em face da não inclusão de estudantes, docentes, pais, trabalhadores do setor, pesquisadores e extensionistas nos debates do projeto de lei do INSAES.

A questão levantada pela iniciativa privada aponta para a falta de independência do novo órgão da administração federal indireta:

As regras deixam de ser claras, transparentes, quando parte das ações do proposto Insaes serão desenvolvidas “de acordo com as diretrizes propostas pelo Ministério da Educação”. **Essa marota redação abre caminho para a justificativa de edição de portarias e similares criando regras, indicadores ou conceitos de qualidade não previstos em lei, para subsidiar os processos de credenciamento e recredenciamento de IES e de autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos, a exemplo do CPC (Conceito Preliminar de**

Curso) e do IGC (Índice Geral de Cursos), criados pela Portaria nº 40/2007, republicada em 29/12/2010. O projeto deixa de regular o processo de autorização de IES e de cursos superiores, ficando apenas na criação do Insaes e no plano de carreira de seus funcionários, quando deveria estabelecer normas jurídicas claras e seguras para as instituições que integram o sistema federal de ensino. Estas vão continuar sem nenhuma segurança jurídica, sujeitas aos humores da burocracia estatal (FRAUCHES, 2012).

Durante os primeiros meses de tramitação, o projeto recebeu proposta de emenda na Comissão de Educação da Câmara para alterar a estrutura da direção da autarquia, com a intenção de criar maior autonomia em relação à administração direta. Segundo o parlamentar que propôs a emenda, seria importante manter coerência com o modelo de agências criado nos anos 1990. Sugeriu, inclusive, que a Emenda Constitucional nº 19/94 teria colocado a iniciativa privada como protagonista na prestação do serviço público de ensino.

O modelo de administração pública gerencial, introduzido no seio constitucional pela EC 19/94, retirou o Estado do papel de protagonista na prestação de serviços públicos e o colocou na função de regulador de diversas atividades. Uma delas é a prestação de ensino pela iniciativa privada, tal qual se depreende do disposto no *caput* e incisos do art. 209 da Constituição Federal.

Nesse norte, e para manter consonância com o modelo de administração pública que o constituinte derivado adotou para o Brasil, foram criadas instituições, dentre as quais se destacam as chamadas agências reguladoras, constituídas sob a forma de autarquias em regime especial, as quais possuem autonomia frente ao governo bem como vinculação estrita com o setor em que atuam.

O grande objetivo da criação de tais agências foi incrementar a qualidade do serviço público prestado ao cidadão pelo particular e, concomitantemente, trazer mais segurança ao investidor privado na área de regulação específica. Dotou-se as agências de poder normativo, além de autonomia de gestão, haja vista seus dirigentes possuírem mandatos fixos (DEP. WALDIR MARANHÃO, 2012).

Ao final da tramitação nas comissões especiais da Câmara dos Deputados, algumas o projeto de lei sofreu algumas modificações sobre a composição do órgão diretor da autarquia, mas apenas para trazer mais detalhes sobre a composição da diretoria. Após intensa discussão na Comissão de Educação, as propostas para fixar mandatos para os diretores foram rejeitadas e o artigo 4º do Projeto ganhou nova redação, apenas para acrescentar regras de representação classista na composição para o Conselho Consultivo. O cargo de Presidente do INSAES deverá ser ocupado por pessoa nomeada diretamente pela Presidência da República, e a Diretoria poderá ser formada por até seis diretores, nos termos do Regulamento do órgão.

No quadro abaixo é possível comparar a redação original do PL 4372/2012 (à direita) com a nova redação aprovada na Câmara. Constatam-se poucas modificações.

Quadro 08 – Alteração na Estrutura Básica e Direção do INSAES no PL 4372/2012

CAPÍTULO II DA ESTRUTURA BÁSICA E DIREÇÃO	
Redação original do PL 4372/2012	Redação aprovada na Comissão de Educação e de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados
Art. 4º O INSAES será dirigido por um Presidente e até seis Diretores, e disporá, em sua estrutura regimental, de um Conselho Consultivo, cuja composição e competências serão estabelecidas em regulamento.	Art. 4º O INSAES será dirigido por um Presidente e até seis Diretores, e disporá, em sua estrutura regimental, de um Conselho Superior, cujas funções e composição serão disciplinadas em regulamento. <p style="margin-left: 20px;">§ 1º O Conselho Superior funcionará como órgão de orientação das atividades do INSAES e será assegurada em sua composição a participação do poder público, das instituições de educação superior, dos docentes e dos estudantes.</p> <p style="margin-left: 20px;">§ 2º Os representantes das instituições de educação superior de que trata o § 1º serão indicados em listas tríplices pelas suas respectivas entidades representativas de âmbito nacional, observadas as diferentes categorias administrativas de que tratam os artigos 19 e 20 da Lei nº 9.394, de 1996.</p> <p style="margin-left: 20px;">§ 3º O INSAES constituirá uma Câmara de Conciliação, cujas atribuições serão dispostas em regulamento.</p>

Além da questão sobre a autonomia da Diretoria do órgão, outro ponto importante do PL nº 4.372/2012 é a competência de fazer controle prévio sobre os atos que envolvem transações entre mantenedoras. No projeto original, entre as competências do INSAES está previsto, no inciso XII, do artigo 3º: “aprovar

previamente aquisições, fusões, cisões, transferências de manutenção, unificação de mantidas ou descredenciamento voluntário de Instituições de Educação Superior integrantes do sistema federal de ensino”.

Entre as emendas parlamentares sobre o tema, há dois tipos de propostas contrárias: uma para suprimir totalmente o dispositivo e outro para reduzir o alcance do controle sobre as decisões da mantenedora.

Quadro 09 - Propostas de emendas parlamentares sobre o PL 4272/2012

Emenda Modificativa nº 4

Art. 3º Compete ao INSAES: XII – aprovar previamente transferências de manutenção, unificação de mantidas ou descredenciamento voluntário de Instituições de Educação Superior integrantes do sistema federal de ensino;
Parágrafo único.

JUSTIFICATIVA

Nos casos de instituição já credenciada, deverá haver comunicação e caberá ao INSAES, proceder à atualização cadastral. Justificação Tratando-se de Instituições já credenciadas em função dos princípios da economicidade e eficiência, basta que o INSAES seja comunicado e proceda a alteração cadastral. No caso que se refere à autorização previa de fusão, aquisição e incorporação, por tratar-se de institutos regulados na legislação brasileira e nos casos de concentração, o CADE tem atuação importante, sendo desnecessária a aprovação previa do INSAES. Sala da Comissão, 17 de outubro de 2012. – Deputado Rogério Peninnha Mendonça.

Emenda nº 13

Suprimam-se o inciso XII e o parágrafo único do art. 3º do projeto de lei.

JUSTIFICATIVA

O inciso XII do projeto de lei em referência é manifestamente inconstitucional, eis que agride o disposto no caput do art. 170 e seu parágrafo único, além de invadir competências que a Constituição da República e a Lei nº 12.529/2011 conferiram a outra autarquia, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Com efeito, ao submeter as “aquisições, fusões, cisões, transferências de manutenção, unificação de mantidas ou descredenciamento voluntário de Instituições de Educação Superior integrantes do sistema federal de ensino” à aprovação do INSAES, viola-se o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, fundamentos da ordem econômica nacional. Ora, muito embora se possa depreender que o instituto tem o objetivo de preservar a manutenção da qualidade da educação, a via utilizada equivoca- -se em muito. Isso porque há outros mecanismos que não a intervenção direta no regime da concorrência e da economia para supervisionar e avaliar adequadamente o ensino. O projeto de lei em referência segue, desafortunadamente, uma tendência da legislação produzida pelo Brasil nos últimos anos, a qual insiste em atrelar aspectos educacionais a elementos econômicos, fiscais e tributários. São questões autônomas, e como tal devem ser tratadas. Ora, a fusão, aquisição ou mesmo cisão de uma mantenedora ou mesmo a unificação de mantidas pode em nada afetar a qualidade da educação, eis que, via de regra, tais operações sequer desfazem a imagem da instituição de ensino superior ou mesmo implicam em alterações no seu quadro docente e/ou institucional. Caso haja, com a operação econômica, alteração significativa na qualidade de ensino, o INSAES, no exercício de suas demais competências, terá meios para impedir que o fato se perpetue no tempo – eis que detém competência consultiva no credenciamento e descredenciamento instituições de ensino superior, e está apto a autorizar, reconhecer e renovar o reconhecimento de cursos de graduação e sequenciais. A avaliação da conveniência e da possibilidade jurídica de operar uma aquisição ou uma fusão de pessoas jurídicas, matéria afeta exclusivamente ao direito econômico, foi constitucionalmente atribuída a outro ente, criado com a edição da Lei 8.884/1994 e Lei 12.529/2011, qual seja, o CADE. No mesmo sentido, e igualmente despropositada, é a previsão do parágrafo único do mesmo dispositivo.

Isso porque atrela a possibilidade de credenciamento e/ou

recredenciamento de instituições de educação superior à inexistência de débitos com o Poder Público, requerendo a exibição de certidões de regularidade fiscal perante as Fazendas Públicas dos entes federativos e, ainda, junto à seguridade social e à justiça do trabalho. O dispositivo não tem propósito jurídico e mais, destoa da realidade vivida pelas instituições de ensino superior do País. A União tanto é ciente que muitas das mantenedoras das IES brasileiras estão em dificuldades financeiras que editou, há pouquíssimo tempo, legislação introduzindo um Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento das Instituições de Ensino Superior (PROIES), por meio da Lei nº 12.688, de 18 de julho de 2012. Agora, por meio da introdução do aludido dispositivo, visa coagi-las a aderir a um programa de parcelamento tributário (ou pior, ajuizar ações e disponibilizar valores estratosféricos) para que possam passar por processo de credenciamento ou de reconhecimento. Mais uma vez, peca a proposição em referência por condicionar aspectos educacionais a questões a eles alheias, com o exclusivo escopo de arrecadar mais aos cofres públicos. Sala da Comissão, 18 de outubro de 2012. – Deputado Waldir Maranhão.

Fonte: (BRASIL, 2013).

O texto finalmente aprovado pela Comissão de Educação, todavia, manteve a competência para o INSAES controlar previamente os atos de concentração entre mantenedoras, acrescentando limitações de prazo ao texto do inciso:

Art. 3º XII – aprovar previamente aquisições, fusões, cisões, transferências de manutenção, unificação de mantidas ou descredenciamento voluntário de Instituições de Educação Superior integrantes do sistema federal de ensino, **no prazo de sessenta dias, contados da apresentação do requerimento, devidamente instruído, ou de sua adequada complementação, assegurados os princípios da celeridade e sigilo**, conforme regulamento.
[...]

§ 5º **O decurso do prazo** de que trata o inciso XII sem manifestação conclusiva do INSAES ensejará a **autorização para prosseguimento dos atos nele previstos**.

§ 6º O ato do poder executivo de que trata o inciso XII observará necessariamente o art. 3º da Lei nº 10.861, de 2004, e a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, com o objetivo de **assegurar as condições de oferta para a continuidade da atividade educacional e o interesse dos estudantes**. (BRASIL, 2013).

Todavia, a competência do INSAES para analisar os atos de concentração em um segmento do serviço público, como a educação superior, não significa garantia quanto à limitação de formação de grandes empresas no setor, atuando como oligopólios de forma abusiva, em nossa nação de dimensões continentais. Aliás, o Conselho Administrativo de Defesa Econômico (CADE), autarquia federal, normatizada pela Lei. 12.529/2011, já desempenha tal missão em relação aos demais segmentos econômicos e não passa de uma entidade homologadora de concentrações. Para exemplificar, Clark e França (2014) lembram que somente em 2012 o CADE analisou em torno de 700 atos de concentração, tendo sido todos aprovados 670 sem restrições alguma.

5 CAMINHOS PARA A REGULAMENTAÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA NA EDUCAÇÃO SUPERIOR

Custos sociais são perdas diretas e indiretas transferidas através dos mecanismos produtivos e financeiros capitalistas a terceiros ligados ao negócio ou à coletividade. São custos sociais, portanto, porque não são suportados pelo próprio empreendimento (empresas), mas “socializados” para garantir a lucratividade do negócio. Na educação superior, o modelo de “mercado” avançou sobre o setor privado, desmontando o antigo modelo não-lucrativo originado nos anos 1960, e acabou criando um grave descontrole sobre os custos sociais inerentes à atividade de ensino particular, além do descumprimento do texto constitucional.

