

# **A ILEGALIDADE DA TAXA DE REGISTRO DE DIPLOMA DE NÍVEL SUPERIOR COBRADA POR UNIVERSIDADES FEDERAIS EM FACE DE INSTITUIÇÕES PRIVADAS NÃO UNIVERSITÁRIAS**

## **THE ILLEGALITY OF REGISTRATION FEE OF DIPLOMA OF HIGHER LEVEL CHARGED IN FEDERAL UNIVERSITIES IN FACE OF INSTITUTIONS NOT PRIVATE UNIVERSITY**

Flávio Ribeiro Brilhante Junior

Bernardo Dall Mass Fernandes

### **RESUMO**

O registro de diploma de nível superior consiste em condição indispensável para que o documento comprobatório de conclusão de curso tenha validade e autenticidade em todo o território nacional. Por sua vez, o ordenamento jurídico conferiu apenas às universidades e centros universitários autonomia para o registro de diplomas seus e de instituições não universitárias. Ocorre que, em razão da grande demanda de registros suportada pelas universidades públicas federais, estas instituíram taxas a título de remuneração da atividade. Assim, para que se verifique a legalidade de tais cobranças, faz-se necessária a análise da natureza jurídica do instituto do registro de diploma, com a verificação se tal ofício é passível de ser desenvolvido por universidades privadas em relação a documentos expedidos por instituições não universitárias. O tema será debatido através do viés metodológico descritivo-analítico, desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica e documental, com abordagem qualitativa. Ao final, ver-se-á que a mencionada atividade consiste em expressão do poder de polícia do Estado, razão pela qual somente pode ser remunerada mediante exação de matiz tributário, concluindo-se pela inconstitucionalidade/ilegalidade das exações criadas pelas universidades federais.

**Palavras-chave:** Registro de diploma; Poder de Polícia; Taxa; Ilegalidade.

### **ABSTRACT**

Registering college degree consists of indispensable prerequisite for the document evidencing completion of course has validity and authenticity throughout the national territory. In turn, the law conferred only to universities and university centers autonomy to record their diplomas and non-university institutions. That occurs due to the high demand of public universities supported by federal records, these established rates as compensation activity. Thus, in order to check the legality of such charges, it is necessary to analyze the legal nature of the institute's registration certificate, to check if this office is likely to be developed by private universities in relation to documents issued by institutions not university. The topic will be discussed by the descriptive-analytical methodological bias, developed through literature and documentary research, a qualitative approach. Finally, we will see that the mentioned activity consists of expression of the police power of the state, why can only be paid through tax exaction of hue, concluding unconstitutional / illegal exactions created by the federal universities.

**Keywords:** Registration diploma; Police Power; Rate; Illegality.

## 1. Introdução

A educação consiste em um dos direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição da República, sendo, em princípio, dever do Estado a sua oferta aos jurisdicionados. No entanto, é cediço que o serviço educacional é passível de exploração pela iniciativa privada, desde que haja autorização pelo poder público, conforme dispõe igualmente a Constituição em seu art. 209, inciso II.

Todavia, apenas a mencionada autorização não é suficiente para aperfeiçoar a legítima prestação da educação: mister se faz que a instituição preencha os demais requisitos para tal, a fim de que se mantenha o necessário padrão de qualidade do ensino, atividade esta tão importante ao desenvolvimento nacional.

A guisa de exemplo, tem-se que o diploma de nível superior somente possui validade em todo território nacional acaso o respectivo curso seja reconhecido pelo Ministério da Educação e Cultura e o dito instrumento devidamente registrado por instituição universitária. É o que versa o § 1º do art. 48 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n.º 9.394/96), corroborado pelo art. 34 do Decreto n.º 5.773/06.

Em outras palavras, para que o diploma de nível superior possa ser oposto a terceiros, reclama-se que este seja registrado em uma universidade ou centro universitário, sem o que o estudante não poderá exercer a atividade profissional escolhida. Dito registro se mostra como condição essencial ao aperfeiçoamento da prestação do serviço educacional pela instituição, a qual tem o dever de entregar ao acadêmico o instrumento de conclusão de curso apto à produção de todos os efeitos esperados.

Todavia, bem se sabe que poucas são as IES que sustentam a condição de universidade, pois grande parte é composta de faculdades e, por isso, não são suficientemente autônomas para o registro de seus diplomas. Em conseqüência, larga é a procura por universidades que realizem tal tarefa, mormente universidades públicas federais.

Diante da notória demanda, algumas instituições universitárias federais passaram a cobrar determinados valores por diploma registrado, onerando consideravelmente o serviço educacional ofertado pela iniciativa privada não universitária, o que vem gerando discussões no meio acadêmico.

Assim sendo, através do presente trabalho, pretende-se verificar a natureza jurídica da atividade de registro de diploma e, em seguida, abordar-se-á a questão da compatibilidade

com a Constituição da norma que não faz restrição de realização do mencionado registro por universidades particulares em relação a diplomas expedidos por instituições não-universitárias.

