XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

LEONEL SEVERO ROCHA

MÁRCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO

Copyright © 2024 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP – Pernambuco

T314

TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Rogerio Luiz Nery Da Silva, Leonel Severo Rocha, Márcia Haydée Porto de Carvalho – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-994-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: ESTADO DE DERECHO, INVESTIGACIÓN JURÍDICA E INNOVACIÓN

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – 2. Teorias da justiça. 3. Realismo jurídico. XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU (2: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO

Apresentação

GT - TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURÍDICO

O CONPEDI - CONSELHO NACIONAL DAS PÓS-GRADUAÇÕES EM DIREITO, consolidando sua atuação proativa em favor do avanço da pesquisa na área jurídica, desde à teoria do direito, aos mais inovadores ramos de estudo e aplicação jurídica, além de áreas afins, promoveu – em conjunto com a UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA URUGUAY (UDELAR) – o XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI - MONTEVIDÉU, "ESTADO DE DERECHO, INVESTIGACIÓN JURÍDICA E INNOVACIÓN". De 18 a 20 de setembro de 2024, foram apresentados variados trabalhos científicos, a partir de palestras, mesas redondas, artigos científicos e painéis, que se distribuíram por dezenas de grupos de trabalho (GTs) com ampla diversidade temática. A nós, Professor-doutor Leonel Severo Rocha, da Universidade do Vale dos Sinos (Unisinos), Professora-doutora Márcia Haydée Porto de Carvalho (UFMA) e Professor-doutor Rogério Luiz Nery da Silva, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), coube a honrosa tarefa de conduzir os trabalhos do GT - TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURÍDICO, cujos trabalhos foram os seguintes:

1) Artigo/Trabalho A LEGITIMIDADE DA DECISÃO JUDICIAL A PARTIR DO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, por Rosemary Cipriano da Silva, em que o devido processo legal projeta a verdade processual identificada com a verdade material, a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito, legitimação para além da legitimidade formal, não exclusivamente dependente de uma ética ou moral universal, segundo o enfoque comunitarista (Estado Social), tomando como matriz teórica a teoria do discurso de Habermas.

2) Artigo/Trabalho DA VIOLAÇÃO À LEI Nº 10.861/2004 EM VIRTUDE DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO PELO STJ NAS CAUSAS SOBRE O ENADE, por Simone Alvarez Lima, que questiona o modus operandi da obrigatoriedade de realizar o ENADE e as sanções pela ausência (Lei nº 10.861/2004), pelas consequências

de sua não realização pelos concludentes de curso superior, como componente curricular obrigatório. Os graves prejuízos aos interesses dos estudantes têm ensejado decisões consequencialistas que ao reverso findam por desprestigiar e fragilizar a prova do ENADE como instrumento de avaliação de políticas públicas.

3) Artigo/Trabalho A MAXIMIZAÇÃO RACIONAL E PROPORCIONALIDADE NO STF: MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED), por Jasminie Serrano Martinelli e Sergio Nojiri, em que as medidas executivas atípicas, agregadas ao CPC/2015, voltadas à possível "maximização" da efetividade do processo executivo, têm adotado argumentos de Análise Econômica do Direito. Os autores mencionam estudo de caso em que a razão de justificação se baseou também em argumentos de "ponderação e proporcionalidade", criando antinomia com os pressupostos da AED, como teorias com pressupostos conflitantes, quanto ao cumprimento de regras na tomada de decisão jurídica, notadamente na adoção de medidas processuais atípicas.

4) Artigo/Trabalho A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: DA RETÓRICA À PONDERAÇÃO EM BUSCA DA RACIONALIDADE DA SENTENÇA JUDICIAL, por Jorge Luís Batista Fernandes, tem-se o debate entre a racionalidade e a qualidade das sentenças judiciais, a partir de uma abordagem descritiva e indutiva, segundo Cesar Pasold, para analisar os aportes da Teoria da Argumentação Jurídica para o discurso geral e o discurso jurídico, com destaque às decisões judiciais e sua racionalidade, desde a formalidade e materialidade da atividade argumentativa à justificação indutiva e dedutiva, concluindo-se pela ação inovadora e de instrumentalidade da teoria da argumentação jurídica nas decisões judiciais modernas.

5) Artigo/Trabalho UMA ABORDAGEM EQUITATIVA E INCLUSIVA NO DIREITO CIVIL A PARTIR DA DISPARIDADE SOCIOECONÔMICA DA SOCIEDADE BRASILEIRA, por Letícia Marques Padilha, no qual o Estado - como garantidor dos direitos fundamentais - posiciona a pessoa humana vista como centro das atenções do Estado, com a finalidade de promover a integralidade dos direitos fundamentais. O texto examina o papel do direito civil sob uma abordagem equitativa e inclusiva a partir da disparidade socioeconômica, sob a perspectiva da Teoria da Justiça, de John Rawls, focado no papel do Estado em compensar essas disparidades.

Na oportunidade da condução dos trabalhos, pode-se testemunhar a dedicação dos autores, desde a meticulosidade da preparação das pesquisas ao rigor na liturgia analítica e à criatividade das integrações cognitivas. Seguro de cumprir o papel articulador de iniciativas

de fomento à pesquisa jurídica, o Conpedi nos autoriza a oferecer ao prezado leitor o compartilhamento dos ricos conteúdos versados.

Desejamos aos muito prezados pesquisadores uma excelente leitura!

Professor-Doutor LEONEL SEVERO ROCHA - UNISINOS

Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Mestrado em Direito (UFSC); Doutorado (École des Hautes Etudes en Sciences Sociales – Paris) – revalidado pela UFSC; Pós-doutorado em Sociologia do Direito (Universitá di Lecce – Itália). Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos); Professor do PPGD da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai (URI); Coordenador da Cátedra Warat; Professor Visitante da Faculté de Droit da Univ de Paris 1. Bolsista Produtividade do CNPq. Professor Titular do PPGD-UFSC Mestrado e Doutorado). Consultor da Capes e da Fapergs.

E-mail: leonel.rocha@icloud.com

Professora-Doutora MÁRCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO - Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Possui Graduação em Direito (UFMA); Graduação em Ciências Econômicas (UFMA); Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e Especialização em Altos Estudos de Política e Estratégia pela Escola Superior de Guerra (ESG). Professora Associada III da UFMA; Promotora de Justiça em São Luís/MA. Investigadora no Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid/Espanha).

Email: marciahaydee@uol.com.br

Professor-Doutor ROGÉRIO LUIZ NERY DA SILVA - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

Professor no Programa Erasmus Plus, da União Europeia (Univ Cardinal Winzinsky – Varsóvia – Polônia); Pós-doutorado em Direito e Ciência Política (Université de Paris X - França); Pós-doutorado em Sistema Constitucional (New York Fordham University - USA); Doutorado em Direito Público e Evolução Social (UNESA); doutorando em Filosofia do Direito (Universität zu Kiel – Alemanha); Mestrado em Direito e Economia (UNIG); posgraduado em Jurisdición y Justicia Constitucional (Univ. Castilla-La Mancha – Espanha) pós-graduado em Educação (UFRJ), graduado em Direito (UERJ), advogado OAB-RJ.

