

FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS

JOÃO GUILHERME DE SOUZA PORTO

**AS PECULIARIDADES DO DIREITO DO CONSUMIDOR NAS
PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS POR INSTITUIÇÕES
ORGANIZADAS COMO SOCIEDADES EMPRESARIAIS**

NOVA LIMA

2013

JOÃO GUILHERME DE SOUZA PORTO

**AS PECULIARIDADES DO DIREITO DO CONSUMIDOR NAS
PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS POR INSTITUIÇÕES
ORGANIZADAS COMO SOCIEDADES EMPRESARIAIS**

Dissertação apresentada ao Curso
Faculdade de Direito Milton Campos,
como requisito parcial à obtenção do
título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito
Empresarial.

Linha de pesquisa: As sociedades
empresárias e suas atividades.
Efetivação judicial dos direitos
empresariais

Orientador: Luiz Fernando da Silveira
Gomes.

NOVA LIMA

2013

JOÃO GUILHERME DE SOUZA PORTO

**AS PECULIARIDADES DO DIREITO DO CONSUMIDOR NAS
PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS POR INSTITUIÇÕES
ORGANIZADAS COMO SOCIEDADES EMPRESARIAIS**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito Milton Campos, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Dr. Luiz Fernando da Silveira Gomes
Orientador

Prof. Dr.
Professor convidado da banca

Prof. Dr.
Professor convidado da banca

Prof. Dr.
Professor convidado da banca

Prof. Dr.
Professor convidado da banca

Prof. Dr.
Professor convidado da banca

AGRADECIMENTOS

A, Deus, pela proteção.

A minha noiva Thaís, pelo amor incondicional, pelo apoio e compreensão.

A minha mãe e meu irmão, pela conveniência diária.

As Instituições Arnaldo Janssen, pela possibilidade e confiança, estando sempre presente em minha formação.

À memória e eterna existência do meu pai, Luiz Fernando Lopes Porto, que, em minha personalidade, deixou para sempre gravado os valores que devo carregar por toda a minha vida, sendo um exemplo para que eu me tornasse a pessoa que sou hoje.

Ao Professor Luiz Fernando da Silveira Gomes, obrigado por me orientar, me incitar com sua experiência e autoridade e levar-me a descobrir o meu ideal de profissional.

“Todo planejamento educacional para qualquer sociedade, tem que responder às marcas e aos valores dessa sociedade. Só assim é que pode funcionar o processo educativo, ora como força estabilizadora, ora como fator de mudança. Às vezes, preservando determinadas formas de cultura. Outras, interferindo no processo histórico, instrumentalmente. De qualquer modo, para ser autêntico, é necessário ao processo educativo que se ponha em relação de organicidade com a contextura da sociedade a que se aplica”.

Paulo Freire, 2003, p. 10.

RESUMO

Esta dissertação levanta as peculiaridades da prestação de serviços de educação nas Instituições de Ensino Superior (IES) organizadas como sociedades empresariais à luz do Direito do Consumidor. Discorre sobre a evolução da educação brasileira; apresenta um panorama das IES organizadas como sociedades empresariais; sistematiza os direitos do consumidor e as relações de consumo; identifica decisões jurisprudenciais pertinentes aos conflitos nessas relações de consumo. Considerada uma pesquisa teórica, quanto ao enfoque, bibliográfica e documental, quanto à forma de coleta de dados, e investigativa, quanto à natureza do produto final, este estudo apresenta como principais conclusões: as sociedades empresariais têm como objeto o lucro e alguns tendem a discutir que o lucro não condiz com o ensino de qualidade, e que uma instituição de ensino organizada como sociedade anônima, parece uma aberração pedagógica, pois lucro e ensino de qualidade poderiam não combinar, sendo inquestionável que a atividade de ensino superior é uma atividade econômica importante, porém, é também uma atividade de enorme relevância social. Com o crescimento do número de alunos e de instituições após os anos de 1990, o aumento das relações entre o Estado, que tem a competência constitucional para regulação do ensino no Brasil, o aluno pode ser considerado um consumidor, mesmo que a relação aluno/instituição de ensino adquira um caráter durador e seja baseada na reciprocidade, para que seu objetivo precípuo da educação seja alcançado com êxito. Assim, o Contrato de Prestação de Serviços Educacionais deve ser classificado como um Contrato Relacional, ou seja, um contrato de longa duração, por se inclinarem às criações de relações contínuas e duradouras, onde os termos da troca são cada vez mais abertos, e as cláusulas são de regulamentação do processo de negociação contínua. Enfim, contratos relacionais englobam relações difíceis entre diversas partes, onde os vínculos pessoais de solidariedade, confiança e cooperação são determinantes. Fica-nos evidente que a competência para julgar conflitos entre as instituições privadas de ensino superior, integrantes do Sistema Federal de Ensino e a União, através do seu órgão executivo o Ministério da Educação, é da Justiça Federal. Por outro lado, as ações de conhecimento, cautelares ou quaisquer outras de rito especial que não o mandado de segurança – a competência será federal quando a ação indicar no polo passivo a União Federal ou quaisquer de suas autarquias será de competência estadual, entretanto, quando o ajuizamento voltar-se contra entidade estadual, municipal ou contra instituição particular de ensino.

Palavras chave: Direito do consumidor. Prestações de serviços educacionais. Instituições organizadas como sociedades empresariais

ABSTRACT

This thesis raises the peculiarities of the provision of education in Higher Education Institutions (IES) organized as business companies in the light of the Consumer Law. It discusses the evolution of Brazilian education; presents an overview of IES organized as business partnerships; systematizes consumer rights and consumer relations; identifies jurisprudence decisions relevant to the conflicts in these consumer relations. Considered a theoretical research, as for the focus, literature and documents research, as for the data collection, and investigative research, as to the nature of the final product, this study presents the main findings: the business companies have, as an object, the profit and some tend to argue that the profit does not equate with quality of the education, and that an educational institution organized as a limited company, it seems a pedagogical aberration, because profit and quality education don't match, being unquestionable that the activity of higher education is an important economic activity, but, is also an activity of great social relevance. With the growing number of students and institutions after the 1990s, the increase of relations between the State, which has the constitutional authority to regulate teaching in Brazil, the student may be considered a consumer, even if the relationship pupil/education institution acquires a lasting character and becomes based on reciprocity, for the primary objective of education to take place successfully. Thus, the Educational Services Provision Contract should be classified as a Relational Contract, ie, a long-term contract, for slanting to the creations of continuous and lasting relationships, where the terms of trade are becoming more open, and the clauses are to regulate the continuous process of negotiation. Anyway, relational contracts include difficult relationships between various parties, where personal ties of solidarity, trust and cooperation are decisive. It is clear to us that the jurisdiction in disputes between private institutions of higher education, members of the Federal Education System and the Union, through its executive body, the Ministry of Education, is the Federal Court. Conversely, the actions of knowledge, precautionary or any other special rite other than the injunction – the jurisdiction will be federal when action indicates in the passive pole, the Federal Government and any of its municipalities will be State competence, however, when the filing turns against any State entity, municipal or against private education institution.

Keywords: Law of the consumer. Provision of educational services. Institutions organized as business partnerships

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

GRÁFICO 1 - Bolsas ofertadas por anos.....	28
GRÁFICO 2 - Bolsas ofertadas por anos.....	28
QUADRO 1 - Vantagens para a Empresa.....	39
TABELA 1 - Evolução do Número de Instituições de Educação Superior por Categoria Administrativa – Brasil – 2001-2010.....	27
TABELA 2 - Número Médio de Anos de Estudo para a Faixa Etária de 18 a 24 anos, para Alguns Subgrupos Populacionais – Brasil – 2001, 2005 e 2009.....	27
TABELA 3 - Resumo das fusões nas IES.....	46

LISTA DE SIGLAS

CDC = Código de Defesa do Consumidor

CVM – Comissão de Valores Mobiliários

DRI - Diretor de Relações com Investidores

ENC - Exame Nacional de Cursos

FELUMA - Fundação Educacional Lucas Machado

FIES - Programa de Financiamento Estudantil

IES - Instituições de Ensino Superior (IES)

IPO - *Initial Public Offering*

LDB - Lei de Diretrizes Básicas da Educação

MEC - Ministério da Educação

ONU - Organização das Nações Unidas

PAIUB - Programa de Avaliação Institucional das Universidades Brasileiras

PMDB - Partido Movimento Democrático Brasileiro

PROUNI - Programa Universidade para Todos (PROUNI).

PUCMINAS - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

SINAES - Sistema Nacional de Avaliação do Ensino Superior

UNA – Centro Universitário

UNIBH – Centro Universitário de Belo Horizonte

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO TEÓRICO-METODOLÓGICA.....	10
1.1 Considerações iniciais.....	10
1.2 Problema.....	12
1.3 Hipótese.....	13
1.4 Justificativas.....	13
1.5 Objetivos.....	14
1.6 Caminho da pesquisa.....	14
1.7 Metodologia.....	15
2 EDUCAÇÃO NO BRASIL COM O FOCO NAS IES.....	16
2.1 A Política Educacional no Brasil como base da evolução das IES.....	16
2.2 A Educação privada na Constituição de 1988.....	24
2.3. A expansão do ensino superior privado.....	26
3 AS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR (IES) ORGANIZADAS COMO SOCIEDADES EMPRESARIAIS.....	31
3.1 O processo de abertura de capital.....	35
3.2 O cenário de abertura de capital na Instituição de Ensino Superior (IES) no Brasil.....	44
4 DIREITOS DO CONSUMIDOR E AS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	49
4.1 Evolução do Direito do Consumidor.....	49
4.2 Direito do Consumidor na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.....	51
4.3 O Direito do Consumidor: Norma Pública ou Privada? Lei Ordinária ou Codificação?.....	52
5 OS ELEMENTOS QUE COMPÕE A RELAÇÃO DE CONSUMO.....	55
5.1 Consumidor.....	55
5.2 Fornecedor.....	56
5.3 Produto.....	58
5.4 Serviço.....	59
5.5 A Relação de Consumo e seus Conflitos.....	61
6 A NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO EDUCACIONAL.....	68
6.1 Contrato Relacional.....	69
6.2 O aluno Consumidor.....	72
6.3 Decisões jurisprudenciais.....	75
6.4 Competência em matéria educacional superior.....	75
6.5 Competência para o julgamento de lides envolvendo o Ensino Superior Privado e os aspectos autorizativos da prestação de serviço.....	77
6.6 Competência para julgamento de lides do Ensino Superior Privado nos atos de gestão e na prestação de serviço.....	78
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	81

REFERÊNCIAS.....	86
------------------	----

1 INTRODUÇÃO TEÓRICO-METODOLÓGICA¹

1.1 Considerações iniciais

Consumir é um ato inerente e natural ao ser humano.

Desde os primórdios da civilização até os tempos atuais, as relações envolvendo a compra e venda de bens e serviços estiveram presentes como expressão social relevante.

Por essa razão, a ciência jurídica – instrumento de harmonia social que é – passou a se ocupar, ao longo dos séculos, com a regulação e com o equilíbrio das situações potencialmente conflitantes nessa seara. Frutos da evolução histórica e intelectual das sociedades modernas, surgiram e disseminaram-se, ao redor do mundo, diplomas dispostos a proteger a parte considerada mais frágil e vulnerável, bem como com o intuito de interferir e padronizar os ritos procedimentais e de qualidade daquilo que se encontrava exposto.

No Brasil, essa proteção nasceu de forma expressa e erigida a *status* de direito fundamental, com a Constituição Federal de 1988 que determinou, inclusive, que o Poder Legislativo editasse uma codificação que protegesse, da forma mais ampla possível, o débil da relação de consumo.

Tal dispositivo constitucional materializou-se por meio da Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, genericamente denominada Código de Defesa do Consumidor (CDC).

O CDC foi elaborado de forma bastante didática e completa. Sua estrutura contempla 6 (seis) títulos, sendo cada um deles extremamente peculiar. Apresenta normas civis, administrativas, penais e processuais, formas de tutela individual e coletiva do consumidor, sendo uma forma de tutela aparentemente completa.

¹ A finalidade da presente “Introdução teórico-metodológica” é de situar o leitor no contexto da pesquisa e do relato científico. Prefere-se realizar, além da apresentação de seu conteúdo, a demonstração das diretrizes do planejamento e desenvolvimento. O referido modelo baseia-se nos ensinamentos de Gustin e Dias (2002, p.139).

Porém, se por um lado a novidade trouxe benefícios inegáveis para a sociedade brasileira, por outro, como efeito colateral de qualquer mudança impactante, acarretou dificuldades de interpretação para os operadores do Direito, uma vez que a aplicabilidade do CDC aos casos concretos nem sempre é pacífica e pode, em diversas situações, causar dúvidas reais sobre a sua efetiva abrangência.

Ocorre que o CDC trata de assuntos que eram tradicionalmente estudados por outros ramos do Direito, como as relações obrigacionais e contratuais, o direito empresarial, administrativo, penal, entre outros.

Essas dificuldades são ainda maiores quando o assunto em tela é o ensino superior explorado por mantenedores com fins lucrativos, posto se tratar de uma prestação de serviço público de exercício privado com características únicas e que envolvem um emaranhado de outras normas jurídicas.

Cumpra-se ressaltar que a própria exploração de atividades de ensino superior por sociedades empresárias nos limites hoje encontrados é fenômeno recente. Foi a partir das mudanças estratégicas propostas no início da década de 1990, que o Estado permitiu a ampliação da oferta educacional superior por agentes privados, assumindo, a partir de então, um papel mais de fiscal do que de fomentador.

Antes das alterações governamentais supramencionadas, havia uma grande demanda reprimida, pois o acesso às vagas era bastante restrito e destinado, na prática, às classes econômicas mais favorecidas.

A oportunidade de oferecer serviços educacionais a um público volumoso, carente de preparo profissional para se adaptar aos tempos modernos e às demandas existentes no mercado de trabalho, mostrou-se algo promissor.

Como consequência direta, ocorreu uma verdadeira explosão de cursos e instituições voltadas para referido mercado, em virtude da percepção de que a procura era maior que a oferta. O mercado do ensino superior cresceu assim, de maneira desordenada na década passada, aumentando a concorrência e criando uma série de efeitos inesperados, alguns positivos, outros nem tanto.

O ensino superior transformou-se, desse modo, em um negócio interessante do ponto de vista econômico, atraindo olhares e investimentos nacionais e estrangeiros.

Todavia, gradativamente, a relação favorável entre oferta e demanda foi se invertendo, o número de interessados com condições efetivas de ingresso e, principalmente, de continuidade nos estudos tornou-se menor que o de vagas disponíveis, o que acarretou a redução de preços das mensalidades, práticas de publicidade mais agressivas, segmentação mercadológica, fechamento, fusões e incorporações de entidades, criação de novos cursos ou ênfases diferentes aos tradicionais, entre outras consequências.

As mudanças no contexto acarretaram inúmeras dificuldades jurídicas, principalmente em relação à aplicabilidade do CDC e à competência para julgamento dessas matérias, que foram se tornando complexas e de difícil análise para os operadores do direito.

Começaram a sobressair as questões relacionadas aos vícios de qualidade e quantidade dos serviços educacionais, harmonização da Lei de Diretrizes Básicas da Educação (LDB) e das normas gerais do Ministério da Educação (MEC) com o Direito do Consumidor, oferta e publicidade, organização jurídica das mantenedoras e mantidas, colação de grau e emissão de diplomas, competência dos juizados estaduais de consumo, entre outros, abastecendo o Poder Judiciário de dúvidas e inseguranças.

1.2 Problema

Por todo o exposto, é fácil perceber que a gama de temas acadêmicos que envolvem as relações de consumo relativas às prestações de serviços educacionais por instituições de ensino superior de natureza empresarial é, ainda, uma caixa de Pandora que merece ser destrinchada por trabalhos científicos.

Com o objetivo de garantir resultados mais precisos para a pesquisa, optou-se metodologicamente por realizar a delimitação do assunto com as seguintes perguntas direcionadoras: A prestação de serviços educacionais por instituições de ensino mantidas por sociedades empresariais podem ser reguladas apenas à luz do

Direito do Consumidor? Se negativa a resposta, quais as peculiaridades e limitações da aplicação do CDC nessas atividades? Há conflito entre a natureza relacional do contrato educacional e a aplicabilidade do CDC?

1.3 Hipótese

Partiu-se da hipótese de que os serviços educacionais não podem ser regulados única e exclusivamente pelo CDC, em virtude da característica relacional dessas obrigações, de suas características únicas e do emaranhado de legislações correlatas, tendo o magistrado, no caso concreto, o dever de observar as peculiaridades da prestação, o que se confirmou com a realização do estudo.

1.4 Justificativas

A decisão de pesquisar sobre o tema foi estabelecida, sob o ponto de vista pessoal, por uma conexão entre a prática do pesquisador como advogado e profissional junto à coordenação de uma IES, razão pela qual foram identificadas inúmeras situações conflitantes em termos acadêmicos.

Inegável também a repercussão social da matéria em análise.

Mesmo não restando dúvidas de que o trabalho desenvolvido por um estabelecimento privado de ensino superior seja, antes de tudo, uma prestação remunerada de serviços, enquadrando-se perfeitamente o caráter de prestação de serviço previsto no artigo 3º da lei 8.078 de 1990², não há como descartar o importante caráter relacional desse tipo de contrato como peculiaridade necessária na formação do caráter e da personalidade dos indivíduos, significativo objetivo da educação.

Contudo, verifica-se na jurisprudência uma tendência em se aplicar de maneira irrestrita o CDC em todas as hipóteses relativas aos serviços educacionais, incluindo-se aí aquelas de cunho pedagógico e até de controle qualitativo, fato que tem criado distorções gravíssimas na formação intelectual da sociedade.

² Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Frisa-se igualmente que a Instituição de Ensino que oferta cursos superiores tem, também, a importante função de zelar pelo controle de qualidade dos profissionais que irão exercer ofício para um público indeterminado e leigo.

A educação é fator de humanização, já que prepara os indivíduos para participar na estruturação da própria civilização tendo em vista o desenvolvimento de toda a humanidade. Trata-se, portanto, de uma prestação de serviços *“sui generis”*.

Apesar da relevância do assunto e das várias lacunas doutrinárias existentes, o tema tem sido pouco explorado em termos científicos, motivo mais do que suficiente para a elaboração de pesquisas nessa área.

1.5 Objetivos

O objetivo geral do trabalho foi levantar as peculiaridades da prestação de serviços de educação nas Instituições de Ensino Superior (IES) organizadas como sociedades empresariais à luz do Direito do Consumidor.

Em termos específicos buscou-se investigar sobre a evolução da educação brasileira; apresentar um panorama das IES organizadas como sociedades empresariais; sistematizar os direitos do consumidor e as relações de consumo; identificar decisões jurisprudenciais pertinentes aos conflitos nessas relações de consumo, e responder às perguntas orientadoras.

1.6 Caminho da pesquisa

Para dar uma ordem lógica ao texto, esta dissertação foi estruturada da seguinte forma: No capítulo 2, baseado em Pereira et. al (2008); Joaquim (2009) e Gomes (2009), descreveu-se a educação no Brasil com o foco nas IES, especificamente a Política Educacional brasileira como base da evolução das IES, a educação privada na Constituição de 1988 e a expansão do ensino superior privado.

No capítulo 3, buscou-se em autores do direito educacional e empresarial o referencial teórico sobre as IES organizadas como sociedades anônimas, apresentando o cenário de abertura de capital na Instituição de Ensino Superior (IES) no Brasil, bem considerações sobre abertura de capital.