Superados os pontos supracitados, será bastante estudado se são legítimas as exações criadas por universidades federais para a remuneração pelo registro de diplomas, averiguando-se se a cobrança possui natureza tributária.

## **2. Da natureza jurídica da atividade de registro de diploma**

Antes de se perquirir sobre o possível matiz tributário dos valores recolhidos em favor das universidades públicas federais, há de ser esclarecida a natureza jurídica da atividade a elas atribuída, qual seja, o registro do diploma de instituições não universitárias.

Ao estabelecer a obrigatoriedade do registro do diploma perante IES universitárias, a lei nada mais previu do que uma atividade fiscalizatória, a fim de concentrar, nas instituições credenciadas pelo Poder Executivo Federal (MEC), o dever de verificação de regularidade dos documentos expedidos pelas faculdades, além da manutenção de dados dos alunos graduados.

Ora, a intenção de se checar a regularidade de uma situação jurídica através do registro do diploma resta clara ao se analisar sua atividade propriamente dita: além da verificação de conformidade do diploma em si, outros instrumentos são objeto de análise pelas universidades, como o histórico escolar e dados pessoais de cada graduando. Em seguida, as entidades responsáveis por tal atividade (leia-se entidades fiscalizadoras) mantêm todas as informações devidamente escrituradas em livros.

Somente após a referida tramitação é que a universidade confere autenticidade ao diploma expedido pela IES não-universitária, momento a partir do qual o instrumento passa a ter eficácia erga omnes e validade em todo o território nacional.

De fato, parca é a regulamentação do assunto no ordenamento jurídico pátrio. A previsão do registro é incontestável, porém a determinação de seu procedimento e requisitos fica a cargo da prática administrativa. Apesar disso, a intenção fiscalizatória a partir do mencionado ofício de registro é notória, pois, além da verificação de regularidade da situação jurídica atestada pelo diploma (mediante o cruzamento das informações acadêmicas do aluno e seus dados pessoais), o instituto tem a serventia de tornar público o status de graduado do estudante, atribuindo ao diploma autenticidade, oponibilidade a terceiros e validade em todo o país, ou seja, típica função decorrente do poder de polícia inerente ao Estado.

Não custa reforçar que a indispensabilidade do registro para a validade do diploma decorre diretamente da lei e sua respectiva regulamentação, ou seja, do § 1º do art. 48 da Lei n.º 9.394/96 e do art. 34 do Decreto n.º 5.773/06, transcritos em ordem:

**Art. 48.** Os diplomas de cursos superiores reconhecidos, quando registrados, terão validade nacional como prova da formação recebida por seu titular.

**§ 1º** Os diplomas expedidos pelas universidades serão por elas próprias registrados, e aqueles conferidos por instituições não-universitárias serão registrados em universidades indicadas pelo Conselho Nacional de Educação.

**Art. 34.** O reconhecimento de curso é condição necessária, juntamente com o registro, para a validade nacional dos respectivos diplomas.

Atendo-se ao texto do art. 34 do Decreto n.º 5.773/06 (supracitado), avulta claro o aspecto fiscalizatório do registro de diploma ao ser atrelado ao instrumento de reconhecimento de curso – mecanismo de controle de qualidade das instituições de ensino superior – para o fim de ser atribuída validade nacional aos seus diplomas.

No que tange ao ofício de registro de diploma em si, esclarecedoras são as transcrições abaixo, extraídas de orientações contidas em sítios eletrônicos de universidades federais, com destaque à última, obtida da página virtual do Ministério da Educação e Cultura/Secretaria de Ensino Superior (MEC/SESu), senão veja-se:

#### **Mais que um carimbo**

O processo de registro é muito mais que o carimbo aposto no verso do diploma. Começa com o exame de diversos documentos, entre os quais certificado de conclusão de segundo grau, histórico escolar e dados pessoais de cada aluno. As informações são anotadas manualmente em livros, cujas referências – nome do livro, número do registro, da folha, do processo e data – são transcritas para o verso do diploma. Após conferência dos dados, o diploma recebe assinaturas e pode finalmente ser devolvido à instituição de origem.

.....

O Registro Acadêmico é a parte nobre de uma instituição de ensino, em seu campo administrativo-operacional. Tudo parte dali, tudo é checado e testado ali, tudo é registrado e demonstrado ali, no que respeita à atividade-fim institucional - o ensino, seja sequencial, tecnológico, graduação, pós-graduação.

#### **4) Caso a Instituição tenha fechado, a quem posso recorrer no intuito de obter os documentos escolares?**

.....

O acervo da Instituição fica guardado na Universidade que registrava os diplomas, na Representação do Ministério da Educação do Estado ou no próprio Ministério da Educação.

O matiz fiscalizador da atividade em comento é ratificado na medida em que a lei a delega às instituições de ensino que gozam do status de universidade, condição esta alcançável apenas se preenchidas determinadas condições estabelecidas em norma própria, notadamente nos termos do art. 13, §§ 1º e 2º, do Decreto n.º 5.773/06:

**Art. 13.** O início do funcionamento de instituição de educação superior é condicionado à edição prévia de ato de credenciamento pelo Ministério da Educação.

