

Estudo Técnico

Inexistência de direito do Ministério da Educação em exigir prova de regularidade fiscal e parafiscal das instituições de ensino superior em processos que objetivem autorizações, reconhecimentos e suas renovações, bem como credenciamentos e recredenciamentos

O Governo Federal com o objetivo de dispor sobre a organização do ensino superior e estabelecer normas acerca da avaliação dos cursos e instituições, editou o Decreto nº. 3.860, em 9 de julho de 2001 que posteriormente foi substituído pelo Decreto nº. 5.773, de 9 de maio de 2006 e mais recentemente pelo Decreto nº 9.235, de 15 de dezembro de 2017.

Aludidas normas reiteram alguns dos princípios constitucionais e disposições contidas na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e acrescentam novas exigências para o funcionamento das instituições públicas e privadas.

O Capítulo V do primeiro Decreto fala dos procedimentos operacionais e o Artigo 20 estabelece que:

“Os pedidos de credenciamento e de recredenciamento de instituições de ensino superior e de autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos superiores serão formalizados pelas respectivas entidades mantenedoras, atendendo aos seguintes requisitos de habilitação:

.....
III – prova de regularidade perante a Fazenda Federal, Estadual e Municipal:

IV – prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço;”

Já o segundo Decreto dedica o Capítulo II aos atos de regulação e no Artigo 15, ao descrever os documentos necessários para o credenciamento de novas instituições, cita no item I, letras “d” e “e” a obrigatoriedade de apresentação de certidões de regularidade fiscal e parafiscal perante as Fazendas Federal, Estadual e Municipal e exige a juntada de certidões de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

Estudo Técnico

Igual exigência existe para os credenciamentos, citados no Artigo 21 e nas transferências de manutenção de instituições, citado no Artigo 25, parágrafo primeiro.

Tendo em vista medidas judiciais que serão comentadas à frente, o novo Decreto não mais exigiu a apresentação de documentos de regularidade fiscal e parafiscal nos processos de autorizações de cursos (a que se refere no Artigo 27, reconhecimento, no Artigo 34 e renovações de reconhecimento, mencionado no Artigo 41).

A exigência de regularidade fiscal e parafiscal são ilegais em atos pertinentes à educação.

As instituições de ensino, especialmente as privadas, exercem o primordial papel de possibilitar o pluralismo de idéias e concepções pedagógicas e coexistem com os estabelecimentos públicos na forma do inciso III do Artigo 209 da Constituição Federal que assim prevê:

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

- I) cumprimento das normas nacionais da educação;
- II) “autorização e avaliação da qualidade pelo Poder Público.”.

As normas gerais da educação são definidas pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

Dentro desse cenário legal, as instituições de ensino vinculadas à livre iniciativa são criadas e autorizadas a funcionar no Brasil. É exigida uma entidade mantenedora que, com sua personalidade jurídica própria, seja a responsável por todos os aspectos atinentes à representação junto aos poderes constituídos.

Há, portanto, uma entidade mantenedora e instituições mantidas, por sinal como expresso nos Decretos já citados.

Cabe aos Sistemas de Ensino (quando Federal ao Ministério da Educação) autorizar e exercer o acompanhamento das instituições de ensino (entidades mantidas) ficando na competência dos diversos órgãos regulares de fiscalização os atos relativos às entidades mantenedoras.

Estudo Técnico

O Ministério da Educação é oficialmente liberado do controle dos atos das pessoas jurídicas eis que diversos outros segmentos estão aptos a verificar a regularidade civil e tributária das mesmas.

Um recente estudo feito por organismo especializado mostrou que existem no Brasil mais de sessenta tributos, todos com setores governamentais próprios para os respectivos controles e cobranças.

O Poder Público, ao determinar que o Ministério da Educação exija a comprovação de regularidade tributária, extrapola competências e tenta inverter a ordem jurídica nacional.

Os ensinamentos doutrinários, jurisprudenciais e legais mostram que um Decreto tem a função de regulamentar à lei, não podendo ir além dos dispositivos normais do segmento.