A educação, na ordem jurídica atual, é direito fundamental social, e tem três objetivos definidos no artigo 205 da Constituição: o pleno desenvolvimento da pessoa, o preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho. O dever do Estado com a educação é cumprido através da organização das atividades de educação escolar, como está detalhado na Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB (Lei nº 9.394/1996). Como será mostrado, a educação escolar é serviço público, em regime de obrigatoriedade para o Estado, podendo ser exercida pela iniciativa privada, dentro das limitações da Constituição – sobretudo do artigo 209 – e toda a legislação infraconstitucional pertinente a autorização e avaliação.

Ao longo dos capítulos anteriores foi possível observar que o processo de “mercadorização” da educação superior está diretamente ligado à política econômica do Estado inspirada no neoliberalismo regulador do Consenso de Washington. As normas que regulamentam o funcionamento do serviço público da educação superior estão em constante mudança, e em razão das metas de expansão estabelecidas no atual Plano Nacional de Educação (2014-2024), o debate sobre o papel do Estado sobre essa atividade econômica tem sido objeto de muitas divergências (a exemplo do debate no Plenário do STF reproduzido no capítulo 6).

No centro desse debate está o arranjo institucional da política regulatória do Estado sobre a iniciativa privada. Mas também há reflexos sobre a forma como o Estado administra seu dever com a educação através do ensino público. De um lado, a iniciativa privada é liderada por grandes empresas de capital aberto que

assumiram a dianteira do processo de expansão do ensino superior. Do outro lado, o ensino público e gratuito é defendido pelas organizações sindicais e estudantis. Há exceções dos dois lados, mas o confronto de ideias na seara política é bem representado por esses agentes econômicos e sociais.

Após a deliberada abertura para o “mercado” durante os anos 1990, a qualidade dos cursos de ensino superior passou a ser a objeto de ampla preocupação na sociedade brasileira. Uma série de políticas de financiamento “indireto” para a iniciativa privada, ao lado de “ajustes” no marco regulatório, fizeram a expansão da iniciativa privada atingir taxas tão elevadas que não era mais possível ao Ministério da Educação controlar possíveis falhas na prestação desse serviço público. Nos primeiros anos do século XXI, o capital privado lucrativo tomou a dianteira da iniciativa privada e o Estado precisa aperfeiçoar seus instrumentos de controle do poder econômico.

A principal preocupação vinha dos órgãos de fiscalização das profissões regulamentadas que verificaram haver graves déficits de qualificação dos egressos. Ainda nos anos 1980, como resultado do primeiro surto de expansão privada, a Ordem dos Advogados do Brasil iniciou um movimento para “defender” a advocacia contra a má qualidade dos cursos de direito. Assim foi que em 1994, o Estatuto da Advocacia estabeleceu como condição para inscrever novos advogados em seus quadros a aprovação em Exame de Ordem (art. 8º, IV, Lei nº 8.906/1994). No ano de 2001, com a criação do selo “OAB Recomenda”, ainda se via com grande preocupação a contínua expansão dos cursos de bacharelado em direito baseada na demanda e nos ganhos lucrativos:

Seja por sua longeva tradição, como também pelo vasto leque de oportunidades no mercado de trabalho, as carreiras do Direito continuam a atrair um número cada vez maior de estudantes; como consequência, mais do que quintuplicou a oferta de cursos nos últimos dez anos, embora essa lógica, infelizmente, não corresponda à qualidade dos mesmos (CAVALCANTE JUNIOR, 2013).

O alto custo para controlar uma expansão da educação superior baseada em “leis de mercado” fica evidente nas medidas drásticas tomadas seguidamente, e cada vez mais constantemente, pelo Ministério da Educação:

Quando anunciou em dezembro passado [2013] a suspensão do vestibular de 270 cursos da área de humanas – 38 de Direito [aproximadamente cinco

mil vagas⁴⁸] -, o ministro da Educação disse: “É uma decisão dolorosa, mas ela é indispensável. E esse rigor contribui para melhora de qualidade. Vamos continuar com o mesmo rigor”. No entanto, esta não é a única atitude do governo tomada em conjunto com a OAB para tentar melhorar a qualidade na área.

Em março do ano passado, o MEC proibiu a abertura de novos cursos de Direito no país. Na sequência, Mercadante confirmou que todas as faculdades em atividade atualmente passarão por uma inspeção presencial. Terão atenção maior aqueles com desempenho insatisfatório no Conceito Preliminar de Curso (CPC). “Vamos fazer um pente fino nos cursos de direito. (...) Não podemos continuar com 80% dos formandos sem passar no exame da Ordem”, disse (COELHO; SARDINHA, 2014).

Em outubro de 2011, o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre a constitucionalidade do Exame de Ordem, tendo o relator Min. Marco Aurélio feito crítica severa à permissividade com que se consegue abrir cursos de Direito de baixo custo: “vende-se o sonho e entrega-se o pesadelo” (BRASIL, 2011b). Essa realidade sobre os cursos jurídicos é apenas um exemplo do risco de perdas geradas pela atividade de ensino sujeita à dinâmica de mercado⁴⁹.

Diante da realidade imposta pela expansão privada da educação superior, em 2004 foi criado o SINAES, que introduziu um complexo sistema de avaliação da regularidade dos cursos e das instituições e sobre o aprendizado dos alunos. Esse sistema tem enfrentado ao longo da última década um crescimento expressivo e uma mudança radical no perfil das instituições. Essa mudança é que está provocando uma virada na política regulatória do Estado. Como vimos, o setor privado explora o ensino como um “serviço-mercadoria”, e um sistema de mera avaliação educacional não tem instrumentos suficientes para conter todos os custos sociais gerados por esse grande “mercado”.

As mais recentes mudanças da estrutura organizacional do Ministério da Educação (Decretos nº 7.690/2012 e 8.066/2013), somadas às contínuas modificações nos processos administrativos relacionados à regulação e supervisão

⁴⁸ A informação sobre a quantidade de vagas foi dada pela Diretora de Regulação – SERES/MEC em audiência pública da Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, realizada em 24 de abril de 2014.

⁴⁹ Sabe-se que a má qualidade da educação pública também gera custos. Mas aqui se revela que a atividade econômica capitalista é inherentemente geradora de custos sociais, ao contrário do que faz crer o discurso de “neutralidade” do mercado, a qual seria demonstrável pela eficiência de um modelo de organização geradora de lucros. Em regra, os lucros são considerados como frutos de um “valor” agregado pela organização produtiva. Mas já se sabe, que também podem estar diretamente ligados ao exercício abusivo do poder econômico. Daí haver proteção jurídica contra fraudes, publicidade enganosa e outras modalidades de violações da ordem econômica.

da educação superior⁵⁰, sinalizam a necessidade de uma mudança profunda na forma do Estado cumprir seu dever com a educação superior. E o presente capítulo vai discutir as alternativas para o momento atual, além da insuficiente proposta (mercadológica) de criação do INSAES (PL 4.372/2012).

5.1 O Estado como agente normativo e regulador da educação superior

A Constituição impõe três condições para a iniciativa privada atuar na atividade de ensino: (1) cumprimento das normas gerais da educação nacional; (2) autorização do Poder Público, e; (3) avaliação do Poder Público (art. 209, CR/88). Essas condições estão de acordo com o artigo 174 da Ordem Econômica, quando se atribui ao Estado o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica, estando obrigado a exercer funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

No âmbito da educação superior, essas funções podem ser facilmente identificadas: a LDB estabelece as diretrizes e bases da educação nacional; ao lado delas tem toda a legislação pertinente ao Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior⁵¹, ao Programa Universidade para Todos⁵², ao Fundo de Financiamento Estudantil⁵³ e ao Plano Nacional de Educação⁵⁴. Na estrutura do Ministério da Educação, também funciona como órgão normativo o Conselho Nacional da Educação, e como órgão de coordenação e supervisão o Conselho Nacional de Avaliação da Educação Superior – CONAES.

A opção político-jurídica da Constituição foi a de afastar qualquer iniciativa de se estabelecer um “livre mercado” para o ensino. O setor privado pode atuar, mas dentro de um sistema educacional “dirigido”⁵⁵, em que a atividade econômica está sujeita a uma modalidade de intervenção indireta do Estado: “ aquela que se realiza por meio da legislação regulamentadora, bem como a reguladora, em todos os

⁵⁰ A partir de 2013, várias portarias ministeriais e instruções normativas foram publicadas para organizar procedimentos e fluxos de processos junto à SERES, especialmente em busca de padrões decisórios ao órgão.

⁵¹ Lei nº 10.861/2004, Decreto nº 5.773/2006, Portaria nº40/2007-MEC.

⁵² Lei nº 11.096/2005.

⁵³ Lei nº 10.260/2001.

⁵⁴ Lei nº 13.005/2014.

⁵⁵ Eros Roberto Grau: ocorre intervenção por *direção* quando o organismo estatal pressiona a economia por normas e mecanismos compulsórios (GRAU, 1981, 2007).

níveis de instrumentos jurídicos (leis, decretos, circulares, portarias, avisos e assim por diante" (CLARK; NASCIMENTO; CORRÊA, 2013; CLARK, 2008; SOUZA, 2005, p. 330).

A Regulação, portanto, é um modo de intervenção do Estado na economia que se difere da forma mais densa do estado de bem-estar ou do estado-empresário. É um conjunto de medidas, no dizer do professor Washington Peluso Albino de Souza, que se impõe quando a livre iniciativa - pela ação privada, ou a livre concorrência em geral - não consegue atender ao interesse público, e a satisfação passa a ser atribuída aos "serviços públicos", ou aos "particulares quando no exercício do serviço público" (SOUZA, 2005, p. 331).

O crescimento da iniciativa privada com fins lucrativos na educação superior é resultado de uma virada nas políticas econômicas e educacionais, cujo marco jurídico-institucional foi a aprovação do Decreto nº 2.207/97. Havia um movimento amplo para que toda a Administração Pública transferisse a prestação de serviços públicos para meios regulados por mecanismos de mercado.

Assim foi feito com a educação, o representou um grave desvio em relação à ordem econômica e social da Constituição de 1988. Esse foi um período em que o debate sobre a divisão de espaços entre Estado e setor privado no domínio econômico foi dominado por correntes ideológicas neoliberais reguladoras. É o que lembra Avelãs Nunes em sua *Breve reflexão sobre o chamado estado regulador*:

A ideologia neoliberal (que sustenta o esvaziamento das funções do estado keynesiano e aponta mesmo, nas versões mais radicais, para a neutralidade da política econômica e, coerentemente, para a morte da política econômica) consolidou-se como ideologia dominante (alguns falam de pensamento único) com a subida ao poder dos governos da Srª Thatcher no Reino Unido e de Ronald Reagan nos EUA.

Entre outros aspectos desta nova "contra-reforma", ganhou força a rejeição da presença do estado como operador da vida econômica e anulou-se a capacidade de direção e de planificação da economia do estado-empresário e do estado-prestador-de-serviços. Assistiu-se a uma onda de privatizações de empresas públicas, mesmo na área dos serviços públicos, na qual o estado detinha, em toda a Europa, há mais de dois séculos, um papel decisivo (NUNES, 2007).

Todavia, com a crise mundial de 2007-2008, e passado o furor excêntrico da crença numa *natureza* benéfica do mercado, os debates jurídicos sobre a importância da dimensão política para o controle de *custos* e *benefícios* não ligados ao mercado precisaram ser retomados com a centralidade no texto constitucional. O

Direito Econômico é uma disciplina capaz de resistir às variações ideológicas porque se sustenta sobre o conceito de *ideologia constitucionalmente adotada*⁵⁶. Quer dizer, sempre é preciso conciliar visões ideológicas puras, a bem do regime democrático e da preservação da estabilidade republicana garantida pela ordem constitucional.

É verdade que neoliberalismo de regulação do final do século XX procurou impor um modelo de regulação que fosse contraposto à intervenção regulamentadora. A ideia de um “estado regulador” orientado na direção de um Estado Mínimo, promotor de políticas de liberalização comercial, de enxugamento do Estado e das empresas públicas (fundamentalmente), e, principalmente de privatizações foi implacável nos anos 1990, inclusive no Brasil (SOUZA, 2005, p. 337). Essa distorção em relação ao conceito de “regulação” é explicada por Robert Boyer:

Um aviso liminar é importante para evitar um mal-entendido que se tornou muito frequente à medida que os economistas adotaram sem precaução as terminologias anglo-saxônicas. De fato, na literatura internacional, a teoria da regulação diz respeito atualmente às modalidades segundo as quais o Estado delega a gestão de serviços públicos e coletivos a empresas privadas com a premissa de instituir agências administrativas independentes, chamadas de *agências reguladoras* (BOYER, 2009, p. 23).