§ 1º A instituição será credenciada originalmente como faculdade.

§ 2º O credenciamento como universidade ou centro universitário, com as conseqüentes prerrogativas de autonomia, depende do credenciamento específico de instituição já credenciada, em funcionamento regular e com padrão satisfatório de qualidade.

É certo que o ato de fiscalização consiste em uma das formas de manifestação do poder de polícia. Acerca do assunto, não é ocioso salientar o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p.786):

Finalmente, cumpre agregar que a atividade de polícia envolve também os atos fiscalizadores, através dos quais a Administração Pública previamente acautela eventuais danos que poderiam advir da ação dos particulares. Assim, a fiscalização de pesos e medidas por meio da qual o Poder Público se assegura de que uns e outros competentemente aferidos correspondem efetivamente aos padrões e, com isto, previne eventual lesão aos administrados, que decorreria de marcações inexatas.

Do mesmo modo, a fiscalização das condições de higiene dos estabelecimentos e casas de pasto, vistoria dos veículos automotores para garantia das condições de segurança que devem oferecer, prevenindo riscos para terceiros, a fiscalização da caça para assegurar que sua realização esteja conformada aos preceitos legais, são, entre outras numerosíssimas, manifestações fiscalizadoras próprias da polícia administrativa.

Também é pertinente salientar a lição de Hely Lopes Meirelles (2006, p. 139) a respeito do tema abordado, o qual também identifica a fiscalização como uma das formas de manifestação do poder estatal de polícia:

Outro meio de atuação do poder de polícia é a fiscalização das atividades e bens sujeitos ao controle da Administração. Essa fiscalização, como é óbvio, restringe-se à verificação da normalidade do uso do bem ou da atividade policiada, ou seja, da sua utilização ou realização em conformidade com o alvará respectivo, com o projeto de execução e com as normas legais e regulamentares pertinentes. [...].

Aprofundando-se no estudo da natureza jurídica do instituto em liça, é de se perceber que tal atividade está plenamente vinculada aos seus requisitos, não subsistindo permissivo legal para que se utilize a Administração de discricionariedade. Ora, checada a regularidade do diploma e dos demais documentos relativos ao formando, não cabe à entidade fiscalizadora outra opção senão efetivar o respectivo registro.

A alegação supra encontra espeque na doutrina de Edmir Netto de Araújo (2005, p. 984), que assim versa:

[...] Mas, como se viu, nem sempre isso acontece, pois além da discricionariedade jamais prescindir da lei (não há ato totalmente discricionário da Administração), da aplicabilidade do princípio do “poder-dever” e da imposição de não resvalar para a arbitrariedade, a verdade é que em muitos casos o exercício da polícia administrativa pode se manifestar por meio de atos exercidos em decorrência de prescrições legais já preestabelecidas, vinculadas portanto, como a proibição de venda de bebidas alcoólicas a menores de idade, ou o uso de “lança-perfumes” nos bailes de Carnaval.

Assim, constata-se que a atividade em questão consiste em ato administrativo vinculado decorrente do poder de polícia atribuído ao Estado. E, como genuína manifestação desse poder estatal que é, o registro de diplomas se amolda perfeitamente ao conceito legal de exercício do poder de polícia previsto no art. 78 do Código Tributário Nacional, o qual dispõe que:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Aqui, impinge abrir parênteses para destacar que o dever de registrar o diploma, apesar de refletir diretamente no exercício profissional do formando, recai exclusivamente à IES, uma vez que a entrega do diploma está inserta na prestação do serviço educacional.

Obviamente, o fornecimento de diploma ainda pendente de registro – isto é, imperfeito, inacabado – consiste na prestação de serviço imprestável aos seus fins, vez que a intenção do aluno em graduar-se é preencher os requisitos legais para o exercício de determinada profissão, sendo o diploma o instrumento hábil para a comprovação de tal situação jurídica perante terceiros. Disso, extrai-se que o sujeito passivo da taxa imposta pelas universidades federais é a própria instituição de ensino superior não universitária.

Tal entendimento é pacífico ao próprio Poder Executivo Federal, que fez constar no sítio eletrônico do Ministério da Educação e Cultura a seguinte orientação ao leitor:

1) A IES pode cobrar pela emissão do diploma?

Conforme o artigo 32, § 4º da Portaria Normativa Nº 40, de 12 de dezembro de 2007, não:

"§ 4º A expedição do diploma considera-se incluída nos serviços educacionais prestados pela instituição, não ensejando a cobrança de qualquer valor, ressalvada a hipótese de apresentação decorativa, com a utilização de papel ou tratamento gráfico especiais, por opção do aluno. "

2) A IES pode cobrar pelo histórico escolar?

[...]

As taxas de emissão do histórico escolar e do certificado de conclusão de curso, bem como, da expedição e registro de diplomas estão incluídos nas mensalidades pagas pelos serviços educacionais prestados pela instituição, conforme a interpretação dos artigos 22, XXIV e 24, IX, da Constituição Federal, combinados com os artigos 48, § 1º e 53, VI, da Lei 9394/96 – LDB em face dos artigos 2º e 3º, da Lei 8078/90 – Código de Defesa do Consumidor.