No capítulo 4, os direitos do consumidor e as relações de consumo foram o referencial teórico, baseado em autores desse ramo, incluindo sua evolução no Brasil, seu entendimento como norma pública ou privada, lei ordinária ou codificação; os elementos que compõem a relação de consumo e seus conflitos na aplicação do referido código relacionando-os com os casos dos serviços prestados pelas IES como empresas de sociedade anônima.

No capítulo 5 discorre-se sobre os elementos que compõem a relação de consumo.

No capítulo 6 são descritas as especificidades da relação de consumo no setor educacional.

Concluindo o trabalho, apresentam-se as considerações finais.

1.7 Metodologia

Segundo Cruz, Hoffmann e Ribeiro (2006, p.40) “método significa o conjunto de etapas e processos a serem ultrapassados ordenadamente na investigação dos fatos ou na procura da verdade”.

Metodologicamente, realizou-se uma pesquisa teórica, quanto ao enfoque, bibliográfica e documental, quanto à forma de coleta de dados, e investigativa, quanto à natureza do produto final. As técnicas utilizadas para análise dos dados colhidos foram dedutivas, sendo o trabalho elaborado em seis etapas: leitura e estudo das obras; discussão dos pontos mais importantes com o orientador; elaboração do primeiro esboço; redação final do trabalho; formatação do texto e correção linguística.

2 EDUCAÇÃO NO BRASIL COM O FOCO NAS IES

2.1 A Política Educacional no Brasil como base da evolução das IES

Entende-se por política educacional, o direcionamento e as medidas tomadas pelo Poder Público na destinação de recursos financeiros e ações destinadas ao desenvolvimento da educação.

Segundo Saviani (2005)³ *apud* Gomes (2009), no decorrer do século XX podem-se identificar três momentos na política educacional brasileira.

O primeiro, de 1890 a 1931, tem vínculo estreito com o protagonismo dos Estados na viabilização da oferta de escolas primárias, cujo marco teórico era o iluminismo republicano, permanecendo para a União a tarefa de regulamentar o ensino secundário superior, em um movimento pendular entre essas duas esferas públicas. No segundo, de 1931 até 1961, demonstra a União como protagonista principal na regulamentação do ensino secundário e superior em todo o país, incorporando ideário pedagógico inovador. O terceiro, de 1961 a 2001 corresponde às iniciativas para unificar as regras do ensino com base na concepção pedagógica produtivista (SAVIANI, 2005 *apud* GOMES, 2009, p. 40).

Pode-se dizer que no primeiro período, o iluminismo republicano foi a concepção educacional dominante, enquanto, no segundo, predominou o ideário pedagógico renovador. Por outro lado, foi no terceiro período que prevaleceu a concepção produtivista de educação, que popularizou a teoria do capital humano e que direcionou a formulação e a implementação das medidas de política educacional da época, cabendo destacar que esta última fase consolidou o amplo acesso ao ensino superior e o surgimento da educação superior como um negócio.

Com a promulgação da atual Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), em 1996, houve a unificação da maior parte das normas pertinentes ao assunto. A Lei de Diretrizes e Bases trata especificamente do ensino superior em seu CAPÍTULO IV, especificamente nos artigos 43 a 57, do ensino superior. (PEREIRA et al, 2009).

³ SAVIANI, Dermeval. A Educacional no Brasil. IN: STEPHANOU, Maria; BASTOS, Maria Helena Câmara (Orgs). **Histórias e memórias da educação no Brasil: século XX**. Petrópolis: Vozes, 2005. VII. Cap. 2. 30-39

Pode-se também relatar a evolução histórica do ensino superior no Brasil, recorrendo-se, ainda, ao autor Gomes (2009), que ressalta a existência de percalços sociais que, ao longo da história do Brasil, impediram um acesso mais amplo ao ensino superior, observados desde muito, em função da forma de colonização e do caráter escravocrata da nação. De tal forma, o ensino superior de longas datas era algo ao alcance de classes privilegiadas economicamente, cujo acesso era algo completamente desprovido de igualdade.

Gomes (2009) reforça esse fato citando as seguintes palavras do professor Jamil Curry (1997)⁴ “Com isso reforçou-se a dimensão organicista e hierárquica de um sistema social onde o “outro” existente fora dos espaços das elites jamais foi considerado como um “igual”.

A partir da década de 70, foi favorecido o avanço do ensino superior, principalmente, com o surgimento de diversas instituições privadas com caráter não universitário, porém, no mesmo período, em contrapartida, a certa estagnação na criação de novas vagas no ensino superior público. Onde existiam estavam concentradas nas cidades de maior densidade de população, o que, num país continental como o nosso, acaba por ser um grande obstáculo ao acesso universal.

Alguns estados, a começar pelo estado de São Paulo, começaram neste mesmo período a desenvolver o ensino superior estadual, tendo também nesse período o avanço na rede estadual pública do ensino superior.

Diante dos fatores históricos apresentados e dos conseguintes entraves, a demanda pelo ensino superior ficou reprimida, o que ensejou uma expansão nas duas últimas décadas.

De qualquer forma, uma sucinta regressão histórica sobre o tema é apresentada em Gomes (2009), que discorre sobre o período colonial, as épocas republicanas e as décadas posteriores.

⁴ CURRY, Carlos Roberto Jamil. A Nova lei de diretrizes e bases da educação nacional: uma reforma educacional? IN: Cury, Carlos Roberto Jamil; HORTA, José Silvério Bahia; BRITO, Vera Lúcia Alves de. **Medo à liberdade e compromisso democrático**. LDR e Plano Nacional de Educação. São Paulo: Editora do Brasil, 1997, p. 91 – 135.

Durante o período colonial, diversamente da colonização espanhola da América Latina, onde não houve barreira a implantação de universidades, Portugal, além de não incentivar, impediu a inserção do ensino superior no Brasil, sendo a colônia portuguesa, inclusive, apoiada pela cúria da igreja católica em Roma, tendo em vista as negativas, em 1592, à Companhia de Jesus para a instalação de uma universidade no país. Tal situação criou uma elite colonial, formada por aqueles que tinham condições de sair da colônia, indo até a metrópole realizar os seus estudos.

Tal período perdurou até que o poder português se mudasse, mesmo que a contragosto para a Colônia.

Posteriormente, já no Brasil República, no período denominado República Velha, houve a promulgação da Constituição de 1891, que trouxe a competência privativa para o Congresso Nacional para a criação de cursos superiores na Capital da União e também nos Estados e territórios. Neste momento, com o Decreto 1.159 de 1982 surgem instituições como as Faculdades de Direito de São Paulo e Pernambuco, as de Medicina e Farmácia na Capital Federal e Bahia e a Escola de Minas em Minas Gerais. O mesmo Decreto, nos artigos 309 a 320, informou a possibilidade de criação de instituições estaduais e particulares e estas deveriam respeitar os parâmetros do ensino superior federal e se submeterem à verificação do Governo Federal.

Já na República Nova, pode-se dizer que a revolução de 1930 foi um relevante momento para educação brasileira. Getúlio Vargas, através do Decreto 19.851 de 11 de abril de 1931, instituiu o Estatuto das Universidades do Brasil, o que, de alguma forma, trouxe um avanço no modelo organizacional administrativo e didático das IES, fossem elas públicas ou não.

Em 1937, houve um aperto, sendo as concessões de autorização e as medidas conexas reguladas por Decreto Lei. Algumas instituições foram cassadas e tiveram que encerrar as atividades. Na verdade, o que aconteceu nesse período para as instituições de ensino superior foi um retrocesso, amparado pelo regime ditatorial, vivenciado no período e caracterizando uma suspensão das liberdades civis.

Em 1946, a nova Constituição estabeleceu novamente a liberdade do exercício profissional, sendo um importante momento de redemocratização, facilitando,

inclusive, no seu artigo 167, a abertura de diversos ramos do ensino para a iniciativa privada. Posteriormente, em 1950, através da implementação da lei 1.254, houve um incentivo à federalização das IES, por meio do processo de incorporação de instituições públicas estaduais e particulares para que fossem gradativamente transformadas em públicas federais. Em 1961, houve a aprovação de uma LDB que trazia no escopo a competência da União para o reconhecimento e a inspeção do sistema privado de ensino superior.

O Regime Militar, por sua vez, teve como característica o cerceamento das liberdades, mas trouxe para o ensino superior a reforma universitária, com a aprovação da lei 5.540 de 1968, sendo esta, um importante passo para a redemocratização do país. Podemos afirmar que, durante o regime militar, encontramos alguns traços de uma primeira significativa expansão do ensino superior no Brasil. Surge, com essa expansão, a divisão no setor privado entre confessionais e leigos. E nesse período o Governo Federal começa a editar normas com o objetivo basilar de reger o sistema de ensino superior em virtude de sua expansão.

Com a abertura política da década de 80, há uma tentativa de controle da expansão e uma preocupação no desenvolvimento de pós-graduações, como uma forma de se qualificar os docentes e de capacitar as pessoas para que se pudesse alcançar avanços científicos e tecnológicos.

Ainda na década de 80, a sociedade passa a se organizar em busca do resgate do “tempo perdido”, buscando recompor a dívida social existente, culminando, inclusive, com a nova ordem jurídica, trazida pela Constituição de 1988.

Após o fim do Regime Militar, em todos os segmentos da sociedade, era unânime a necessidade de uma nova Carta, pois a anterior havia sido promulgada em 1967, em plena Ditadura Militar, além de ter sido modificada várias vezes com emendas arbitrárias.

Dessa forma, em 1º de fevereiro de 1987, foi instalada a Assembleia Nacional Constituinte, composta por 559 congressistas (senadores e deputados federais, eleitos no ano anterior) e presidida pelo deputado Ulysses Guimarães, do Partido Movimento Democrático Brasileiro (PMDB).

Representando um avanço em direção à democracia, a sociedade, em seus diversos setores, foi estimulada a contribuir por meio de propostas. As propostas formuladas por cidadãos brasileiros só seriam válidas se representadas por alguma entidade (associação, sindicatos, etc.) e se fossem assinada por, no mínimo, trinta mil pessoas. Os setores da sociedade, compostos por grupos que procuravam defender seus interesses, fizeram pressão por meio de *lobbies* (grupo de pressão, que exercem influência) (PEREIRA et al, 2009; JOAQUIM, 2009).

Independentemente das controvérsias de cunho político, a Constituição Federal de 1988 assegurou diversas garantias constitucionais, com o objetivo de dar maior efetividade aos direitos fundamentais, permitindo a participação do Poder Judiciário sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a direitos.

Como dito acima, a Constituição Federal de 1988 apresenta notável avanço na área da educação, como de resto em todo o campo dos direitos políticos e sociais. Se as cartas anteriores foram econômicas em relação ao dever do Estado com a educação, a atual Constituição chega a ser minuciosa.

Fundamentalmente deve ser notada a garantia institucional consagrada no artigo 205. A educação, como tal, tem sujeito e objeto distintos do direito individual e social à educação e, por isso, é protegida diretamente como realidade social. Essa proteção, é certo, expande-se indiretamente para a proteção daqueles direitos fundamentais.

Veja-se que, mantida a previsão da educação como dever do Estado (artigo 205), e assim assegurados a natureza e os interesses públicos que a qualificam, insiste no alcance indiscriminado da oferta obrigatória e gratuita do ensino público fundamental, estendido a toda a população independentemente da idade (artigo 208,I); ainda atribuindo a condição de direito público subjetivo ao acesso a esse nível de ensino (§ 1º). Por consequência, o seu não oferecimento pelo Poder Público, ou o oferecimento irregular, importa hoje a responsabilização da autoridade competente (§ 2º).

Também a progressiva universalização do ensino médio gratuito passa a ser dever do Estado (artigo 208, II). O ponto chave da determinação reside na meta de

ampliação do conceito de educação básica, englobando os níveis fundamental e médio de ensino, bem como da educação infantil, nos termos da LDB (artigo 21, I).

Embora a gratuidade não constitua propriamente uma novidade no sistema brasileiro (tradicionalmente o ensino, de qualquer nível, é gratuito nos estabelecimentos oficiais), o princípio é repetido no artigo 206, IV, e tem sido objeto de acordos internacionais, como o "Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais" (promulgado pelo Decreto n. 591, de 6/7/92; DOU de 7/7/92), cujo artigo 13 expressa o compromisso dos Estados de assegurar o pleno exercício do direito à educação, nos seguintes termos: a) a educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos; b) a educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissionalizante, deverá ser generalizada e tornar-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito; c) a educação de nível superior deverá igualmente tornar-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito. (PEREIRA et al, 2009; JOAQUIM, 2009).

As disposições do Pacto não podem ser desvinculadas do quanto dispõe o § 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal, que determina, *in verbis*:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, 1988).

O que significa que a gratuidade é um princípio educacional, de extração constitucional, por força do artigo 206, IV, e garantia individual por força do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal.

Todas essas medidas ampliaram a dimensão democrática da educação, mas deve ser sublinhado que o seu reconhecimento como direito público subjetivo, em especial, atua mais fortemente neste sentido, na medida em que permite, por meio do poder de ação que lhe é inerente, a defesa da educação como bem jurídico, tanto no plano individual como no coletivo. Tal poder de ação constitui, ainda, um instrumento que se volta ao ideal da universalização do ensino fundamental.

As previsões constitucionais agregam-se ao compromisso assumido pelo País na Declaração Mundial sobre Educação para Todos, firmada na Tailândia em março de 1990, e deverão se traduzir operacionalmente no Plano Nacional de Educação (PNE), previsto no artigo 214.

É no PNE que deve ser fixada a política de distribuição dos recursos públicos, para atendimento das necessidades do ensino obrigatório (CF, artigo 212, § 3º), bem como a forma de integração das ações do Poder Público para a articulação e o desenvolvimento do ensino.

A norma do artigo 214, tanto quanto a do § 3º do artigo 212, pretende garantir a fixação de uma política nacional coerente. O estabelecimento de referências, contudo, não assegura por si só a solução de problemas educacionais recorrentes, como a erradicação do analfabetismo, ou a melhoria da qualidade do ensino. Planos educacionais não têm faltado no Brasil e nem por isso as metas propostas foram alcançadas. De qualquer sorte, a sua inclusão no corpo da Constituição, em consonância com as demais disposições pertinentes, poderá imprimir-lhe um novo padrão de efetividade, desde que asseguradas as suas condições de exequibilidade.

Com efeito, a superação da defasagem entre a norma que assegura direitos sociais e a sua efetiva aplicação é meta que só pode ser satisfeita por forças políticas, uma vez que exige um determinado nível de desenvolvimento econômico e tecnológico.

O problema da efetividade e implementação de direitos pela aplicação de normas jurídicas está ainda relacionado ao cumprimento das normas pelos tribunais e pela comunidade jurídica. Negada essa condição, as normas não têm eficácia e resultam inválidas, não existem como normas de direito.

De modo geral, assegurada a natureza pública da educação e o seu caráter nacional, percebe-se, na Constituição Federal de 1988, a tentativa de prever instrumentos para a sua efetivação enquanto direito individual e social, ainda que alguns deles se situem em plano formal e retórico. O Estado, porém, não atua sozinho. A concretização do direito, bem como a sua proteção, não dispensa a participação popular, participação reafirmada diversas vezes, até mesmo pela possibilidade de utilização dos chamados direitos instrumentais para a garantia dos direitos sociais, como o mandado de segurança (individual ou coletivo, artigo 5º,

LXIX e LXX); o mandado de injunção (artigo 5º, LXXI); a ação popular (artigo 5º, LXXIII) e a ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103). Isso sem contar que a utilização do direito de petição (artigo 5º, XXXIV, "a") e a regra genérica de não exclusão da apreciação, pelo Judiciário, de qualquer lesão ou ameaça de direito (artigo 5º, XXXV), garantem a possibilidade de interposição de ações cautelares, ordinárias e penais (PEREIRA et al, 2009; JOAQUIM, 2009).

De tudo, decorre que a prestação da educação pelo Estado se concretiza por intermédio de obrigações de comportamento e não de obrigações de resultados, como de resto ocorre com os direitos sociais, cuja caracterização depende de situações ativas de direito positivo.

Ademais, na tarefa educacional, devem ser consideradas as esferas pública e privada, numa relação complementar e não dicotômica e excludente, como o fez o Estado-polícia. Aparentemente, a tendência de transformação das técnicas jurídicas aponta para um novo modelo de atuação do Estado, com base no controle e no contrato, uma vez que requer a participação e a colaboração da sociedade por meio de parcerias. A intervenção mediante controle é favorecida na Lei nº 9.394, de 20/12/96.

Outro avanço notado na atual Carta Política consiste na precisa distribuição dos encargos educacionais entre os entes federados.

Os governos locais e regionais devem responsabilizar-se, prioritariamente, pela educação básica. A União passa a ter função redistributiva e supletiva, visando garantir a equalização das oportunidades de acesso, conforme dispõe o § 1º, do artigo 211, com a redação dada pela recente Emenda Constitucional n. 14, de 12/9/968.

A Constituição Federal procura garantir, enfim, a universalização da educação fundamental (obrigatória e gratuita). Esta é a prioridade nacional, enfatizada não só por meio da expressa previsão do artigo 208, I, como também por meio da discriminação de condições de exequibilidade econômica e financeira (art. 212 e art. 60, do ADCT).

Sendo certo que a Carta Magna de 1988 foi de fundamental importância para alavancar a universalização do acesso ao ensino superior, trouxe também a possibilidade da mesma ser exercida por instituição privada.

2.2 A Educação privada na Constituição de 1988

A Carta Magna no Capítulo III, que tem como título – Da Educação, da Cultura e do Desporto. Desses como já demonstrado, dedica à regulamentação da Educação 10 artigos, do 205 ao 214. Desses, apenas cinco (205, 206, 207, 209 e 213) referem-se, direta ou indiretamente, ao ensino superior privado. Por isso, eles merecem um exame mais detalhado.

Pela Constituição Federal de 88, a Educação é direito de todos e dever do Estado e da família. Pode e deve ser promovida em colaboração ou com a participação da sociedade. Por ele, o sistema educacional deverá ter três Propósitos: o pleno desenvolvimento da pessoa humana, o preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho (art. 205)⁵. Três seriam também, os agentes da educação: o Estado, a família e a sociedade. Desse dispositivo, deriva a importância do sistema privado de ensino.

O artigo 206⁶ explicita sete princípios que devem reger o sistema educacional. Do total, mencionam-se os três que mais se relacionam com o ensino privado, com destaque para o inciso terceiro, que trata da liberdade de aprender e ensinar,

⁵ 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.

⁶ 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 ideias 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

pluralismos de ideias e a concepção para coexistência de instituições públicas e privadas.

Pelo art. 207⁷, a Universidade caracteriza-se pela “indissociabilidade entre ensino pesquisa e extensão”. Este tem sido o modelo seguido pelas universidades públicas e pelas privadas que investirem em programas de mestrado e doutorado.

O artigo 209 atribui um papel proativo ao ensino privado na educação ao prescrever “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.” O artigo consagra o papel do ensino privado e, por ser a educação um direito do cidadão, a participação da iniciativa privada deve ser regulada e fiscalizada pelo Estado.

O artigo 213⁸ trata dos recursos públicos que serão destinados às escolas, trazendo uma ordem de preferência, mas não fechando as portas para o uso de recursos públicos pelo sistema privado.

O fenômeno da expansão do ensino superior no Brasil após a Carta Magna merece destaque, visto que não restam dúvidas que de 1990 em diante, até mesmo em função de uma reforma do Estado implementada no Brasil, em que há uma redefinição da atuação estatal na sociedade, houve uma expansão considerada na demanda pelo ensino superior trazendo o conseqüente aumento de IES privadas.