A legislação brasileira remete ao Código Tributário Nacional a matéria alusiva a impostos, taxas e contribuições de melhoria.

Por sua vez, envia à Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional os assuntos ligados à educação.

O Artigo 205 do CTN não diz que a lei pode exigir a prova de quitação de tributos como condição para a prática deste ou daquele ato e nos Artigos 191, 192 e 193 enumera as hipóteses de exigibilidade dos documentos. Em nenhuma delas há referência a assuntos ligados à prática educacional.

A Constituição Federal garante taxativamente a liberdade de exercício da atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos (Artigo 170, parágrafo único). Garante, igualmente, que ninguém será privado da liberdade, ou de seus bens, sem, o devido processo legal (Artigo 5º. Inciso LIV) e que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (Artigo 5º, inciso LV).

Ressalta-se ainda que a exigência de quitação de tributos será inconstitucional, ainda se estabelecida em lei complementar federal, na medida em que implicar cerceamento da liberdade de exercício da atividade econômica.

Estudo Técnico

Efetivamente, a exigência de certidão negativa de débito tributário pode, em muitos casos, consubstanciar cerceamento ao direito de exercer trabalho, ofício ou profissão, ou ao direito de exercer atividade econômica.

Inúmeros são os ensinamentos doutrinários sobre o assunto e poderíamos enumerar uma série de entendimentos que corroboram esse nosso posicionamento.

Mesmo se admitíssemos a existência de dívidas tributárias, as instituições educacionais deveriam ter um tratamento diferenciado, aplicando-se, por equidade, o mesmo princípio que impera na legislação que regula a fixação e cobrança dos serviços educacionais.

Vale lembrar que a Lei nº 9.870 de 23 de novembro de 1999, modificada parcialmente pela Medida Provisória nº 2.173-24, de 23 de agosto de 2001, proíbe que as instituições educacionais apliquem qualquer penalidade pedagógica a alunos que não pagam os compromissos assumidos com as mantenedoras.

Por que não exigir a “regularidade financeira” dos alunos e determinar o trancamento dos processos administrativos das organizações educacionais?

O sistema jurídico nacional prevê o direito de recurso ao Poder Judiciário quando há posicionamentos ilegais.

No caso em estudo, o Governo Federal, ao editar o Decreto 3.860, cometeu diversos erros e não os reparou por meio dos outros atos que o modificaram (Decretos nºs 3.098, 4.914, 5.225 e 5.773).

Considerando o grave prejuízo à educação nacional, às instituições e aos alunos, a Justiça é a competente para suspender a eficácia de normas imperativas e através de seus julgados, declararem ilegais pontos que afrontam à ordem constituída.

Em decisão proferida pela Justiça, através da 15ª Vara Federal do Rio de Janeiro, em ação movida pelo Sindicato das Entidades Mantenedoras de Ensino Superior do Estado do Rio de Janeiro contra a União Federal foi reconhecido o direito das instituições de ensino. Assim o Juízo decidiu:

“Julgo procedente o pedido para declarar a dispensa de apresentação de prova de regularidade perante a

Estudo Técnico

Fazenda Federal, Estadual, Municipal, Seguridade Social e FGTS, nos processos que objetivarem autorizações, reconhecimentos e suas renovações, bem como o credenciamento e recredenciamento, em face da ilegalidade do art. 20, inciso III e IV do Decreto nº 3.860/01.”

Considerando que todas as decisões que atingem o governo têm o princípio da dupla jurisdição (isto é, precisam ser reapreciadas também pelo Tribunal), o processo foi encaminhado para a instância superior. Novamente o princípio desse direito foi confirmado tornando-se uma jurisprudência consolidada e abrindo espaço para os precedentes judiciais e futura súmula vinculante.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, através da 8ª Turma Especializada, ao reanalisar a ação, em decorrência da Apelação Cível 2002.51.01.025411-6, confirmou integralmente o direito e foi até mais ao reafirmar princípios. No Acórdão consta expressamente:

“Prevalece, nos Enunciados nºs 70, 323 e 547 da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, a idéia de que a Fazenda Pública deve cobrar seus créditos através do executivo fiscal, sem impedir, direta ou indiretamente, a atividade profissional do contribuinte, ou seja, sem utilizar de imposições administrativas como verdadeiro meio coercitivo para a cobrança de tributos.”