Esclarecida a questão da pessoa sujeita ao vergastado poder de polícia (fiscalização), tem-se que a necessidade do registro do diploma como expressão do exercício de tal poder

amolda-se perfeitamente nos limites do art. 78 do Código Tributário Nacional, notadamente por subsistir verdadeira regulação da prática de determinado ato em razão do interesse público concernente ao exercício de atividade econômica dependente de autorização do Poder Público, já que – não custa lembrar –, o art. 209, inciso II, da Constituição da República faculta à iniciativa privada a oferta do ensino, desde que haja a imprescindível autorização do Estado: “Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: [...] II – autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público”.

Diante dos argumentos postos, fica evidente que o registro de diploma de nível superior consiste em manifesta fiscalização de interesse do Estado, decorrente do exercício do poder de polícia deste, por ser ato de aperfeiçoamento de documento oponível erga omnes, notadamente para o exercício de profissões, sem o qual o dito instrumento carecerá de autenticidade e validade; é, outrossim, atividade vinculada, na medida em que a Instituição Universitária (ou Centro Universitário) apenas aprecia a regularidade do diploma expedido, registrando-o acaso preenchidos os requisitos para tanto (verificação de forma e veracidade dos dados nele expressados).

Todavia, não obstante sua natureza jurídica, bem se sabe que o ordenamento jurídico vigente permite que o registro do diploma seja realizado por instituições universitárias independentemente se públicas ou privadas. Entretanto, será expandido a seguir que tal possibilidade, além de suscitar questionamento quanto à sua constitucionalidade, não é suficiente para descaracterizar o fato de a mencionada atividade decorrer diretamente do poder de polícia do Estado.

### **3. Questão incidental: o exercício do poder de polícia por particular. Inconstitucionalidade. Não descaracterização da natureza fiscalizatória do registro de diploma**

É certo que a discussão acerca da possibilidade do exercício do poder de polícia pelo particular não consiste no objeto principal do presente trabalho. Por outro lado, para que se aclare definitivamente que este fenômeno não é suficiente para descaracterizar a natureza jurídica do ato de registro de diploma, há de se abordar a temática da compatibilidade do dispositivo legal que faculta o registro de diploma por universidades e centros universitários privados à luz dos princípios constitucionais.

Para que se verifique tal possibilidade, afigura-se imprescindível analisar a origem do poder de polícia: a soberania do Estado.

Cedição é que, para que houvesse a constituição do Estado, os membros da sociedade optaram por se submeter a uma pessoa maior, formada a partir do somatório das frações unitárias da liberdade de cada membro seu. Tal raciocínio tem como autor Jean-Jacques Rousseau, que assim externou em sua obra-prima, *Do Contrato Social* (*Du Contrat Social*, 1762):

Cada um, enfim, dando-se a todos, a ninguém se dá, e como em todo o sócio adquire o mesmo direito, que sobre mim lhe cedi, ganho o equivalente de tudo quanto perco e mais forças para conservar o que tenho.

Se afastamos pois do pacto social o que não é da sua essência, achá-lo-emos reduzidos aos termos seguintes: Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral, e recebemos enquanto corpo cada membro como parte indivisível do todo.

Imediatamente, em lugar da pessoa particular de cada contratante, esse ato de associação produz um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quantos são os votos da assembleia, o qual desse mesmo ato recebe a sua unidade, o Eu comum, sua vida, e vontade. A pessoa pública, formada assim pela união de todas as outras, tomava noutro tempo o nome de cidade, e hoje se chama república, ou corpo político, o qual é por seus membros chamado Estado quando é passivo, soberano, se ativo, poder se o comparam a seus iguais.

Vê-se, portanto, que a supremacia do interesse público – princípio implícito do Direito Administrativo pacificamente identificado pela doutrina – nasce a partir da conjugação e submissão das vontades dos membros da sociedade a uma finalidade maior, na persecução da paz social.

E é justamente a partir da soberania estatal que sobrevém o poder de polícia, que pode ser conceituado, conforme leciona Marcelo Caetano (1977, p. 339), como “[...] o modo de atuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objeto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei procura prevenir”.

Partindo de tal premissa, é notório que o exercício de um poder genuinamente estatal não pode ser atribuído ao particular, sob pena de violação ao pacto social e, em concreto, ao fundamento basilar da soberania do Estado, previsto expressamente no inciso I, do art. 1º, da Constituição da República de 1988.

Noutras palavras, o particular, pelo fato de estar submetido aos limites da soberania do Estado, não detém legitimidade para revestir-se em ofício exclusivo deste, o qual é decorrente do poder de polícia, haja vista não deter – assim como o Estado – potestade (*ius imperii*) para tanto.