E-mail: dr.nerydasilva@gmail.com

DA VIOLAÇÃO À LEI Nº 10.861/2004 EM VIRTUDE DA APLICAÇÃO TEORIA DO FATO CONSUMADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NAS CAUSAS SOBRE O ENADE

VIOLATION OF LAW NO. 10,861/2004 DUE TO THE APPLICATION OF THE FAIT THEORY CARRIED OUT BY THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE IN THE ENADE CAUSES

Simone Alvarez Lima

Resumo

O art. 5º, §5º da Lei nº 10.861/2004 estabelece aqui a regularidade no ENADE é componente curricular obrigatório, o que significa que o aluno irregular nessa avaliação não poderá colar grau enquanto a sua irregularidade não for revertida. Existem situações em que realmente o estudante tem direito líquido e certo a colar grau, pois a irregularidade foi por falha da instituição de ensino superior. Contudo, o preocupante é que no âmbito da justiça federal, os juízes concedem liminares para a grande maioria dos casos relacionados à irregularidade no ENADE permitindo com que esse aluno cole grau. Tendo em vista que o processo demora a chegar no superior tribunal de justiça, fica evidente que essa corte não se sente confortável em desconstituir colações de grau contrárias à lei nº 10.861/2004 e aplica a teoria do fato consumado para não trazer prejuízos aos interesses do estudante. Para fazer essa análise, foi utilizado o método dedutivo e os dados foram levantados por meio de pesquisa bibliográfica e documental. A consequência da aplicação, quase que automática, dessa teoria pelo Superior Tribunal de Justiça será a desvalorização da prova do ENADE, que é tão importante para o poder público verificar a qualidade do ensino ofertado nas instituições, principalmente em um momento em que a educação no Brasil está passando por transformações.

Palavras-chave: Teoria do fato consumado, Superior tribunal de justiça, Mandado de segurança, Ativismo, Lei nº 10.861/2004

Abstract/Resumen/Résumé

The art. 5th, §5th of Law No. 10,861/2004 establishes here that regularity in ENADE is a mandatory curricular component, which means that students who are irregular in this assessment will not be able to obtain a grade until their irregularity is reversed. There are situations in which the student actually has a clear and certain right to receive a degree, as the irregularity was due to the fault of the higher education institution. However, what is worrying is that within the scope of federal justice, judges grant injunctions for the vast majority of cases related to irregularities in ENADE, allowing this student to graduate. Considering that the process takes a long time to reach the higher court of justice, it is clear that this court does not feel comfortable in dismissing degrees contrary to law no. student. To carry out this analysis, the deductive method was used and the data was collected through bibliographic and documentary research. The consequence of the almost automatic

application of this theory by the Superior Court of Justice will be the devaluation of the ENADE test, which is so important for public authorities to verify the quality of education offered in institutions, especially at a time when education in the Brazil is undergoing transformations.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Theory of fait accompli, Superior justice tribunal, Writ of mandamus, Activism, Law no. 10,861/2004

INTRODUÇÃO

O Exame Nacional de Desempenho do Estudante (Enade) foi criado em 2004, em substituição ao antigo provão, e tem como objetivo auferir a qualidade da educação do ensino superior ofertado no Brasil, país marcado pela mercantilização da educação no qual, inclusive, se questiona a qualidade dos profissionais que entram no mercado de trabalho.

Parte-se de hipótese de que, com base nas teorias da decisão e da justiça, em especial positivismo e pós-positivismo, seja possível fazer uma análise crítica ao Superior Tribunal de Justiça que profere decisões em desacordo com o art. 5º, §5º da Lei nº 10.861/2004, o qual estabelece que o Enade é componente curricular obrigatório, tendo que em vista que, em determinados momentos, mantém a colação de grau para o aluno irregular no Enade determinada em mandado de segurança, com base na teoria do fato consumado.

O presente estudo tem como objetivo explicar que a aplicação da teoria do fato consumado para permitir a colação de grau do aluno irregular no Enade é reflexo do pós-positivismo e trazer um alerta sobre os perigos de desconsiderar a Lei nº 10.861/2004 em um país que, cada vez mais, está sendo caracterizado pela mercantilização massiva da educação.

A primeira seção se dedica a explicar a importância da prova do Enade, assim como dissertar sobre a obrigatoriedade do certame, com base no art. 5º, §5º da Lei nº 10.861/2004. Essa seção foca na reflexão de que não existe direito líquido e certo à colação de grau para o aluno irregular, mas, sim, um direito inexistente, quando não se trata de irregularidade em virtude de falta de declaração de responsabilidade da instituição de ensino superior.

A segunda seção explica a teoria do fato consumado, apontando como ela surgiu na seara do direito educacional, a fim de que haja a compreensão do que a embasa. Considerando que o objetivo dessa teoria nada mais é do que a conservação de situações já consolidadas, ainda que em desacordo com a legislação, faz-se, nessa seção, uma relação da teoria com a superação do positivismo.

A terceira seção traz algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça nas quais a teoria do fato consumado foi aplicada e uma na qual não foi. Tais decisões deixam claro que o objetivo é manter decisões proferidas em sede de mandado de segurança que permitiram a colação de grau de alunos irregulares no Enade a fim de que eles não fossem prejudicados, afinal, o decorrer o tempo já permitiu que tais alunos já tivessem se inscrito nos conselhos de profissão, atendido clientes e exercido atividades que a colação de grau permite realizar.

Por fim, a quarta e última seção foca em explicitar uma análise crítica a respeito de ideais pós-positivistas que consagram outros valores ainda que em desacordo com a legislação.

Essa seção não vislumbra criticar ou elogiar a aplicação da teoria do fato consumado, mas, sim, provocar uma reflexão a respeito de até que ponto é interessante para a educação no Brasil, a longo prazo, afinal, uma vez que os estudantes percebem que podem faltar a prova e, por meio da via judicial, ainda assim conseguir colar grau, haverá uma perda de credibilidade nos resultados do Enade, afinal, quanto menos estudantes fazem a prova, menor é o parâmetro para o Poder Público verificar se o ensino superior tem sido ou não eficiente na preparação dos profissionais.

A relevância do presente estudo está no fato de que a partir do momento em que o superior tribunal de justiça chancela a permissão para que o aluno irregular no ENADE efetive a sua colação de grau, além de estar desrespeitando a legislação pertinente ao exame, também está contribuindo para a compreensão de que faltar a prova do ENADE não gera consequências nocivas aquele que pode se valer do poder judiciário, o que traz prejuízo para a educação brasileira à longo prazo em virtude do e na de representar a única forma que o poder público tem de auferir a qualidade da educação superior no Brasil.

O método de abordagem utilizado foi o dedutivo porque partiu de aspectos gerais referentes à obrigatoriedade do Enade e à teoria do fato consumado utilizada, frequentemene pelo Superior Tribunal de Justiça rumo aos aspectos específicos relacionados à crítica à aplicação dessa teoria sob o enfoque do pós-positivismo e o quão o Poder Judiciário desrespeitar a Lei nº 10.861/2004 pode ser um desserviço à educação no Brasil.

Os dados foram obtidos por meio de pesquisa bibliográfica porque envolveu livros e artigos científicos e pesquisa documental, em virtude da utilização de jurisprudências extraídas de sites de tribunais de justiça sobre o tema. Destaca-se que tais dados foram analisados qualitativamente porque foi enfatizada a interpretação desses ao invés de uma abordagem numérica, típica de pesquisas quantitativas.

1. IMPACTO DO PÓS-POSITIVISMO NA VISAO SOBRE A OBRIGATORIEDADE DO ENADE

O Exame nacional de desempenho do estudante, mais conhecido como Enade, é uma prova que ocorre, a cada três anos a fim de que os cursos sejam avaliados, o qual é obrigatório ao estudante. Destaca-se que a avaliação do estudante é apenas um dos pilares do Enade, mas não menos importante, afinal, por meio desta etapa, é possível mensurar o quão de aproveitamento os alunos estão tendo durante o curso.