E foi essa “onda” neoliberal que se mostrou fracassada já no início dos anos 2000. O Chile posterior ao golpe de Estado pôde experimentar toda sorte de consequências da estratégia voluntarista de liberalização. A Argentina também, considerada “melhor aluno” do Consenso de Washington, encontrou o fundo do poço em 2002. E com a crise dos *subprimes* nos Estados Unidos de 2007-08, ficou claro que o conceito de “regulação” não poderia se restringir ao modelo “liberalizante-privatizador”, especialmente diante da ideologia constitucionalmente adotada no Texto de 1988.

É importante perceber que as teorias e as políticas econômicas são expressão de um gradual processo de aprendizagem em reação às grandes crises econômicas e financeiras. Assim, se justifica que os novos governos argentinos tenham explorado uma política com base na reconquista da soberania monetária e na retomada pelo Estado do controle dos grandes serviços coletivos. Do mesmo

⁵⁶ (BERCOVICI, 2005; CAMARGO, 2014; GRAU, 2007; NASCIMENTO; CORRÊA; CLARK, 2013; PETTER, 2008; SOUZA, 2002; SOUZA, 2005).

modo, o Chile precisou recorrer a processos de nacionalização dos bancos e controle de entrada de capitais (BOYER, 2008).

O modo de regulação é, portanto, um resultado da conjunção de certo número de formas institucionais, bem como disputas socioeconômicas – sobretudo em capital e trabalho. Insiste-se aqui no caráter aberto da existência ou não de um modo de regulação para a teoria. O arranjo institucional criado para a educação superior brasileira nos anos 1990 através das políticas econômica públicas teve profunda influência liberalizante. Todavia, os crescentes *custos sociais* gerados com o processo de expansão privada na educação superior brasileira, juntamente com a crise do neoliberalismo de regulação, fizeram surgir novas iniciativas de política econômica pública.

A intervenção estatal sobre a atividade-garantia de educação superior está numa tendência crescente de aprofundamento da estrutura regulatória. A partir de 2013, novas competências foram adicionadas à Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior – SERES, criada apenas em 2011 para dar vazão aos processos que fazer parte do SINAES. Em 2007, o MEC recebeu 600 novos pedidos de autorização de cursos superiores, número em 2013 por volta de 2400 pedidos, 300% a mais⁵⁷. Entre 2011 e 2013, a SERES já decidiu mais de 31 mil processos, entre autorização, reconhecimento, renovação de reconhecimento, credenciamento e recredenciamento. Além disso, o decreto nº 8.066/2013 adicionou à Diretoria de Supervisão da Educação Superior – DISUP/SERES/MEC a responsabilidade pelo monitoramento da oferta de cursos em áreas estratégicas.

Com essas mudanças, ainda não há condições adequas para que o Estado cumpra adequadamente sua função de agente regulador da atividade de ensino superior. A política posta em prática até agora está voltada para atender a demanda criada pelos interesses do setor privado e de dilatar seus lucros. O aperfeiçoamento de fluxos de processos, aumento do corpo técnico do Ministério da Educação e até a proposta de criação de uma nova autarquia federal para dar “corpo” ao aparato estatal de regulação e supervisão, apenas representam uma continuidade da ideologia da “mercadorização” do ensino. Ideologia reguladora esta incompatível, como visto, com a Constituição - incluindo a sua faceta econômica - , e com a própria natureza da educação escolar como direito social.

⁵⁷ Segundo Marta Abramo, Secretária da SERES/MEC, esses números são aproximados, segundo levantamento feito pela equipe da Secretaria no sistema E-MEC.

Não é o caso de mais um setor para ser cuidado por “agências reguladoras”, como foram aqueles setores privatizados durante os anos 1990. Como está sendo desenvolvida, a técnica de regulação autônoma por agências não serve à educação superior porque incapaz de evitar lesões aos interesses sociais e aos ditames constitucionais. Alexandre Santos Aragão define a regulação estatal da economia como

conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-o em direções socialmente desejáveis (ARAGÃO, 2009a, p. 37).

A educação está entre as atividades constitucionalmente consideradas de mais alta relevância pública (estratégico e fundante à nação), impondo-se a sua prestação pelo Poder Público e, ao mesmo tempo, podendo ser exploradas pela iniciativa privada. A posição adotada nesta tese sobre a qualidade de serviço público da educação busca respeitar a coerência da Constituição Econômica quanto às atividades econômicas impostas como “dever do Estado” (art. 205, CR/88) e ao mesmo tempo abertas à iniciativa privada.

A divisão das atividades econômicas entre Estado e iniciativa privada é o principal mecanismo constitucional de controle do poder econômico. E a divisão proposta no capítulo sexto, em que a educação escolar fica totalmente inserida dentro do conceito de serviço público aponta para um novo caminho capaz de garantir a contenção dos custos sociais vastamente analisados ao longo desta tese.

5.2 A educação como serviço público

Toda a influência da ideologia neoliberal-reguladora sobre as políticas econômicas do Estado brasileiro acabou gerando grande perplexidade entre os estudiosos do direito sobre os limites da atuação da iniciativa privada nas atividades educacionais. Uma grande incerteza foi levantada sobre a adequação do conceito de serviço público para a educação. Grande parte das análises jurídicas sentiam haver alguma divergência entre o que determina o artigo 175 (“Incumbe ao Poder

Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos") e a norma do artigo 209 ("O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições").

Todavia, está sendo proposto neste estudo um enfrentamento de tal questão, numa visão historicista e institucional da economia, e a partir da contribuição do direito econômico, com os seguintes fundamentos: (a) o ensino não pode ser tido como *atividade econômica em sentido estrito* (livre ao mercado), pois que está sujeita a autorização do Estado; (b) só pode ser exercido pela iniciativa privada nos limites impostos na legislação que trata das normas gerais da educação nacional; (c) está sujeita a avaliação do poder público, e; (d) é dever do Estado ofertar a educação diretamente em instituições públicas e indiretamente em instituições privadas.

A Constituição estabelece os princípios-base da atividade de ensino:

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

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

Além desses princípios, já foi visto que a educação tem por finalidade promover o *pleno desenvolvimento da pessoa, a preparação para exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho* (art. 205, CR/88). Logo, seja qual for a ideia que se sustente sobre o lugar da iniciativa privada na educação escolar, esses princípios e objetivos são suficientes para se perceber que a Constituição não admite "qualquer tipo" de iniciativa.

E, somando-se a isso, a Constituição Econômica torna ainda mais evidente que a iniciativa privada tem liberdade para explorar a atividade de ensino apenas nos limites que a lei estabelecer para a organização da educação nacional, e mediante autorização e avaliação pelo Estado. A LDB, portanto, é a principal

referência normativa sobre os limites de atuação da iniciativa privada na atividade de ensino, e é nela onde se estabelece a distinção entre o que é serviço público, e, portanto, será condicionada a autorização e avaliação, e o que não é.

A LDB apresenta essa separação logo no primeiro artigo, onde define a educação em sentido amplo, como processo formativo, e que envolve tanto o serviço público dever do Estado, quanto todos os demais modos de organização possível de um processo formativo humano, cívico ou profissional. E ainda neste artigo introdutório cumpre o que o constituinte previu no inciso I do artigo 209: “Esta Lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias” (parágrafo 1º, art. 1º, LDB/96).

Desse modo, a iniciativa privada só está sujeita aos processos de autorização e avaliação pelo Poder Público, quando exerce o serviço público de *educação escolar*. Fora desses parâmetros, que estão detalhados na LDB, não se aplicam as condições do artigo 209 da Constituição. A principal conclusão a partir deste ponto é: a *educação escolar* é serviço público, e é dever do Estado fornecê-lo em instituições públicas ou em instituições privadas, sendo estas últimas sempre sujeitas aos processos de autorização e avaliação disciplinados na LDB/96. De outro lado, os processos formativos que não se enquadram no conceito de educação escolar da LDB, são *atividades econômicas em sentido estrito*, quer dizer, são atividades de ensino próprias da iniciativa privada.

Assim, a perplexidade e o estranhamento quanto à natureza dúbia da educação se desfaz. Pois não há dubiedade alguma. Ocorre que para o mesmo termo há três conotações normativas diferentes: (1) educação como direito público subjetivo; (2) educação como atividade econômica em sentido estrito (processos formativos livres à iniciativa privada), e; (2) educação como serviço público.

Ao lado do termo educação, é usado outro, *ensino*, que também precisa ser compreendido em seu contexto normativo. A combinação entre Constituição e LDB ajuda a extrair o melhor significado para o termo encontrado no caput do artigo 209 (“o ensino é *livre...*”): *ensino* é uma das modalidades de processo formativo através do qual se realiza a educação no sentido amplo. Especificamente no sentido estrito do serviço público, ou seja, na educação escolar, o *ensino* é a atividade predominante nas instituições sujeitas à autorização pública. Desse modo, o termo *ensino* usado nos artigos 206 e 209 da Constituição são referentes ao ensino que

consta na LDB, como a forma através da qual as instituições predominantemente desenvolvem a educação escolar. É o que se extrai do texto “Esta Lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias” (art. 1º, § 2º, LDB/96).

Sendo a *educação escolar* um serviço público, resta detalhar as especificidades do seu regime jurídico. O ponto de partida, obviamente, são os artigos 205 a 214 da Constituição. Mas sendo uma atividade econômica passível inclusive de exploração pela iniciativa privada, é preciso também encontrar a regulamentação dada pela Ordem Econômica (arts. 170 a 192, CR/88). Como já foi defendido acima, as condições impostas à iniciativa privada pelo artigo 209 (CR/88) são uma típica manifestação das funções normativa e reguladora do Estado, previstas no artigo 174 (CR/88), e também estão de acordo com o parágrafo único do artigo 170 (CR/88): “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

O principal problema apontado pelos estudos a respeito da natureza jurídica do serviço público é a redação dada ao artigo 175 da constituição que, na opinião de alguns⁵⁸, teria feito uma restrição no sentido de que a iniciativa somente pode prestar serviço público através de concessão ou permissão. Assim, quando a Constituição diz que o ensino (e a saúde, no artigo 199) é livre à iniciativa privada, estaria dizendo também, que não pode ser serviço público, porque não se sujeitam ao regime de concessões ou permissões. Como já foi dito, essa interpretação só se justifica a partir de uma ideologia liberalizante e mercadológica que fez todo o esforço para impor políticas econômicas com “menos Estado e mais mercado”. Com o espírito republicano de quem procura reconhecer o valor democrático da *ideologia constitucional* (SOUZA, 2002), é absurdo ver tanto em um clarividente dispositivo como este:

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

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem

⁵⁸ (AGUILAR, 2012). Conferir também capítulo 6 a respeito das divergências doutrinárias e na jurisprudência do STF.

como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
 II - os direitos dos usuários;
 III - política tarifária;
 IV - a obrigação de manter serviço adequado.

O *caput* do artigo nada mais diz do que: Incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos, e quando for prestado sob regime de concessão ou permissão, será sempre através de licitação. Os serviços públicos, todavia, não são apenas isso. Explica o professor Washington Peluso Albino de Souza (2005) qual o papel da aceitação das regulações estatais para algumas atividades econômicas na forma de serviço público, sendo possível extrair, de cada período ou etapa da evolução do Estado de direito, uma versão dominante.

Apresenta-se, então, a questão de determinar as condições necessárias para que a “mão invisível” seja substituída pela “regulação do serviço público”. **Busca-se a melhor entre as condições em que a livre concorrência, ou a regulação do serviço público, possam produzir os benefícios coletivos pretendidos.** Em verdade, depois da retomada da regulação, no final do século XIX, tanto o conceito de “serviço público” quanto as noções de proteção pública do “interesse público” continuaram evoluindo, o que se percebe especialmente pelas noções deste último, interessante ao conceito daquele (SOUZA, 2005, p. 335, grifo nosso).

Serviço público nada mais é do que uma *atividade econômica regulada para assegurar a produção de benefícios coletivos*. E sendo a educação escolar uma atividade econômica regulada para assegurar a efetivação do direito social à educação (art. 6º, CR/88), nenhuma dúvida resta sobre seu caráter de serviço público, em oposição à livre concorrência. A iniciativa privada, portanto, não pode atuar na educação escolar sob regime de livre concorrência.