Mais à frente afirma:

“As exigências contidas nos incisos III e IV do artigo 20 do Decreto nº 3.860 (hoje revogado pelo Decreto nº. 5.773/2006), em verdade, não se limitam a regulamentar a situação prevista em lei (secundum legem), de modo a permitir sua efetiva aplicação. Mais do que isso, cria obrigações derivadas impertinentes e desnecessárias em relação à obrigação legal, vulnerando diretamente o princípio da proporcionalidade e ofendendo, de forma indireta, o

Estudo Técnico

princípio da reserva legal, prevista no art. 5º, II, da CF.”.

Finalizando diz:

“Aplicando-se os ensinamentos doutrinários de Celso Antonio Bandeira de Mello (Poder Regulamentador ante o Princípio da Liberdade, in RTDP nº. 4, 1993, pp. 75/83) à hipótese dos autos, fácil é constatar que a obrigação de apresentar as certidões de regularidade fiscal previstas nos incisos III e IV do art. 20 do Decreto nº. 3.860/01 caracteriza-se como “inovação proibida”, na medida em que não se encontrava a referida exigência anteriormente estatuída ou identificada na Lei nº. 9.394/96, nem tampouco se reconhecem, nas finalidades protegidas pela referida Lei, as condições básicas de sua existência.”

Não satisfeita com a derrota em primeira e segunda instâncias a União Federal recorreu para o Tribunal Superior Federal, sendo formado o Recurso Especial 1103490 (2008/024480-9). A Corte, ao apreciar o apelo, não acolheu os argumentos do Poder Público, o que consolidou a vitória das instituições de educação superior.

Houve o trânsito em julgado, o que tornou a matéria finda, com a condenação da União no pagamento das custas judiciais e honorários advocatícios.

Numa derradeira tentativa de reverter o posicionamento do Judiciário a União Federal ingressou, em fevereiro de 2011, com uma Ação Rescisória junto ao Tribunal Regional Federal da Segunda Região (0002061-50-2011.4.02.0000). Após o trâmite legal o Tribunal decidiu, novamente, contrário ao pretendido pelo Governo Federal e extinguiu o processo, sem julgamento de mérito, condenando, ainda, nos honorários advocatícios e demais ônus de sucumbência.

Embora existindo a tutela judicial sobre o princípio da ilegalidade da exigência de provas de regularidade fiscal e parafiscal, foi necessário o ingresso de uma segunda ação ordinária para atacar o segundo decreto da série (o 5.773).

Estudo Técnico

Coube ao Sindicato já referido dar início a esse combate perante a Justiça Federal e foi formulado um pleito semelhante para desconstituir as ilegalidades do diploma legal.

A ação tomou o número 2006.51015179-5 sendo distribuída para a 3ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Após o trâmite de praxe houve a decisão de primeira instância em 16 de fevereiro de 2009, julgando totalmente procedente a ação.

Veio o recurso da União e coube ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região a confirmação unânime da sentença, isto em 16 de julho de 2013. O acórdão traz todos os fundamentos que comprovam a ilegalidade da exigência.

Desta vez a União não fez novas tentativas recursais e o processo foi devolvido para a Vara de origem, onde foi arquivado.

Ocorre que mais uma vez o Governo Federal editou novo dispositivo legal, com as mesmas aberrações.

O Decreto nº 9.235, de 15 de dezembro de 2017, usou uma estrutura parcialmente diferente, embora com os mesmos princípios: o de exigir a comprovação da regularidade fiscal e parafiscal.

O Artigo 20 assim estabelece:

“Art. 20. O pedido de credenciamento será instruído com os seguintes documentos:

I - da mantenedora:

.....
c) certidões de regularidade fiscal perante a Fazenda federal;

d) certidões de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS;

Logo a seguir, no parágrafo 4º do mesmo Artigo 20, assim estabelece:

“§ 4º A comprovação da regularidade de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda - CNPJ e da regularidade perante a Fazenda federal, a Seguridade Social e o FGTS poderão ser verificadas pela Secretaria de Regulação

Estudo Técnico

e Supervisão da Educação Superior do Ministério da Educação nas bases de dados do Governo federal e as mantenedoras deverão estar devidamente regulares para fins de credenciamento ou de credenciamento.”