O estudante que falta a prova do Enade fica impedido de colar grau, pelo menos, de acordo com o art. 5º, §5º da Lei nº 10.861/2004, conhecida como Lei do SINAES (Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior), que aponta que o Enade é componente curricular obrigatório dos cursos de graduação

Bleichvel traz apontamentos a respeito da importância da avaliação do ensino superior diante de tantas problemáticas enfrentadas nas faculdades:

> A questão realmente que pende, na maioria, parte da multiplicidade das demandas sociais diante da necessidade dos acadêmicos trabalharem durante o dia e estudarem durante a noite, as dificuldades tecnológicas, o excesso de informações, fragilidades financeiras, entre outras tantas impossibilidades marcadas pelo engessamento das dimensões pedagógicas da organização do trabalho docente. Em outras palavras, os elementos essenciais como planejamento, metodologias, estratégias e produção científica, muitas vezes, acontecem em condições desconectadas com o conhecimento crítico, a concepção ecológica, ética e direitos humanos. (Bleichvel, 2022, p. 26)

O Enade é um exame importante, pois é a única forma pela qual a administração pública tem de auferir a qualidade do ensino superior ofertado no Brasil, logo é essencial despertar a consciência a respeito da necessidade de comparecer ao exame, o que inclui responder o questionário do estudante e realizar a prova.

Sem dúvidas, o atraso na colação de grau atrasa a vida de um estudante, contudo em um país marcado pela intensa mercantilização da educação, não se pode dispensar a obrigatoriedade do Enade, tendo em vista que muitos alunos não imaginam a importância da prova, afinal, veem a educação em seu sentido microespacial, ou seja, o quão aquela faculdade pode mudar a sua vida, mas não em seu sentido macro, ou seja, a partir da percepção de que aquela instituição está ofertando ou não um ensino de qualidade para os futuros profissionais que ingressarão no mercado de trabalho.

No caso abaixo, o juiz da 11ª Vara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu uma decisão em sede de mandado de segurança que, apesar do líquido e certo direito de colar grau em virtude da sua irregularidade ter sido oriunda de falha da Instituição de Ensino Superior, o impetrante teve a segurança denegada:

> Nota-se, pela norma supramencionada, que a participação no ENADE é impreterível, uma vez que é componente curricular obrigatório dos cursos de graduação. Além disso, a Portaria Normativa n. 40/2007 do Ministério da Educação dispõe: Art. 33-M Os estudantes habilitados que não tenham sido inscritos ou não tenham realizado o ENADE fora das hipóteses de dispensa referidas nesta Portaria Normativa estarão em situação irregular, não podendo receber o histórico escolar final. Se os alunos que não tenham realizado o ENADE não podem receber o histórico escolar final, também não podem colar grau. Este é o caso da impetrante. Diante do exposto, indefiro o pedido liminar de determinar "à IMPETRADA que permita a colação de grau e entregue a

> declaração de conclusão do curso até dia 07/02/2024,não podendo ser impedida de colação única e exclusivamente em razão da não participação na prova do ENADE". (BRASIL. 11ª VARA CÍVEL FEDERAL DE SÃO PAULO. Mandado de Segurança nº 5002168-58.2024.4.03.6100. Juíza Regilena Emy Fukui Bolognesi. Julgamento em: 02 fev. 2024).

Vale ressaltar que no caso acima, a denegação da segurança foi errada por um único motivo: a conduta de não informar a aluna sobre a sua inscrição no Enade configura uma das causas de declaração de responsabilidade da IES, conforme o art. 19.1.2.1. "b" do Edital do Enade. E, nesse caso de falha da instituição de ensino superior, realmente há direito líquido e certo de colar grau.

Digno de elogio, entretanto, foi o fato de que o juiz apontou a obrigatoriedade de participação no Enade. Apesar desse juiz ter julgado de forma equivocada, pois a aluna tinha direito de colar grau, o fato é que, muitos mandados de segurança julgados pela justiça federal, inclusive em sede de liminar, deferem a segurança determinando que a faculdade realize a colação de grau do aluno irregular no Enade, inclusive em casos que o Edital não dispensa o aluno. (Lima, 2023, p. 66)

Como é possível verificar nas próximas seções, o Poder Judiciário, ao julgar mandados de segurança impetrados por alunos prejudicados pela irregularidade no Enade, literalmente abandonou o positivismo jurídico, que, basicamente, aponta que o Direito é aquele existente na lei, afinal, acaba determinando a colação de grau para alunos que não tinham direito a alcança-la, muito menos, direito líquido e certo, afinal, o Enade é componente curricular obrigatório sem o qual não é possível a colação de grau.

Ainda que os juízes e desembargadores entendam que o peso do adiamento da colação de grau prejudicaria o demandante, para Kelsen (2008, p. 77), "a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de moral." Assim, inicia-se, aqui, uma reflexão a respeito da transição do direito natural para o positivo a fim de que seja possível uma melhor compreensão a respeito das decisões judiciais que consolidam situações que não estão amparadas no direito positivo.

Claro, não há como negar que o universo dos direitos do homem é maior do que os que estão positivados na legislação, pois pensar de forma contrária seria entender que não haveria necessidade sequer do advento de novas leis, tendo em vista a suficiência do ordenamento jurídico, o que não é uma realidade.

De acordo com Lima (2020, p. 302), no final do século XVIII, o direito foi definido em duas espécies: o natural e o positivo. Na época clássica, o direito natural não era considerado superior ao positivo. O primeiro era concebido como um direito comum, tendo como princípios

essenciais a universalização e a imutabilidade, e o segundo como particular de uma dada civitase baseando-se no princípio pelo qual o direito particular prevalece sobre o geral.

> O direito natural é aquele que conhecemos através da nossa razão e o direito positivo é conhecido através de uma declaração de vontade alheia. Quanto ao objeto, os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus por si mesmos, já os regulados pelo direito positivo, são por si mesmos indiferentes, é justo aquilo que é ordenado e injusto o que é vetado. Quanto à valoração das ações, o direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil. (BOBBIO, 1995, p. 23)

Kelsen explica que a separação entre Direito e moral ocorre porque caso se entendesse o Direito a ela relacionado, deveria-se pressupor uma moral absoluta, o que não existe. Existem, isso sim, diversos sistemas de moral.

> Quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de moral, e não a relação entre aquela e "a" moral. É enunciado um juízo de valor relativo e não absoluto. Isso significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de moral. (KELSEN, 2008, p. 77)

O pós-positivismo marca a superação da ideia de que a aplicação do direito não comporta grau algum de criatividade, afinal, o intérprete interage com a prática social ao ler os dispositivos legais. Assim, ao analisar a concessão de liminares que deferem a segurança para colar grau de forma contrária ao art. 5º, §5º da Lei do Sinaes junto com a confirmação dessas liminares no Superior Tribunal de Justiça que entende que desconstituir a situação jurídica formada traria mais infortúnios do que benefícios, verifica-se que não há reflexos positivistas em tais julgados.

Nesse diapasão, parece que o Superior Tribunal de Justiça torna fluida a obrigatoriedade do Enade prevista na lei e em portarias do Ministério da Educação e determina a manutenção da colação de grau do estudante irregular, geralmente concedida em liminar de mandado de segurança, e o faz com base na chamada teoria do fato consumado, objeto da seção a seguir, o que, a longo prazo, pode vir a ser um risco para a qualidade da educação no Brasil.