Ademais, por inúmeros motivos, sobretudo em face de interpretação jurídica equivocada e de produção normativa infra legal inconstitucional, também foi defendido em dissertação de mestrado no Programa de Pós Graduação em Direito da PUC Minas (NASCIMENTO, 2010), bem como em capítulo de livro abaixo citado, a incompatibilidade da educação superior, essencial, estratégico e estruturante a nação, com empresas, onde o lucro é a mola mestra de seu objetivo.

Agora, preservando-se a lucidez da classificação da LDB (art. 20 e incisos) acordante com o Código Civil atual (art. 44 e incisos), entende-se que instituições de ensino “privadas” são aquelas mantidas por associações,

sociedades, fundações, organizações religiosas e partidos políticos. Logo, as mantenedoras que não apresentarem as características de “comunitárias”, “confessionais” ou “filantrópicas”, na forma descrita pela LDB (art. 20, II, III e IV), devem, então, ser consideradas “particulares em sentido estrito” (conforme LDB, art. 20, I), sejam elas associações, fundações ou partidos políticos (Código Civil, art. 44).

Em nossa visão, o que se deve ter por clarividente a partir daqui é que, numa leitura mais rigorosa, a finalidade lucrativa não é admitida pela LDB numa leitura mais rigorosa, e, por isso, todas as pessoas jurídicas de direito privado previstas no Código Civil podem ser incluídas nas “particulares em sentido estrito”, com exceção da Sociedade, que é a forma jurídica própria do exercício de empresa, e, por essência, tem por fim primordial o lucro (CC/02, Parte Especial, Livro II, Título II – Da Sociedade). Quer-se com isso retificar o equívoco interpretativo – cometido pelos Decretos presidenciais já mencionados – de se confundir a categoria “particulares em sentido estrito”, prevista no inciso I, do artigo 20, da LDB, com entidades que tenham fins lucrativos (NASCIMENTO; CLARK, 2011, p. 67–68).

5.3 Uma nova organização do serviço público da educação superior

A LDB define as diretrizes para a política econômica regulatória da *educação escolar*, e seu ponto de partida é a exigência para que sejam constituídas as *instituições de ensino*. A educação superior é o serviço público desenvolvido em *instituições de ensino superior* e autorizado pelo Estado. Como visto nas páginas anteriores, várias mudanças estão ocorrendo no *direito econômico da educação superior* para conter os custos sociais gerados pelo poder econômico privado. Todavia, a expectativa criada acerca do INSAES, como uma solução para a deficiência estrutural da atividade regulatória do Estado, revela que ainda não há uma clareza sobre a dimensão do problema a ser enfrentado. É que este não é o caminho da efetivação do texto constitucional.

Essa suposta “deficiência” da regulação do Estado não pode ser atribuída simplesmente ao “tamanho” do órgão regulador. A SERES foi criada com esse propósito: aumentar a capacidade de processamento de atos regulatórios e de supervisão antes sob a competência da SESU. Do mesmo modo, acredita-se que o INSAES é uma boa solução porque vai aumentar a capacidade de processamento da SERES a partir de dois fundamentos: (1) ampliação e estabilização do quadro técnico, através de cargos efetivos e especializados; (2) unificação hierárquica das funções de regulação, supervisão e avaliação (esta última sob os cuidados do INEP atualmente).

O primeiro grave problema dessa proposta é que, sendo criada uma autarquia federal, com quadro de servidores técnicos efetivos para dar vazão às demandas que em sua grande parte é resultado do modelo mercadológico que hoje impera, poderá ficar obsoleta rapidamente caso os agentes econômicos interessados no lucro deixem de se interessar por esse tipo de empreendimento. O que não é um prognóstico absurdo, tendo em vista sua base estar no mercado financeiro e sujeito a variações globais de preço, câmbio e todo tipo de evento geopolítico.

Além disso, criar o INSAES do modo como está sendo proposto, é criar mais um conjunto institucional para favorecer o processo de mercantilização. A regulação feita pela SERES e transferida para o INSAES não exerce verdadeiro controle do serviço público, respeitando o papel social da educação escolar, sua função estratégica para o desenvolvimento nacional e o grande déficit de ciência e tecnologia a ser superado (e que passa totalmente ao largo do interesse dessas instituições lucrativas, cujo capital é predominantemente internacional, e absolutamente descompromissado com os interesses soberanos do Brasil).

Em terceiro lugar, uma regulação sujeita aos interesses da iniciativa privada lucrativa é o oposto do que se espera do Estado como regulador de serviços públicos. O INSAES é a pura inversão do que determina o art. 209 da Constituição. Nesse artigo, há a seguinte norma: *a iniciativa privada é livre, desde que cumpra as normas gerais da educação nacional e seja autorizada e avaliada pelo poder público.* O modelo de regulação atual funciona sob lógica inversa, pois é o Poder Público quem está sujeito às condições impostas pelo poder econômico privado.

Mostra disso foi a decisão do CADE no Ato de Concentração Kroton-Anhanguera, onde o órgão reconheceu que qualquer decisão que não fosse um acordo restaria ineficaz por impossibilidade do órgão fiscalizar o cumprimento de eventuais medidas restritivas. Quer dizer, o CADE se eximiu de fazer o que deveria fazer, porque o poder econômico privado se impôs como uma “realidade”. Do mesmo modo, o caso da empresa Galileo Educacional S/A, que violou direitos dos estudantes, dos professores e dos técnicos, levou a Universidade Gama Filho ao descredenciamento e ainda conseguiu proteger o seu capital. Diante disso tudo, a única providência possível aos órgãos reguladores foi criar uma verdadeira força-

*tarefa para fazer a transferência assistida*⁵⁹ dos estudantes para outras instituições de ensino.

Esses dois exemplos servem para ilustrar como o poder econômico privado captura o Estado. Bagnoli (2009, p. 81) lembra que quando o Estado se torna parceiro da iniciativa privada, dificilmente conseguirá regular adequadamente o poder econômico.

O poder econômico muitas vezes mantém estreita ligação como poder político. Essa relação imbricada pode resultar em leis (legitimizações de poder) que muitas vezes atendem aos interesses de uma minoria detentora de poder econômico, em prejuízo dos anseios da maioria, da coletividade. [...]

O comprometimento da soberania do poder público em relação ao setor privado se dá pelo nivelamento, ao considerar que público e privado ao se relacionarem são parceiros. Trata-se do desvirtuamento da democracia. A democracia é hierárquica e o governo, eleito pelo povo, deve atuar para prevalecer a vontade da maioria. Entretanto, a relação imbricada entre público-privado inibe que um “parceiro” regule o outro, o público (Estado) deixa de regular eficazmente o privado (poder econômico).

Este cenário também propicia a tendência de criticar a regulação. Busca-se uma desregulação cada vez maior, com a tese de que a regulação limita a liberdade do poder econômico e interfere em seu direito de propriedade. A justificativa a abalizar todo esse processo, embora equivocada, é a suposta maturidade do poder econômico, cada vez mais apto a se autocontrolar e de que o mercado apararia eventuais arestas (BAGNOLI, 2009, p. 79–80).

É necessário reconhecer que a educação privada está tomada pela lógica da *maximização dos lucros*, e para que a soberania popular assegurada pelo Estado prevaleça num regime democrático, as instituições de regulação precisam realizar uma verdadeira *contraforça* ao poder econômico privado. Por isso, a concepção de serviço público da educação superior precisa ser profundamente reconsiderada.

Uma das primeiras mudanças a ser feita é em relação à responsabilidade civil das mantenedoras sobre o desempenho das mantidas. Atualmente as empresas que atuam como mantenedoras das instituições de ensino superior não estão sujeitas a penalidades. Quer dizer, mesmo no caso extremo da Universidade Gama

⁵⁹ “A Política de Transferência Assistida do Sistema Federal de Ensino tem como objetivo assegurar a continuidade dos estudos para a formação dos estudantes em caso de desativação de cursos ou descredenciamento de Instituições de Ensino Superior – IES. A transferência assistida será realizada por meio de oferta pública, nas hipóteses de fechamento do curso ou da instituição por determinação do MEC” (BRASIL, 2014).

Filho e Universidade⁶⁰, as únicas consequências, previstas na Lei 10.681 (art. 10, §2º), para “fraudes” do serviço educacional são:

- I – suspensão temporária da abertura de processo seletivo de cursos de graduação;
- II – cassação da autorização de funcionamento da instituição de educação superior ou do reconhecimento de cursos por ela oferecidos;
- III – advertência, suspensão ou perda de mandato do dirigente responsável pela ação não executada, no caso de instituições públicas de ensino superior (BRASIL, 2004).

Falta, portanto, previsão legal para que as mantenedoras e seus dirigentes, na qualidade de prestadores de serviço público, sejam responsabilizados por danos que causarem a terceiros. Essa norma está prevista no § 6º, do artigo 37 da Constituição: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. A responsabilidade objetiva das mantenedoras é o mínimo que se pode exigir do poder econômico privado que escolha ser prestador de serviço público de educação.

Como não há previsão expressa na LDB ou na lei do SINAES, os órgãos reguladores da educação superior não exercem nenhum tipo de controle sobre os danos decorrentes da má prestação desse serviço público.

Entretanto o Direito brasileiro contempla um direito subjetivo à prestação eficiente de serviços públicos nas relações de consumo. Nos termos do artigo 3º do CDC, as pessoas jurídicas de Direito Público podem estar no polo passivo das relações de consumo, daí não haveria como excluir a possibilidade de estas estarem no polo passivo da correspondente relação de responsabilidade. Como determina o artigo 6º do CDC, é direito do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais individuais, coletivos e difusos. O que se observa é que o CDC, no que diz respeito à prestação de serviços, como determina seu art. 14, abraçou os postulados da responsabilidade objetiva, independendo a responsabilidade da extensão da culpa. [...] Assim, o ente público não poderá se furtar de reparar os danos causados aos usuários quando não fornecer serviços adequados, eficientes, seguros, e quanto aos essenciais, contínuos (ONOFRE ALVES, 2012, p. 464).

⁶⁰ “No fim de 2012, o MEC instaurou um processo de supervisão na Gama Filho e na UniverCidade, motivado por denúncias de irregularidades, deficiência acadêmica e problemas financeiros. No início do ano passado, a crise se agravou, com a deflagração de greve de professores, funcionários e estudantes por falta de pagamento de salários nas duas instituições. A dívida é estimada em R\$ 800 milhões. [...] Diante desse cenário, o MEC criou em abril de 2013 uma comissão de acompanhamento para avaliar a situação, além de outra formada por professores, funcionários, estudantes, pais e sindicatos, entre outros, para identificar soluções e articular acordos” (MORENO; FARJADO, 2014).

Combinados, os artigos 174 e 37, §6º da Constituição, os artigos 3º, 6º e 14 do CDC e os artigos 3º e 4º da LDB, tem-se evidente que o ordenamento jurídico brasileiro não isenta as mantenedoras da educação superior dos danos à coletividade. Falta, certamente, uma regulamentação específica, que possa tratar, por exemplo, dos casos em que se aplique a *estatização* das instituições de ensino. Essa foi a solução proposta pelos reitores das universidades federais do Rio de Janeiro:

os reitores das universidade federais do Rio de Janeiro (UFRJ), do Estado do Rio de Janeiro (Uni-Rio), da Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ) e da UFF e o diretor-geral do Centro Federal de Educação Tecnológica Celso Suckow da Fonseca (Cefet-RJ) redigiram um pronunciamento externando sua preocupação com a qualidade na educação e propondo que a Universidade Gama Filho e do Centro Universitário da Cidade (UniverCidade) sejam federalizadas. As duas universidades foram descredenciadas pelo MEC na segunda-feira (13).

Como alternativa para que os mais de dez mil estudantes da Gama Filho e da UniverCidade não fiquem sem concluir o curso superior, os dirigentes de cinco instituições federais de ensino do estado do Rio de Janeiro propõem a federalização das duas entidades recém-descredenciadas pelo Ministério da Educação.

No documento, os dirigentes argumentam que a medida atenderia "aos anseios das forças sociais, políticas e estudantis". Durante o encontro, os reitores e o diretor também discutiram sobre o calendário letivo de 2014 em função das chamadas do Sistema de Seleção Unificada (Sisu) e a formalização de um acordo de cooperação técnico-científica entre as cinco universidades participantes da reunião (G1, 2014).