Tal conclusão é corroborada pela lição de José dos Santos Carvalho Filho (2008, p. 72), nos moldes seguintes:

Por outro lado, revela destacar que a delegação não pode ser outorgada a pessoas da iniciativa privada, desprovidas de vinculação oficial com os entes públicos, visto que, por maior que seja a parceria que tenham com estes, jamais serão dotadas da potestade (*ius imperii*) necessária ao desempenho da atividade de polícia.

Com peculiar maestria, Celso Antônio Bandeira de Mello (Ob. cit., p. 789) traz à contemporaneidade a idéia preceituada por Jean-Jacques Rousseau, assim versando em sua obra:

A restrição à atribuição de atos de polícia a particulares funda-se no corretíssimo entendimento de que não se lhes pode, ao menos em princípio, cometer o encargo de praticar atos que envolvem o exercício de misteres tipicamente públicos quando em causa liberdade e propriedade, porque ofenderiam o equilíbrio entre os particulares em geral, ensejando que uns oficialmente exercessem supremacia sobre outros.

Não é ocioso destacar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.717-DF, teve a oportunidade de se manifestar acerca da matéria, tendo selado entendimento inclinado à indelegabilidade do poder de polícia a entidades privadas, conforme ementa abaixo transcrita:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS.

1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58.

2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.

3. Decisão unânime.

Diante do exposto, tem-se que o ordenamento jurídico vigente admite, ao máximo, a delegação do poder de polícia a ente pertencente à administração indireta, até porque este se sujeita ao princípio da legalidade administrativa e demais preceitos insertos no art. 37, caput, da Constituição Federal, o que não ocorre em relação ao particular.

Não se diga que o registro de diploma se restringe à mera constatação de fatos (o que poderia ser feito por particular), vez que, conforme já esclarecido, tal atividade não se resume a um simples carimbo e selagem, mas abrange o dever de averiguação da veracidade e regularidade do diploma em relação à documentação estudantil do formando, de escrituração e arquivo para fins de publicidade (remete-se a leitura à orientação do MEC/SESu transcrita alhures), além de constituir em ato que confere ao documento autenticidade e validade em

todo o território nacional, nos termos do já explicitado art. 34 do Decreto n.º 5.773/06 (vide transcrição supra).

Noutras palavras, o referido registro não se compara a uma simples fotografia obtida por aparelho de fiscalização de trânsito ou de sinal luminoso de um detector de metais instalado em aeroporto, estes operados por particulares contratados pelo poder público mediante prévia licitação, já que seu ofício vai além da mera constatação de fatos, transcendendo tal caráter na proporção em que tem a serventia de constituir direito por consubstanciar-se em ato último para a diplomação do estudante, o qual, a partir de então, será apto a exercer atividade profissional. O dever de atribuir fé pública ao diploma, portanto, não pode ficar a cargo do particular, por este não deter – como já dito – a potestade privativa do Estado.

Além do mais, ainda que se considerasse hipoteticamente a mencionada atividade como de simples constatação de fatos, far-se-ia necessária a respectiva contratação do particular com a observância do pertinente processo licitatório, sendo impossível a genérica atribuição do dito ofício a toda e qualquer universidade ou centro universitário credenciado pelo Conselho Nacional de Educação, conforme faz o § 1º, do art. 48, da Lei n.º 9.394/96.

Sobre a temática dos atos de mera constatação de fatos, esclarecedores são os dizeres de José dos Santos Carvalho Filho (Ob. cit., p. 72-73):

Em determinadas situações em que se faz necessário o exercício do poder de polícia fiscalizatório (normalmente de caráter preventivo), o Poder Público atribui a pessoas privadas, por meio de contrato, a operacionalização material da fiscalização através de máquinas especiais, como ocorre, por exemplo, na triagem em aeroportos para detectar eventual porte de objetos ilícitos ou proibidos. Aqui o Estado não se despe do poder de polícia nem procede a qualquer delegação, mas apenas atribui ao executor a tarefa de operacionalizar máquinas e equipamentos, sendo-lhe incabível, por conseguinte, instituir qualquer tipo de restrição; sua atividade limita-se, com efeito, à constatação de fatos. O mesmo ocorre, aliás, com a fixação de equipamentos de fiscalização de restrições de polícia, como os aparelhos eletrônicos utilizados pelos órgãos de trânsito para a identificação de infrações por excesso de velocidade: ainda que a fixação e a manutenção de tais aparelhos possam ser atribuídos a pessoas privadas, o poder de polícia continua sendo da titularidade do ente federativo constitucionalmente competente. Nada há de ilícito em semelhante atribuição operacional.

Haveria conformidade com a Constituição se a lei possibilitasse às universidades privadas tão-somente o registro de seus próprios diplomas, deixando a cargo privativo das instituições públicas federais o mister de realizar tal tarefa em relação aos diplomas expedidos pelas faculdades. Se assim fosse, estar-se-ia admitindo (legitimamente) a presunção relativa de que os diplomas expedidos (e registrados) pelas próprias universidades são regulares, já que o título “universitário” somente é alcançado pela instituição acaso preenchidos os

requisitos legais para tanto, dentre os quais a manutenção de nível de qualidade condizente com as diretrizes do Poder Executivo (MEC), nos termos do art. 13, §§ 1º e 2º, do Decreto n.º 5.773/06 (acima transcrito). Todavia, o registro dos diplomas das faculdades somente poderia ser levado a cabo por universidades públicas, por se tratar de tarefa iminentemente fiscalizadora, uma vez que os documentos de conclusão expedidos, justamente por estas não deterem o título “universitário”, não gozam de presunção de regularidade, sendo cabível, por isso, o exercício do poder de polícia pelo Estado.