2. SURGIMENTO E CARACTERÍSTICAS DA TEORIA DO FATO CONSUMADO

A teoria do fato consumado tem sido invocada e aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça em diversos processos, contudo, para fins do presente estudo, menciona-se que essa

teoria é frequente nas causas referentes a impedimento de colação de grau em virtude da irregularidade do estudante no Enade.

Fernandes promoveu um estudo sobre a presente teoria, a qual surgiu, pela primeira vez, na França.

> Em linhas gerais, a teoria do fato consumado, do francês fait accompli, representa a consideração das relações constituídas, de fato e de direito, e se manifestariam como irreversíveis ou inconvenientes de se reverter, perfazendo-se como se ato jurídico perfeito fosse, a luz da atitude ou ato da administração pública, da legislação ou da decisão judicial, vigentes à época em que ocorrer a consumação das relações, as quais seriam tidas como mantidas, ainda que modificado o cenário concernente a eventual revisão do ato ou atitude administrativa, mudança de legislação ou modificação do provimento jurisdicional. (Fernandes, 2015, p. 26)

Interessante notar que a teoria do fato consumado surgiu, agora no Brasil, exatamente no âmbito do direito educacional, quando juízes começaram a deferir pedidos relacionados à média de aprovação enquanto não surgisse a lei específica sobre o assunto.

De acordo com Fernandes, a teoria surgiu com a Lei nº 7, de 19 de dezembro de 1946, que determinou que enquanto não fosse promulgada a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, seria aplicado o Decreto-Lei nº 8.342, de 10 de dezembro de 1945 no tocante às médias para aprovação no ensino superior.

> A dúvida se instaurou antes mesmo da edição do primeiro diploma legal regulamentador da educação de sorte a se questionar se as universidades, calcadas na autonomia que já lhes era deferida, estariam autorizadas pelos respectivos regimentos internos a disciplinar a matéria e exigir média igual ou superior a 5. Pelas razões apontadas, o judiciário vinha por vezes deferindo médias provisórias em prol da aprovação do demandante, entendendo descabida a previsão apenas por regulamento em suposta ofensa à legalidade, mantendo-se posteriormente tal decisão no mérito, ainda que entendido o contrário, por conta da superação da oportunidade da reversão, ou seja, em um momento em que o demandante já houvesse concluído o curso, aplicando assim o que denominou por teoria do fato consumado. (Fernandes, 2015, p. 30)

Como apontado acima, a teoria do fato consumado começou a operar seus efeitos no direito educacional e, até hoje, é possível vislumbrar sua incidência nas causas que envolvem a dispensa do aluno da prova do Enade, pois o Superior Tribunal de Justiça, em nome da segurança jurídica oriunda de situações já consolidadas, mantém a decisão tomada em mandado de segurança que obriga a colação de grau apesar da irregularidade no certame.

Como no passado, quando as faculdades aprovavam os alunos com uma média diferente da que viria a ser estabelecida e o Poder Judiciário chancelava e quando,

posteriormente, o recurso vinha a ser julgado, o tribunal ad quem já não se sentia mais confortável para aplicar o direito a uma situação jurídica já formada.

Coelho e Areosa (2014) entendem que a aplicação da teoria do fato consumado não é algo aleatório e sem embasamento jurídico, eis que está em consonância com os princípios da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais e que costuma convalidar situações materializadas pelo decurso do tempo entre eventual liminar e o julgamento definitivo, ainda que seja contrário à lei.

Esses autores alertam que "em hipóteses nas quais o julgador observe de antemão a utilização do processo para se alcançar objetivos ilegais, que deixaram de considerar os ditames da boa-fé, a teoria do fato consumado não deve ser utilizada, sob pena de beneficiar a própria torpeza de uma das partes."

Algo que é digno de nota é que percebe-se desconhecimento tanto da parte de coordenadores de curso quanto do Poder Judiciário a respeito das peculiaridades do Edital do Enade, sendo comum a propagação de afirmações erradas no sentido de que o aluno que não fez a prova do Enade só poderá se formar após três anos porque o calendário da prova é trienal (isso ocorre em virtude do desconhecimento do chamado ato do INEP (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira) regularizador que ocorre todos os anos.

Essa falta de conhecimento a respeito do Enade ocorre por diversos motivos e posso afirmar isso com segurança porque trabalho anualmente com estudantes do Brasil inteiro e presto serviços de consultoria sobre essa prova.

Dentre os motivos que leva à falta de sapiência a respeito do Enade são: não há direito educacional nas instituições, pouca divulgação, burocratização técnica na difusão do conhecimento do Enade e nenhuma palestra sobre o Enade nos tribunais de justiça a fim de preparar magistrados para julgar causas sobre o assunto.

Assim, não é de se estranhar que juízes, principalmente da justiça federal, eis que nos tribunais de justiça estaduais as causas que versam sobre o Enade, geralmente, são indeferidas, julguem procedente mandados de segurança cujo foco é colação de grau de aluno irregular, pois os advogados que atuam nessa área apontam diversas situações, tais como aprovação em concurso público ou em exame de ordem, por exemplo.

Com a falta de conhecimento sobre o ato do INEP regulamentador e, hipoteticamente, com pena do estudante ou, até mesmo, enxergando o direito como integridade, afinal, a Constituição Federal prega valores como dignidade humana, busca do pleno emprego, erradicação da pobreza etc, concede a liminar, ainda que de forma contrária ao direito, o que

pode vir a servir para que estudantes, principalmente os que têm condições para arcar com advogado, venham a se valer da própria torpeza para não fazer a prova do Enade.

Logo, há de se considerar o fato de que os juízes, de boa-fé, podem vir a chancelar comportamentos torpes, uma vez que nem sempre o irregular no Enade assim o está por causa de falha na prestação de serviço da faculdade, mas, sim, porque priorizou compromissos pessoais não elencados no chamado Anexo 3 dos editais do Enade que versam sobre as causas de dispensa.

A partir do momento em que o juiz contraria a legislação que impede a colação de grau por causa da irregularidade no Enade porque considera que isso não pode atrapalhar a vida do aluno e concede a liminar, é perceptível uma interpretação criativa do direito vigente, afinal, se não está aplicando a norma como ela é, é porque está criando uma interpretação. A respeito disso, Freitas comenta a respeito da interpretação criativa do direito da seguinte forma:

> A fase pré-interpretativa compreende o momento inicial da interpretação, quando o intérprete tem o primeiro contato com a prática social ou o texto que irá interpretar, inserindo-se nela/nele e reconhecendo suas regras e padrões compartilhados. Nesse momento, o intérprete interage com a prática social ou com o texto, por dentro, na posição interna, mas de forma reflexiva, acionando seus preconceitos e iniciando uma reflexão sobre a prática examinada, a partir das suas pré-compreensões. Num segundo momento, o intérprete se lança a fase interpretativa em que buscará temperar suas pré-compreensões por meio da seleção e construção de justificativas gerais que possam demonstrar que o significado a ser atribuído à prática social/texto será coerente com uma noção de história e compreensões minimamente compartilhadas e passíveis de aceitação racional por meio de uma comunidade (...). Por derradeiro, tem-se a fase pós-interpretativa, momento em que o intérprete irá condensar/adequar a prática social ou o texto objeto da interpretação, qual o paradigma identificado e selecionado anteriormente por meio do diálogo reflexivo desenvolvido entre suas pré compreensões e aquelas expostas paradigmaticamente pelos demais membros de uma dada comunidade. (Freitas, 2016, pp. 244-5)

Nesse diapasão, com a compreensão de que todos os direitos que as pessoas, de fato, têm não se encontram positivados, completamente, no ordenamento jurídico e concebendo o direito como integridade, em diversos momentos, juízes, desembargadores e ministros precisarão se utilizar de princípios para que nenhum caso fique sem resposta, até porque a lei de introdução ao direito brasileiro impede essa situação, quando inclusive permite a aplicação de analogia para a solução da demanda.