Como se percebe, o controle sobre o poder econômico das mantenedoras comerciais é praticamente inexistente. Apesar da LBD estabelecer claramente quais as finalidades da educação superior, atualmente não é exigido nenhum tipo de garantia às mantenedoras sobre a respeito da continuidade do serviço público e nem mesmo sobre a qualidade. Quer dizer, se uma mantenedora privada resolve, por conveniência dos seus interesses lucrativos, "desinvestir" em determinada instituição, nenhum tipo de garantia existe no sistema regulatório atual para proteger a coletividade, os interesses estudantis, docentes ou mesmo as metas de desenvolvimento vinculadas estrategicamente à educação superior.

A "dança das cadeiras" entre mantenedoras é outro grave sinal de abuso do poder econômico que ainda passa ao largo de qualquer regulamentação. As empresas negociam participação no capital social de diversas instituições, assumem o controle e implementam mudanças pedagógicas sem respeitar as instâncias

acadêmicas, estatutos e regimentos existentes. Qualquer reforma no sistema regulatório da educação superior que pretenda garantir a expansão do setor com garantia de qualidade precisa assegurar ao Estado o poder de evitar abusos nas negociações de compra e venda de instituições.

A legislação atual prevê apenas a transferência de manutenção, ou seja, o caso de uma pessoa jurídica transferir para outra pessoa jurídica a legitimidade sobre o ato de credenciamento da instituição de ensino superior. Mas o “mercado” já entendeu como burlar esse mecanismo de controle usando do controle societário. Praticamente não há mais transferências de manutenções, o que se faz é apenas a compra do controle sobre o capital social de uma mantenedora. A força dinâmica da iniciativa privada se impõe a qualquer tentativa de racionalizar processos administrativos⁶¹. Conhecendo a experiência do CADE, o mais importante e poderoso órgão de defesa da ordem econômica, é de se duvidar da real efetividade que um controle prévio sobre tais negociações.

Toda a estrutura reguladora da educação superior parece crer numa separação entre mantenedora e mantida. Mas há tempos essa relação no setor privado não tem limites claros, muito menos fiscalização sobre isso. Os próprios gestores discutem sobre o completo tema, e buscam “profissionalizar” a administração para somar resultados entre essas duas instâncias que acabam sendo apenas uma:

É comum ocorrer, nas instituições de ensino superior (IES) particulares, inclusive nas confessionais, que seus mantenedores ou outras pessoas oriundas de mantenedoras exerçam funções nas mantidas, num sistema de concomitância. Diversos casos há em que por problemas de gestão, registre-se a busca pela profissionalização da gestão das instituições mantidas (FRANCO, 2003, p. 9).

Por fim, toda essa dificuldade para gerir a educação superior brasileira tem uma razão principal: a permissividade em relação ao poder econômico privado. . Ademais, dentro de uma interpretação sistemática do texto constitucional brasileiro e

⁶¹ Decreto nº 5.773/2006: “Art. 10. O funcionamento de instituição de educação superior e a oferta de curso superior dependem de ato autorizativo do Poder Público, nos termos deste Decreto. [...]

§ 4º Qualquer modificação na forma de atuação dos agentes da educação superior após a expedição do ato autorizativo, relativa à mantenedora, à abrangência geográfica das atividades, habilitações, vagas, endereço de oferta dos cursos ou qualquer outro elemento relevante para o exercício das funções educacionais, depende de modificação do ato autorizativo originário, que se processará na forma de **pedido de aditamento**”.

em face de sua ideologia adotada (Souza, 2005), o serviço público de educação superior é atividade econômica estruturante e essencial a coesão nacional, bem como ao exercício da nossa soberania e do pluralismo brasileiro (preâmbulo da constituição e art. 1, I e 170, I da CR); a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3, I da CR); na garantir do desenvolvimento nacional (art. 3, II da CR); e ainda, enquanto direito social subjetivo a ser efetivado (arts. 6 e 205 da CR); serviço redutor das desigualdades sociais e regionais (art. 170, VII da CR) e estratégico na evolução tecnológica autônoma da nação (art. 219 da CR). Assim sendo, por esses motivos, assim como por outros, já expostos na tese, é incompatível e inconstitucional a atuação do setor privado lucrativo, agora agravada com a presença do capital internacional, no serviço público de educação superior.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do trabalho foram analisados, com base na visão *transformacional* de Karl Polanyi (2012), como ocorreu o processo de *mercadorização* da educação superior no Brasil. Na introdução do trabalho foi destacado que existem inúmeras críticas voltadas ao que se chama de “mercantilização” do ensino. O termo se refere à ideia de que estão “vendendo” educação como mercadoria, e que este seria o problema. A crítica, porém, precisa ser ampliada para ir além da conduta do mercador, e se voltar principalmente para o arranjo institucional que sustentou todo o processo.

Os custos da sociedade de mercado são cada vez mais evidentes, independentemente do estágio de desenvolvimento das nações. Como foi visto, a noção de *custos sociais* na teoria econômica deve ser percebida como uma característica da organização social de mercado. No direito, esses custos nada mais são do que “danos”, e que, portanto, devem ser necessariamente eliminados, evitados e/ou reparados. Enfim, são custos transferidos de agentes econômicos que dominam o processo produtivo para aqueles que estão fora da esfera decisória. Danos que vão desde a percepção clássica de prejuízos ao meio ambiente, até aos danos aos bens imateriais culturais, como, no caso dos estudantes graduandos, o “espírito científico” e o “pensamento reflexivo” (LDB/96, art. 43).

A educação como um direito social está amparada na Constituição também como um serviço público. A compreensão adotada no trabalho está apoiada na já clássica divisão das atividades econômicas constitucionalmente organizadas, conforme a classificação de Eros Roberto Grau (GRAU, 2007): a atividade econômica *em sentido amplo* é dividida em dois regimes jurídicos, o da livre iniciativa e o do serviço público. No primeiro, há a faculdade constitucional ao Estado atuar, dentro dos limites fixados, sendo o espaço típico para a organização privada. No segundo, há dever do Estado em atuar diretamente (o que seria reconhecido como intervenção direta do Estado no domínio econômico) e também indiretamente (neste caso, o Estado também realiza intervenção, mas através de comandos normativos e fiscalizatórios).

Aqui a tese procura dar uma contribuição para o debate ainda pendente de manifestação definitiva do Supremo Tribunal Federal, e que na doutrina ainda se

encontra debaixo da nuvem ideológica da *autorregulação* do mercado. Livre iniciativa na Constituição é liberdade que se dá à iniciativa privada de exercer atividade econômica, independentemente de autorização prévia do poder público. Mas a ordem econômica estabelece desde já, o que é natural em uma sociedade democrática, os limites jurídicos ao exercício desta liberdade (como de todas as outras liberdades).

Dentre os limites à iniciativa privada, a Constituição estabelece explicitamente que, além do seu próprio texto (arts. 205 a 214, CR/88), existem condições que devem ser observadas na atividade de ensino e que são estabelecidas pelos poderes constituídos. O Estado deve criar as normas gerais da educação nacional, e a iniciativa privada só pode atuar com autorização e avaliação do poder público.

As exigências são detalhadas na legislação infraconstitucional. O primeiro esclarecimento feito pela lei de diretrizes e bases da educação (LDB/96) é sobre o âmbito de incidência do requisito de autorização para a iniciativa privada. Não é em toda e qualquer forma de ensino que o Estado deverá restringir a atuação da iniciativa privada. É apenas no âmbito da *educação escolar*, que consiste em serviço público fixado constitucionalmente. Este, sim, está sujeito aos controles do Estado, em razão da grande relevância dada pelo ordenamento jurídico ao dever do Poder Público com o serviço público da educação.

O direito deve atentar aos custos sociais de toda e qualquer atividade econômica, e essa é uma das razões para o poder constituinte assegurar meios concretos para proteção aos direitos individuais e coletivos. A Constituição Econômica é clara ao definir os fundamentos, objetivos e princípios da ordem econômica (art. 170, CR/88). Destaca-se neste trabalho a contribuição da teoria econômica institucionalista de (KAPP, 2009) para alertar sobre a natureza e o peso dos *custos sociais* numa economia de mercado. O fato econômico “custo” aqui não é contabilizado pelos agentes econômicos (fundamentalmente privados com fins lucrativos), e por isso mesmo deve ser tratado juridicamente na defesa de uma ordem econômica justa, nos termos constitucionais.

No caso da educação como direito social, a atuação de uma iniciativa privada com fins lucrativos por si só é geradora de *custos sociais* que comprometem qualquer tentativa de proteção efetiva aos interesses coletivos envolvidos. Além

disso, e agravando a situação atual do ensino superior brasileiro, o sistema público de autorização e avaliação já se mostra insuficiente para controlar o crescimento com qualidade no ritmo imposto pelos Planos Nacionais de Educação (Lei nº 10.172/2001 e 13.005/2014).

A pesquisa revelou uma grande variedade de prejuízos gerados pela iniciativa privada com fins lucrativos no contexto educacional de nível superior. O poder econômico privado com finalidade lucrativa, atraído por uma série de mudanças nas políticas públicas, econômica e educacional, vem confrontando o texto constitucional ao violar princípios como o do pluralismo pedagógico (art. 206, CR) e a evolução tecnológica, dentre outros.

Esse processo de mercantilização da educação escolar, todavia, precisa ser desconstruído .O primeiro passo é a mudança na política pública de credenciamento de instituições, para reverter o que foi iniciado com o Decreto nº 2.207/97 e abrir, também por decreto, prazo para que as instituições atualmente mantidas por empresas comerciais sejam transferidas para entidades sem finalidade lucrativa. Essa transição representará uma evolução importante no sistema federal de ensino, de modo que se evitará de plano uma série de custos regulatórios para controlar os interesses meramente comerciais de empresas que hoje atuam apenas em busca de dividendos na comercialização de diplomas públicos de ensino superior, achatando o conhecimento e adestrando alunos.

Desse modo, o segundo passo, de modo consistente também, indica a urgência de se abrir uma nova fronteira política em defesa de avanços no modelo público de educação superior, quanto ao financiamento e à própria pluralidade de modelos pedagógicos. A iniciativa privada sem fins lucrativos continuará, como desde sua origem, a se submeter aos atos regulatórios do Estado e a se beneficiar dos programas de financiamento indireto, como o crédito estudantil Fies, e de bolsas, como o Prouni.

Ademais, dentro de uma interpretação sistemática do texto constitucional brasileiro, e em face de sua ideologia adotada, e não de forma equivocada como foi exposto anteriormente nesta tese, o serviço público de educação superior é atividade econômica estruturante e essencial para a coesão nacional, seja no exercício da nossa soberania e na construção do pluralismo brasileiro (preâmbulo da constituição e art. 1º, I e 170, I da CR); na construção de uma sociedade livre, justa

e solidária (art. 3, I da CR); na garantia do desenvolvimento nacional (art. 3, II da CR); e ainda, como direito social subjetivo a ser efetivado (arts. 6º, 205 e 208 da CR); serviço redutor das desigualdades sociais e regionais (art. 170, VII da CR) e estratégico na evolução tecnológica autônoma da nação (art. 219 da CR).

E é para preservar a ordem constitucional, e pelos demais fundamentos expostos no trabalho, que o setor privado lucrativo – ainda mais depois da profunda influência do capital internacional – deve ser afastado do serviço público educacional de nível superior no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Vilma. **O setor privado de educação superior no Brasil : delineando um perfil do sistema de massa.** 2014, [S.l: s.n.], 914.

AGUILAR, Fernando Herren. **Direito Econômico.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 568 p.

ALERJ. **CPI das universidades sugere indiciamento de seis pessoas em relatório.** Disponível em:

<http://www.alerj.rj.gov.br/common/noticia_corpo.asp?num=44395>. Acesso em: 10 nov. 2014.

ALESP. CPI do Ensino Superior Privado. **Relatório Final.** São Paulo, 2011.

Disponível em:

<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/arquivoWeb/com/cpi_ensino_superior_relatorio_final.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2014

ALMEIDA, José Felipe Araújo De. **Uma abordagem institucional do consumo.**

UFPR, 2007. 97 p. Disponível em: <<http://www.economia.ufpr.br/DissertacoesMestrado/124 - Jos%20Felipe%20Ara%20%20de%20Almeida.pdf>>. Acesso em: 5 fev. 2015.

ALMEIDA, Wilson Mesquita De. **Ampliação do acesso ao ensino superior privado lucrativo brasileiro: um estudo sociológico com bolsistas do prouni na cidade de São Paulo.** São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012.

ALMEIDA, Marília. As alternativas ao Fies para financiar a faculdade. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/noticias/as-alternativas-ao-fies-para-financiar-a-faculdade>>. Acesso em: 30 ago. 2015b.