⁷ Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

§ 1º É facultado às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 11, de 1996)

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se às instituições de pesquisa científica e tecnológica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 11, de 1996)

⁸ Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:

I - comprovem finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;

II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.

§ 1º - Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade.

§ 2º - As atividades universitárias de pesquisa e extensão poderão receber apoio financeiro do Poder Público.

2.3. A expansão do ensino superior privado

A evolução do ensino superior no Brasil, principalmente nas duas últimas décadas, é notória no setor privado. Para se entender essa evolução de forma ampla e irrestrita, é muito importante uma análise numa perspectiva social e política, mesmo que essas informações fujam do objetivo deste estudo, pois algumas barreiras e o aspecto histórico de acesso ao ensino superior vivenciado pela população brasileira desde a formação colonial do nosso país merecem destaque.

Saber é algo necessário para a evolução de qualquer sociedade e é neste contexto que o ensino superior expandiu de forma significativa nas duas últimas décadas.

Até a década de 90 o mais comum era pensar em estudantes de classes econômicas um pouco mais favorecidas, pelo menos classe média, e em estudantes de uma faixa etária entre 25 e 30 anos no ensino superior. Porém com a redemocratização do país, com o crescimento econômico, com o desenvolvimento social e das tecnologias, tem-se outra realidade.

O ensino superior tornou-se heterogêneo, seja através do acesso de pessoas de todas as classes sociais, seja através de estudantes de diversas faixas etárias. Hoje é possível afirmar que ele é algo acessível a grande parte da população do país.

A LDB de 1996 foi fundamental na fragmentação do ensino superior no país, quando trouxe a possibilidade das instituições privadas se organizarem de três formas: as IES particulares, em sentido estrito (empresariais), as comunitárias e as confessionais.

Observa-se, na TAB 1, que só de 2001 a 2010 houve um crescimento considerável no número de instituições de ensino superior.

TABELA 4
Evolução do Número de Instituições de Educação Superior por Categoria
Administrativa – Brasil – 2001-2010

Ano	Total	Pública								Privada	%
		Total	%	Federal	%	Estadual	%	Municipal	%		
2001	1.391	183	13,2	67	4,8	63	4,5	53	3,8	1.208	86,8
2002	1.637	195	11,9	73	4,5	65	4,0	57	3,5	1.442	88,1
2003	1.859	207	11,1	83	4,5	65	3,5	59	3,2	1.652	88,9
2004	2.013	224	11,1	87	4,3	75	3,7	62	3,1	1.789	88,9
2005	2.165	231	10,7	97	4,5	75	3,5	59	2,7	1.934	89,3
2006	2.270	248	10,9	105	4,6	83	3,7	60	2,6	2.022	89,1
2007	2.281	249	10,9	106	4,6	82	3,6	61	2,7	2.032	89,1
2008	2.252	236	10,5	93	4,1	82	3,6	61	2,7	2.016	89,5
2009	2.314	245	10,6	94	4,1	84	3,6	67	2,9	2.069	89,4
2010	2.379	278	11,7	99	4,2	108	4,5	71	3,0	2.100	88,3

Fonte INEP/MEC, 2012, p. 30.

Esse número de instituições privadas mostra a enorme demanda ainda existente. Saltou de 3.036.113 (três milhões trinta e seis mil cento e treze) matrículas no ensino superior em 2001, para 6.379.229 (seis milhões trezentos e setenta e nove mil duzentas e vinte nove) matrículas em 2010, sendo que, dessas, 4.736.001 (quatro milhões setecentos e trinta e seis mil e uma) matrículas estão em IES privadas (TAB 2).

TABELA 5
Número Médio de Anos de Estudo para a Faixa Etária de 18 a 24 anos, para
Alguns Subgrupos Populacionais – Brasil – 2001, 2005 e 2009

Ano	Total	Pública								Privada	%
		Total	%	Federal	%	Estadual	%	Municipal	%		
2001	3.036.113	944.584	31,1	504.797	16,6	360.537	11,9	79.250	2,6	2.097.529	68,9
2002	3.520.627	1.085.977	30,8	543.598	15,4	437.927	12,4	104.452	3,0	2.434.650	69,2
2003	3.936.933	1.176.174	29,9	583.633	14,8	465.978	11,8	126.563	3,2	2.760.759	70,1
2004	4.223.344	1.214.317	28,8	592.705	14,0	489.529	11,6	132.083	3,1	3.009.027	71,2
2005	4.567.798	1.246.704	27,3	592.327	13,0	514.726	11,3	136.651	3,0	3.321.094	72,7
2006	4.883.852	1.251.365	25,6	607.180	12,4	502.826	10,3	141.359	2,9	3.632.487	74,4
2007	5.250.147	1.335.177	25,4	641.094	12,2	550.089	10,5	143.994	2,7	3.914.970	74,6
2008	5.808.017	1.552.953	26,7	698.319	12,0	710.175	12,2	144.459	2,5	4.255.064	73,3
2009	5.954.021	1.523.864	25,6	839.397	14,1	566.204	9,5	118.263	2,0	4.430.157	74,4
2010	6.379.299	1.643.298	25,8	938.656	14,7	601.112	9,4	103.530	1,6	4.736.001	74,2

Fonte INEP/MEC, 2012, p.39.

Ora, fica claramente demonstrado o porquê de inúmeras instituições privadas terem sido criadas nos últimos 20 anos. Esses dados são reforçados pelas políticas de governo, voltadas ao aumento da renda das classes menos favorecidas e à criação e aperfeiçoamentos de políticas públicas de financiamento de estudos para alunos carentes em IES privadas, como o Programa de Financiamento Estudantil (FIES), e

de programas de custeio do ensino superior em IES privadas, como o Programa Universidade para Todos (PROUNI).

O FIES tem como principal característica o financiamento com juros mais baixos que os praticados pelo mercado, dando possibilidade ao aluno de pagar os seus estudos após a conclusão do curso. Já o PROUNI, carro chefe do Governo Federal no que diz respeito à política de acesso ao ensino superior, foi criado em 2004 e visa atender a população de baixa renda, subsidiando em até 100% o seu estudo em uma IES privada.

É notório o alto investimento do Governo Federal nos últimos anos nesses programas de inserção de alunos carentes em instituições privadas de ensino superior. O GRAF 1 e o GRAF 2 demonstram a evolução no número de bolsas ofertadas entre o ano de 2005 e 2012, sendo que neste último foram mais de 200 mil bolsas.

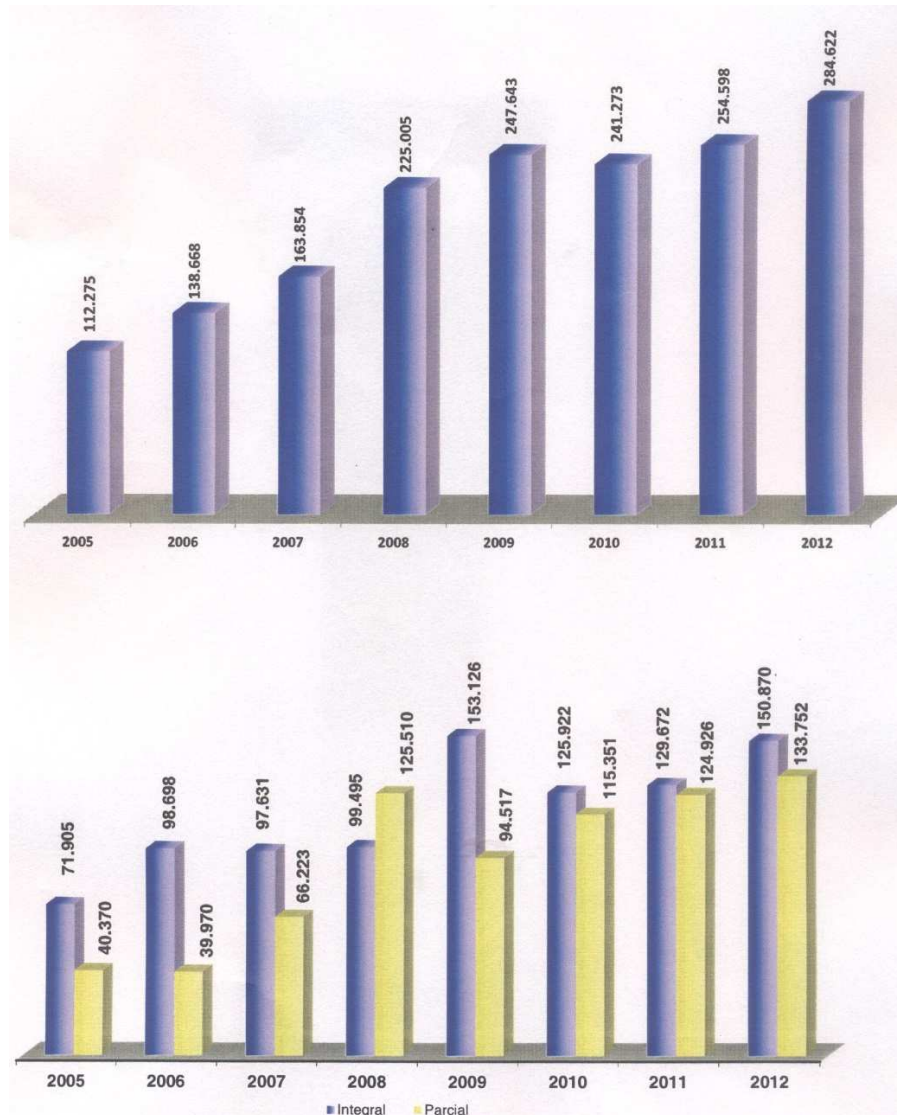


GRÁFICO 1 e 2 – Bolsas ofertadas por anos

Fonte: SISPROUNI 27/06/2012 - PROUNI2005/2012

Importante ressaltar que a maioria destes alunos oriundos de escolas de educação básica públicas, apresenta, hoje, uma enorme defasagem na qualidade da educação recebida no ensino fundamental e médio.

Dessa forma pode-se observar que a demanda pela educação superior atingiu, nas últimas décadas, níveis inéditos no Brasil e o sistema educacional passou e passa por transformações para tentar atender a essa demanda reprimida existente.

O conjunto de ações acima demonstrado revolucionou o acesso ao ensino superior e demandou a enorme necessidade da existência de instituições para atender à essa nova realidade. Fatos que favoreceram a criação de instituições isoladas voltadas para o mercado educacional brasileiro.

Uma vez já abordada a possibilidade do ensino superior ser exercido por instituições privadas, é necessário apresentar o entendimento dessas no âmbito do Direito Empresarial, apresentando as IES organizadas como sociedades anônimas – Pessoas Jurídicas de Direito Privado.

3 AS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR (IES) ORGANIZADAS COMO SOCIEDADES EMPRESARIAIS

É importante abrir um parêntese para situar o que significa pessoas jurídicas. Para Venosa (2008, p. 54) “A pessoa jurídica tem sua origem em uma manifestação humana, em um ato volitivo; quem tiver interesse deve provar que essa pessoa existe e preencher as condições legais de existência”.

Essa abstração jurídica pode ser de direito público ou privado. Por sua vez, as pessoas jurídicas de direito privado, a quem se deve ater neste trabalho, devem ser criadas, observando as espécies previstas no artigo 44⁹ do Código Civil, que traz seis espécies de pessoas jurídicas de direito privado. As espécies elencadas pelo Código Civil são as associações, as sociedades – destacando que estas podem ser cíveis ou empresárias –, as fundações, as organizações religiosas, os partidos políticos e as empresas individuais de responsabilidade limitada.

Diniz (2002, p. 210) afirma: “As pessoas jurídicas de direito privado, instituídas por iniciativa de particulares, conforme o art. 44, I a III, do Código Civil”. Dividem-se em associações, sociedades (simples e empresárias), fundações particulares e partidos políticos (Lei n. 9.096/95, art. 12; CF, art. 17, I a IV, a 49; CC, art. 2.031 a 2.034), que, atualmente, ante o disposto na Magna (art. 17, § 2^o), tem a natureza de associação”.

⁹ Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações.

IV - as organizações religiosas; (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

V - os partidos políticos. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada. (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011) (Vigência)

§ 1^o São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

§ 2^o As disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

§ 3^o Os partidos políticos serão organizados e funcionarão conforme o disposto em lei específica. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

Dessa forma, hoje, diversas podem ser a natureza jurídica das Instituições de Ensino Superior. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação traz, em seu artigo 20¹⁰, a possibilidade do exercício da atividade escolar, por particulares e pessoas jurídicas de direito privado.

Nota-se que a regra trazida no artigo 20, inciso I, é de exclusão. Se não for público, nem apresentar características dos demais incisos, tem-se um estabelecimento particular em sentido estrito.

Dessa forma, uma Instituição de Ensino Superior Privada pode adotar qualquer uma das formas previstas no Código Civil de 2002. Vale trazer a baila alguns exemplos, demonstrando a existência de Instituições de Ensino Superior Organizadas das mais diversas formas admitidas no ordenamento brasileiro.

A Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMINAS) tem natureza jurídica de sociedade civil a Sociedade Mineira de Cultura. Podemos identificar, também, algumas IES organizadas como Associações Cíveis, por exemplo, a Faculdade Arnaldo de Belo Horizonte, cuja mantenedora é a Associação Propagadora Esdeva. Há também fundações como a tradicional Faculdade de Ciências Médicas de Belo Horizonte, mantida pela Fundação Educacional Lucas Machado (FELUMA). Mais recentemente, as instituições de ensino superior, com natureza jurídica de sociedades empresariais, citando, a título de exemplo, diversos grupos atuantes também na capital mineira, como o grupo Kroton – mantenedores da Faculdade Pitágoras –, ou grupo Anima – mantenedores do Centro Universitário de Belo Horizonte (UNIBH) e do Centro Universitário (UNA).

¹⁰ Art. 20. As instituições privadas de ensino se enquadrarão nas seguintes categorias: (Regulamento)

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; (Redação dada pela Lei nº 12.020, de 2009)

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.

Uma instituição de ensino superior ao adotar a natureza de uma sociedade empresarial, será uma sociedade anônima, tendo em vista os preceitos do parágrafo único do artigo 966¹¹ e do parágrafo único do artigo 982¹².

Os referidos dispositivos legais levam a essa interpretação pelo fato de não poder ser considerado empresário quem exerce atividade intelectual de natureza científica, que é o caso das instituições de ensino, salvo se o exercício da mesma constituir elemento de empresa, ou seja, salvo se houver uma organização tal que possa dar à atividade o aspecto empresarial.

Por sua vez, o parágrafo único do artigo 982, traz que a atividade das sociedades anônimas será sempre empresarial. Então, se temos instituições de ensino superior organizadas como sociedades anônimas, elas serão sempre sociedades empresarias. O mesmo não se pode dizer das sociedades limitadas que exercem atividades no ensino superior. A discussão se estas serão empresarias ou não irá de encontro à discussão da abrangência do parágrafo único do artigo 966 do Código Civil.

Essa é a sociedade empresarial cujo capital social está dividido em ações, prevista como uma espécie de sociedade empresarial personificada. É utilizada geralmente para empreendimentos que tendem a envolver valores econômicos de maior vulto, como bancos, siderúrgica, construtoras, montadores de veículos, distribuidoras de energia elétrica, entre outros e, por isso, às vezes assustam quando são organizadas para o desenvolvimento de atividade de prestação de serviço de ensino.

Regida pela Lei 6.404 de 15 de setembro de 1976, é uma espécie de sociedade institucional, ou seja, o seu ato constitutivo não é um contrato social, mas um Estatuto Social. Atrai os empreendedores principalmente pelo profissionalismo e

¹¹ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

¹² Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

transparência que há e permeia em virtude dos preceitos arraigados na lei ora mencionada. Aqui, já podemos observar algo que deve ser destacado neste trabalho.

Tomazette (2012) cita o conceito de Vampré (1922)¹³ e o de Carvalhosa (1997)¹⁴, sobre as sociedades anônimas, observando algumas características.

[...] a sociedade, sem firma social, onde todos Os sócios respondem somente pelo valor das ações, que subscrevem, ou que lhes são cedidas, as quais, por sua vez, podem ceder-se livremente (VAMPRE, 1922 *apud* TOMAZETTE, 2012).

[...] pessoa jurídica de direito privado, de natureza mercantil; em que o capital se divide em ações de livre negociabilidade, limitando-se a responsabilidade dos subscritores ou acionistas ao preço de emissão das ações por eles subscritas (CARVALHOSA, 1997 *apud* TOMAZETTE, 2012, p; 388).

Conforme preceitua o artigo 982 do Código Civil de 2002, já observado acima, a sociedade anônima será sempre empresária. Ela nunca pode ser uma Sociedade Simples.

Tomazette (2012) destaca, ainda, como característica peculiar das sociedades anônimas, a natureza sempre mercantil, qualquer que seja a atividade exercida por ela (art. 2, § 1, da Lei 6.404/76). Com o advento do Código Civil de 2002, abandonou-se a distinção entre atividades civis e comerciais, para chegar-se à distinção entre atividades empresariais e não empresariais. Diante desse novo regime, as sociedades anônimas são sempre sociedades empresárias, não importando qual atividade é efetivamente desenvolvida pela mesma (art. 982, parágrafo único, do Código Civil de 2002).”

Essas podem ser sociedades anônimas de capital fechado ou sociedades anônimas de capital aberto.

Segundo Rubens Requião (2005):

¹³ VAMPRE, Spencer. **Tratado de direito comercial**. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1922, v. 2. P. 10

¹⁴ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei das sociedades anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1997, v.1, p; 4:

O artigo 4º considerou a existência de duas espécies de sociedade anônima. Classificou-as em sociedade anônima de capital aberto e sociedade anônima de capital fechado. A companhia é aberta ou fechada, reza aquele preceito legal, conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação em bolsa ou no mercado de balcão (REQUIÃO, 2006, p. 31).

Dessa forma, uma empresa de capital aberto ou companhia aberta é aquela que, através de registro apropriado junto Comissão de Valores Mobiliários (CVM)¹⁵ está autorizada a ter seus valores mobiliários negociados junto ao público, tanto em bolsas de valores, quanto no mercado de balcão, organizado ou não.

No mundo dos negócios essa situação é mostrada como uma tendência que causa entusiasmo, porque, de um lado, revelam que cada vez mais investidores buscam mais negócios, enquanto, de outro, que as empresas têm maior interesse em captar recursos no mercado de capitais. Estes movimentos resultam em acionistas mais interessados pelos negócios das companhias em si, melhoria dos preços das ações e maior emissão de títulos pelas empresas, o que gera uma vantagem competitiva, pois a possibilidade de conseguir recursos no mercado de capitais de maneira mais flexível faz com que o investimento tenha um retorno certo.

3.1 O processo de abertura de capital

De acordo com informações do site da Bovespa (2011), o número de companhias listadas na Bovespa havia caído de 550, em 1996, para 440, em 2001. O volume negociado recuou para 65 bilhões de dólares, em 2001, de 191 bilhões obtidos, em 1997.

Para sobreviver à crise, a Bovespa criou um segmento especial de listagem de ações de companhias que se comprometeram, de forma voluntária, a adotar práticas

¹⁵ A Comissão de Valores Mobiliários é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Fazenda, instituída pela Lei nº 6.385, de 07/12/196, cujas atribuições são a normatização, regulamentação, desenvolvimento, o controle e a fiscalização do Mercado de Valores Mobiliários do País (CVM. 2011a).

de governança corporativa. Assim, surgiu o Novo Mercado, segundo Silva (2006)¹⁶, com o objetivo de fortalecer o mercado de capitais no Brasil, pois é mais voltado para empresas que desejam abrir capital com o mínimo de 10 milhões, que tenham 500 acionistas e ações ordinárias, que possam convertê-las em ordinárias (PORTAL DO INVESTIDOR, 2011).