Contudo, não é o que acontece nas causas referentes a irregularidade ao Enade e colação de grau, tendo em vista que a lei é clara a respeito da consequência da irregularidade, e, por esse motivo, mandados de segurança que deferem a liminar para a colação de grau e estão infringindo a lei, além de violar os próprios requisitos do mandado de segurança que é a presença de direito líquido e certo. Por tais motivos, a interpretação criativa do direito nessas

causas, além de desnecessária, coloca em risco a respeitabilidade da única forma que o poder público possui de verificar a qualidade da educação ofertada pelas instituições de ensino superior, o que trará um estrago, a longo prazo, à educação brasileira.

Sampaio tece a seguinte crítica à teoria do fato consumado, *in fine*:

> Parece desnecessário dizer que não há direito adquirido se falta base jurídica idônea para o direito, ainda que venha sendo exercido sem contestação, como se existisse ou subsistente fosse. (...) Essa orientação seguidamente tem sido interrompida pela "teoria do fato consumado". Haveria um efeito convalidante de ilegalidades, apoiadas por liminares em mandados de segurança, como se a pacificação da vida social e a confiança em suas instituições exigissem o esquecimento de vícios antigos. Mas sua ocorrência é entre episódica e imprevisível, quase sempre tomando em conta a impossibilidade de desfazimento das situações constituídas com base na decisão. (Sampaio, 2005, p. 225)

Dessa forma, seria essencial não apenas o Superior Tribunal de Justiça ser mais crítico na utilização da teoria do fato consumado, mas, principalmente, os tribunais de primeira instância, afinal são estes que concedem segurança no tocante à colação de grau quando não existe esse direito. Em outras palavras, se a teoria do fato consumado encontra guarida no tribunal superior, isso ocorre porque não direitos foram consagrados, ou pior, concretizados.

A fim de demonstrar o real cenário que tem ensejado a aplicação da teoria do fato consumado em mandado de segurança cujo objeto é colação de grau de aluno irregular no Enade, a próxima sessão traz algumas jurisprudências referente ao tema, fazendo com que haja uma melhor compreensão da prática do Superior Tribunal de Justiça.

3. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO PELO STJ NAS CAUSAS REFERENTES AO ENADE

Em diversos momentos, a teoria do fato consumado foi utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça a fim de permitir a colação de grau de alunos irregulares no Enade, contudo, há de se reconhecer que nem sempre esta corte utiliza essa teoria para manter o deferimento em sede de mandado de segurança no tocante à colação de grau.

Explicando o cenário em que se utiliza a teoria do fato consumado, é essencial apontar que, geralmente, os processos se iniciam a partir de um mandado de segurança impetrado contra reitor de faculdade por aluno que está irregular na prova do ENADE com pedido liminar, a qual costuma ser deferida no âmbito da justiça federal.

Atualmente, raríssimas são as decisões no âmbito da justiça federal que indeferem o pedido de colação de grau apesar da irregularidade. Hipoteticamente, isso ocorre por que os

juízes não têm conhecimento suficiente a respeito dos editais do Enade e portarias do Ministério da Educação a respeito do assunto, afinal se trata de um assunto técnico no âmbito educacional que poucas pessoas dominam.

Contudo, foge do escopo do presente artigo científico o grau de conhecimento dos membros do poder judiciário a respeito do Enade, eis que o foco do presente estudo é a aplicação da teoria do fato consumado que tem permitido a colação de grau de estudantes irregulares em um país no qual a desconhecimento a respeito da importância dessa prova somado ao fenômeno da mercantilização da educação.

Desse modo, a maioria das decisões proferidas na justiça federal é de concessão de liminar permitindo a colação de grau. Muitas das vezes, a liminar é confirmada em sentença mantém a segurança concedida e, algumas vezes, a faculdade recorre, tendo em vista que impediu a colação de grau por estar cumprindo a Lei nº 10.861/2004 e portarias do Ministério da educação.

Entretanto, quem em virtude dessas liminares contrariarem lei federal, é possível impetrar recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça, o qual reconhece que tais decisões realmente contrariam a Lei nº 10.861/2004, outrossim, pelo fato de que as liminares concedidas permitiram a colação de grau, o que como consequência permite a iniciação profissional do aluno irregular não Enade, englobando o registro em eventuais conselhos de classe profissional, abertura de escritórios ou consultórios, clientes atendidos, o Superior Tribunal de Justiça prefere manter o desrespeito a mencionada lei do quem fazer cumpri-la porque entende que a essa altura reverter a situação traria muito mais prejuízos do que benefícios.

O cenário mencionado no parágrafo anterior fica claro na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça abaixo:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ENSINO SUPERIOR. ENADE**.** OBRIGATORIEDADE. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS, NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INCONFORMISMO. COLAÇÃO DE GRAU E DIPLOMA EXPEDIDO POR FORÇA DE LIMINAR, CONFIRMADA POR SENTENÇA E PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. SITUAÇÃO FÁTICA CONSOLIDADA PELO DECURSO DO TEMPO. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. I. Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015. II. Na origem, trata-se de Mandado de Segurança impetrado contra o Reitor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e o Presidente do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas - INEP, com pedido de liminar, a fim de obter provimento jurisdicional que determine, às autoridades impetradas, que se abstenham de exigir do impetrante a realização do Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes - ENADE como condição para colação de grau no curso de Direito da instituição de ensino e para expedição do diploma. A liminar foi deferida e

> posteriormente confirmada por sentença, que concedeu a segurança. O acórdão do Tribunal de origem manteve a sentença. IV. Resta consolidada, in casu, situação fática pelo decurso do tempo, uma vez que a liminar, deferitória da efetivação da colação de grau do recorrido e da expedição do respectivo diploma - apesar da não realização do Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes - ENADE -, foi deferida em 17/07/2019, confirmada pela sentença concessiva da segurança, em 19/09/2019, bem como pelo acórdão recorrido, em 04/12/2019, ensejando, assim, a participação do impetrante na cerimônia de colação de grau, em 29/08/2019, e a expedição do diploma. V. Na forma da jurisprudência, "a participação no Exame Nacional do Desempenho dos Estudantes (ENADE) é obrigatória para todos os estudantes regularmente convocados a realizá-lo, sendo legal o condicionamento da colação de grau e, consequentemente, da expedição do diploma universitário ao comparecimento do estudante ao certame. Não obstante, no presente caso, a liminar concedida em primeira instância possibilitou que o recorrido obtivesse o diploma de conclusão do curso superior, o que enseja a consolidação da situação de fato, uma vez que a reversão desse quadro implicaria, inexoravelmente, danos desnecessários e irreparáveis ao agravado. Em casos excepcionais, em que a restauração da estrita legalidade ocasionaria mais danos sociais que a manutenção da situação consolidada pelo decurso do tempo por intermédio do mandado de segurança concedido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. **Agravo interno no recurso especial nº 1908055/RS.** Relator: Ministro Assusete Magalhães. Julgamento em: 25 mai. 2021).