Com fulcro nos argumentos tecidos, avulta sobre o § 1º, do art. 48, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, forte indício de vício de constitucionalidade, mormente por facultar atividade decorrente do poder de polícia do Estado a IES universitária de caráter privado, o que não se coaduna com o fundamento da soberania previsto no inciso I, do art. 1º, da Constituição da República.

Ou, ainda, em razão de o legislador ordinário não ter limitado a abrangência do supracitado dispositivo apenas às universidades e centros universitários pertencentes à administração indireta, tal choque com a Constituição pode ser dirimido através de declaração de inconstitucionalidade da norma sem redução de texto, atribuindo-lhe interpretação conforme a constituição para restringir sua abrangência e, com isso, delegar o exercício do poder de polícia apenas às instituições mantidas pelo Poder Público.

Por outro lado, a questão é passível de ser aclarada pelo próprio Conselho Nacional de Educação, já que o § 1º do art. 48 da LDB previu que este indicaria as universidades aptas à realização do referido registro, que seriam, por razões constitucionais, as universidades ou centros universitários públicos federais.

Não obstante, ainda que se mantenha intocado o texto normativo em referência, em nada se altera a natureza jurídica da atividade de registro de diploma, já que suas características são peculiares à expressão do poder de polícia estatal, conforme bastante visto acima; de igual forma, em nenhum aspecto se distorce a natureza tributária do valor cobrado pelas universidades federais a título de remuneração pelo ofício desenvolvido, a qual será pormenorizadamente abordada a seguir.

#### **4. Do matiz tributário da exação: taxaço pelo exercício do poder de polícia. Violação ao princípio da legalidade e da regra de distribuição da competência tributária**

Para a identificação de uma obrigação tributária, pouco importa o rótulo que lhe é atribuído; bem se sabe que a própria lei prevê que é a sua natureza jurídica que determina se o instituto tem ou não feição de tributo, de acordo com o disposto no art. 4º, inciso I, do Código Tributário Nacional: “A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la: [...] a denominação e demais características formais adotadas pela lei; [...]”.

Nessa linha, no intuito de identificar se determinada cobrança possui natureza tributária, há de se perquirir se sua origem coincide com previsão legal suficiente a gerar obrigação ao particular de recolher compulsoriamente valor em favor do Poder Público. Em caso positivo, estar-se-á diante de genuína hipótese de incidência tributária, independentemente da forma imposta ou da identificação que lhe é atribuída pelas regras consuetudinárias.

A respeito da matéria, oportuna é a transcrição da doutrina de Sacha Calmon Navarro Coêlho (2006, p. 445), in verbis:

O CTN está, no que tange à qualificação do tributo, rigorosamente certo. O que importará é analisar o fato gerador e a base de cálculo do tributo para verificar se o mesmo está ou não vinculado a uma atuação estatal, específica, relativa à pessoa do contribuinte, indiferentes o nomen juris, características jurídico-formais e o destino da arrecadação.

Trazendo a argumentação ao caso concreto, nota-se que as universidades federais impõem às instituições não-universitárias o ônus de remunerá-las por cada diploma seu levado a registro, atividade que, como acima esmiuçado, é corolário do poder de polícia inerente ao Estado. Portanto, tem-se que a exação se amolda com perfeição aos parâmetros do art. 77, caput, do CTN, dispositivo que assim versa: “As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição”.

Por outro lado, em que pese a nítida feição tributária da imposição pecuniária em liça, há de ser ressaltado que dita cobrança é feita ao arrepio dos mais comezinhos fundamentos do Sistema Tributário Nacional, notadamente em afronta ao princípio constitucional da legalidade estrita e da regra de distribuição de competência tributária, o que se passa a demonstrar.

Consiste em ponto pacífico que o princípio da legalidade estrita consiste na pedra angular da sistemática tributária adotada pela Constituição da República. De fato, não subsiste obrigação tributária sem a respectiva previsão legal em sentido estrito.

E não poderia ser diferente: se ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, da Constituição Federal), para que o Estado imponha obrigação ao particular de dispor de fração de seu patrimônio em favor dos cofres públicos, reclama-se que tal imposição advenha de norma emanada dos representantes do povo, vez que é deste que origina todo o poder, nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei Maior: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Bem se sabe que alguns tributos não dependem de lei para a majoração de suas alíquotas, como é o caso, v.g., dos Impostos de Importação (II), Exportação (IE), sobre Produtos Industrializados (IPI) e sobre Operações Financeiras (IOF), nos termos do § 1º do art. 153 da Constituição da República. Todavia, o fenômeno não se trata de exceção ao princípio da legalidade, mas, ao máximo, de mitigação deste, até porque é a lei que estabelecerá as alíquotas mínimas e máximas a serem observadas pelo Poder Executivo.