ALMEIDA, Vasco. O processo de formação das Organizações do Terceiro Setor: A necessidade de uma abordagem interdisciplinar. **Economia e interdisciplinaridade(s).** Lisboa: Almedina, 2012. p. 225–251.

ANDES. **Proposta do Andes-sn para a Universidade Brasileira.** , Cadernos Andes., nº 2, 4. ed. Brasília: [s.n.], 2013. Disponível em: <<http://portal.andes.org.br/imprensa/documentos/imp-doc-811277708.pdf>>.

ANDRADE, Eduardo de Carvalho. Rankings in education: types, problems, information and changes analysis of the most important Brazilian official rankings. **Estudos Econômicos**, v. 41, n. 2, p. 323–343 , [S.d.]. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612011000200005&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 2 set. 2014.

ARAGÃO, Alexandres Santos. **Agências reguladoras e a evolução direito administrativo econômico.** Rio de Janeiro: Forense, 2009a. .

ARAGÃO, Alexandres Santos. **O conceito de serviços públicos no direito constitucional brasileiro.** Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/redae-17-fevereiro-2009-alexandre_aragao.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2014b.

BACKHOUSE, Roger. **História da economia mundial.** São Paulo: Estação Liberdade, 2007. 432 p. .

BAGNOLI, Vicente. **Direito e poder econômico.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. .

BANCO MUNDIAL. **La enseñanza superior: las lecciones derivadas de la experiencia.** 1. ed. Washington: [s.n.], 1995. .

BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. CIRCULAR N° 45/2012-BNDES. Programa de Melhoria do Ensino das Instituições de Educação Superior - Programa IES. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivo_s/produtos/download/Circ045_12.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2015.

BARÃO, Fernando. Consolidação do mercado educacional. Disponível em: <<http://www.cnaconsultores.com.br/artigos/gestao-escolar/item/490-consolidacao-do-mercado-educacional>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

BARBER, Willian J. **História do Pensamento Econômico.** 2. ed. São Paulo: Zahar, 1967. .

BARREYRO, Gladys Beatriz. Do Provão ao SINAES: o Processo de Construção de um Novo Modelo de Avaliação da Educação Superior. **Avaliação** v. 9, n. 2, p. 37–49 , 2004.

BENJAMIM, Walter. **Sobre arte, técnica, linguagem e política.** [S.l.]: Relógio D'água Editores, 1992. .

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente.** Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004. 276 p. .

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2005. .

BERCOVICI, Gilberto. O ainda indispensável Direito Econômico. In: BERCOVIC, Gilberto; BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; MELO, Claudineu De (Orgs.). . **Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato.** São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 503–520.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição.** São Paulo: Quartier Latin, 2008. .

BERTERO, Carlos Osmar. Agência Nacional de Educação. **GV Executivo** v. 8, n. 1, p. 66–71 , 2009.

BOK, Derek Curtis. **Ensino Superior.** Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1988. .

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOYER, Robert. Do “Consenso de Washington” à “Proposta de São Paulo”? Prefácio a PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. “Globalização e Competição”. Rio de Janeiro: Elsevier. , 2008

BOYER, Robert. **Teoria da regulação. Os fundamentos**. São Paulo: Estação Liberdade, 2009. .

BRAGA, Claudio Mendonça; PAULO, S Ã O. **DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À EDUCAÇÃO**. 2013.

BRASIL. DECRETO N° 5.773, DE 9 DE MAIO DE 2006. , 2006 a . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5773.htm>. Acesso em: 21 abr. 2015.

BRASIL. LEI No 10.861, DE 14 DE ABRIL DE 2004. , 2004 . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.861.htm>. Acesso em: 10 jan. 2015.

BRASIL. Lei n° 11.096, de 13 de janeiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/L11096.htm>. Acesso em: 24 ago. 2015.

BRASIL. LEI N° 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 10 jun. 2015a.

BRASIL. Lei n° 9.394 de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. , 1996 . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm>. Acesso em: 7 ago. 2015.

BRASIL. Lei n° 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em: 22 abr. 2014a.

BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado . Brasília: [s.n.]. , 1995

BRASIL. Projeto de Lei 7.200/2006 . [S.l: s.n.]. , 2006b

BRASIL. Publicação do Parecer da Comissão de Educação. PROJETO DE LEI N° 4.372-A, DE 2012. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagen/d/pdf/DCD0020130702001140000.PDF#page=225>>. Acesso em: 21 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 220.999. , 2000 .

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinario 562.779-9/MG. Relator: Ricardo Lewandowski. 2008

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 603.583 RIO GRANDE DO SUL. Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE603583MeritoVoto.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2013b.

BRASIL. Transferência Assistida. Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior - SERES. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/secretaria-de-regulacao-e-supervisao-da-educacao-superior-seres/transferencia-assistida>>. Acesso em: 15 maio 2015b.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Assalto ao Estado e ao mercado, neoliberalismo e teoria econômica. **Estudos Avançados** v. 23, n. 66, p. 07–23 , 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v23n66/a02v2366.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2015.

BRUNO, Miguel et al. **FINANCE-LED GROWTH REGIME NO BRASIL: ESTATUTO TEÓRICO, EVIDÊNCIAS EMPÍRICAS E CONSEQUÊNCIAS MACROECONÔMICAS**. Brasília: [s.n.], 2009.

CADE. Ato de Concentração 08700.005447/2013-12. Rel. Conselheira Ana Frasão. . Brasília: [s.n.], 2014a

CADE. Cade aplica conjunto de restrições à união de Kroton e Anhanguera. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?8bbe4fda2aff141feb59ea7cc98a>>. Acesso em: 10 jun. 2015b.

CADE. Superintendência do Cade conclui parecer sobre Kroton e Anhanguera. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?49fc0d1cf52bc141d563f54ae46c>>. Acesso em: 14 abr. 2014c.

CALDAS, Castro. Para uma economia política institucionalista.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Curso Elementar de Direito Econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014. 527 p. .

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Direito Econômico e Direito Administrativo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. 198 p. .

CAPUCHINHO, Cristiane. Governo gastou mais com FIES na 1ª quinzena de 2015 que em 2010.

CARVALHO, Cristina Helena Almeida De. **A Política Pública para a Educação Superior no Brasil (1995-2008): Ruptura e/ou continuidade?** Universidade de Campinas, 2011. Disponível em: <<http://medcontent.metapress.com/index/A65RM03P4874243N.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2014.

CARVALHO. Cristina Helena Almeida De. **POLÍTICA DE ENSINO SUPERIOR E RENÚNCIA FISCAL: DA REFORMA UNIVERSITÁRIA DE 1968 AO PROUNI.** Campinas: [s.n.], [S.d.].

CARVALHO, Cristina Helena Almeida De. **Reforma Universitária E Os Mecanismos De Incentivo À Expansão Do Ensino Superior Privado No Brasil (1964- 1984).** Universidade de Campinas, 2002.

CATANI, Afrânio Mendes; OLIVEIRA, João Ferreira De; DOURADO, Luiz Fernandes. A política de avaliação da educação superior no Brasil em questão. **Avaliação** v. 6, n. 4, p. 7–15 , 2001.

CAVALCANTE JUNIOR, Ophir. Ensino de qualidade e responsabilidade social. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/servicos/oabrecomenda>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

CHANG, Ha-joon. **23 coisas que não nos contaram sobre o capitalismo.** São Paulo: Cultrix, 2013. .

CHANG, Ha-joon. Breaking the Mould An Institutional Political Economy of the Market and the State. **UNRISD Programme Papers on Social Policy and Development** n. 6 , 2001. Disponível em: <[http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/\(httpAuxPages\)/44552A491D461D0180256B5E003CAFCC/\\$file/chang.pdf](http://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/(httpAuxPages)/44552A491D461D0180256B5E003CAFCC/$file/chang.pdf)>.

CHANG, Ha-Joon. **Chutando a Escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica; tradução Luiz Antônio Oliveira de Araújo** (pp. 51-52). São Paulo: UNESP, 2004. .85-7139-524-1.

CLARK, Giovani. A ADI 1950: o Voto Aula em Direito Econômico. **COSTA, José Augusto Fontoura. ANDRADE, José Maria Arruda de. MATSUO, Alexandra Mery Hansen. Direito: Teoria e Experiência. Estudos em Homenagem a Eros Roberto Grau.** São Paulo: Malheiros, 2013. p. 429–451.

CLARK, Giovani. **A proteção do consumidor e o direito econômico.** Belo Horizonte: Interlivros Jurídicos, 1994. 159 p. .

CLARK, Giovani. A Regulação e a Constituição Brasileira de 1988. **Temas de direito público e privado.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014. p. 26–44.

CLARK, Giovani. **O Município em Face do Direito Econômico.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001. .

CLARK, Giovani. O pioneirismo da Faculdade de Direito da UFMG: a introdução do Direito Econômico no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Políticos** v. 40, p. 143–155 , 2012.

CLARK, Giovani. Política econômica e Estado. **Estud. av.** , v. 22, n. 62, p. 207–217 , 2008a. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142008000100014>>.

CLARK, Giovani. Política econômica e Estado. In: SOUZA, Washington Peluso Albino De; CLARK, Giovani (Orgs.). **Questões Polêmicas de Direito Econômico**. São Paulo: Ltr, 2008b.

CLARK, Giovani; CORRÊA, Leonardo Alves. Teoria das normas e o direito econômico: um diálogo com a filosofia do direito. **Direito Econômico e a Ação Estatal na Pós-modernidade**. São Paulo: Ltr, 2011. p. 27–46.

CLARK, Giovani; FRANÇA, Viviane Souza. O SUPERCADE: apontamentos críticos da Lei n. 12.529/2011. CLARK, Giovani; OPUSZKA, Paulo Ricardo; SILVA, Maria Stela Campos da. (Org.). (Re) Pensando o Direito: Desafios para a Construção de novos paradigmas. Livro do GT: Direito e Economia II. XXIII Encontro do Conpedi em Florianópolis. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 265–287.

CLARK, Giovani; NASCIMENTO, Samuel Pontes Do; CORRÊA, Leonardo Alves. Do Estado Mínimo ao Estado Regulador: uma análise das políticas econômicas estatais neoliberais. Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico, v. 02, p. 267-280, 2013. **Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico** v. 02, p. 267–280 , 2013.

CLARK, Giovani; VIDIGAL, Gustavo. O Desplanejamneto Estatal: o Exemplo da Copa do Mundo de 2014 no Brasil. In: NASCIMENTO, Samuel Pontes Do; CLARK, Giovani; CORRÊA, Leonardo Alves (Orgs.). **Direito Econômico em Debate**. São Paulo: Ltr, 2015. p. 96–128.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **Jornal of Law and Economics** v. 3 , 1960. Disponível em:
[<http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>](http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf).

COELHO, Mario; SARDINHA, Edson. OAB critica “recorde” do Brasil em cursos de Direito. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/brasil-recordista-de-cursos-de-direito-no-mundo/>>. Acesso em: 10 maio 2015.

COMMONS, John R. **LEGAL FOUNDATIONS OF CAPITALISM THE MACMILLAN COMPANY**. New York: The Macmillan Company, 1924. .

COMPARATO, Fábio Konder. A organização constitucional da função planejadora. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). **Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional1**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 77–93.

CONCEIÇÃO, Octavio Augusto Camargo. A relação entre processo de crescimento econômico, mudança e instituições na abordagem institucionalista. **Ensaios FEE** v. 23, n. Especial, p. 603–620 , 2002. Disponível em:
[<http://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/article/view/2022/2403>](http://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/article/view/2022/2403).

CONDÉ, Eduardo Salomão. Refletindo sobre Variedades de Capitalismo e o Lugar da Política: Brasil e Coréia do Sul Arquivo enviado pelo Prof. Leonardo Corrêa, UFJF. 2010, Juiz de Fora: [s.n.], 2010. p.28.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Relatório Anual de Auditoria de Contas da Coordenação-Geral de Auditoria da área de Educação . Brasília: [s.n.], 2015

CORRÊA, Leonardo Alves. **ESTADO, MERCADO E INSTITUIÇÕES: estudos sobre o incrustamento e a (re)construção da ordem econômica constitucional à luz da economia plural de Karl Polanyi.** PUC Minas, 2015.

COUTELLE, José Eduardo. Capital garimpado. Disponível em: <http://www.semesp.org.br/semesp_beta/capital-garimpado/>. Acesso em: 20 set. 2015.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Além do Positivismo Jurídico.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. .