No caso acima, o ministro relator apontou que a colação de grau aconteceu em 2019, ou seja, quase 2 anos antes do julgamento do recurso, o qual ocorreu apenas em 2021 e deixou explícito que conhece a obrigatoriedade da presença do estudante ao exame, contudo, interpretou a realidade do estudante, atualmente um profissional atuante, e fez uma interpretação criativa com base na teoria do fato consumado, tendo em vista que concluiu que a observação da legalidade acarretaria danos sociais do que a manutenção da decisão que já foi consolidada.

E se analisar com base em critérios de justiça o que o Ministro Assusete Magalhães concluiu, realmente haveria danos a pessoa que se beneficiou da liminar do mandado de segurança, não apenas para si quanto aos clientes feitos pelo profissional, o que leva a reflexão de que os juízes de primeira instância estão liberados para julgar de forma contrária à lei, não restando outra alternativa ao superior tribunal de justiça a aceitar o que o tribunal a quo decidiu, praticamente havendo uma inversão fática de hierarquia de tribunais.

Aplicação da teoria do fato consumado demonstra, pelo menos nas causas relacionadas ao ENADE, a superação do positivismo jurídico explicado na seção um do presente artigo científico com base na teoria de Hans Kelsen, segundo o qual o direito independe daquilo que o intérprete entende como certo ou errado.

No caso acima, tal como nos demais a seguir, a teoria do fato consumado encontra Amparo no fato de que a situação profissional e jurídica do demandante já se consolidou, quando de acordo com a legislação isso não poderia ter acontecido.

Na decisão abaixo, o Superior Tribunal de Justiça não aplicou a teoria, contudo, o fundamento para a não aplicação foi errado, o que corrobora com a afirmação já feita neste artigo científico de que membros do Poder Judiciário não conhecem o suficiente sobre as peculiaridades do Enade.

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA. ENADE. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE. (...) II - Esta Corte, em situações excepcionalíssimas, vem aplicando a denominada teoria do fato consumado para situações semelhantes. Com efeito, da análise dos julgados que tratam de situações análogas ao caso em tela, verifico que, nas hipóteses em que não haja prejuízo à instituição de ensino e que a restauração da estrita legalidade ocasione dano social maior do que a manutenção da situação consolidada, é possível, em nome da estabilização das relações sociais, a manutenção da situação de fato. III - A jurisprudência também reconhece que é obrigatória a participação no ENADE a todos os estudantes regularmente convocados a realizá-lo, podendo ser condicionada a expedição do diploma ao comparecimento do estudante. IV - Considerando a exiguidade do tempo transcorrido, a ação foi ajuizada na origem em 02.12.2019 (fls. 03/24e), a ausência de ilegalidade manifesta na decisão do tribunal ou prejuízo aos ora recorridos porquanto podem realizar o ENADE em outro momento para obter o certificado, não vislumbro motivos para aplicar a teoria do fato consumado**.** (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo interno no recurso especial nº 2036441/RS.** Relatora: Ministra Regina Helena Costa. Julgamento em: 28 ago. 2023)

Apesar da coragem da Ministra Regina Costa de não acolher a argumentação baseada na teoria do fato consumado, seu equívoco foi apontar que o demandante poderia fazer a prova do Enade em outro momento, quando, na verdade, isso é desnecessário e completamente impossível.

Algo a se destacar e que aparentemente nenhum juiz verificou isso é que desconstituir a colação de grau não traria grande prejuízo a todas as pessoas, pois como o prazo normal entre julgamento da liminar e o proferido pelo Superior Tribunal de Justiça é de dois anos, quando o processo chega nesse tribunal superior, o demandante já está regular há muito tempo por ato regularizador do INEP, que ocorre anualmente em agosto (exatamente por isso, inclusive, que seria desnecessário fazer outra prova do Enade referente àquele curso, caso isso fosse possível).

Por fim, segue mais uma decisão do Superior Tribunal de Justiça, que é a corrente majoritária, segundo a qual a teoria do fato consumado foi o motivo que fez essa corte manter a expedição do diploma desde a data da concessão de liminar.

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. REALIZAÇÃO DE EXAME PARA POSSIBILITAR A COLAÇÃO DE GRAU E EXPEDIÇÃO DO DIPLOMA. **ENADE.** DECISÃO PRECÁRIA. SITUAÇÃO FÁTICA CONSOLIDADA NO TEMPO. TEORIA DO **FATO CONSUMADO**. 1. Nos termos da jurisprudência firmada no âmbito desta

> Corte de Justiça, "Em casos excepcionais, em que a restauração da estrita legalidade ocasionaria mais danos sociais que a manutenção da situação consolidada pelo decurso do tempo por intermédio do mandado de segurança concedido (in casu, a conclusão do curso e obtenção do diploma), a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se firmado no sentido de admitir a aplicação da teoria do **fato consumado**" (AgInt no REsp 1.338.886/SC, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 6/3/2018, DJe 19/4/2018). 2. Os autos registram que o decurso do tempo consolidou a situação fática da parte agravada, que, por meio da concessão de liminar na primeira instância, teve garantida a expedição da certidão de conclusão de curso superior, o que enseja a consolidação da situação de fato, de modo que a reversão desse quadro implicaria danos desnecessários ao estudante. 3. Agravo interno não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo interno no recurso especial nº 1932751/RS.** Relator: Ministro Sérgio Kukina. Julgamento em: 21 mar. 2022).

Reconhecida a nobreza da intenção judicial em não querer prejudicar, isoladamente, os estudantes que impetraram o processo, não se pode ignorar o fato de que todas as decisões que aplicaram a teoria chancelaram a ilegalidade, pois aluno irregular não tem direito de colar grau em todos os casos.

Compreendidas nas questões relacionadas à utilização da teoria do fato consumado no âmbito do superior tribunal de justiça, chega-se o momento de fazer uma reflexão sobre o quão essa conduta pós-positivista pode ser prejudicial à educação no Brasil a longo prazo, principalmente considerando o fato de que o Enade é a única possibilidade para o poder público verificar a qualidade da educação superior no Brasil.

4. ASPECTOS CRÍTICOS E REFLEXIVOS A RESPEITO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO EM FACE À PRESERVAÇAO DA QUALIDADE DA EDUCAÇAO

Após verificar e analisar como o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado a teoria do fato consumado, percebe-se que o tribunal tem a utilizado com frequência a fim de proteger interesses individuais dos estudantes que foram deferidos por liminares em mandado de segurança, mesmo que contra a Lei nº 10.861/2004.

Tendo em vista que esse tipo de decisão não é mera interpretação ampliativa, mas, sim, não aplicação da lei do Sinaes e portarias do Ministério da Educação referentes ao edital do ano, não há como negar a discricionariedade judicial de fazer o que acredita ser o certo conforme sua moral.

Conforme ensinamento de Streck (2015, p. 133), todas as decisões acima podem ser consideradas ativistas, pois para o autor, uma lei que foi aprovada pelo Parlamento apenas pode deixar de ser aplicada em casos de: inconstitucionalidade; se for possível uma interpretação

conforme a Constituição; nulidade parcial sem redução do texto; inconstitucionalidade parcial com redução do texto; resolução de antinomias e confronto entre regra e princípio. “Fora disso, estar-se-á em face de ativismos, decisionismos ou coisa do gênero. Portanto, o Judiciário possui espaço amplo. Nada mais, nada menos do que seis maneiras, mas parece que na cotidianidade, o Judiciário prefere um atalho silipsístico.”

Dworkin (2002, p. 36) condena a discricionariedade do juiz no positivismo tradicional quando em uma situação de lacuna no Direito, “o juiz adotaria uma solução se valendo do discernimento puramente pessoal.” Logo, a fim de ilustrar essa compreensão do ativismo judicial por não aplicação da lei do Sinaes, segue mais uma jurisprudência a fim de que o leitor não precise voltar a seção anterior e que mostra mais um Ministro aplicando o que ele entende como correto e justo, ainda que sem amparo legal.