Já no Artigo 25 determina o sobrestamento dos processos regulatórios em caso de irregularidade perante os órgãos fiscais. Assim consta do mesmo, no Parágrafo 5º do Artigo 25:

“Art.25. A instituição protocolará pedido de credenciamento junto à Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior do Ministério da Educação, observado o calendário definido pelo Ministério da Educação e dentro do prazo fixado no ato autorizativo vigente.

.....
§ 5º A irregularidade perante a Fazenda federal, a Seguridade Social e o FGTS ensejará o sobrestamento dos processos regulatórios em trâmite, nos termos do Capítulo III. “

Na prática o novo Decreto revigora exatamente as exigências que foram impostas pelo Executivo e declaradas ilegais pelo Judiciário.

Novamente a Justiça foi favorável ao Sindicato e foi proferida em janeiro de 2019 uma nova sentença que se encontra transcrita. Considerando o duplo grau de jurisdição encontra-se em fase recursal na segunda instância.

As decisões, comentadas acima, abriram caminhos para que outros Juízos proferissem julgados dentro da mesma linha, tornando-se jurisprudência predominante em nosso País.

O Ministério da Educação tem o dever de verificar as normas gerais da educação e os demais órgãos (Ministério da Fazenda e outros) os ligados a tributos.

A função do primeiro é acompanhar as atividades das mantidas (Universidades, Centros Universitários e Faculdades) enquanto aos últimos, as ações e práticas das mantenedoras.

Estudo Técnico

O Poder Executivo, ao definir sua estrutura, criou Ministérios especializados que devem atuar nos fins para os quais foram criados.

Não lhes cabe extrapolar competências, ainda mais quando as práticas são nocivas à função social.

Rio de Janeiro, 30 de janeiro de 2019

João Roberto Moreira Alves

Presidente do Instituto de Pesquisas e Administração da Educação

Av. Rio Branco, 156, conjunto 1926 – CEP: 20040-901

Rio de Janeiro – RJ

ipae@ipae.com.br - www.ipae.com.br

(21) 3905-0964 – 3471-6301

Nota: O assessoramento jurídico em todas as fases do processo foi feito pela equipe do Instituto de Pesquisas e Administração da Educação.

O acesso às decisões, em todas as instâncias, poderá ser feito através dos seguintes links:

- a) Sentença da ação relativa ao **primeiro Decreto** – www.ipae.com.br/et/11_a.pdf*
- b) Acórdão do Tribunal Regional Federal – www.ipae.com.br/et/11_b.pdf*
- c) Decisão do Superior Tribunal de Justiça – www.ipae.com.br/et/11_c.pdf*
- d) Certidão do trânsito em julgado – www.ipae.com.br/et/11_d.pdf*
- e) Decisão em Ação Rescisória - www.ipae.com.br/et/11_e.pdf*
- f) Decisão do Recurso Especial - http://www.ipae.com.br/et/11_f.pdf*
- g) Sentença da ação relativa ao **segundo Decreto** - www.ipae.com.br/et/11_g.pdf*
- h) Acórdão do Tribunal Regional Federal (idem) www.ipae.com.br/et/11_h.pdf*
- i) Certidão de encerramento e baixa (idem) www.ipae.com.br/et/11_i.pdf*
- j) Sentença relativa ao terceiro decreto www.ipae.com.br/et/11_j.pdf*
- K) Decisão do Tribunal Regional Federal (Tutela) www.ipae.com.br/et/11_k.pdf*
- l) Decisão do Tribunal Regional Federal (Corrigindo o erro material) www.ipae.com.br/et/11_l.pdf*

Pesquisadora Aurora Carvalho – Coordenadora do Núcleo de Produção Científica do Instituto de Pesquisas e Administração da Educação