CUNHA, Luiz Antonio. **Educação e desenvolvimento social no Brasil.** Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1986. .

DEP. WALDIR MARANHÃO. Emenda 12/2012-CEC PL 4.372/2012 . Brasília: [s.n.], 2012

DERANI, Cristiane. **Direito Econômico Ambiental.** São Paulo: [s.n.], 1997. .

DERANI, Cristiane. **Privatização e Serviços Públicos: as Ações do Estado na produção econômica.** São Paulo: Max Limonad, 2002. .

DÍAZ, Sebastian Donoso. A REFORMA NEOLIBERAL DA EDUCAÇÃO SUPERIOR NO CHILE EM 1981. **Revista Brasileira de Ciências Sociais** v. 20, n. 57, p. 53–64 , 2005.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. .9788520338841.

DMITRUK, Erika Juliana. O QUE É O DIREITO ? Uma análise a partir de Hart e Dworkin. n. 1, p. 321–328 , 1AD.

DOBB, Maurice. **A evolução do capitalismo.** 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1987. .

EDUCA, Hoper et al. Declarações da Hoper Educação referentes ao Fies.

ESTÁCIO EDUCACIONAL. Resultados do 1T15 . Rio de Janeiro: [s.n.], 2015

FARJAT, Gérard. **Droit Économique.** Paris: Presses Universitaires de France, 1971.

FCFAS. Relatório do I Seminário sobre Ensino de Graduação à Distância na Área da Saúde do Fórum dos Conselhos Federais da Área da Saúde – FCFAS . Brasília: [s.n.]. Disponível em: <http://www.cfess.org.br/arquivos/Documento_Final_EaD_03.2011.pdf>. , 2011

FERRARI F., Fernando; CONCEIÇÃO, Octavio Augusto Camargo. A noção de incerteza nos pós-keynesianos e institucionalistas: uma conciliação possível? 2001, Salvador: [s.n.], 2001. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2001/artigos/200101324.pdf>>.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. [S.l.: s.n.], 2003. .

FIANI, Ronaldo. A crise dos bens culturais como mercadorias. **Liinc em Revista BENS CULTURAIS MERCADORIA COMO FORMA "NATURAL" QUE O PRODUTO DA ATIVIDADE HUMANA DEVE ASSUMIR**, v. 5, n. 2, p. 231–246 , 2009.

FÓRUM DAS ENTIDADES REPRESENTATIVAS DO ENSINO SUPERIOR PRIVADO. Mais de 76% das IES brasileiras não poderão solicitar financiamento do BNDES. Disponível em: <<http://forumensinosuperior.org.br/cms/index.php/noticias/item/mais-de-76-das-ies-brasileiras-nao-poderao-solicitar-financiamento-do-bndes>>. Acesso em: 20 out. 2015.

FRANCHINI, Alinne Alvim; CASTRO, Gilmar Pinheiro Cunha. Teoria da Regulação: Uma revisão. **Revista Eletrônica de Economia** v. 4, p. 1–23 , 2004.

FRANCO, Édson. Mantenedoras e mantidas: duas entidades e dois esquemas de gestão. **Estudos - Revista da Associação Brasileira de Mantenedoras de Ensino Superior** n. 32, p. 9–12 , 2003.

FRAUCHES, Celso. INSAES: MAIS UM EQUÍVOCO DO MEC. Disponível em: <<http://www.abmes.org.br/abmes/noticias/detalhe/id/613>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

FREIRE, Paulo. Direitos Humanos e educação libertadora (...) a libertação e exatamente a briga para restaurar ou instaurar a postura de ser livre que nunca finda, que nunca termina e sempre começa; **Pedagogia dos sonhos possíveis**. São Paulo: UNESP, 2001. p. 93–103. 8571393729.

FREITAS, Luiz Carlos. Contra o Ideb na Escola: “Para além da comunidade-cliente”. Disponível em: <<http://www.cnte.org.br/index.php/comunicação/cnte-informa/407-cnte-informa-586-04-de-agosto-de-2011/8531-contra-o-ideb-na-escola-para- além-da-comunidade-cliente>>.

G1. Reitores propõem federalização da Gama Filho e UniverCidade, no Rio. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/01/reitores-propoem-federalizacao-da-gama-filho-e-univercidade-no-rio.html>>. Acesso em: 21 maio 2015.

GEWIRTZ, Sharon; BALL, Stephen J. Do modelo de gestão do “Bem-estar Social” ao “novo gerencialismo”: mudanças discursivas sobre gestão escolar no mercado educacional. In: BALL, Stephen J.; MAINARDES, Jefferson (Orgs.). **Políticas educacionais: questões e dilemas**. São Paulo: Cortez, 2011. p. 193–221.

GIANASI, Ana Luiza de Castro. **INTERNACIONALIZAÇÃO DO ENSINO SUPERIOR: COOPERAÇÃO INTERNACIONAL VERSUS MERCANTILIZAÇÃO.** PUC Minas Gerais, 2008.

GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. **A livre concorrência como garantia do consumidor.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 154 p. .

GRACIANI, Maria Stela Santos. **O ensino superior no Brasil: a estrutura de poder na universidade em questão.** Petrópolis: Vozes, 1982. .

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica).** 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. .

GRAU, Eros Roberto. **Elementos de Direito Econômico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. .

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. .

GRAU, Eros Roberto. O discurso neoliberal e a teoria da regulação. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). . **Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional1.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 59–75.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios).** São Paulo: Malheiros, 2013. .

GRIPP, Glícia. Educação para massas e formação de elites: a distribuição do conhecimento no sistema de ensino superior brasileiro. 2014, [S.l: s.n.], 2014.

GUEDES, Sebastião. Lei e ordem econômica no pensamento de John R. Commons. **Revista de Economia Política** v. 33, n. 2, p. 281–297 , jun. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572013000200005&lng=en&nrm=iso&tlang=pt>. Acesso em: 30 jan. 2015.

HAJE, Lara. Deputados e professores criticam formação de oligopólios no ensino superior. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/EDUCACAO-ECULTURA/454278-DEPUTADOS-E-PROFESSORES-CRITICAM-FORMACAO-DE-OLIGOPOLIOS-NO-ENSINO-SUPERIOR.html>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

HAMMOUD, Ricardo H. Nahra. Comércio internacional, liberalização financeira e progresso tecnológico: uma abordagem keynesiana e institucionalista. 2008, Campinas: [s.n.], 2008. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/akb/encontro-2008.asp>>.

HESPANHA, Pedro et al. **Dicionário Internacional da Outra Economia.** Coimbra: Almedina, 2009. 344 p. .9789724037226.

HODGSON, Geoffrey M. John R. Commons and the Foundations of Institutional Economics. **2Journal of Economic Issues** v. XXXVII, n. 3, p. 547–576 , 2003.

HODGSON, Geoffrey M. Economia Institucional. **Econômica** v. 3, n. 1, p. 97–125 , 2001.

HODGSON, Geoffrey M. What Are Institutions? **Journal of Economic Issues** v. XL, n. 1, p. 493–501 , 2006.

HOPER. A Educação Superior no Brasil: Mercado, tendências, grupos consolidadores, principais cursos, mensalidades . [S.l: s.n]. , 2015

HOPER. Análise Setorial . [S.l: s.n]. , 2009

IURK, Cassiano Luiz. **Introdução ao Estudo do Direito**. [S.l: s.n], 2008. .9788561819248.

KAHNEMAN, Daniel. **Rapido e devagar: duas formas de pensar**. [S.l: s.n], [S.d]. .

KAPP, Karl William. En defensa de la economía institucional. **Revista de Economía Crítica** n. 8, p. 183–200 , 2009.

KAPP, Karl William. **Los costes sociales de la empresa privada**. Barcelona: oikos-tau, 1966. .

KAPP, Karl William. **The social costs of business enterprise**. Nottingham: Spokesman, 1978. .

KARL LARENZ. **Metodologia da ciência do direito** Usar este texto para "apoiar" a tese no contexto da metodologia jurídica que o Direito Econômico propõe. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. .9723107708.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O estado do bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo**. 1. ed. Rio de Janeiro: [s.n], 2012. 295 p. .

KINGSTON, Christopher; CABALLERO, Gonzalo. Comparing theories of institutional change. **Journal of Institutional Economics** v. 5, n. 2009, p. 151 , 2009.1744-1374.

KROTON. Resultados 1T15 . São Paulo: [s.n]. Disponível em: <http://www.mzweb.com.br/kroton2010/web/download_arquivos.asp?id_arquivo=1DB79CB7-1890-4722-91BC-E0F38181624E>., 2015

LACERDA, Antônio Corrêa De. Plano Real: entre a Estabilização Duradoura e a Vulnerabilidade Externa. In: KON, Anita (Org.). . **Planejamento no Brasil II**. São Paulo: Perspectiva, 1999. p. 195–224.

LÁPTEV, V. **Derecho económico**. Moscou: Editorial Progresso Moscú, 1997. .

LEAL, Ana Luiza. Uniesp, a escola que é caso de polícia. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/1024/noticias/a-escola-que-e-caso-de-policia>>. Acesso em: 10 maio 2013.

LEITE, Robson. VOTO DO RELATOR - COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO INSTITUÍDA PELA RESOLUÇÃO N° 522/2012 - Assemassobleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro . Rio de Janeiro: ALERJ. , 2013

LETHBRIDGE, Tiago. O capitalista da educação: como o arquiteto Gabriel Rodrigues, fundador da Anhembi Morumbi, transformou sua universidade numa empresa capaz de atrair sócios americanos. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/0859/noticias/o-capitalista-da-educacao-m0080289>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

LOPES, Carlos Thomas. **Planejamento, Estado e Crescimento**. São Paulo: [s.n.], 1990. .

LOPES, Herton Castiglioni. Instituições e crescimento econômico: os modelos teóricos de Thorstein Veblen e Douglass North. **Revista de Economia Política** v. 33, n. 4, p. 619–637 , dez. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572013000400004&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 9 fev. 2015.

LÜDERS, Germano. Kroton, o azarão que chegou ao topo do mundo. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/1040/noticias/o-azarao-chegou-ao-topo>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

LYRA F., Roberto. **O que é direito**. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2003. .

MAFRA, Johnny José. **Ler e Tomar Notas**. 3. ed. Belo Horizonte: PUC Minas, 2011. 150 p. .9788560778843.

MAIA, Douglas Leonardo Costa. **PARADIGMAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO, PARA O ESTUDO DA INTERVENÇÃO ESTATAL, POR DIREÇÃO, SOBRE A ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA**. Universidade de Marília, 2007. 116 p.

MANCEBO, Deise. “ Universidade para Todos ”: a privatização em questão ’. **Proposições** v. 15, n. 3 (45), p. 75–90 , 2004a.

MANCEBO, Deise. Reforma universitária: reflexões sobre a privatização e a mercantilização do conhecimento. **Educação e Sociedade** v. 25, n. 88, p. 845–866 , 2004b. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-73302004000300010>>.

MARTINS, Carlos Benedito. A reforma universitária de 1968 e a abertura para o ensino superior privado no brasil. **Educação e Sociedade** v. 30, n. 106, p. 15–35 , 2009.

MAUSS. Introdução a um Quase-Manifesto visando o auto-reconhecimento de uma Economia política institucionalista. Disponível em: <<http://www.jornaldomauss.org/periodico/?p=108>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira De. Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-7-JULHO-CELSO ANTONIO.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

MELLO, Hivy Damasio Araújo. Banco Mundial e políticas transnacionais para a educação: convergências e interlocutores no Brasil. 2014, [S.l: s.n.], 2014. p.1–28.

MENDES, Dumerval Trigueiro. **O Planejamento educacional no** Rio de Janeiro: EDUERJ, 2000. 200 p. .

MIGUEL, Nuno; MACHADO, Cardoso. Karl Polanyi e o “ Grande Debate ” entre substantivistas e formalistas na antropologia econômica. **Economia e Sociedade** v. 21, n. 1(44), p. 165–195 , 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ecos/v21n1/07.pdf>>.

MINDLIN, Betty. **Planejamento no Brasil**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. .

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Planejando a Próxima Década: Conhecendo as 20 Metas do Plano Nacional de Educação . Brasília: [s.n.], 2014

MISES, Ludwig Von. **Intervencionismo, uma análise econômica**. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010a. Disponível em: <<https://mises.org.br/files/literature/Intervencionismo - Uma An%C3%A1lise Econ%C3%B4mica - WEB.pdf>>..