Ações são títulos que representam a participação social do capital da empresa e podem ser preferenciais ou ordinárias. As preferenciais não concedem o direito de voto a seu titular, mas oferecem preferência na distribuição de resultados ou no reembolso do capital em caso de dissolução da empresa. As ordinárias conferem a seu titular o direito a voto na assembleia de acionistas da empresa, aprovando demonstrações financeiras, elegendo os membros da diretoria e determinando as principais destinações de recursos e debêntures (OLIVEIRA, 2006; SILVA, 2006; PORTAL DO INVESTIDOR, 2011).

As bolsas de valores são instituições civis sem fins lucrativos que tem funções de interesse público e seu principal objetivo é manter o local ou sistema de negociação eletrônico adequado para as negociações e venda de títulos nela registrados (OLIVEIRA, 2006; SILVA, 2006; BOVESPA, 2011; PORTAL DO INVESTIDOR, 2011).

De acordo com Lemes Junior, Rigo e Cherobin (2005, p. 262), o patrimônio dessas bolsas são os títulos patrimoniais que pertencem às sociedades corretoras membro. Atuando como auxiliadoras da CVM, as sociedades corretoras são instituições financeiras que compram, vendem e distribuem títulos e valores imobiliários por conta própria ou de terceiros.

¹⁶ Silva (2006) ressalta que a ideia que guiou o surgimento do Novo Mercado parte da constatação de que, dentre os inúmeros fatores que contribuíam para a fragilidade do mercado de capitais brasileiro, não havia proteção para os acionistas minoritários. Os investidores acreditavam correr riscos que não estavam apenas associados ao negócio da companhia. Isso fazia com que eles aplicassem pesados descontos sobre os preços das ações, reduzindo, assim, seu valor de mercado. Dois estágios intermediários são criados: o Nível I e o Nível II. Juntos com o Novo Mercado, eles estabelecem regras para melhorar a divulgação de informações nos direitos dos acionistas e na governança das companhias.

Focamos no mercado de ações das IES que começaram a abrir seu capital desde o final de 2005, diante da onda de fusões e aquisições de empresas, entendida pelos autores Lemes Júnior, Rigo e Cherobim (2005, p. 515), como “estratégias de expansão de negócios que podem alterar substancialmente o cenário no qual as companhias competem”.

O exemplo da compra do controle da Anhembí, no final de 2005 (que aconteceu antes do *Initial Public Offering* (IPO)¹⁷ da Anhanguera), foi a primeira grande transação do setor (ESTRADA, 2011).

De acordo com a CM Consultoria (2011a, p. 2), as IES privadas atuam em um mercado altamente competitivo e ao mesmo tempo fragmentado. Enquanto 15 IES são detentoras de aproximadamente 25% do mercado (1 milhão de matrículas), 62,4% têm até 1.000 matrículas, 27,6% detêm de 1.001 a 5.000 matrículas e apenas 9,9% das IES privadas brasileiras detêm mais de 5.000 alunos matriculados.

Esses dados levam a crer que o setor das IES no Brasil vem crescendo e “as mudanças neste negócio tendem a se acirrar e a desencadear novos formatos de negócios”. Em Estrada (2011, p.1), fundos de investimento privado (nacionais e estrangeiros) se interessam pelo setor pela percepção de que “educação é um serviço imprescindível para atender a necessidade dos setores secundário e terciário”.

Para que uma empresa possa se candidatar ao processo de abertura de capital, ela deve estar constituída na forma jurídica de uma sociedade anônima, de acordo com o que preceitua a Lei 10.303 de 31 de outubro de 2001, que altera e acrescenta dispositivos na Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, e na Lei nº 6.385 de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários.

A abertura plena do capital se dá com o lançamento de ações junto ao público, dado o volume de negócios resultante e as transformações por que passa a companhia.

¹⁷ Primeira vez em que as ações da empresa são oferecidas ao público.

Uma empresa aberta amplia de forma dramática seu círculo econômico e social de relacionamento, o qual, nas empresas fechadas, geralmente se restringe a empregados, fornecedores, bancos e clientes. A abrangência desse relacionamento implica uma exposição pública de suas decisões de negócios e de planejamento muito maior.

As razões que levam uma empresa a considerar a abertura de seu capital são determinantes na escolha do tipo de valor mobiliário a ser emitido, do tipo de lançamento a ser feito e do tipo de investidor mais apropriado aos seus objetivos.

O status de companhia aberta não se restringe apenas às grandes companhias. A Comissão de Valores Mobiliários vem, inclusive, envidando esforços no sentido de regulamentar, criar e incentivar uma estrutura específica para negociação de títulos emitidos por empresas de pequeno e médio porte, o chamado Mercado de Balcão Organizado, como também o Fundo Mútuo de Investimento em Empresas Emergentes.

O processo de abertura de capital de uma empresa requer o pedido de registro da empresa como companhia aberta para que seus títulos possam ser negociados em bolsa ou mercado de balcão. Concomitantemente com o pedido de abertura de capital é possível ser solicitado o registro e a autorização para a distribuição de novos valores mobiliários através de subscrição pública (*underwriting*), sendo o processo de análise, o registro e o deferimento efetuados segundo os ditames das Instruções CVM N^{os} 13/80 e 202/93 (CVM, 2011b).

De acordo com a CVM (2011b), esse processo exige o cumprimento de uma série de etapas, semelhantes para os diversos valores mobiliários, a saber:

- Análise preliminar;
- Contratação de Auditoria Externa Independente;
- Contratação de Intermediário Financeiro;
- Adaptação dos Estatutos;
- Contrato de Coordenação e Distribuição;

- AGE deliberativa da operação = Autorização da Assembleia Geral;
- Nomeação de um Diretor de Relações com Investidores;
- Criação de uma área de atendimento aos acionistas/debenturistas;
- Processos de obtenção dos registros na CVM (registro da emissão e registro de companhia);
- Processo de registro da empresa em Bolsa de Valores ou no Mercado de Balcão Organizado;
- Anúncio de início de distribuição pública; e
- Anúncio de encerramento de distribuição pública (CVM, 2011b, p. 6).

Esse tipo de reestruturação societária apresenta soluções para problemas relativos à estratégia empresarial, partilhas de heranças e processos sucessórios podem ser equacionados através de uma abertura de capital, orientado por especialistas em questões societárias que estão aptos a apresentar inúmeras alternativas, de acordo com os parâmetros desejados de independência gerencial e eficiência fiscal. Por outro lado, o status de companhia aberta tende a facilitar as associações internacionais.

Em relação à gestão profissional, a abertura de capital leva à aceleração da profissionalização da companhia. Inicialmente, esse processo é consequência das disposições legais, dada a eleição de conselheiros representantes dos novos acionistas e a exigência da figura do Diretor de Relações com Investidores (DRI).

Uma administração profissionalizada é um dos pontos que mais interessa ao investidor, dada à necessidade de treinamento profissional dos ocupantes de cargos de direção.

Quanto ao relacionamento com funcionários, a abertura do capital de uma empresa pode ser feita também para seus funcionários. Esse é um procedimento muito utilizado no mercado internacional e que começou a surgir no mercado brasileiro, sobretudo no Programa Nacional de Desestatização.

Como vantagens para a empresa nesse processo têm-se (QUAD. 1):

QUADRO 1
Vantagens para a Empresa

1. Ampliação da base de captação de recursos financeiros e de seu potencial de crescimento.	<p>Acesso ao mercado de capitais do País, para captação de recursos destinados ao financiamento de projetos, expansão, mudança de escala ou diversificação de seus negócios, ou mesmo à reestruturação de seus passivos financeiros.</p> <p>A captação de recursos através do lançamento de valores mobiliários é uma alternativa aos financiamentos bancários, viabilizando o acesso a investidores potenciais, não só no Brasil, como no exterior, tendo em vista a possibilidade de captação de recursos externos, através de processos de lançamento de recibos de depósito negociáveis nos mercados de capitais de outros países, com aprovação da CVM e do Banco Central.</p>
2. Maior flexibilidade estratégica - liquidez patrimonial	<p>Margem para administração de sua estrutura de capital, balanceando as relações entre capital acionário e de terceiros, e, conseqüentemente, seu risco empresarial.</p> <p>Os acionistas controladores aumentam a liquidez do seu patrimônio, através da oportunidade de negociação de sua participação na empresa, que tende a se valorizar ao longo do tempo pela diversificação de compradores, sobretudo investidores institucionais, nacionais ou estrangeiros.</p>
3. Imagem institucional - maior exposição ao mercado	<p>A transparência e confiabilidade exigidas nas suas informações básicas facilitam os negócios, atraindo o consumidor final, gerando maior presença e prestígio no mercado.</p> <p>Uma companhia aberta tende a ter um diferencial competitivo e melhoria de imagem institucional. Quando recorre ao endividamento bancário, por exemplo, seu custo financeiro é normalmente inferior ao de uma companhia fechada.</p>

Fonte: CVM, 2011c, p. 2.

E como desvantagens, podem-se apontar os custos. Eles estão associados ao processo de abertura de capital, à remuneração do capital dos novos acionistas (política de dividendos) e à administração de um sistema de informações específico para o controle da propriedade da empresa e tendem a se diluir em função das vantagens agregadas.

Entre esses custos, destacam-se: manutenção de um Departamento de Acionistas, manutenção de um Departamento de Relações com Investidores, que poderá incorporar o Departamento de Acionistas (este setor deve se incumbir de centralizar todas as informações internas a serem fornecidas ao mercado, integrando e

sistematizando esse conjunto de informações, contratação de empresa especializada em emissão de ações escriturais, custódia de debêntures, serviços de planejamento, serviços de corretagem e *underwriting*), taxas da CVM e das Bolsas de Valores, contratação de serviços de auditores independentes mais abrangentes do que aqueles exigidos para as demais companhias e, por fim, divulgação de informação sistemática ao mercado sobre as atividades da empresa.

Em relação à qualidade da informação, é necessário o atendimento às normas mais específicas e rigorosas, no que tange aos procedimentos e princípios contábeis, de auditoria e de divulgação de demonstrações financeiras, quando contrapostos aos benefícios oriundos do status de companhia aberta, que tende também a se diluir.

Os custos inerentes à abertura de capital são os legais e institucionais (pagamento de taxas, anuidades, serviços e afins, em atendimento às exigências legais), os de publicação, publicidade e marketing (gastos com o prospecto e com a divulgação da operação no mercado), os de Intermediação Financeira (remuneração dos trabalhos de coordenação, eventual garantia e distribuição) e os internos (alocação de pessoal para acompanhamento do processo, montagem de estrutura interna para dar suporte à abertura).

A decisão de abrir o capital deve se subordinar a uma análise de sua viabilidade, demonstrando, para um dado nível de atividade da empresa, ser mais conveniente incidir nos custos relativos à abertura do capital do que buscar esses recursos através de endividamento, ou poder combinar as duas possibilidades, tanto de captar capital próprio no mercado como também de recorrer ao endividamento.

Os seguintes documentos são necessários para o registro:

- Atas da Assembleia Geral e da reunião do Conselho de Administração que deliberaram sobre a emissão, informando a data e os jornais de suas publicações, com cópia dos anúncios de suas convocações;
- Requerimento à CVM, assinado pelo Diretor de Relações com Investidores, descrevendo as principais características da operação;
- Lista das instituições financeiras participantes do consórcio de distribuição;

- Contrato de distribuição assinado com a instituição coordenadora;
- Contrato de subdistribuição;
- Justificativa do preço de emissão;
- Informação sobre o destino dos recursos. Dependendo do volume de recursos a serem captados, a critério da CVM, poderá ser solicitada a análise de viabilidade do projeto no qual os recursos serão aplicados;
- Escritura pública de emissão das debêntures, registrada em cartório de registro de imóveis da sede da empresa, indicando o agente fiduciário e a declaração de não impedimento do mesmo;
- Escritura pública de constituição de garantia imobiliária, registrada em cartório de registro de imóveis da cidade de localização do imóvel dado em garantia, se for o caso;
- Três vias do prospecto da distribuição, indicando a quantidade a ser impressa e os locais onde estarão disponíveis;
- Minuta dos anúncios de início e encerramento da distribuição;
- Autorização da CETIP, no caso da negociação das debêntures no Sistema Nacional de Debêntures;
- Modelo de certificado/cautela (debêntures);
- Contrato com a instituição financeira responsável pelo controle das ações escriturais, se for o caso; e
- Cópia do boletim de subscrição.

Os documentos já apresentados dizem respeito apenas àqueles referentes à emissão pública de valores mobiliários, supondo-se que a empresa emissora já seja companhia aberta, Caso contrário, ela deverá atender simultaneamente às exigências para seu registro como companhia aberta.

Para o registro de Emissão, além de abrir seu capital, a empresa, para captar recursos através da distribuição pública de valores mobiliários, deverá cumprir os seguintes requisitos:

- Autorização do Conselho de Administração, se for o caso de lançamento de ações relativas ao capital autorizado, dentro das funções estatutárias do Conselho;
- Autorização da Assembleia Geral, que designará o agente fiduciário, se for o caso do lançamento de debêntures;
- Autorização da Assembleia Geral de acionistas para aumentar o capital social;
- Contratação de instituição financeira para a coordenação do lançamento dos títulos, onde se destaca o tipo de operação (firme, com aquisição das sobras, com melhores esforços) e seus custos;
- Plano de marketing do lançamento, se for o caso;
- Formação do consórcio de distribuição dos títulos; e
- Seleção e contratação do agente fiduciário, para o caso de debêntures.

A partir da concessão do registro, a empresa fica obrigada a efetuar sua atualização através da apresentação sistemática: 1) das demonstrações financeiras, 2) das informações anuais e 3) das informações trimestrais, também, deverá comunicar prontamente à CVM quaisquer informações relevantes a respeito dos seus negócios, nos termos dos artigos 13 a 17 da Instrução CVM Nº 202/93.

Para Lemes Junior, Rigo e Cherobin (2005), o interesse do capital aberto com a venda de ações traz inúmeros benefícios também para os acionistas, pois uma ação dá aos seus proprietários diversos direitos tais como: dividendos (parte dos lucros pagos em dinheiro); bonificação ou distribuição gratuita de novas ações aos acionistas; distribuição gratuita de novas ações aos acionistas pela diluição do capital com maior número de ações para prover mais liquidez à ação; agrupamento ou transformação de várias ações em uma, com o aumento do valor patrimonial da

ação; juros sobre o capital próprio; bônus de subscrição ou o direito dado ao acionista de subscrever novas ações proporcionais ao seu capital, a um preço menor que o de mercado, entre outras.

Desse modo, é importante para as empresas incluírem um processo de abertura de capital direcionado aos novos cenários que trouxeram o conceito de governança corporativa. Essa propicia segurança aos investidores, porque valoriza as empresas e reduz o custo de captação. O sucesso da prática é que vai permitir que os benefícios da abertura de capital se estendam sobre um número maior de empresas atraídas e atraentes. A valorização das empresas e a redução dos custos de captação já são componentes mensuráveis, com razoável grau de certeza, mas a consolidação do modelo depende da constatação de sucesso pelo mercado e do fortalecimento da confiança mútua (OLIVEIRA, 2006; FONTES FILHO e BALASSIANO, 2004).

3.2 O cenário de abertura de capital na Instituição de Ensino Superior (IES) no Brasil

Uma questão importante é a qualidade do ensino na IES que abriu seu capital.

Gramani (2008, p. 438) ressalta a questão da qualidade do ensino superior após a abertura de capital, mencionando a publicação no *Jornal da USP*¹⁸, em que declarou que o “objetivo dos acionistas é adquirir instituições de ensino superior particulares, injetar recursos nelas, valorizá-las e, finalmente, revendê-las a preços multiplicados”. Uma pesquisa de Dietschi e Nascimento (2008)¹⁹, feita a partir da aplicação de um questionário respondido por 77 empresas, 34 abertas e 43 fechadas, teve como conclusão “que as empresas abertas atribuem maior importância ao fator financeiro do que aos demais fatores, uma vez que 76,5% desse grupo de empresas atribuíram grau de importância ‘muito elevado’ ao fator financeiro”. Diante desses dados, a prioridade de uma IES ser aberta para ter uma rentabilidade em curto prazo ou reduzir custos significa reduzir qualidade, pois afeta os seguintes investimentos:

¹⁸ LEÃO, I.; SENADOR, D. P. Academia atenta às demandas da sociedade. *Jornal da USP*, São Paulo, ano 18, n. 656, set. 2003. Disponível em: <<http://www.usp.br/jorusp/arquivo/2003/jusp656/pag0607.htm>>. Acesso em: 21 ago. 2008.

¹⁹ DIETSCHI, D. A.; NASCIMENTO, A. M. Um estudo sobre a aderência do *balanced scorecard* às empresas abertas e fechadas. **Revista Contabilidade e Finanças**, São Paulo, v. 19 n. 46, p. 73-85, 2008.

- investimentos em infraestrutura;
- investimentos para a implantação adequada do plano de desenvolvimento institucional;
- incentivo à pesquisa;
- incentivos à qualificação dos recursos humanos e
- investimentos em bibliotecas, laboratórios, equipamentos e materiais (GRAMANI, 2008, p. 441).

Para contrapor essa situação, sistemas de avaliações de cursos de graduação foram propostos. O primeiro deles, o Programa de Avaliação Institucional das Universidades Brasileiras – PAIUB, em 1993, não conseguiu cumprir o objetivo de servir como um instrumento efetivo de medida sobre a produtividade do Ensino Superior brasileiro. O segundo, implantado em 1996, no governo Fernando Henrique Cardoso, constituído pelo Exame Nacional de Cursos – ENC (Provão) e pela Avaliação das Condições de Oferta, “consistia de visitas *in loco* nas instituições de ensino, conceituando os seguintes quesitos: qualificação do corpo docente, organização didático-pedagógica e instalações”. O terceiro, o Sistema Nacional de Avaliação do Ensino Superior – SINAES, através da Lei nº 10.861 de 2004, criado no governo Luiz Inácio Lula da Silva, com o objetivo de “traçar um panorama da qualidade dos cursos e instituições de ensino superior no Brasil” (GRAMANI, 2008, p. 443).

No entanto, Gramani (2008, p. 452) conclui que, mesmo que o governo seja “insuficiente como provedor deste setor, a abertura de capital no ensino superior pode ser extremamente vantajosa para a educação superior”. A autora atenta para um ponto que deve ser discutido: a percepção dos investidores sobre “os possíveis desencontros entre o planejamento estratégico e o operacional da IES”, pois a qualidade dos cursos deve estar em alta para não ocorrer o risco de serem desativados.

Para tanto, os indicadores que podem levar a possíveis riscos à qualidade de uma IES são: planejamento estratégico e operacional desagregados; grande quantidade de docentes; falta de investimento no conhecimento; uma relação precária com os investidores; o aumento da competitividade no mercado da educação superior (concorrência); o número de aquisições se tornar alto demais e a evasão de alunos. Após o entendimento dos possíveis indicadores de risco a administração de uma IES, deve-se ter em mente uma relação entre metas estratégicas e ações

educacionais que contribuam cada vez mais para uma melhor qualidade de ensino (GRAMANI, 2008).

O crescimento de abertura de capital das IES está na atenção a uma gestão financeira profissional, a um modelo acadêmico padronizado, à capacidade de aquisições, à gestão de marcas e a um tempo mínimo de maturação dos investimentos.