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. **ENADE.** COLAÇÃO DE GRAU. TEORIA DO **FATO CONSUMADO.** APLICAÇÃO. DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. 1. Inexiste ofensa do art. 1.022 do CPC/2015 quando o Tribunal de origem enfrenta os vícios alegados nos embargos de declaração e emite pronunciamento fundamentado, ainda que contrário à pretensão do recorrente. 2. Admite-se a aplicação da teoria do **fato consumado** nos casos em que a manutenção da situação consolidada pelo decurso do tempo gera menos prejuízo que a observância do princípio da legalidade. 3. In casu, a sentença proferida em 05/03/2020 consolidou a decisão que deferiu a liminar e autorizou a colação de grau do impetrante (em 21/02/2020), sendo certo que a referida sentença foi confirmada pelo eg. TRF4ª em 24/08/2021. 4. Nesse contexto, não se mostra razoável desconstituir a situação consolidada que ora se vislumbra. 5. Não cabe a esta Corte se manifestar, ainda que para fins de prequestionamento, acerca de suposta afronta a princípios ou artigos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal 6. Agravo interno desprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. **Agravo interno no recurso especial nº 1996816/RS.** Relator: Gurgel de Faria. Julgamento em: 26 set. 2022)

Na decisão acima, foi utilizado o princípio da razoabilidade junto com a teoria do fato consumado para não desconstituir a colação de grau do demandante, mas a aplicação da lei não ensejaria, exatamente, a desconstituição, mas um adiamento que nada atrapalharia a vida do demandante dependendo das circunstâncias, pois quando o recurso foi julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, já estava regular por ato do INEP.

A aplicação da letra fria da lei, levaria a um adiamento dessa colação, algo que traria prejuízos. O que se critica, nem é exatamente o Superior Tribunal de Justiça chancelar a ilegalidade, algo que por si já é grave, mas, sim, se tornar um refém da primeira ou segunda instância, que, desprezando a Lei do Sinaes, confere a colação de grau ao irregular.

Não é possível ignorar o fenômeno da mercantilização da educação no Brasil. Araújo (2014, p. 71) levantou o dado que, entre 1994 e 1999, houve um aumento expressivo de

instituições de ensino superior privadas, especialmente no Sudeste, onde houve um aumento de 2.734 para 4.151 cursos, o que demanda a necessidade de avaliar a qualidade do ensino oferecido por essas instituições no Brasil.

Já em 2021, o Censo do Ensino Superior apontou que o Brasil vive um "boom de fusões e aquisições no setor privado de educação, com foco cada vez mais forte no ensino à distância." (PODER 360, 2022). Exatamente por tais motivos que o respeito à obrigatoriedade de fazer a prova do Enade é tão importante, pois se a educação tem se transformado, é essencial ter noção sobre o quão tantas transformações estão sendo benéficas para os profissionais que estão sendo preparados e para a sociedade, a qual dependerá da competência desses profissionais.

Santiago Nino (2003, p. 145) já ensinava que "tanto os jusnaturalistas ao priorizarem, excessivamente, a influência da moral sobre o Direito, quanto os positivistas ao negarem tal influência, são incapazes de compreender a real influência do Direito", daí a necessidade pela busca por uma solução que não seja descumprir a lei em um país que está passando por transformações tão profundas em matéria de educação, como o alargamento do ensino à distância, fusões etc. democratizar a educação jamais poderá ser significado para precarização.

O Enade pode não impedir a precarização da educação, mas permite auferir se isso está acontecendo e, ser for o caso e dependendo da gravidade, impedir que uma instituição de ensino superior que meramente vende diplomas ao invés de preparar profissionais para o mercado de trabalho abra vestibular para seus cursos. Quem ganha com a prova do Enade não é a faculdade, mas toda a sociedade brasileira que depende de profissionais gabaritados.

Quando o Superior Tribunal de Justiça aplica a teoria do fato consumado está concordando com a atuação dos juízes da primeira instância da justiça federal que concedem a segurança (colação de grau) em mandado de segurança, contudo é essencial tais reflexões no tocante ao fato de que a teoria do fato consumado, apesar de proteger o interesse individual do aluno, torna o futuro da educação brasileira vulnerável.

Vale ressaltar outra reflexão: a concessão de liminar em mandado de segurança deve levar em consideração a liquidez e certeza do direito, o que não existe na maioria dos casos de irregularidade no Enade. Apesar do fato de que direito líquido e certo não significa direito incontestável, o fato é que não pode ser considerado como tal um direito inexistente.

A respeito do âmbito de incidência, de acordo com Mendes e Branco,

> o mandado de segurança tem utilização ampla, abrangente de todo e qualquer direito subjetivo público sem proteção específica, desde que se logre caracterizar a liquidez e certeza do direito, materializada na inquestionabilidade de sua existência, na precisa definição de sua extensão e aptidão para ser exercido no momento da impetração. (Mendes; Branco, 2018, p. 460)

A inquestionabilidade é essencial em virtude de não haver, no procedimento do mandado de segurança, dilação probatória, logo, é essencial demonstrar a prova do direito violado (prova pré-constituída), eis que não haverá outro momento para juntar provas e nem haverá audiência de instrução e julgamento. Pinho traz algumas considerações a respeito dos requisitos direito líquido e certo:

> Quando se afirma que é necessária a existência de direito líquido e certo, está a se afirmar que os fatos alegados estejam, desde já, comprovados, devendo a petição inicial vir acompanhada de documentos indispensáveis a essa comprovação. Daí a exigência de prova pré-constituída e documental. Se for necessária a realização de audiência ou a produção de provas, não se estará diante de um direito comprovado de plano, cabendo ao seu titular se utilizar das vias ordinárias, onde é cabível a ampla dilação probatória (...). O que se exige como direito líquido e certo é, então, que a afirmação da existência do direito seja provada de logo, sendo vedada a instrução probatória no writ. (Pinho, 2018, p. 834)

Nessa seara, entende-se que a concessão de liminar baseada em direito inexistente viola a própria natureza do mandado de segurança, que requer a existência de um direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data.

A única situação em que de fato existe direito líquido e certo para fins de colação de grau é quando a faculdade se recusa a fornecer a chamada declaração de responsabilidade da instituição de ensino superior (IES), mas nem sempre é esse tipo de demanda que chega ao Poder Judiciário.

Por fim, vale a recomendação de Nascimento, para quem a cautela deve se fazer presente no momento da aplicação da teoria do fato consumado, e sendo o caso de aplica-la, é importante que haja um esforço argumentativo maior, afinal, se a consequência será a chancela judicial de uma situação não amparada na legislação, a teoria não deve ser vista como o exclusivo fundamento, sem maiores explicações.

> Há de se ter cautela na estabilização com essa justificativa, ante o risco de se tutelar interesses individuais ao custo de violação de dispositivos legais ou mesmo constitucionais. Em verdade, tal conduta pode levar ao comprometimento da certeza do Direito e da confiança da aplicação das regras jurídicas. (...). Sendo os efeitos do ato irregular na sua origem materialmente irreversíveis (e não apenas de modo retórico) passa-se à etapa seguinte da ponderação ou sopesamento a fim de se verificar a viabilidade da manutenção das expectativas. Em suma, trata-se de decisão que demanda elevado ônus argumentativo, em face da mencionada necessidade de se preservar a certeza do direito (Nascimento, 2018)

Assim, finaliza-se o presente artigo científico trazendo uma visão prospectiva a respeito do que a desconsideração pelo art. 5º, §5º da Lei nº 10.861/2004 pode vir a acarretar:

estudantes cada vez menos engajados a participar do Enade, cada vez mais juízes concedendo liminar para permitir a colação de grau de aluno irregular e desembargadores e ministros mantendo a decisão em virtude de o Superior Tribunal de Justiça chancelar a teoria do fato consumado em um exame de tamanha importância que é o Enade.