Noutros termos, o princípio da legalidade estrita – inserto na Constituição no inciso I do art. 150 – não comporta exceção, fazendo-se mister a existência de lei em sentido estrito para a instituição de qualquer tributo. Tal conclusão é harmônica com a clássica doutrina de Aliomar Baleeiro (1999, p. 64):

O tributo constitui obrigação ex lege. Não há tributo sem lei que o decreta, definindo-lhe o fato gerador da obrigação fiscal. Esse fato gerador caracteriza cada tributo, sendo indiferente o erro ou a malícia do legislador que empregue denominação diversa daquela esposada pela Constituição e pelo CTN.

Na situação em debate, avulta manifestamente ilegal a obrigação pecuniária imposta pelas instituições universitárias públicas a título de remuneração pela atividade de registro de diploma, haja vista inexistir previsão legal que imponha ao particular mencionada exação, cuja natureza tem espeque nos arts. 77 e 78 do Código Tributário Nacional, sendo tipicamente uma taxa exigida em razão do exercício do poder de polícia privativo do Estado.

Além da clarividente mácula à legalidade estrita, a exigência pecuniária feita pelas universidades federais também viola a regra constitucional de competência tributária, na medida em que esta – pessoa jurídica de direito público pertencente à administração indireta – , usurpando a competência tributária do respectivo ente federativo (no caso, a União), institui verdadeira obrigação tributária (taxa) mediante simples portaria, a seu arbítrio.

Como já explanado, é possível que haja delegação do poder de polícia a pessoa jurídica integrante da administração indireta; todavia, tal delegação não alberga a competência tributária, a qual permanece sob os auspícios do respectivo ente federativo.

A mencionada regra é extraída do teor do art. 7º, caput, do Código Tributário Nacional, onde está previsto que “A competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra, nos termos do § 3º do artigo 18 da Constituição”.

Nesse sentido, nota-se que as IES universitárias públicas extrapolam os limites da delegação do poder de polícia e instituem obrigação tributária em desfavor das instituições não-universitárias, negando vigência ao próprio art. 145, II, da Constituição da República, dispositivo que atribui competência aos entes federativos – e somente a estes – para criar taxa em razão do exercício do poder de polícia.

Acerca da conjugação do princípio da legalidade estrita com a indelegabilidade da competência tributária, pertinente é a lição de Roque Antonio Carrazza (2001, p. 415/422):

Competência tributária é a aptidão para criar, in abstracto, tributos. No Brasil, por injunção do princípio da legalidade, os tributos são criados, in abstracto, por meio de lei (art. 150, I, da CF), que deve descrever todos os elementos essenciais da norma jurídica tributária. Consideram-se elementos essenciais da norma jurídica tributária os que, de algum modo, influem no an e no quantum do tributo; a saber: a hipótese de incidência do tributo, seu sujeito ativo, seu sujeito passivo, sua base de cálculo e sua alíquota. Estes elementos essenciais só podem ser veiculados por meio de lei.

.....  
Tem competência tributária, no Brasil, as pessoas políticas, ou seja, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal. Só as pessoas políticas? Só as pessoas políticas. Por quê? Porque só elas possuem um Legislativo com representação própria. E, como já demonstramos, é o Poder Legislativo – e apenas ele – que, em nosso ordenamento jurídico, está credenciado a criar tributos. Queremos anotar, a respeito, que a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal receberam, do Diploma Máximo, competências para instituir, em caráter privativo, todas as modalidades de tributos (impostos, taxas e contribuição de melhoria).

Assim, constata-se que a exação em estudo, criada ao bel critério das universidades públicas federais e mediante ato administrativo infralegal, é revestida de eloqüente inconstitucionalidade/ilegalidade, transpondo as próprias limitações ao poder de tributar previstas na Constituição da República e, por conseqüência, ignorando o fato de que todo o poder emana do povo, o qual não consentiu, através de seus representantes eleitos, a respeito da vergastada tributação, ora instituída sem a observância do regular processo legislativo.

## 5. Do precedente judicial

Por ser recente, a matéria possui um único precedente judicial, no qual o Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária de Roraima, em fevereiro de 2008, nos autos do processo n.º 2008.42.00.000154-0, concedeu medida liminar em Ação Civil Pública movida pelo MPF em face da Universidade Federal de Roraima, determinando que esta “[...] se abstenha, imediatamente, da cobrança de quaisquer valores para o registro de certificados e diplomas de quaisquer instituições públicas ou privadas”.