Além disso, a oferta de cursos que apresentam novas demandas para cada região do País com mensalidades apropriadas tem sido o principal motivo para a venda de IES privadas para investidores internacionais. Esse processo vem sendo denominado de “desnacionalização do ensino superior”, assunto polêmico e atual, diante da ideia de que isso pode significar apenas “uma transação para o capital especulativo internacional, interessado somente em grandes lucros” (ESTRADA, 2011, p. 1).

Em resumo ao movimento das IES privadas quanto às fusões e aquisições no ensino superior, tem-se (TAB. 3):

TABELA 6
Resumo das fusões nas IES

Grupo comprador	[Número de instituições adquiridas]	Quantidades de cidades envolvidas	Montante das aquisições	Média FV/Alunos	Total de alunos envolvidos
Advant Internacional ^{1,3}	01	01	R\$ 280.000.000,00	-	699.813
Anhanguera Educacional	26	29	R\$ 911.326.479,18	R\$ 1.302,24	15.000
Grupo ANIMA	01	01	-	-	3.500
Capital Internacional ^{1,3}	02	03	R\$ 130.000.000,00	R\$ 37.143	3.000
Cartesian Capital Group ^{1,3}	01	01	-	-	211.00
Civita (Abril Educação)	01	-	R\$ 450.000.000,00	-	7.000
Cruzeiro do Sul	01	01	-	-	5.000
DeVry University ²	01	01	-	-	69.701
Estácio Participações	12	15	R\$ 176.690.126,00	R\$2.534,97	-
Faculdade Montes Belos	01	01	-	-	-
GP Investimentos ¹	01	01	R\$ 259.330.720,00	R\$ 1.297	200.000
Grupo Britânico Pearson ²	-	-	R\$ 900.000.000,00	-	-
SEB S.A. ⁴	12	12	R\$ 172.235.026,00	R\$ 1.301	132.413
Grupo Campos de Andrade	02	02	-	-	53.000
Grupo Saggin de Educação	01	01	R\$ 50.000.000,00	R\$ 38.461,54	1.300
Grupo IUNI	04	03	R\$ 50.000.000,00	R\$ 3.425	14.600
Kroton Participações	13	24	R\$ 419.451.200,00	R\$ 6.167,04	68.015
Laureate Education Inc. ²	03	03	R\$ 159.000.000,00	R\$ 7.004,41	22.700
Multi Brasil S.A.	-	-	R\$ 83.700.000,00	R\$ 837	100.000
UNIESP ³	04	04	-	-	1.320
UNOESC ³	01	01	R\$ 13.300.000,00	-	-
Total geral	88	104	R\$ 4.055.033; 551,18	R\$ 2.522,79	1.607.362

Nota: Transações divulgadas na imprensa e sites de relacionamento com investidores. Não inclui acordos,

1 Fundo Privaty Equity

2 Grupo Internacional

3 Não informa a totalidade dos alunos envolvidos

Pertence ao grupo PEARSON

Fonte: CM, 2001b, p. 3

A Anhanguera Educacional SA foi a primeira instituição de ensino superior da América Latina a abrir capital na Bolsa de Valores, seguida pela SEB Participações, pela Kroton Educacional e pela Estácio Participações.

Estrada (2011, p. 1) comenta que, no Brasil, “a Laureate estabeleceu escritório em São Paulo, e vem contratando executivos de peso, num claro processo de preparação para algo maior”, com vistas a ter um nome forte no mercado das IES. Em 2007, comprou a UnP (Universidade Potiguar), uma instituição do nordeste, que permitiu sua presença nas cidades de Natal, Recife e João Pessoa e, recentemente, a Laureate comprou a *Business School* São Paulo, revelando uma competição com a FGV20 e o IBMEC²¹.

Osman (2011, p. 1) acrescenta que a Anhanguera obteve a expectativa de fechar 2008 com R\$ 600 milhões. Diante da opinião do seu fundador, o professor de matemática Antonio Carbonari Netto atribuiu o sucesso ao modelo de negócio inovador, a partir de uma fórmula que misturou uma “gestão racional de recursos e remuneração baseada na eficiência e na meritocracia”.

Sempre soube que havia espaço para um projeto educacional que conjugasse qualidade com baixo custo e tivesse como foco os jovens das classes C e D [...]. Há 14 anos, a Anhanguera Educacional era apenas uma faculdade situada em Leme (SP), mas hoje é uma potência do setor de educação privada, com 145 mil alunos (NETTO *apud* OSMAN, 2011, p. 1).

Nesse contexto, o Estado deve conciliar a questão comercial com a internacionalização da educação, mesmo porque a produção do conhecimento, o intercâmbio de experiências e cooperação internacional são itens que, com certeza, podem ampliar a qualidade do ensino e do saber no Brasil. Onde o aluno é o maior beneficiado como consumidor desse serviço, o que é apresentado a seguir.

²⁰ A Fundação Getúlio Vargas, fundada em 1944 tem o objetivo de ser um centro voltado para o desenvolvimento intelectual do Brasil, com foco na economia, na administração pública e empresarial e na história do país. <http://www5.fgv.br/fgvonline/cdp/gestaopraticadalogistica/institucional.asp>

²¹ Fundado na década de 70, o Ibmecc é um dos mais importantes centros de ensino e pesquisa direcionados a negócios, finanças, mercado de capitais, economia, direito, administração e marketing. <http://posgraduacao.ibmec.br/bh/sobre/>

4 DIREITOS DO CONSUMIDOR E AS RELAÇÕES DE CONSUMO

4.1 Evolução do Direito do Consumidor

Andrade (2007) cita o Código de Hamurábi (2.083 a.C.), o Código de Manu e as Leis dos romanos, como exemplo de legislações que demonstravam preocupação com a situação da parte mais débil da relação, mesmo não existindo ainda as designações fornecedor e consumidor. Em suas palavras:

Alguma preocupação com a proteção do “consumidor” pode ser encontrada já no Código de Hamurábi (2083 a.C.), cujo art. 233 previa que *‘se um pedreiro construiu uma casa para um homem livre e não executou o trabalho adequadamente e o muro ruiu, esse pedreiro fortificará o muro às suas custas’* (ANDRADE, 2007, p. 25).

O Código de Manu, por sua vez, continha previsão de multa e ressarcimento do dano para os que adulterassem gêneros (art. 697) ou entregassem coisa de espécie inferior à combinada, ou vendessem bens de igual natureza por preços diferentes (art. 698) (ANDRADE, 2007, p. 26).

Entre os romanos existia para a proteção do comprador de coisa portadora de defeito oculto as ações *redhibitoria* e a *actio quanti minoris* (ou *actio aestimatoria*). Á época de Justiniano o vendedor era obrigado a ressarcir ao comprador os prejuízos oriundos de vícios da coisa vendida, ainda que não os conhecesse (ANDRADE, 2007, p. 26).

Os primeiros sinais de preocupação com o consumidor surgiram nos Estados Unidos da América, quando, o então presidente norte americano, John Fitzgerald Kennedy realizou um discurso no qual demonstrou grande preocupação com o desenvolver do capitalismo e as consequências que isso poderia gerar aos consumidores (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2008).

A elaboração de normas sobre o consumo fazia-se necessária justamente onde este se apresentava de forma mais intensa, ou seja, nos países capitalistas desenvolvidos.

Analisando os ensinamentos acima expostos, pode-se inferir que diversos institutos jurídicos existentes, hoje, no atual CDC brasileiro são, praticamente, reproduções de institutos já utilizados a milhares de anos por outras civilizações e que, desde

priscas eras, já existia uma preocupação em se proteger a parte mais débil, mais vulnerável de uma relação.

No Brasil, o Código de Proteção ao Consumidor completou sua “maioridade” a pouquíssimo tempo, mais precisamente em 11 de setembro de 2008.

O Brasil, a bem da verdade, não acompanhou o ritmo evolutivo dos Estados Unidos da América, nem dos países Europeus, e introduziu a aludida disciplina, de forma expressa, somente após a promulgação da Constituição de 1988, quase trinta anos após o discurso de John Fitzgerald Kennedy²² (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2008).

Possivelmente, o constituinte originário de 1988 acatou o pensamento ditado pela Organização das Nações Unidas (ONU) no ano de 1985, que alocou os direitos do consumidor como parte integrante de sua declaração e os classificou como “direitos fundamentais de 3ª (terceira) geração”.

De acordo com os ensinamentos de Garcia (2008), a maioria da doutrina identifica três gerações de direitos fundamentais, existindo alguns doutrinadores que reconhecem a existência de uma 4ª (quarta) geração e alguns outros que reconhecem, ainda, a existência de uma 5ª (quinta) geração de direitos fundamentais.

Importante destacar que Lenza (2008) ressalta existir uma preferência, dos doutrinadores modernos, pela expressão “dimensões” dos direitos fundamentais ao invés da expressão “gerações” dos direitos fundamentais.

Sendo assim, os direitos de 3ª “dimensão” são aqueles que transcendem a esfera do individual, ou seja, são os direitos da coletividade, como o direito a um meio ambiente devidamente equilibrado, direito de proteção dos consumidores, dentre outros.

Dessa forma, fica claro que o Brasil somente se preocupou, de forma efetiva, com a tutela dos consumidores após promulgação da Constituição de 1988, provavelmente acatando, como dito antes, o pensamento ditado pela ONU, no ano de 1985.

²² Kennedy tomou posse da presidência dos Estados Unidos a 20 de janeiro de 1961.

Com efeito, somente a partir de 1988 que houve uma preocupação, efetiva e expressa, com a tutela dos consumidores, vez que, antes dessa data, existiam apenas alguns diplomas que protegiam o consumidor, mas essa proteção se dava, a bem da verdade, de forma indireta, como é demonstrado a seguir.

4.2 Direito do Consumidor na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

A CR/88 em três momentos distintos fez menção ao consumidor, a saber;

Art. 5º, XXXII, CF/88: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (BRASIL, CR/1988).

Art. 170, V, CF/88: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V - defesa do consumidor”;

Art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CF/88: “O Congresso Nacional, dentre de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor” (BRASIL, CR/1988).

A CF/88 assegurou a proteção do consumidor, tanto como direito fundamental, inserido no art. 5º, XXXII, quanto como princípio da ordem econômica nacional, insculpido no art. 170, V.

Merece transcrição, com o escopo de corroborar o que foi afirmado nos parágrafos acima, diante da seguinte lição de Garcia (2008):

A Constituição Federal de 1988, incorporando uma tendência mundial de influência do direito público sobre o direito privado, chamado pela doutrina de “constitucionalização do direito civil” ou de “direito civil constitucional”, adotou como princípio fundamental, estampado no art. 5º, XXXII, “a defesa do consumidor” (GARCIA, 2008, p. 2).

E o doutrinador finaliza dizendo:

A Constituição Federal, também de forma inovadora, introduziu a figura do consumidor como agente econômico e social, estabelecendo de forma expressa como princípio da ordem econômica a “defesa do consumidor” (art. 170, V), possibilitando a intervenção do Estado nas relações privadas, de modo a garantir os direitos fundamentais dos cidadãos (GARCIA, 2008, p. 6).

Também importa destacar as lições de Marques (2008, p. 66), quando diz que “A Constituição é a garantia e o limite de um direito privado construído sob seu sistema de valores, o qual inclui a defesa do consumidor”.

Como visto acima, o constituinte originário estabeleceu, no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias²³, que o Congresso Nacional (CN) deveria elaborar um código de proteção ao consumidor até o início de março de 1989. O Poder Legislativo, com certo atraso, elaborou a referida codificação em 11 de setembro de 1990.

4.3 O Direito do Consumidor: Norma Pública ou Privada? Lei Ordinária ou Codificação?

O Direito, por muito tempo, recebeu uma classificação dicotômica. Era comum a praxe de dividi-lo em duas espécies, a saber: direito público e direito privado.

A aludida classificação deve ser arrogada a Jean Domat, como bem observa Pedro Lenza (2008):

Referida classificação dicotômica pode ser atribuída a Jean Domat (afastando-se daqueles que a imputam ao Direito Romano), que foi quem separou, pela primeira vez, as leis civis das leis públicas e cuja obra influenciou a elaboração do Código de Napoleão de 1804, despertando a denominada Era da Codificação, que conferiu ao Código Civil a natureza de verdadeira constituição privada, regulando as relações particulares, as regras sobre a família, a propriedade, o estado civil, a capacidade, etc. (LENZA, 2008, p. 1).

É primordial termos em mente o fato de que a classificação do Direito em ramos, em espécies, em segmentos, é meramente didática, eis que o Direito é um só, uno, indecomponível, é um imenso sistema que se entrelaça, em que tudo, porém, harmoniza-se.

Utilizando os parâmetros estipulados pela aludida classificação, apenas com fins didáticos, como dito acima, percebe-se que o direito do consumidor não se aloca, em sua totalidade, nem na espécie de direito privado, nem na espécie de direito público, vez que recebe influência direta de ambos os ramos.

²³ Art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CF/88: “O Congresso Nacional, dentre de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

É bom atentar para o fato de que existe uma tendência hodierna do direito público de influenciar diretamente o direito privado. É o que é conhecido por “direito civil constitucional” (LENZA, 2008, p. 2).

O abarcamento da tutela do consumidor, como direito fundamental insculpido no art. 5º, XXXII, da Carta Magna²⁴, demonstra nitidamente essa tendência, na qual normas de direito privado sofrem forte influência de normas de direito público.

A ingerência de normas de direito público sobre normas de direito privado é a conhecida teoria da “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” (LENZA, 2008, p. 592).

Sendo assim, o direito do consumidor pode ser considerado como uma disciplina que se situa em zona intermediária entre o direito público e o direito privado. Possui características atribuídas tanto às disciplinas pertencentes ao direito público, quanto características de disciplinas pertencentes ao direito privado.

Por isso mesmo, o próprio CDC, em seu art. 1º²⁵, diz que as normas presentes em tal codificação são de ordem pública e interesse social, ou seja, normas privadas indisponíveis.

Outro ponto que deve ser abordado, mas por mero apego ao tecnicismo, é o fato de, a todo instante, desde o início de nosso trabalho, estarmos nos referindo à Lei 8.078/90 como “Código de Defesa do Consumidor”.

Mas o referido diploma legal é realmente um código ou é uma lei ordinária? Apegando-se ao excesso de formalismo, o CDC é, na verdade, uma lei ordinária, vez que não foi aprovado sob a forma de codificação, como poderia ter sido.

Porém, esse dado é apenas para fins de conhecimento, vez que o diploma em comento é uma lei de ordem pública e interesse social, de extrema importância e valia nos dias de hoje. O CDC, por sua grande importância, deve ser considerado, na verdade, como um microsistema, que foi dividido em 6 (seis) Títulos (I – Dos Direitos do Consumidor; II – Das infrações penais; III – Da defesa do consumidor em

²⁴ Art. 5º, XXXII, CF: o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

²⁵ Art. 1º, CDC: O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

juízo; IV – Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor; V – Da convenção coletiva de consumo; e VI – Disposições Finais), pelos quais procura propiciar a mais completa e eficaz tutela ao consumidor.

5 OS ELEMENTOS QUE COMPÕE A RELAÇÃO DE CONSUMO

Apesar da CR/88 ser, no Brasil, o primeiro diploma irradiador de proteção, direta e expressa, do consumidor, ela não definiu quem são as partes componentes de uma relação de consumo, logo se tem que recorrer ao CDC para obter tais definições.

5.1 Consumidor

Com a promulgação do Diploma Consumerista, em 1990, surgiu no Brasil duas correntes doutrinárias que procuraram definir quem é, a bem da verdade, consumidor. São elas: corrente maximalista e corrente finalista.

A corrente maximalista, que, diga-se de antemão, é a corrente minoritária, doutrina que a expressão “destinatário final” deve ser interpretada da forma mais ampla possível. Para os maximalistas o simples fato de uma pessoa retirar o produto da cadeia de consumo já faz surgir a figura do consumidor, pouco importando se há consumo intermediário ou não, ou seja, se o produto será utilizado para produzir novas riquezas ou não.

Como ensina Marques (2008):

[...] os maximalista viam nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não profissional. O CDC seria um código geral sobre o consumo, um código para a sociedade de consumo, que instituiu normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, consome, por exemplo a fabrica de toalhas que compra algodão para reutilizar e a destrói (MARQUES, 2008, p. 69).

Para essa corrente, pouco importa se a pessoa física ou jurídica aufere, ou não, lucratividade com a retirada do produto da cadeia de consumo. O simples fato de uma pessoa retirar o produto da “cadeia” já faz com que ela seja considerada consumidora.

Noutro giro, interpretando a expressão “destinatário final” de maneira mais restrita, existe a corrente finalista, que é a majoritária.

Marques (2008) ainda ensina que:

Destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida “destinação final” do produto ou do serviço, ou, como afirma o STJ, haveria consumo intermediário, ainda dentro das cadeias de produção e de distribuição (MARQUES, 2008, p. 69).

E arremata dizendo que:

Esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Parece-me que, restringido o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurado um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída em casos em que o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo, e não sobre os casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o direito comercial já lhes concede. (MARQUES, 2008, p. 69).

Para essa corrente, em contraposição ao que pretendem os maximalistas, para ser considerado destinatário final de um produto, não é apenas retirá-lo da cadeia, mas sim retirá-lo da cadeia e não utilizá-lo com propósitos de revenda ou produção de novas riquezas, ou seja, utilizar o produto para uso próprio.

Porém por ser o Direito uma disciplina dinâmica, não uma dogmática estática, eis que a sociedade muda, o mundo muda, as coisas se transformam e, desde início de 2002, com o escopo de resolver casos considerados mais complexos, o Superior Tribunal de Justiça criou uma nova teoria, que foi batizada por Antônio Herman Benjamin de “Finalismo aprofundado” (MARQUES, 2008, p. 70).

5.2 Fornecedor

O CDC, em seu artigo 3º, traz-nos uma definição bastante completa do que vem a ser o fornecedor de produtos ou serviços. Mas a doutrina esmiúça e complementa a conceituação posta no dispositivo legal:

ART.3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (BRASIL, CDC, 1990)

Ao analisar esse artigo, percebe-se que o vocábulo fornecedor é empregado como gênero, do qual se ramificam várias espécies, a saber: produtor, montador, criador, construtor, fabricante, transformador, exportador, importador, distribuidor, comerciante e prestador de serviços, como ensina Cavalcanti (1991):

Procurou o texto definir fornecedor de modo abrangente, alcançando o produtor, o fabricante, o importador, o exportador, o comerciante, o prestador de serviço, enfim todo aquele que aliena o bem ao consumidor, cede-lhe o uso de bem a qualquer título (como atividade econômica) ou presta-lhe serviços (como atividade econômica) (CAVALCANTI, 1991, p. 21).

Insta destacar que o emprego do vocábulo fornecedor abrangendo diversos representantes de diversas categorias econômicas é peculiaridade do direito brasileiro, como nos ensina Cavalcanti (1991, p. 21): “Os ordenamentos jurídicos alienígenas, em geral, não apresentam conceito equivalente ao de fornecedor, preferem a referência isolado a cada uma das categorias econômicas”.

A intenção do legislador, ao adotar uma conceituação tão abrangente de acordo com o espírito da legislação consumerista, foi a de proteger o consumidor da forma mais ampla possível, como nos ensina Luz (1999), quando apresenta a definição de fornecedor:

Fornecedor – segundo a previsão legal que adotou a conceituação mais abrangente possível, objetivando não deixar nenhum consumidor final desprotegido (e o fez com notável dose de premonição, haja vista a crescente mão-de-obra desempregada assumindo novas formas de atividade e de relações) – é todo aquele que produz ou comercializa produto ou serviço que se destina ao consumo final, seja pessoa física, jurídica ou entes que tenham existência apenas fática (LUZ, 1999, p. 14).