CONCLUSÃO

Ao longo dos anos, toda a discussão referente ao jusnaturalismo e ao positivismo teve como base a legitimidade do direito, afinal, sobre o que deveriam ser fundamentadas decisões judiciais que solucionam conflitos de interesses existentes na sociedade e que impactam na vida daquele que o vive.

Entender que leis podem ser injustas e, por sua vez, decisões judiciais que aplicam leis injustas seria consagrar, institucionalmente, uma injustiça poderia acarretar o pensamento de que leis deveriam ser afastadas quando trouxessem tamanhos malefícios que afastaria a possibilidade de justiça naquele caso concreto, entretanto, não parece tecnicamente adequado solucionar problemas legislativos no Poder Judiciário, o qual tem a obrigação institucional de aplicar o direito ao caso concreto.

Entretanto, quando o assunto é Enade, a aplicação do art. 5º, §5º da Lei nº 10.861/2004 não é injusta, pois o estudante tem diversas possibilidades de não ficar irregular no Enade, seja fazendo a prova, seja por meio de declaração de responsabilidade da instituição de ensino superior, seja por intermédio da justificativa amparada no anexo 3 do edital do Enade do ano corrente.

Uma significativa parcela dos estudantes irregulares (não todos) ficaram irregulares por desídia ou desconhecimento a respeito da importância do Enade e se utilizam do Poder Judiciário quando o desespero bate, seja porque passou na OAB, passou em um concurso público ou apareceu uma oportunidade de emprego. Contudo, esse mesmo estudante, em determinados momentos, apenas decidiu que não queria sair de casa ou priorizou outro programa ao invés de fazer a prova no domingo.

A partir do presente estudo, foi possível concluir que a aplicação da teoria do fato consumado pelo Superior Tribunal de Justiça tem como objetivo não prejudicar o aluno irregular no Enade, lhe permitindo manter os efeitos da colação de grau, pois desconstituir isso traria mais prejuízos do que benefícios para esse estudante (agora um profissional) e seus clientes, contudo, a educação no Brasil não pode ser prejudicada com a desvalorização da prova do Enade.

A educação tem passado por transformações visíveis, os diversos cursos são lançados abaixo os preços, o aumento do ensino a distância vem aumentando e o poder público brasileiro precisa ter uma real noção a respeito do ensino ofertado pela faculdade e do quanto o estudante está aprendendo naquela instituição, pois são essas pessoas que irão atuar na sociedade brasileira, tão carente de profissionais competentes.

Ser habilitado não significa competente, pois não é tão difícil obter um diploma, principalmente considerando o fato de que boa parte das respostas das provas estão na internet e a prova do ENADE não avalia apenas a instituição, mas, também, esses estudantes no tocante a absorção do ensino. Por isso, a principal recomendação é destinada a primeira instância da justiça federal, que precisa estar atenta de que nem sempre há direito líquido e certo a colação de grau em caso de irregularidade, especialmente quando se considera que certeza e liquidez são requisitos essenciais do mandado de segurança.

É preocupante a sensação de que o Superior Tribunal de Justiça não se sente confortável para reverter decisões ilegais proferidas na primeira instância, como se esta vinculasse o tribunal ad quem. Re caso permaneça aplicação tão ampla da teoria do fato consumado, cada vez menos as pessoas respeitarão a prova do Enade, tão importante para que o poder público tem a real noção sobre quais cursos e instituições de ensino superior devem continuar operando.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Christine Veloso Barbosa. **Ensino Superior Brasileiro**: expansão e transformação a partir dos anos 1990. Montes Claros, 2014. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Social) –Universidade Estadual de Montes Claros/UNIMONTES.

BLEICHVEL, Rita de Cássia**. Possibilidades e impactos do desempenho acadêmico no Enade para ação e formação docente**. Curitiba: CRV, 2022.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. 11ª VARA CÍVEL FEDERAL DE SÃO PAULO. Mandado de Segurança nº 5002168-58.2024.4.03.6100. Juíza Regilena Emy Fukui Bolognesi. Julgamento em: 02 fev. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo interno no recurso especial nº 2036441/RS.** Relatora: Ministra Regina Helena Costa. Julgamento em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo interno no recurso especial nº 1932751/RS.** Relator: Ministro Sérgio Kukina. Julgamento em: 21 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. **Agravo interno no recurso especial nº 1908055/RS.** Relator: Ministro Assusete Magalhães. Julgamento em: 25 mai. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. **Agravo interno no recurso especial nº 1996816/RS.** Relator: Gurgel de Faria. Julgamento em: 26 set. 2022.

COELHO, Gláucia Mara; AREOSA, João Carlos. **A aplicação da teoria do fato consumado no direito empresarial**. Publicado em: 25 jun. 2014. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/203261/a-aplicacao-da-teoria-do-fato-consumado-no-direito-empresarial. Acesso em: 09 jun. 2024.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Robinson. **Controle de constitucionalidade e a teoria do fato consumado**. Jundiaí: Paco Editorial, 2015.

FREITAS, Hudson Couto Ferreira de. **Teoria (s) do direito**: do jusnaturalismo ao pós-positivismo. Belo Horizonte: D`Plácido, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito.** 7.ed. Coimbra: Almedina, 2008.

LEITE, George Salomão; LEITE; Glauco Salomão; STRECK, Lênio Luiz. **Neoconstitucionalismo:** avanços e retrocessos. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

LIMA, Simone Alvarez. Neoconstitucionalismo no Brasil: do positivismo à nova leitura constitucional a respeito dos valores. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2016, vol. 8, n. 14, Jan.-Jun. p. 300-318.

_____. **Análise de liminares concedidas em mandados de segurança para fins de colação de grau impetrados por estudantes irregulares no Enade**. Pesquisa e Educação Jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI Coordenadores: Carlos André Birnfeld; Danielle Jacon Ayres Pinto; Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NASCIMENTO, Leandro Maciel do. Notas sobre a teoria do fato consumado como fundamento para a estabilização de expectativas jurídicas. **Revista MPC.PR**. Vol. 5, nº 8, mai./nov. 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de**. Direito Processual Civil contemporâneo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PODER 360. **Mercado de ensino superior tem concentração recorde**. Disponível em: https://www.poder360.com.br/economia/mercado-de-ensino-superior-tem-concentracao-recorde/#:~:text=Dados%20do%20Censo%20do%20Ensino,total%20de%20matrículas%20para%2046%25. Acesso em: 02 jun. 2023.

ROVER, Tadeu. **Decisão que aplicou teoria do fato consumado a recuperação foi destaque.** Publicado em: 28 jul. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-jul-28/resumo-semana-decisao-aplicou-teoria-fato-consumado-recuperacao-foi-destaque/#:~:text=A%20“teoria%20do%20fato%20consumado,decisão%20venha%20a%20ser%20revogada. Acesso em: 09 jun. 2024.

SAMPAIO, José Adercio Leite. **Direito adquirido e expectativa de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANTIAGO NINO, Carlos. **La Validez del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito:** nas brechas da lei. Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015