De início, o magistrado esclareceu que o instituto em questão, em princípio, não se trataria de exercício de poder de polícia. Porém, em análise à conjuntura atual sistematicamente à legislação educacional em vigor, aquele juízo reconheceu que o Governo Federal utiliza o registro de diplomas como instrumento de fiscalização das instituições não-universitárias, o que caracteriza, finalmente, expressão do poder policial do Estado, conforme bastante defendido nos argumentos acima, com destaque ao trecho seguinte:

Claramente, o governo federal utiliza o registro de diplomas como forma de fiscalização do reconhecimento de cursos superiores ministrados em faculdades e, para tanto, delega tal atribuição às universidades federais. [...] Por isso mesmo, a atividade de registro exercida pelas universidades federais é uma atividade pública compulsória e delegada, que a lei não conferiu qualquer previsão de cobrança de taxas.

Com efeito, por se tratar de atividade compulsória e de fiscalização de uma atividade educacional específica, a cobrança de qualquer valor se enquadra como taxa, espécie do gênero tributo, que se submete aos princípios do direito tributário e financeiro estabelecidos na Constituição Federal (art. 150), dentre eles a (a) necessidade de lei; (b) igualdade de tratamento entre todas as faculdades privadas do país, o que pressupõe a estipulação de uma taxa de mesmo valor para todas as entidades em igual situação (II); (c) observância do princípio da anterioridade (III, b-c); (d) fixação de valor razoável e proporcional ao ato executado (IV). A lei orçamentária anual deve abranger o orçamento fiscal de todas as entidades que abrangem o poder público federal (CF, art. 165-§ 5º-I), de tal sorte que se possa saber sobre as receitas e suas aplicações em relação a todos os órgãos da Administração, o que é um pressuposto da fiscalização fiscal e orçamentária por parte do Tribunal de Contas. Por força dos arts. 2º, 3º, 51 e 56 da Lei 4.320/64, é inadmissível que as universidades criem receitas não autorizadas na lei orçamentária e arrecadem valores em contas diferenciadas, devendo-se observar, em qualquer caso, o princípio da unicidade de caixa.

Portanto, tem-se que o próprio Poder Judiciário já reconheceu que, ao realizar o registro de diplomas de instituições não-universitárias, as universidades públicas federais exercem poder de polícia de forma delegada e compulsória, o que é passível de ser remunerado apenas por taxa (tributo) regularmente instituído mediante lei em sentido estrito pela pessoa jurídica de direito público competente para tanto.

## Considerações Finais

O registro do diploma de nível superior de instituições não-universitárias consiste no exercício de poder de polícia inerente ao Estado, ora exercido pelas universidades (ou centros universitários) federais, em regime de delegação, de forma compulsória e vinculada aos parâmetros da lei.

Por se tratar dita atividade de expressão do poder estatal de polícia, constata-se a incompatibilidade com a Constituição da República do § 1º do art. 48 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n.º 9.394/96), que possibilita a realização do aludido registro por universidades ou centros universitários privados. Todavia, vê-se que a impropriedade é passível de ser solucionada, seja mediante declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, atribuindo-lhe interpretação conforme a Constituição para que sua abrangência seja restrita aos ditames principiológicos do ordenamento jurídico vigente, seja através de regulamentação do Conselho Nacional de Educação, que tem sobre si a atribuição legal de indicar as universidades aptas a levar a cabo o registro de diplomas de instituições não-universitárias.

Ato contínuo, conclui-se que a exação instituída pelas universidades federais a título de remuneração pelo mencionado registro está eivada de vícios de constitucionalidade e legalidade, já que tal atividade somente pode ser remunerada mediante tributo, justamente por se amoldar perfeitamente na hipótese de incidência da taxa, o que requer a observância ao princípio constitucional da legalidade estrita e à regra de distribuição de competências tributárias.

## REFERÊNCIAS

### DOCUMENTOS JURÍDICOS:

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado 1998.

\_\_\_\_\_. Decreto n.º 5.773, de 9 de maio de 2006. Dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 maio 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm)>. Acesso em: 29 ago 2008.

\_\_\_\_\_. Lei Ordinária n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 out. 1966. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L5172.htm>>. Acesso em: 29 ago 2008.

\_\_\_\_\_. Lei Ordinária n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Lei de diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 dez 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm)>. Acesso em: 29 ago 2008.

\_\_\_\_\_. Segunda Vara da Seção Judiciária no Estado de Roraima. Ação Civil Pública n.º 2008.42.00.000154-0.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.717 – Distrito Federal, do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=indelegabilidade%20entidade%20privada&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 29 ago 2008.

#### LIVROS:

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 32.

#### PERIÓDICO:

BOLETIM INFORMATIVO. Belo Horizonte: UFMG, 1973-. Semanal. **UFMG testa programa automatizado**. Disponível em: <<http://www.ufmg.br/boletim/bol1508/terceira.shtml>>. Acesso em: 29 ago 2008.

#### SÍTIOS ELETRÔNICOS:

MEC. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/sesu/index.php?option=com\\_content&task=view&id=860&Itemid=549](http://portal.mec.gov.br/sesu/index.php?option=com_content&task=view&id=860&Itemid=549)>. Acesso em 29 ago 2008.

UFSCar. Disponível em: <<http://www.diplomas.ufscar.br/registro.html>>. Acesso em: 29 ago 2008.