De acordo com Filomeno (2004):

Fornecedor é qualquer pessoa física, ou seja, qualquer um que, a título singular, mediante desempenho de atividade mercantil ou civil e de forma habitual, ofereça no mercado produtos ou serviços, e a jurídica, da mesma forma, mas em associação mercantil ou civil e de forma habitual (FILOMENO, 2004, p. 43).

A habitualidade é elemento de alta importância para se caracterizar o fornecedor, como ensina Garcia (2008), vez que:

Desse modo, estariam excluídas da tutela consumerista os contratos firmados entre dois consumidores não profissionais ou com o comerciante que não atue em sua atividade-fim, por não fazê-lo com habitualidade, aplicando a estes o Código Civil (CC/02) (GARCIA, 2008, p. 24).

Nessa conformidade, quando um civil vende seu carro para outro civil não haverá uma relação de consumo, vez que aquele não vende o automóvel na condição de fornecedor, melhor dizendo, não pratica esta conduta com reiterada habitualidade.

Presentes, pois, esses dois sujeitos, consumidor e fornecedor, formada está a relação de consumo.

Devidamente analisados os elementos subjetivos que compõe a relação de consumo, consumidor e fornecedor, falta, agora, analisarmos outros dois elementos, os elementos objetivos, a saber: produtos e serviços.

5.3 Produto

O CDC, em seu art. 3º, §1º, diz que produto “é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

Mais uma vez, verifica-se que o legislador, com o objetivo de sempre propiciar a mais ampla tutela ao consumidor, adotou expressões bastante genéricas para definir o que é produto. Com a adoção desse critério, nada escapa à proteção almejada pelo constituinte originário.

Com esse entendimento, Andrade (2007, p.45) diz que “o legislador adotou uma definição ampla, utilizando termos bastante genéricos, a fim de que nada escape à proteção legal”.

A doutrina é unânime quanto ao fato de que o significado do vocábulo produto é bastante genérico, o que faz com que abranja, como nos ensina Luz (1999, p. 14), “tudo o que seja passível de venda para fins de consumo, [...]”.

Cabe destacar a definição de produto elaborada por Marques (2008, p. 80), vez que é bastante didática. Para a referida autora, “produto é qualquer bem, consumível

fisicamente ou não, móvel ou imóvel, novo ou usado, material ou imaterial, fungível ou infungível, principal ou acessório”.

Ocorre que existem doutrinadores, a exemplo de Filomeno (2004, p. 47), que fazem crítica a esse dispositivo e dizem que, tendo em vista que a intenção do legislador era a de proteger o consumidor da forma mais ampla possível, melhor seria se tivesse sido adotado o vocábulo “bens” a “produtos”, pois é mais abrangente.

Como já foi dito no parágrafo acima, essa crítica é exarada por Filomeno (2004):

O §1º do art. 3º do mencionado Código fala em “produto”, definindo-o como qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. Melhor, entretanto, no nosso entendimento, seria falar-se em “bens” e não “produtos”, mesmo porque, como notório, o primeiro termo é bem mais abrangente do que o segundo, aconselhando tal nomenclatura, alias, a boa técnica jurídica, bem como a economia política. Tal aspecto fica ainda mais evidenciado quando se tem em conta que no caso se haverá que cuidar de bens como efetivos objetos das relações de consumo, isto é, como o que está entre (do latim *inter + essere*) os dois sujeitos da relação de consumo (FILOMENO, 2004, p. 47).

Ocorre que, tendo em vista o espírito do CDC, mesmo o legislador tendo preferido utilizar a palavra “produtos” a “bens”, aquela deve ser interpretada da forma mais ampla possível, apta a propiciar a devida tutela ao consumidor.

5.4 Serviço

Reza o § 2º do art. 3º do diploma consumerista que serviço é “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Ponto que merece destaque nessa definição reside no fato de que, para considerar determinada atividade consumerista como serviço, esta deve ser fornecida mediante remuneração. Esse é o principal elemento caracterizador do serviço: a remuneração.

Uma leitura apresada da situação, posta ao crivo do Judiciário sobre a expressão “mediante remuneração”, pode levar a interpretações desastrosas, conforme ficará demonstrado.

Fazendo uma interpretação reversa do dispositivo em comento, concluímos que a atividade gratuita fornecida no mercado de consumo está excluída da tutela consumerista.

Ocorre que, muito cuidado deve-se ter quanto à análise dessa situação, vez que o fornecedor pode estar utilizando deste subterfúgio para se eximir de uma eventual responsabilização, tendo em vista a possível existência de uma remuneração indireta, como nos ensina Garcia (2008):

Já o serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração (§2º). Segundo o artigo, estariam excluídas da tutela consumerista aquelas atividades desempenhadas a título gratuito, como as feitas de favores ou por parentesco (serviço puramente gratuito). Mas é preciso ter cuidado para verificar se o fornecedor não está tendo uma remuneração indireta na relação (serviço aparentemente gratuito). Assim, alguns serviços, embora sejam gratuitos, estão abrangidos pelo CDC, uma vez que o fornecedor está de alguma forma sendo remunerado pelo serviço (GARCIA, 2008, p. 26).

E finaliza dizendo, fornecendo-nos exemplo elucidativo:

Exemplo disso é a gratuidade de transporte coletivo para os maiores de 65 anos, pois o fornecedor, embora não esteja sendo remunerado diretamente por estas pessoas beneficiadas, está sendo remunerado por toda a coletividade. Outro exemplo muito comum são os estacionamentos 'gratuitos' oferecidos pelos supermercados, *shopping centers*, bancos etc., em que a gratuidade é apenas aparente, já que o objetivo principal é atrair o consumidor ao estabelecimento (GARCIA, 2008, p. 26).

Para finalizar esse tema e colocar fim a qualquer celeuma que exista sobre os serviços, faz-se mister trazer à baila a lição trazida por Marques (2008):

Como no art. 3º, §2º, do CDC a *remuneração* do serviço é o único elemento caracterizador, e não a profissionalidade de quem o presta, como em matéria de produtos, a gratuidade passou a ser um tema de grande discussão em matéria de campo de aplicação do CDC aos serviços. Este problema apareceu da crescente prática comercial de enviar produtos "gratuitos", brindes, prêmios, milhagens em viagens e em compras. Efetivamente, o art. 3º, §2º, menciona apenas a "remuneração" como necessária para serviços e, contrário senso, conclui-se que os produtos podem ser gratuitos e estar sujeitos ao CDC (inclusive alguns são considerados pelo parágrafo único do art. 39 como amostras grátis) (MARQUES, 2008, p. 80).

Prossegue dizendo que:

Em outras palavras, a expressão utilizada pelo art. 3º do CDC para incluir todos os serviços de consumo, “mediante remuneração”, é sábia, adaptada ao mundo atual, onde tudo pode parecer “gratuito” (o consumidor idoso, por exemplo, não paga o transporte urbano), mas é sabidamente remunerado e não uma atividade de cortesia ou benesse, logo, é suficiente abrangente. [...]. Parece-me que a opção pela expressão “remunerado” significa uma importante abertura para incluir os serviços de consumo remunerados indiretamente, isto é, quando não é o consumidor individual que paga, mas a coletividade (facilidade diluída no preço de todos, por exemplo, no transporte gratuito de idosos), ou quando ele paga indiretamente o “benefício gratuito” que está recebendo (com a catividade e os bancos de dados positivos de preferências de consumo e *marketing* direcionado, que significam milhas, os cartões de cliente preferencial, descontos e prêmios se indicar um “amigo” ou preencher um formulário). A expressão “remuneração” é sábia, pois permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar, no sinalagma escondido (contraprestação escondida, como no caso das contas de depósito de poupança, que são tão rendosas que podem ser gratuitas para o consumidor e altamente remuneradas para os bancos), uma remuneração indireta do serviço de consumo! (MARQUES, 2008, p. 81).

E conclui dizendo que:

[...] na prática, só existem três possibilidades; a) ou o serviço é remunerado diretamente pelo consumidor; b) ou o serviço não é oneroso para o consumidor, mas remunerado indiretamente, não havendo enriquecimento ilícito do fornecedor, pois o seu enriquecimento tem causa no contrato de fornecimento de serviço, causa esta que é justamente a remuneração indireta do fornecedor; c) ou o serviço não é oneroso de maneira nenhuma (serviço gratuito totalmente) nem o fornecedor remunerado de maneira nenhuma, pois, se este fosse “remunerado” indiretamente, haveria enriquecimento sem causa de uma das partes. Conclui-se, pois, que, no mercado de consumo, em quase todos os casos, há remuneração do fornecedor, direta ou indireta, há “enriquecimento” dos fornecedores pelos serviços ditos “gratuitos”, que é justamente sua remuneração. Importante que estes estejam submetidos ao CDC (MARQUES, 2008, p. 81).

Nessa conformidade, definidos todos os elementos que compõe a relação de consumo, sejam os elementos subjetivos (consumidor e fornecedor), sejam os elementos objetivos (produtos e serviços), passa-se agora a uma apresentação sobre a relação de consumo e seus conflitos.

5.5 A Relação de Consumo e seus Conflitos

É imperiosamente necessário, definir, de forma firme, o que é relação de consumo, tendo em vista que este é o bem jurídico protegido pelo direito penal do consumidor.

Em outras palavras, o escopo imediato do direito penal do consumidor é proteger as relações de consumo. Quando acontece a prática de um crime contra um consumidor, o bem jurídico violado são as relações de consumo.

Não paira dúvida de que o bem jurídico protegido pelo direito penal do consumidor são as relações de consumo, vez que tanto o art. 61 do diploma consumerista, quanto o art. 7º, *caput*, da lei 8.137/90, nos diz isso expressamente:

Art. 61, CDC: Constituem crimes contra as relações de consumo previstas neste código, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais, as condutas tipificadas nos artigos seguintes.

Art. 7º, lei 8.137/90: Constitui crime contra as relações de consumo: [...] (BRASIL, CDC, 1990)

Ocorre que o legislador não procedeu a uma interpretação autêntica²⁶ do que vem a ser a expressão “relações de consumo” e, desta feita, tal conceito, pela sua importância, deve receber uma precisa definição por parte dos estudiosos do tema.

Assim, relações de consumo são todos os atos e práticas nos quais duas pessoas situadas em posição antagônica, em relação desequilibrada, a saber, fornecedor e consumidor, negociam a venda e compra de produtos ou a prestação e aquisição de serviços. Ou seja, qualquer relação em que esteja presente de um lado, um fornecedor de produtos e serviços, e de outro, um consumidor destes, constitui uma relação de consumo. Salientando que esses atos e práticas devem sempre estar apoiados pelos princípios da lealdade, boa-fé objetiva (transparência e informação), dentre outros.

Necessário trazer a lume a conceituação elaborada Bessa (2008):

Relação de consumo significa perspectiva e visão coletiva do ambiente de produção, distribuição e comercialização de produtos e serviços, possui sentido de modelo ideal de mercado pautado pela honestidade, lealdade, transparência (boa-fé objetiva), respeito aos interesses existenciais e materiais do consumidor, parte vulnerável da relação jurídica (BESSA,, 2008, p. 347).

²⁶ A interpretação autêntica é aquela realizada pelo próprio legislador, ou seja, dentro do próprio diploma legal. Como exemplo de interpretação autêntica podemos citar o art. 327 do Código Penal, que definiu o conceito de funcionário público no próprio artigo.

No mesmo sentido, de acordo com Benjamin (1992)²⁷ *apud* Bessa (2008), o direito penal do consumidor:

[...] gira em torno da noção de relação jurídica de consumo, uma *fictio júris* eleita como seu bem jurídico amparado. [...]. o objetivo primeiro não é proteger a pessoa do consumidor ou o seu patrimônio, mas a integridade da relação de consumo. Os interesses protegidos estão vinculados às noções de qualidade (segurança e adequação) de produtos e serviços, de veracidade e não abusividade da publicidade, de suficiência de informações prestadas aos consumidores. São, em resumo, bens jurídicos vinculados à presunção, *ope legis*, de vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (art. 4º, I). É como consequência dessa autonomia, supra-individualidade e imaterialidade da relação de consumo como bem jurídico conexo à sobrevivência na sociedade de consumo que o CDC, expressamente, crime uma série de 'crimes contra as relações de consumo' (BENJAMIN, 1992 *apud* BESSA, 2008, p. 347).

Insta destacar, também, conceituação formulada Guimarães (2004, p. 44): “o próprio legislador chamou de relações de consumo, que são os vínculos econômicos e jurídicos que se estabelecem entre fornecedores e adquirentes de bens e serviços”.

Quanto aos conflitos de interesses na relação de consumo, deve-se destacar que o papel do magistrado será de extrema importância, posto que deverá ter o discernimento necessário para “saber enxergar”, “saber analisar” e concluir se a relação se insere no campo do direito do consumidor, ou não (MARQUES, 2008, p. 65).

Isso é afirmado porque o direito do consumidor é um dos ramos que mais se expande hodiernamente e o evoluir da sociedade, o grande disparate, seja econômico, seja informacional, seja técnico, que separa determinados sujeitos, faz com que, cada vez mais, as normas consumeristas protetivas sejam aplicadas aos conflitos de interesses juridicamente qualificados por pretensões resistidas.

Seguindo o mesmo pensamento, Marques (2008) diz que o direito privado brasileiro sofreu grandes mudanças após a edição do Código Civil de 2002 e deve ser considerado um direito tripartite. Melhor explicando: o novo direito privado brasileiro é gênero, do qual se ramificam três espécies, um direito geral que é o direito civil e outros dois direitos tidos como especiais, o direito de empresas, que rege relações

²⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V. O direito penal do consumidor: capítulo do direito penal econômico. **Revista Direito do Consumidor**, v. 1. p. 103-129, São Paulo, RT, 1992.

entre empresas e fornecedores, e o direito do consumidor, ramo que protege o sujeito mais débil, mais vulnerável da relação: o consumidor.

Para o Ministro Benjamin (1992) *apud* Bessa (2008), para um conflito de interesses ser regido pelas normas consumeristas, existe uma peça fundamental que deve ser analisada: a questão da vulnerabilidade.

Para o doutrinador e ministro, a questão da vulnerabilidade é o ponto de partida para verificar se uma lide deve ser regida pelas normas de direito civil ou pelas normas de direito do consumidor.

Amaral Júnior (1993) justifica a vulnerabilidade do consumidor, nos seguintes termos:

O consumidor é vulnerável porque não dispõe dos conhecimentos técnicos necessários para a elaboração dos produtos ou para a prestação dos serviços no mercado. Por essa razão, o consumidor não está em condições de avaliar, corretamente, o grau de perfeição dos produtos e serviços. (AMARAL JUNIOR, 1983, p. 28)

Porém, é de suma importância fazer a distinção entre “vulnerabilidade” e “hipossuficiência”, vez que, a nosso ver, são conceitos que, por mais que se misturem, não se confundem.

A diferença primordial entre hipossuficiência e vulnerabilidade é que aquela se restringe, apenas, ao campo econômico, ao passo que essa é bem mais abrangente.

Para aplicação de normas consumeristas, deve-se atentar primordialmente para a questão da vulnerabilidade, vez que não é somente o fator de desequilíbrio econômico que qualificará uma lide como sendo de consumo.

Alguns doutrinadores, dentre os quais se pode citar Benjamin; Marques e Bessa (2008) e Garcia (2008), entendem que existem três espécies de vulnerabilidade: técnica, jurídica e fática.

Ocorre que, não se coaduna com a existência de apenas três espécies de vulnerabilidade e vê-se a existência de uma quarta espécie: a vulnerabilidade informacional.

Tais doutrinadores alegam que essa espécie de vulnerabilidade, a informacional, já estaria englobada pela vulnerabilidade técnica.

Mas, ousa-se discordar, vez que o que caracterizará um consumidor será, principalmente, sua vulnerabilidade informacional, eis que isso representa hoje o maior fator de desequilíbrio das relações, posto que os fornecedores sejam os únicos detentores de todas as informações sobre os produtos ou serviços.

Benjamin (2008, p. 75) “apelida” a vulnerabilidade informacional como sendo, hoje, uma “hipervulnerabilidade”.

Feitas essas considerações, passa-se, de forma sucinta, a analisar cada uma dessas espécies.

A vulnerabilidade técnica surge quando o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, como ressalta Marques (2008, p. 71), “é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade [...]”.

A vulnerabilidade jurídica, também conhecida como vulnerabilidade científica, é, nos dizeres de Marques (2008, p. 72), “[...] a falta de conhecimento jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia”.

Há ainda a vulnerabilidade fática, na qual se deve ter em mente sempre o *alter*, o fornecedor que, por sua especialidade e monopólio da atividade, impõe sua superioridade perante o consumidor.

Por fim, a espécie de vulnerabilidade considerada a mais importante e que deve estar sempre presente para colocar uma pessoa na condição de consumidor é a vulnerabilidade informacional.

Merecem transcrição os ensinamentos de Marques (2008):

Efetivamente, o que caracteriza o consumidor é justamente seu déficit informacional, pelo que não seria necessário aqui frisar este minus como uma espécie nova de vulnerabilidade, uma vez que já estaria englobada como espécie de vulnerabilidade técnica. Hoje, porém, a informação não falta, ela é abundante, manipulada, controlada e, quando fornecida, no mais das vezes, desnecessária; Concorde-se com Erik Jayme, quando conclui que o consumidor/usuário experimenta neste mundo livre, veloz e global, sim, uma nova vulnerabilidade.

Esta vulnerabilidade informativa não deixa, porém, de representar hoje o maior fator de desequilíbrio da relação vis-à-vis os fornecedores, os quais, mais do que *experts*, são os únicos verdadeiramente detentores da informação. Presumir a vulnerabilidade informacional (art. 4º, I, do CDC) significa impor ao fornecedor o dever de compensar este novo fator de risco na sociedade. Aqui, mais do que técnica, jurídica ou fática, esta vulnerabilidade é essencial à dignidade do consumidor, principalmente enquanto pessoa física (MARQUES, 2008, p. 75).

No mundo capitalista de hoje, em que o 'ter' muitas vezes está superando o 'ser', a deficiência informacional por parte dos fornecedores está se alastrando e os abusos cometidos por ela devem ser exemplarmente punidos.

Sendo assim, fica claro que, para decidir se uma relação é, ou não, de consumo, é de império verificar sempre a questão da vulnerabilidade para, só então, aplicar, ou deixar de aplicar, o CDC.

Em virtude do exposto, o grande desafio dos juízes é saber distinguir, na relação posta à apreciação do Poder Judiciário, quem é fornecedor, quem é consumidor, quem é comerciante, quem é exportador, quem é importador, quem é construtor, qual relação é civilista, qual relação é regida pelo direito de empresas e qual relação é regida pelo código de defesa do consumidor, para só, então, definir qual o diploma legal que será aplicado (MARQUES, 2008, p. 65).

Tendo em vista o florescimento da sociedade de consumo de massa, não existe uma regra imutável, apriorística, para se definir, de maneira permanente, quem é consumidor, quem não é, e quem é fornecedor, quem não é.

Todos os indivíduos, em algum momento da vida, independentemente da profissão que exercem, provavelmente, estão sobre o escudo protetivo do direito do consumidor e, em outros momentos, a relação de direito que os amparará será a de direito civil.

Porém, tendo em vista a completude da tutela fornecida pelo CDC, é necessário divulgar a existência e efetivar a aplicação de todas as espécies de normas nele existentes, sejam elas referente ao direito penal, administrativo, processual, individual ou coletivo, com um único escopo: propiciar a mais ampla tutela ao consumidor, como deseja o constituinte originário de 1988.