MISES, Ludwig Von. **Liberalismo segundo a visão clássic**. 2. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010b. Disponível em: <<https://mises.org.br/files/literature/Liberalismo Segundo a Tradi%C3%A7%C3%A3o Cl%C3%C3%A1ssica - WEB.pdf>>..

MORCHE, Bruno. A expansão do ensino superior nos países emergentes : o caso do Brasil , da China e da Índia. 2014, [S.l: s.n.], 2014.

MORENO, Ana Carolina; FARJADO, Vanessa. “Faltava até papel higiênico”, diz atriz Juliana Alves, aluna da UniverCidade. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/noticia/2014/01/faltava-ate-papel-higienico-diz-atriz-juliana-alves-aluna-da-univercidade.html>>. Acesso em: 15 maio 2015.

MURIEL, Roberta. A Avaliação e a SERES – Novas definições. Disponível em: <<http://blog.abmes.org.br/?p=3630>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

NADER. **Introdução ao Estudo do Direito**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 438 p. .

NASCIMENTO, Samuel Pontes Do. **Mercantilização do ensino superior brasileiro**: Análise da política econômica privatizante em face da Constituição de 1988. PUC Minas, 2010.

NASCIMENTO, Samuel Pontes Do; CLARK, Giovani. Política Econômica Privatizante: o caso da educação superior brasileira. **SOUZA, Washington Peluso Albino de. CLARK, Giovani (Coord.). Direito Econômico e a Ação Estatal na Pós-Modernidade**. São Paulo: Ltr, 2011.

NASCIMENTO, Samuel Pontes Do; CORRÊA, Leonardo Alves; CLARK, Giovani. Ideologia Constitucional e Pluralismo Produtivo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais** v. Especial, p. 265–300 , 2013.

NEVES, JL. Pesquisa qualitativa: características, usos e possibilidades. **Caderno de pesquisas em administração São Paulo** , 1996.

NEVES, Vítor. Custos sociais: Onde para o mercado? **Revista Crítica de Ciências Sociais** v. 95, p. 55–68 , 2011. Disponível em: <<http://rccs.revues.org/4368>>.

NEVES, Vítor. What happened to Kapp's theory of social costs? A case of metatheoretical dispute and dissent in economics. 2015, Roma: [s.n.], 2015.

NUNES, António José Avelãs. **A crise atual do capitalismo: capital financeiro, neoliberalismo, globalização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção Direito Europeu; vol. 3).9788520343920.

NUNES, António José Avelãs. Breve reflexão sobre o chamado estado regulador. **Revista Seqüência** v. 54, p. 9–18 , 2007a.

NUNES, António José Avelãs. **O Estado Capitalista e suas máscaras**. Lisboa: Editorial Avante, 2013. 445 p. .

NUNES, António José Avelãs. **Uma Introdução à Economia Política**. São Paulo: Quartier Latin, 2007b. 632 p. .

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. .

OLIVEIRA, Léu Soares De. **Relações de poder entre mantenedora e mantida: um estudo de caso em Belo Horizonte**. Faculdade Novos Horizontes, 2012.

OLIVEIRA, Julio H. G. **Derecho económico**. Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954. .

ONOFRE ALVES, Batista Júnior. **O princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. .

PATEL, Raj. **O valor de nada: por que tudo custa mais caro do que pensamos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. 239 p. .

PAULO, S A O. Introdução ao Estudo do Direito. , 2003.

PEÑA N., Ómar D. La educación superior en colombia y la teoría de los costos de transacción política. **Revista de Economía Institucional** v. 6, n. II, p. 97–134 , 2004.

PERICÁS, Luiz Bernardo. José Carlos Mariátegui e o Brasil. **Estudos avançados** v. 24, n. 68, p. 335–361 , 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v23n68/23.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2013.

PETTER, Lafayete Josué. **Princípios constitucionais da Ordem Econômica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. .

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 727 p. .

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Parcerias na Administração Pública**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. .

PIGOU, Arthur. **The Economics of Welfare**. 4. ed. London: Macmillan and Co., 1932. Disponível em: <<http://www.econlib.org/library/NPDBooks/Pigou/pgEW.html>>. .

PODER EXECUTIVO. Projeto de Lei 4732/2012. Cria o Instituto Nacional de Supervisão e Avaliação da Educação Superior - INSAES, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=554202>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

POLANYI, Karl. **A grande transformação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012a. .9788535250763.

POLANYI, Karl. **A subsistência do homem e ensaios correlatos**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012b. .9788578660765.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio. **Direito à educação: controle social e exigibilidade judicial**. Fortaleza: ABC Editora, 2005. .

PONTES, Renato Ferreira. **O RESTABELECIMENTO DO INSTITUCIONALISMO EVOLUCIONÁRIO DE THORSTEIN VEBLEN E UMA PERSPECTIVA REALISTA DA FILOSOFIA DA CIÊNCIA: PARA ALÉM DO POSITIVISMO**. UFPR, 2008. 96 p. Disponível em: <<http://www.economia.ufpr.br/Dissertacoes Mestrado/134 - Renato Ferreira Pontes.pdf>>. Acesso em: 9 fev. 2015.

PRADO, Ricardo Augusto Nunes; PRADO, Mariana Siqueira. A precarização das relações de trabalho do professor em face da regulamentação do trabalho docente no Brasil. 2013, Recife: ANPAE, 2013. p.1–17. Disponível em: <<http://www.anpae.org.br/simposio26/1comunicacoes/RicardoAugustoNunesPrado-ComunicacaoOral-int.pdf>>.

PWC; BM&FBOVESPA. Como abrir o capital da sua empresa no Brasil (IPO) . São Paulo: [s.n.], 2015

RACY, Joaquim; MOURA JR, Álvaro; SCARANO, Paulo. História, Instituições e as relações Sociais de Produção na Teoria Econômica. 2005, Porto Alegre: ANPEC SUL, 2005.

RACY, Joaquim; MOURA JR, Álvaro; SCARANO, Paulo. Teoria econômica e as relações sociais de produção. **Pesquisa & Debate** 2 v. 19, n. 34, p. 135–156 , 2008. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/rpe/article/view/7567/5507>>.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001a. .9788502041264.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito 25. , 2001b.

REIS, José. A Economia : Uma ciência social sob tensão. **Journal of Social Science** v. 11, n. 1, p. 31–40 , 2012.

REIS, José. **Ensasios de Economia Impura**. Coimbra: Almedina, 2007. .9789724031811.

REIS, José. Estado e mercado: Uma perspetiva institucionalista e relacional. **Revista Crítica de Ciências Sociais** v. 95, p. 11–34 , 2011a.

REIS, José. Estado e mercado: Uma perspetiva institucionalista e relacional. **Revista Crítica de Ciências Sociais** n. 95, p. 11–34 , 1 dez. 2011b. Disponível em: <<http://rccs.revues.org/4355>>. Acesso em: 29 jan. 2015.

RIBEIRO, Darcy. **A universidade necessária**. 4^a. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. 307 p. .

RIBEIRO, Zeca. Para Kroton, instituições privadas democratizam o ensino superior. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/EDUCACAO-ECULTURA/454277-PARA-KROTON,-INSTITUICOES-PRIVADAS-DEMOCRATIZAM-O-ENSINO-SUPERIOR.html>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

ROSEMBURG, Cynthia. Nota alta. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/0763/noticias/nota-alta-m0052595>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

ROTHEN, José Carlos; BARREYRO, Gladys Beatriz. “SINAES” contraditórios: considerações sobre a elaboração e implantação do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior. **Educação e Sociedade** v. 27, n. 96, p. 955–977 , 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. .

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulamentação da atividade empresarial para o desenvolvimento. **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 60–73.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. 840 p. .

SANTOS, Catarina De Almeida. **A expansão da educação superior rumo à expansão do capital: interfaces com a educação a distância.** USP, 2008.

SCATENA, Fotos Gustavo; SAMPAIO, Tercio; JUNIOR, Ferraz. Sem educação, o Brasil jamais chegará a maquinista. p. 51–53 , 2010.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalismo, socialismo e democracia.** Rio de Janeiro: Zahar, 1984. 534 p. .

SCHWARTZMAN, Jacques; SCHWARTZMAN, Simon. O ensino superior privado como setor econômico. **Avaliação de Políticas Públicas em Educação** v. 10, p. 411–440 , 2002. Disponível em:
[<http://www.schwartzman.org.br/simon/pdf/suppriv.pdf>](http://www.schwartzman.org.br/simon/pdf/suppriv.pdf).

SÉCCA, Rodrigo Ximenes; LEAL, Rodrigo Mendes; MENEZES, Natália Maria Lopes. O apoio do BNDES a instituições de ensino superior (IES): uma análise do primeiro Programa IES (1997-2007). **BNDES Setorial** n. 31, p. 227–252 , 2010.

SECRETARIA DE REGULAÇÃO E SUPERVISÃO DA EDUCAÇÃO SUPERIOR - SERES. **RELATÓRIO DE GESTÃO DO EXERCÍCIO DE 2013** . Brasília: [s.n.], , 2014

SEN, Amartya. Markets and Freedoms: achievements and limitations of the market mechanism in promoting individual freedoms. **Oxford Economic Papers** v. 45, n. 4, p. 519–541 , 1993. Disponível em:
[<http://www.cs.princeton.edu/courses/archive/spr06/cos444/papers/sen.pdf>](http://www.cs.princeton.edu/courses/archive/spr06/cos444/papers/sen.pdf).

SEQUEIRA, Claudio Dantas. Propina de R\$ 30 milhões para Renan - Inquérito da PF revela desvio de R\$ 100 milhões nos fundos de pensão Postalis e Petros. Disponível em:
http://www.istoe.com.br/reportagens/423398_PROPINA+DE+R+30+MILHOES+PARA+RENAN. Acesso em: 20 set. 2015.

SER EDUCACIONAL. Ser Educacional Registra Receita Líquida de R \$ 269 , 5 Milhões no 1T15 . [S.l: s.n.], , 2015

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico.** 23. ed. re ed. São Paulo: Cortez, 2007. 304 p. .97885244913112.

SGUSSARDI, Valdemar. Regulação estatal e desafios da expansão mercantil da educação superior. **Educ. Soc. [online]** vol.34, n.124, pp. 943-960. ISSN 0101-7330. v. 34, n. 124, p. 943–960 , 2013. Disponível em:
[<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-73302013000300015>](http://dx.doi.org/10.1590/S0101-73302013000300015).

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: introdução.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. .

SOUZA, Andrea Harada. Da educação mercadoria à certificação vazia. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1072>>. Acesso em: 3 nov. 2013.

SOUZA, Nara Teixeira De; OLIVEIRA, José Geraldo de Santana. A financeirização do ensino versus a função social da educação. Disponível em: <<http://sintraemt.com.br/leiamais.aspx?id=16>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

SOUZA, Washington Peluso Albino De. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 565 p. .

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2005. 603 p. .

SUGIMOTO, Luiz. Leandro Tessler derruba alguns mitos sobre o ensino superior nos EUA. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/unicamp/noticias/leandro-tessler-derruba-alguns-mitos-sobre-o-ensino-superior-nos-eua>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

TEIXEIRA, Anísio. **Educação e universidade / Anísio Teixeira**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1998. 188 p. .

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Do direito econômico aos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). . **Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 9–38.

TROPARDI FILHO, Luiz. A exploração da atividade educacional pela iniciativa privada e seus limites legais. In: RIGHETTI, Sabine (Org.). . **Direito à educação**. São Paulo: Edusp, 2009. p. 219–237.

VALENTE, Ana Lúcia Eduardo Farah. Instituições , mudança e regulação do conflito social A atenção é centrada na necessidade de se levar em conta os interesses dos grupos sociais e a sua tradução no espaço público, bem como para a importância de analisar o impacto de uma estratégia político-econômica sobre as demandas sociais diferenciadas, tomando por foco a regulação do conflito social. 2009, Porto Alegre: UFRGS, 2009.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968. .

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. **Teoria Geral do Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. .

VIEIRA, Leonardo. Gestão de grupo financeiro agrava crise na Gama Filho e UniverCidade - Galileo pagou R\$ 234 milhões em indenizações para assumir controle das faculdades, entidades filantrópicas que não podem ser vendidas. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/gestao-de-grupo-financeiro-agrava-crise-na-gama-filho-univercidade-9518134>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

WILLIAMSON, John. Did the Washington Consensus Fail? Disponível em: <<http://www.iie.com/publications/papers/paper.cfm?ResearchID=488>>. Acesso em: 22 jan. 2008.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. .8502037552.