6 A NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO EDUCACIONAL

O Direito dos contratos sempre é objeto de grandes mudanças e estudos. Quando se vislumbra em sua base uma mudança de paradigmas, como a concernente aos princípios fundadores, é dizer que a mudança tem sido feita ao longo dos séculos.

Mais especificamente, há um momento em que esse processo evolutivo rompe a teoria clássica contratual para fundamentar-se na principiologia moderna, que tem como sustentação a boa-fé, a justiça contratual, a cooperação e a solidariedade, princípios que estão renovando toda a teoria contratual, para permitir que os contratos evoluam, e que consagram um fenômeno mais produtivo, resultante das transformações sociais, econômicas e jurídicas pelas quais vêm passando a sociedade. Dentro de tais mudanças, a relação aluno instituição de ensino é uma delas.

A evolução do pensamento jurídico contratual rompe com o pensamento individualista e liberal da concepção clássica de contrato, representando uma maior visão social das negociações, que valoriza a função do direito como ativo garantidor do equilíbrio, como protetor da confiança e das legítimas expectativas das partes nas relações.

Nesse sentido, o Contrato de Prestação de Serviços Educacionais, deve ser questionado.

Toma-se como premissa fundamental a superação do conceito de contrato fundado na vontade individual dos contratantes, que livremente negociam todas as cláusulas contratuais e que se obrigam de forma absoluta, já que tais antecedentes não mais se encaixam na realidade fática da sociedade. Ocorre uma desconexão entre o discurso que sustenta um contrato centralizado na vontade dos sujeitos, com o fato de que esta manifestação não é mais o dado mais importante na composição do contrato contemporâneo.

O Professor Luciano Bennetti Timm (2000, p. 45) destaca que “nada caracteriza melhor a sociedade contemporânea do que a grande quantidade de serviços ofertados no mercado de consumo”.

A sociedade atual vive uma realidade bastante diversa daquela que, de uma forma geral, permeou toda a legislação contratual vigente no século passado. A sociedade dita de consumo se baseia naquilo que diz respeito aos negócios jurídicos, cujo instrumento mais eficaz é o contrato. Hoje, nada, ou quase nada, escapa à esfera dos contratos. A sociedade se tornou dependente da estipulação de contratos para quase todas as suas necessidades. As pessoas, hoje, estabelecem contratos sem ter ideia de quanto tempo os mesmo durarão, ou como serão as suas determinações no futuro, daí surge a necessidade de uma adequação da Teoria Geral dos Contratos.

6.1 Contrato Relacional

Os contratos relacionais são de longa duração, por se inclinarem às criações de relações contínuas e duradouras, em que os termos da troca são cada vez mais abertos e as cláusulas são de regulamentação do processo de negociação contínua. Enfim, contratos relacionais englobam relações difíceis entre diversas partes, em que os vínculos pessoais de solidariedade, confiança e cooperação são determinantes.

Uma das características dos contratos relacionais refere-se à importância que neles passam a ter os princípios da boa-fé, da cooperação, da solidariedade e do equilíbrio das relações de poder.

Tanto a doutrina contratual neoclássica quanto o pensamento econômico liberal neoclássico fundamentam-se na premissa comum de que as pessoas no mercado agem racionalmente, maximizando vantagens individuais. Uma ampla revisão de tais premissas tem sido feita tanto pela bibliografia econômica e sociológica no sentido de reavaliar a importância de relações de confiança, solidariedade e cooperação. Cooperação aqui pode ser definida como a associação com outra para benefício mútuo ou para a divisão mútua de ônus. No conceito de solidariedade encontramos a ideia de uma unidade que produz ou está baseada na comunidade de interesses, objetivos, valores e padrões. A solidariedade pode estar baseada numa relação

cooperativa, mas o importante a destacar é o fato de que se reporta a uma comunidade de valores e interesses e, neste sentido, ela tem um caráter necessariamente moral. Tais princípios tendem a se tornar cada vez mais importantes na medida em que os contratos se tornam mais relacionais. Nesse sentido os contratos relacionais aproximam-se mais do ideal de contrato diante das relações atuais.

Tem-se então que contrato relacional é aquele em que os deveres das partes não estão expressamente previstos e com observâncias aos postulados da cooperação, solidariedade, confiança e boa-fé objetiva.

A proteção especial que deve ser conferida aos contratos relacionais nasce da percepção de que eles vinculam o consumidor de tal forma que, ao longo dos anos de duração da relação contratual complexa, torna-se esse cliente cativo daquele fornecedor ou cadeia de fornecedores, tornando-se dependente mesmo da manutenção daquela relação contratual assinalou.

Fenômeno contratual decorrente da massificação das relações interpessoais, o contrato relacional é resultado da proliferação de fórmulas contratuais de massa, visando ao fornecimento de serviços no mercado, fato que desde a década passada ocorre na Educação Superior.

Como mencionado, sua principal característica é a criação de relações jurídicas complexas de longa duração, importando, em função dessa complexidade, em dependência dos clientes consumidores. A relação contratual, assim vista, abandona a concepção (clássica) estática do contrato que o concebia como um instrumento que começa pelo consentimento dos contratantes e tem fim mediante a simples verificação de uma causa extintiva, para ser vista, a partir da constatação do fenômeno da sociedade de massa e de suas consequências, como efetivo instrumento de circulação de riquezas baseado na boa-fé, solidariedade e cooperação, importando deveres que vão para além daqueles expressamente previstos no pacto.

Cumprir observar, com Cláudia Lima Marques (2008):

[...] que o novo aqui não é a espécie de contrato (seguro, por exemplo), mas a sua relevância no contexto atual, a sociedade de consumo atual beneficia e fomenta estes serviços, considerados, então, socialmente essenciais, a necessitar uma nova disciplina (MARQUES, 2008, p. 69).

A natureza da atividade educacional privada é efetivamente de prestação de serviços. Não estamos falando na produção ou venda de bens, embora alguns estabelecimentos ofereçam livros, alimentação, uniformes e outros materiais, esses produtos constituem acessórios de uma obrigação principal, que se concentra no ensino aos alunos.

Como prestadores de serviço que são, os estabelecimentos de ensino privado funcionam com base em recursos investidos por seus mantenedores. Não é errado falar em investimento, pois a finalidade lucrativa é da essência de qualquer atividade que não seja pública e nem filantrópica.

A prestação de serviços educacionais pela iniciativa privada congrega fatores sociais e econômicos, especialmente consubstanciados na receita advinda das mensalidades. São serviços diferenciados, específicos e definidos pelo poder público, em que o prestador de serviço pode elaborar o seu projeto pedagógico conforme as tendências e ideologias em que acredite, mas deverá observar a estrutura curricular e os parâmetros educacionais a serem seguidos por todos.

Assim, pode-se perceber que o contrato educacional guarda em si mesmo uma série de diferenciais que impedem a determinação de sua natureza jurídica dentro de uma teoria clássica de classificação contratual.

Mesmo não restando dúvida sobre a natureza jurídica do ensino como uma prestação de serviço, devemos destacar que o contrato que permeia tal relação não pode ser analisado como um contrato qualquer, ou como dito acima, como mera compra e venda. É sem sombra de dúvidas uma relação contínua e de reciprocidade, o êxito na obtenção do produto não depende somente do pagamento, sendo de suma importância a participação do aluno/consumidor para que o resultado seja alcançado.

O mundo mudou, a sociedade evoluiu, os costumes transformaram-se e, conseqüentemente, também a lei precisou de adequações. É inegável que os contratos de prestação de serviços educacionais, com os fundamentos legais atuais, são relativamente novos para as instituições de ensino, em especial, as particulares no Brasil. Ele passou a ser considerado um dos mais importantes documentos nas relações jurídicas educacionais. Os tempos mudaram e toda a base do relacionamento tem de estar fundamentada no papel escrito denominado contrato.

A propósito, comenta o professor Celso Carlos Fernandes (2004)

Foi-se o tempo de glamour das relações dos mantenedores, pais, professores e alunos, em que a base do relacionamento era a confiança, o respeito e a plena consciência de que o aluno estava sob o manto de educadores, que tudo fariam para educá-lo da melhor forma possível. Os tempos mudaram e toda a base do relacionamento tem de estar fundamentada no papel escrito denominado contrato (FERNANDES, 2004, p. 93).

A elaboração do contrato educacional impede a simples adaptação de um texto contratual de outra área (serviços médicos, de consultoria ou outro) tal a especificidade e diferenciação com qualquer outra atividade prestadora de serviço. Por isso, a elaboração do contrato exige certo cuidado e habilidade para atender a forma técnica da redação, as legislações pertinentes, o Regimento Escolar e o Projeto Político Pedagógico.

6.2 O aluno Consumidor

De acordo com Gástón e Flores Filho (2010, p. 1), “a certeza de que, como contratante e destinatário de serviços educacionais, o aluno é um consumidor é, hoje, um ponto que aparentemente não abre mais espaço para discussão”, tanto por leis como pela Jurisprudência. Porém, todavia, entende-se tratar de uma relação *sui generis*, carecedora de um aprofundamento de estudos.

A aplicação do CDC na relação entre aluno e instituição de ensino de forma ampla e irrestrita, gera aberrações jurídicas e implica às vezes em uma contraeducação, principalmente quando damos à palavra educação o seu mais amplo e irrestrito sentido.

Acobertados pelas asas da legislação consumeristas, encontram-se decisões como a demonstrada abaixo, onde um aluno é autorizado a participar de uma Colação de Grau, mesmo sem ter concluído com êxito todas as disciplinas do seu curso.

Trata-se de ação ordinária com pedido de antecipação de tutela proposta por Sônia Aparecida Mariano, qualificada nos autos, em face de Faculdades Arnaldo Janssen Associação Propagadora Esdeva, objetivando resguardar seu direito de participar de todos os atos da solenidade de colação de grau do curso de Direito da referida instituição, a ocorrer no próximo dia 06 de setembro de 2012. Aduz, para tanto, que a requerida está a impedir essa pretensão pelo fato da autora estar com pendência com relação à uma disciplina, embora em dia com todas as demais obrigações legais e contratuais.

E o relatório. Decido.

Prevê a Lei Adjetiva Civil, em seu art. 273, que o Juiz poderá antecipar, parcial ou totalmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que exista prova inequívoca e convencimento da verossimilhança das alegações e, ainda, haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Da documentação acostada aos autos, infere-se, a princípio, que autora concluiu o curso de Direito, exceto pela pendência com relação a uma disciplina, sendo que todos os preparativos foram organizados para a colação de grau, inclusive com contribuição financeira para a respectiva comissão de formatura.

Registre-se, conforme salientado pela requerente, que a colação é ato simbólico, não implicando, a princípio, nenhum efeito jurídico em desfavor da ré, quanto à comprovação de conclusão do curso.

ANTE O EXPOSTO, DEFIRO O PEDIDO e ANTECIPO os efeitos da tutela pretendida, nos termos do art. 273, 1, § 3º, c/c art. 461 e § 40 do CPC, para determinar que a requerida permita a participação da autora, plenamente, na colação de grau do dia 06 de setembro de 2012, a se realizar às 20 horas no Teatro Sesiminas Centro de Cultura Nansen Araújo, na Rua Padre Marinho, 160, nesta Capital, e em todos os atos dessa cerimônia (inclusive recebimento do "canudo"), em igualdade de condições com os demais formandos, - devendo ser incluído seu

nome na lista dos alunos que participarão da colação, sob pena de multa de R\$10.000,00 (dez mil reais), em caso de desobediência desta ordem judicial.”

Observe que o próprio julgador em seu resumo sobre os fatos diz: objetivando resguardar seu direito de participar de todos os atos da solenidade de colação de grau do curso de Direito da referida instituição”, afirmando o caráter solene de uma colação de grau e depois na sua equivocada decisão alega ser a colação de grau uma mera festividade. Ora, é aceitável que uma pessoa que não concluiu todas as disciplinas do curso superior, cole grau? Será que a justiça tem por obrigação atender às expectativas individuais de cada um, ao invés de zelar pela melhor aplicação da lei e pelo cumprimento das regras e deveres estabelecidos a todos.

Onde fica o direito dos demais alunos da turma, também enquadrados no conceito de consumidor, que dedicaram provavelmente horas e mais horas e estudo, abdicando-se, muita vezes, do convívio com familiares e de eventos sociais para conseguirem cumprir todas as disciplinas com êxito? São situações como essa que mostram a necessidade de nos aprofundarmos, em um estudo que esmiúce essa relação aluno e instituição privada de ensino superior (GASTÓN e FLORES FILHO, 2010),

O Direito dos contratos sempre é objeto de grandes mudanças e estudos. Quando se vislumbra em sua base uma mudança de paradigmas, como a concernente aos princípios fundamentadores, é dizer que a mudança tem sido feita ao longo dos séculos (GASTÓN e FLORES FILHO, 2010),

Mais especificamente, há um momento em que esse processo evolutivo rompe a teoria clássica contratual para fundamentar-se na principiologia moderna, que tem como sustentação a boa-fé, a justiça contratual, a cooperação e a solidariedade, princípios que estão renovando toda a teoria contratual para permitir que os contratos evoluam e que consagram um fenômeno mais produtivo, resultante das transformações sociais, econômicas e jurídicas pelas quais vêm passando a sociedade, e, dentro de tais mudanças, a relação aluno instituição de ensino é uma delas (GASTÓN e FLORES FILHO, 2010),

A evolução do pensamento jurídico contratual rompe com o pensamento individualista e liberal da concepção clássica de contrato, representando uma maior

visão social das negociações, que valoriza a função do direito como ativo garantidor do equilíbrio, como protetor da confiança e das legítimas expectativas das partes nas relações.

6.3 Decisões jurisprudenciais

Mesmo não restando dúvidas que o trabalho desenvolvido, por uma sociedade empresarial, ou seja, por um estabelecimento privado de ensino superior, é, antes de tudo uma prestação remunerada de serviços, enquadrando-se perfeitamente o caráter de prestação de serviço prevista no artigo 3º da lei 8078 de 1990, entendemos ser equivocada a desconsideração do caráter peculiar dessa relação, sendo o Código de Defesa do consumidor aplicado se for levado em conta o caráter relacional desse contrato, como já demonstrado neste trabalho.

Nesse sentido, destaca o professor Edgar Gaston e Flores Filho (2010):

Nos casos em que os alunos são surpreendidos com lembretes ou “colas”, o professor deve exercer sua autoridade e suas constatações possuem validade. Em circunstâncias reais, os alunos não possuem o direito a inversão do ônus da prova, para obrigar o professor a provar que aluno tinha utilizado algum método irregular para se favorecer. Cabe ao aluno a responsabilidade de demonstrar que o professor cometeu alguma irregularidade que impeça de prevalecer o ato do docente (GASTON e FLORES FILHO, 2010, p. 1).

Esses excessos podem ser facilmente constatados em conversas entre professores de instituições particulares, que por diversas vezes são inquiridos com arrogância e prepotência por alunos e precisam ouvir “preciosidades” como: “eu que pago seu salário”. Se não bastassem esses absurdos, oriundo de uma concepção errônea dos alunos, temos que conviver com decisões judiciais, no mínimo absurdas.

Será razoável que um magistrado, que passou pelo banco de uma instituição de ensino superior, que adentrou legalmente após longos estudos na magistratura uma decisão como a demonstrada anteriormente neste trabalho? É razoável que um aluno que não concluiu o curso superior por não ter cursado todas as disciplinas, ou porque se cursou, não fora aprovado, que lhe seja possibilitada a participação na Colação de Grau por uma determinação judicial?

6.4 Competência em matéria educacional superior

Uma vez dissertado sobre a aplicação do CDC na relação entre alunos e instituição privada de ensino superior organizada como sociedade anônima, cabe adentrarmos na questão de quem é investido de competência para julgamento das diversas lides, que possam existir como consequência dessa relação.

A acepção tradicional do termo direito de ação não permitiria a reconhecê-la como direito de acesso a justiça. A partir do momento em que as ações e os relacionamentos assumiram caráter cada vez mais coletivo e complexo do que individual, o “acesso à justiça” passou a ser básico e fundamental como garantia do exercício da cidadania.

Para Mauro Capelletti e Garth (1988)

[...] a expressão acesso à Justiça é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro o sistema deve ser igualmente acessível a todos. Segundo, ele deve produzir resultados que sejam individualmente e socialmente justos (CAPELLETTI e GARTH 1988, p. 8).

Hoje no caso brasileiro, o acesso à Justiça, que significa acesso à ordem jurídica justa, tem como paradigma constitucional o artigo 35²⁸, que estabelece, como direito e garantia fundamental, o direito subjetivo de invocar atividade jurisdicional.

E com a complexidade das relações surgidas do aumento do número de instituições de Ensino Superior, é necessário estabelecermos regras e parâmetros para o acesso a justiça, tendo em vista as inúmeras possibilidades de conflitos surgidos nessas relações, seja a respeito do aluno, do professor, do gestor educacional, da instituição ou do Estado.

Jurisdição é o poder dever do estado em dizer direito, solucionando os mais diversos conflitos e interesses.

²⁸Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

I - deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada;

II - não forem prestadas contas devidas, na forma da lei;

III - não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

IV - o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

Por meio da jurisdição, estabelece-se a competência, que delimita o poder ou a atribuição das autoridades, em virtude da matéria envolvida considerando-se o território onde a decisão deve ser proferida.

Neste momento nosso objetivo é identificar quem é competente para julgar os diversos tipos de conflitos que podem surgir nas instituições de ensino superior organizadas como sociedades empresárias.

Tomando-se como referencial a distribuição das causas aos diversos órgãos que integram a estrutura judiciária brasileira, fala-se em competência de jurisdição, significando essa locução o conjunto das atividades jurisdicionais conferidas a determinado organismo judiciário (ou a determinada "Justiça", no sentido ora empregado).

Enquanto certas causas competem exclusivamente a determinadas "Justiças", algumas poderão competir, em abstrato, a uma ou outra dessas "Justiças", criando uma confusão processual.

6.5 Competência para o julgamento de lides envolvendo o Ensino Superior Privado e os aspectos autorizativos da prestação de serviço

Em se tratando de ensino superior, conforme preceitua Magno Gomes (2010, p. 128), a União atua com “prevalência relativa aos níveis de competência, obrigações e gestão de todo o sistema”. A competência da União para organização do ensino superior é nítida na leitura do artigo 211²⁹ da Constituição.

²⁹ art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)

§ 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)

§ 4º Na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

§ 5º A educação básica pública atenderá prioritariamente ao ensino regular. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

O sistema federal de ensino delega ao particular competência para exercer tal atividade. Muitas vezes surgem conflitos entre a instituição particular de ensino superior integrante do sistema federal de ensino e o Ministério da Educação, órgão do Poder Executivo, responsável pelas autorizações e controle do exercício desta atividade por particulares.

O decreto n.5773/06 dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação das instituições de educação superior, bem como algumas normas acerca do processo e procedimento administrativo referente à matéria.

Nesse caso, não nos resta dúvida que a competência para julgar conflitos entre as Instituições Privadas de Ensino Superior, integrantes do Sistema Federal de Ensino e a União, através do seu órgão executivo o Ministério da Educação, é da Justiça Federal, conforme pode ser observado na decisão abaixo, onde instituição privada de ensino superior, demandava pela autorização para a abertura de Curso Superior de Medicina.

A MM. Juíza Federal Natália Floripes Diniz, da 5ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos da Ação Ordinária n. 2006.34.00.036016-7³⁰, deferiu pedido de antecipação de tutela, requerida pela Uningá - Unidade de Ensino Superior Ingá Ltda., nos seguintes termos (fls. 61/68).³¹

6.6 Competência para julgamento de lides do Ensino Superior Privado nos atos de gestão e na prestação de serviço

Como demonstrado ao longo do trabalho, se a atividade é delegada ao particular, a natureza jurídica da relação entre instituição e aluno passa ser de prestação de serviço. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem precedentes e jurisprudência consolidada sobre diversos temas relacionados à cobrança de mensalidades, reajustes e obrigações das escolas com os alunos, que devido ao aumento dessas relações, acabam trazendo inúmeras demandas ao Poder Judiciário.

³⁰ JFDF, Ação Ordinária, n. 2006.34.00.036016-7

³¹ "(omissis) Em face do exposto, DEFIRO o pedido de antecipação de tutela a fim de que seja autorizado o curso de Medicina pleiteado pela parte autora nos autos do processo administrativo n. 20050011319, determinando que a ré emita no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, a partir da intimação desta decisão, a respectiva Portaria de Autorização, providenciando a sua publicação no Diário Oficial, propiciando à instituição de ensino prazo hábil para adoção das providências necessárias para o início do curso no primeiro semestre do corrente ano. (Fls. 68.)"

Hoje temos consolidado o entendimento de que, as ações de conhecimento, cautelares ou quaisquer outras de rito especial que não o mandado de segurança - a competência será federal quando a ação indicar no polo passivo a União Federal ou quaisquer de suas autarquias será de competência estadual, entretanto, quando o ajuizamento voltar-se contra entidade estadual, municipal ou contra instituição particular de ensino.

Sobre este assunto vejam a decisão abaixo³²:

Sobre este assunto vejam a decisão abaixo³³: do Processo: CC 110725

Relator(a):Ministro BENEDITO GONÇALVES

Julgamento: Publicação: De 18/06/2010 **Decisão**

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 110.725 - SP (2010/0032647-4)
RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVESSUSCITANTE : JUÍZO FEDERAL DA 7A VARA DE CAMPINAS - SJ/SP SUSCITADO : JUÍZO DE DIREITO DA 6A VARA CÍVEL DE JUNDIAÍ – SP “Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal 7ª Vara de Campinas, SJ/SP e o Juízo de Direito da 6ª Vara Cível de Jundiaí/SP, nos autos de ação ordinária ajuizada por Regiane Fava Salvador em face da Faculdade Politécnica de Jundiaí - instituição mantida pela Anhanguera Educacional S.A. -, objetivando que a instituição de ensino superior proceda à matrícula da autora no 10º semestre do curso de Psicologia, permitindo que sejam realizadas as provas e trabalhos exigidos durante o período de seu desligamento, bem como o depósito do trabalho de conclusão de curso. A ação foi inicialmente proposta perante a Justiça comum estadual e distribuída à 6ª Vara Cível da Comarca de Jundiaí/SP, que, afirmando sua incompetência, remeteu os autos à Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da CF/88, ao argumento de que, sendo a ré instituição de ensino superior, integra o âmbito de competência federal delegada às instituições de ensino. O Juízo da 7ª Vara Federal da 5ª Subseção Judiciária em Campinas/SP declinou da sua competência, suscitando o presente conflito, aduzindo que, no caso "tratando-se de instituição de ensino superior particular, não está configurada a existência de interesse da União Federal a justificar a competência do Juízo Federal para processamento e julgamento da presente demanda" . O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 49-50, opinou pelo conhecimento do conflito, para declarar competente a Justiça comum esta (fl. 32) dual.

³² STJ, CC 110725, Ministro BENEDITO GONÇALVES

³³ STJ, CC 110725, Ministro BENEDITO GONÇALVES

Em relação à decisão:

Razão assiste ao suscitante. A Primeira Sessão do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Conflito de Competência 35.972/SP, decidiu que o critério definidor da competência da Justiça Federal é *ratione personae*, vale dizer, considera-se a natureza das pessoas envolvidas na relação processual. Desse modo, ressalvadas as exceções estabelecidas no texto constitucional, é irrelevante a natureza da controvérsia sob o enfoque do direito material ou do pedido formulado na inicial.

A demanda instaurada tem como partes um particular e entidade particular de (estudante) ensino superior, sendo a matéria versada na ação ato particular de gestão. Assim, a hipótese dos autos não versa sobre ato de autoridade federal delegada, sendo competente a Justiça comum estadual.”. No mesmo sentido, vejam³⁴:

“CONFLITO DE (CC 87.783/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, primeira Seção, Dje 28.10.88) COMPETÊNCIA. INSTITUIÇÃO PRIVADA DE ENSINO SUPERIOR. MATRÍCULA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL COMUM. “1. Hipótese em que a Justiça Federal e a Justiça Estadual discutem a competência para processamento e julgamento de Ação Ordinária, na qual se objetiva a matrícula em instituição privada de ensino superior.

2. A partir do julgamento do Conflito de Competência 35.972/SP, a Primeira Seção decidiu que o critério definidor da competência da Justiça Federal é, em regra, *ratione personae*, isto é, leva em consideração a natureza das pessoas envolvidas na relação processual.

3. Ações de conhecimento, cautelares ou quaisquer outras de rito especial que não o mandado de segurança - a competência será federal quando a ação indicar no pólo passivo a União Federal ou quaisquer de suas autarquias ;(art. 109, I, da Constituição da República) será de competência estadual, entretanto, quando o ajuizamento voltar-se contra entidade estadual, municipal ou contra instituição particular de ensino.” (STJ, 2010).

Sendo assim, como demonstrado na jurisprudência acima sempre que a questão levada ao Judiciário estiver envolvendo a gestão da instituição de ensino, ou seja, atos de gestão ou a relação entre aluno e IES particular a competência é da Justiça Federal. De modo diverso, se ação versar sobre atos da IES perante o sistema federal de ensino, como por exemplo a autorização de um curso a competência será da Justiça Federal.

³⁴ STJ, CC 87.783/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao apresentar as peculiaridades da prestação de serviços de educação nas Instituições de Ensino Superior (IES) organizadas como sociedades empresariais à luz do Direito do Consumidor, pode-se chegar às seguintes conclusões.

Em primeiro lugar é importante atentar para o fato de que as sociedades empresariais têm como objeto o lucro e alguns tendem a discutir que o lucro não condiz com o ensino de qualidade, e que uma instituição de ensino organizada como sociedade anônima, parece uma aberração pedagógica, pois lucro e ensino de qualidade poderiam não combinar.

É inquestionável que a atividade de ensino superior é uma atividade econômica importante, porém, é também uma atividade de enorme relevância social. Como demonstrado ao longo do texto, o Ensino Superior no Brasil, após os anos 90, cresceu em número de alunos e de instituições. Esse crescimento trouxe como consequência, o aumento das relações entre o estado, que tem a competência constitucional para regulação do ensino no Brasil, e aumentou também, a relação entre alunos e instituições de ensino superior organizadas como sociedades anônimas. Diante dessa expansão, o aluno pode ser considerado um consumidor. Não nos resta dúvida, que a relação do aluno, ou da família, com a instituição privada de ensino, é uma relação que tende a ser duradoura e que sempre será baseada na reciprocidade, para que seu objetivo precípua seja alcançado com êxito.

O Contrato de Prestação de Serviços Educacionais deve ser classificado como um Contrato Relacional, ou seja, um contrato de longa duração, por se inclinarem às criações de relações contínuas e duradouras, onde os termos da troca são cada vez mais abertos, e as cláusulas são de regulamentação do processo de negociação contínua. Enfim, contratos relacionais englobam relações difíceis entre diversas partes, onde os vínculos pessoais de solidariedade, confiança e cooperação são determinantes.

Porém, toda via, entende-se tratar de uma relação *sui generis*, carecedora de um aprofundamento de estudos.

A aplicação do CDC na relação entre aluno e instituição de ensino de forma ampla e irrestrita, gera aberrações jurídicas e implica às vezes em uma contra educação, principalmente quando damos a palavra educação o seu mais amplo e irrestrito sentido.

Ao analisar a abertura de capital no ensino superior brasileiro pode-se dizer que esse processo tem sido considerado como uma estratégia para a possibilidade de desenvolvimento de negócios no setor de educação. Ficou claro neste estudo que a decisão de abrir o capital está subordinada a uma análise de viabilidade e conveniência, e que os custos de abertura de capital são investimentos e não endividamento.

A abertura de capital, além de trazer melhoras quantitativas, pode oferecer um novo contexto para a empresa, pois as instituições de ensino passam, cada vez mais, a serem avaliadas, pelo mercado financeiro, tendo como base o conjunto de valores e princípios expressos em suas práticas operacionais.

Porém, ainda existe uma enorme lacuna, há necessidade que o governo regulamente este mercado, de tal forma, que alie a questão econômica ao fator qualidade. Para tanto é essencial, que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário compreendam o caráter singular da prestação de serviços educacionais, evitando, assim, algumas aberrações que se tem acompanhado.

Dessa forma, problemas educacionais e conflitos foram detectados como prementes e exigiram a interferência pronta do instrumental jurídico. Sendo assim, torna-se necessário a definição da competência jurisdicional para o julgamento da lide. Inúmeros têm sido os conflitos de competência levados ao judiciário para que o mesmo determine quem é legitimado para julgar tais conflitos.

Fica-nos evidente que a competência para julgar conflitos entre as instituições privadas de ensino superior, integrantes do Sistema Federal de Ensino e a União, através do seu órgão executivo o Ministério da Educação, é da Justiça Federal. Por outro lado, as ações de conhecimento, cautelares ou quaisquer outras de rito

especial que não o mandado de segurança – a competência será federal quando a ação indicar no polo passivo a União Federal ou quaisquer de suas autarquias será de competência estadual, entretanto, quando o ajuizamento voltar-se contra entidade estadual, municipal ou contra instituição particular de ensino.

Diante da natureza jurídica de instituições privadas de ensino superior, organizadas como Sociedades Anônimas, não resta dúvida, que com exceção dos mandados de segurança contra ato dos dirigentes, ou ações contra o Ministério da Educação, a competência para julgar as ações de conhecimento, cautelares ou quaisquer outras de rito especial, em que uma dessas sociedades anônimas figure no polo passivo, será da justiça estadual.

No entanto, como já alertado acima, parece ser controversa a relação de ganhos e perdas para acionistas e estudantes diante da questão de criação de valor para os mesmos, pois o principal objetivo ao abrir o capital de uma IES para os primeiros está no lucro e para os segundos está na confiabilidade em uma determinada escola, e tal fato muitas vezes pode gerar transtornos e problemas na relação entre aluno e instituição que acabam por chegar ao poder judiciário no intuito de solução do conflito.

Como visto até o momento existem pontos positivos na abertura de capital para uma IES: o acesso mais barato ao capital para programar os planos de expansão, um maior reconhecimento por parte dos agentes do mercado em função do aumento da transparência da instituição, a possibilidade de melhoria socioeconômica por causa da adoção de boas práticas de gestão e, ainda, a utilização de ações na compra de outras escolas.

Outro fator é a imagem da IES que, ao passar a ser uma companhia aberta, pode facilitar associações internacionais, que não é restringido à apenas grandes empresas, pois a CVM vem regulando e criando mecanismos para incentivar as pequenas e médias empresas a abrirem seu capital.

Ressalta-se que as instituições privadas de ensino superior organizadas como sociedades anônimas, a todo o momento, em suas defesas, nos mais diversos processos, sejam eles em Juizados Especiais, o na Justiça Estadual comum, tentam alegar a incompetência dos mesmos para julgamento das lides. Tal fato, diante dos

julgados acima apresentados, nada mais é, do que mera tentativa de protelação processual.

Num contexto em que as decisões judiciais evidenciam que o Código de Defesa do Consumidor se aplica às relações entre Instituições de Ensino e alunos, torna-se necessário o estudo da aplicação da legislação consumerista a esta relação, ainda mais quando a mesma é prestada por sociedade empresarial.

Não resta dúvida que o Direito do Consumidor é uma determinação constitucional, com previsão no artigo 5º XXXII da CF, é norma de efetivação das garantias e direitos fundamentais. É também, a defesa do consumidor, um princípio da atividade econômica, conforme prescreve o artigo 170, V da CF. E ainda podemos afirmar que o direito a prestação educacional ou direito à educação tem status constitucional, como direito social fundamental artigo 6º e ainda como direito de todos e dever do Estado e da família, conforme prescreve o artigo 205 de nossa Carta Magna.

Como já amplamente discutido neste trabalho, a prestação de serviço educacional pode ser proporcionado pelo poder público ou pela iniciativa privada, porém devemos lembrar de seu caráter público, mesmo quando prestada por sociedades empresarias organizadas como sociedades anônimas.

Não nos resta dúvida, que a relação do aluno, ou da família, com a instituição privada de ensino, é uma relação que tende a ser duradoura e que sempre será baseada na reciprocidade, para que seu objetivo precípua seja alcançado com êxito.

Ainda para dar maior efetividade a este pensamento superficial, se formos nos ater a natureza jurídica das Instituições de Ensino Superior Organizadas como sociedades anônimas, em sua essência, qual é o objetivo de toda sociedade empresarial, o lucro. Assim temos vários elementos para aqueles que defendem essa relação como uma relação de consumo pura e simples.

Faz-se uma ressalva a esse contexto e muitas críticas e essa definição genérica e preguiçosa. Será que uma aula, pode ter sua qualidade questionada pelo tempo contratual previsto? Será que a absorção do conhecimento pelo aluno, será igual para todos, independente de sua aplicação pessoal nos estudos? Será mesmo essa, uma relação de consumo ou uma relação contratual pura e simples.

Deve-se pensar que neste caso o consumidor tem participação preponderante para o resultado final da prestação de serviços que se está contratando, sendo então necessária uma aplicação do CDC que não seja completamente absoluta.

REFERÊNCIAS

AMARAL JUNIOR, Alberto do. . A Boa-Fé e o Controle das Cláusulas Contratuais Abusivas nas Relações de Consumo. Revista Direito do Consumidor, São Paulo, 1993.

ANDRADE, Pedro Ivo. **Crimes contra as relações de consumo**: Art. 7º da lei 8.137/90. Curitiba: Juruá, 2007.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Crimes de consumo no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor. n. 88** 1992.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BESSA, Leonardo Roscoe. Direito do consumidor. Cap. XIII. IN: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 346-379.

BOVESPA. Disponível em:

<<http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/a-bmfbovespa/download/Focus5.pdf>> Acesso em 18 de nov. de 2011.

BRASIL, **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 2 de ago. de 2009.

BRASIL, **Lei 8078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/l8078.htm>> Acesso em: 2 de ago. de 2009.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/l9394.pdf>

CAPELLETI. Mário; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAVALCANTI, Francisco. **Comentários ao código de proteção e defesa do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1991.

CM CONSULTORIA. **Fusões e aquisições nas IES**. Disponível

em:<<http://www.cmconsultoria.com.br/arquivos/ResumoAquisicoesIES.pdf>> Acesso em: 18 de nov. de 2011b.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). Disponível

em:<http://www.cvm.gov.br/port/public/publ/publ_200.asp> Acesso 18 de nov.2011a.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). **Abertura de capital de empresas**. . Disponível em:<http://www.cvm.gov.br/port/public/publ/publ_200.asp>

Acesso em: 18 de nov. de 2011.

CRUZ, C; HOFFMANN, C; RIBEIRO, U. **Trabalho de Conclusão de Curso: a excelência**

como diferencial. Belo Horizonte: Editora New Hampton Press Ltda, 2006.

DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil Brasileiro, 1º volume, 19ª ed, são Paulo editora saraiva pag 210

ESTRADA, Sérgio Werther Duque. **Fusões e aquisições no ensino superior privado no Brasil**.. Disponível em:<<http://www.aprendervirtual.com.br/artigoInterna.php?ID=53&IDx=291>>

Acesso em: 18 de nov. de 2011.

FERNANDES,Celso Carlos. **Gestão educacional**. Uma nova visão. Porto Alegre: Artemed, 2004.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Cap. 1. IN: GRINOVER, Ada Pelegrini *et. al*. Cap. **Direito do consumidor comentado**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FONTES FILHO, Joaquim Rubens; BALASSIANO, Moisés. A importação dos modelos de governança corporativa e consequências sobre a GP... **Anais**... Curitiba: ANPAD, 2004.

FRANÇA, Júnia Lessa; VASCONCELLOS, Ana Cristina. **Manual para normalização de publicações técnico-científicas**.8 ed. Belo Horizonte: UFMG, 2011.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor**: código comentado e jurisprudência. Niterói, Ímpetus, 2008.

GASTÓN; FLORES FILHO Jacobs. **O aluno é um consumidor?** Disponível em: <http://www.consaejur.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=87:o-aluno-e-um-consumidor&catid=29:artigos&Itemid=37> Acesso em: 3 de dez de 2012.

GOMES, Magno Federici. **Direito educacional superior**: evolução histórica, legislação, procedimentos administrativos e função normativa. Curitiba: Juruá, 1009.
JOAQUIM, Nelson. **Direito Educacional brasileiro**. Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2009.

GRAMANI, Maria Cristina N. A influência da qualidade na atratividade de instituições de ensino superior com capital aberto. **Ensaio: aval. pol. públ. Educ.**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 60, p. 437-454, jul./set. 2008.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza F. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e conhecimento do senso comum com o conhecimento científico e prática. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006,

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA (INEP)

Censo da educação superior: 2010 – resumo técnico. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2012.

LEMES JUNIOR, Antônio Barbosa; RIGO, Cláudio Miessa; CHEROBIM, Ana Paula Mussi Szabo. **Administração financeira**: princípios, fundamentos e práticas trabalhistas. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LUZ, Aramy Dornelles da. **Código do consumidor anotado**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

MARQUES, Claudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. Cap. 3. IN: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 65-86.

OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. **Governança corporativa na prática**.

São Paulo: Atlas, 2006.

OSMAN, Ricardo. **O modelo de gestão de um setor que fatura muito lucra bastante e tem ações na bolsa, mas não gosta de ser chamado de negócio.**

Disponível

em:<http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/3855_LICOES+DA+EDUCACAO>

Acesso em: 18 de nov. de 2011.

PEREIRA, Antônio Jorge da Silva et. al. **Direito Educacional: aspectos práticos e jurídicos.** São Paulo: Quartier Lsatin, 2008.

PORTAL DO INVESTIDOR. **Mercado Novo.** Disponível em:

<<http://www.portaldoinvestidor.gov.br/Acad%C3%AAmico/EntendendooMercadodeValoresMobili%C3%A1rios/Hist%C3%B3riadoMercadodeCapitaisdoBrasil/tabid/94/Default.aspx>> Acesso em: 18 de nov. de 2011.

PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS (PROUNI). Disponível

em:<<http://prouniportal.mec.gov.br/>> Acesso em 2 de out. de 2012.

RANIERE, Nina Beatriz. **Educação Superior: Direito, Estado.** São Paulo: Fapesp, 2000.

REQUIÃO, Rubens. **Direito comercial.** 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Edson Cordeiro da Silva. **Governança corporativa nas empresas.** São Paulo: Atlas, 2006.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA (STJ). **Jurisprudência.** Disponível em: <

<http://www.legjur.com/jurisprudencia/busca?gclid=CIOY27O2u7cCFQFk7AodoHEA4g>> Acesso em 18 de nov. de 2012.

TIMM, Luciano Bennetti. **A prestação de serviços: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor.** . Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TOMAZETTE, Marlon, **Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário.** 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo, pag 254, **Direito Civil Parte Geral.** 8 ed. São Paulo:Atlas, 2008.

