

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 354**  
**DISTRITO FEDERAL**

**RELATOR** : **MIN. ROBERTO BARROSO**  
**REQTE.(S)** : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS UNIVERSIDADES  
PARTICULARES - ANUP  
**ADV.(A/S)** : LUIZ GUSTAVO ANTÔNIO SILVA BICHARA  
**INTDO.(A/S)** : MINISTRO DE ESTADO DA EDUCAÇÃO  
**ADV.(A/S)** : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

CONTROLE DA  
CONSTITUCIONALIDADE. ADPF.  
PORTARIA NORMATIVA DO MEC. FIES.  
INCONSTITUCIONALIDADE REFLEXA.  
EXTINÇÃO DA AÇÃO SEM  
JULGAMENTO DO MÉRITO.

1. ADPF por meio da qual se pleiteia o reconhecimento de que a Portaria Normativa MEC nº 23/ 2014 violou a Lei nº 9.870/1999, a Lei nº 10.260/2001 e a Lei nº 13.005/2014 e, por consequência, o princípio constitucional da legalidade, o ato jurídico perfeito, o direito constitucional à propriedade, à livre iniciativa e o direito fundamental à educação.

2. Não é cabível ADPF para apreciar mera inconstitucionalidade reflexa de ato puramente regulamentar. Precedentes: ADPF 169 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski; ADPF 210 AgR, rel. Min. Teori Zavascki; ADPF 93 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski.

3. Extinção da ação sem julgamento do mérito.

**ADPF 354 / DF**

**DECISÃO:**

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, proposta pela Associação Nacional das Universidades Particulares – ANUP, tendo por objeto a Portaria Normativa MEC nº 23/2014 e 02/2015, que alterou a sistemática de pagamento por parte do Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior – FIES às Instituições de Ensino Superior participantes do respectivo programa de financiamento estudantil.

Segundo narrado na inicial, tais Instituições de Ensino Superior (IES) são remuneradas por títulos da dívida pública, emitidos “ao par” e remunerados pelo IGP-M, designados CFT-E – Certificado do Tesouro – Série E. Por emissão “ao par”, de acordo com a postulante, entende-se a emissão sem deságio, na mesma periodicidade – mensal – e em valor equivalente às mensalidades dos alunos financiados, *conforme determinado pelo art. 1º, §5º, da Lei nº 9.870/1999 e art. 15 da Lei 10.260/2001*<sup>[1]</sup>.

Tais certificados podem ser utilizados pelas Instituições de Ensino Superior de duas formas: (i) para pagamento das contribuições para o financiamento da seguridade social e, em não as havendo, para pagamento de quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil; (ii) para revenda ao FIES, que supostamente estaria obrigado a recomprar, no mínimo, a cada trimestre, ao par, os certificados aludidos no art. 9º, mediante utilização dos recursos referidos no art. 2º, *como previsto no art. 13, todos, da Lei 10.260/2001*<sup>[2]</sup>.

Entretanto, segundo narrado pela Requerente, o Ministério da Educação teria editado a Portaria Normativa MEC nº 23/ 2014, alterando as portarias normativas anteriores: “(i) limitando o valor de recompra dos CFT-Es ao montante a ser repassado às mantenedoras no mês imediatamente seguinte, impedindo, por exemplo, que elas se desfaçam de eventual estoque que acumularam ou venham a acumular e, (ii) para as mantenedoras com mais de vinte mil matrículas financiadas pelo FIES, aumentou o prazo regular de emissão dos CFT-Es de trinta para quarenta

**ADPF 354 / DF**

e cinco dias, efetuadas em até oito parcelas anuais, mas contemplando reembolso de um período de somente trinta dias”.

Posteriormente, a Portaria Normativa MEC nº 02/2015 teria previsto que as regras introduzidas pela Portaria Normativa MEC nº 23/ 2014, aplicar-se-iam somente ao exercício de 2015.

Segundo a postulante, as novas portarias extrapolariam, por tais fundamentos, o que dispõem as leis que regem o FIES, ensejando violação ao princípio da legalidade, ao ato jurídico perfeito, ao direito constitucional à propriedade, à livre iniciativa e ao direito fundamental à educação. Tais portarias desrespeitariam, ainda, o Plano Nacional de Educação, constante da Lei nº 13.005/2014, em suas metas 12 e 14, que dispõem sobre a elevação das taxas de matrícula na educação superior e na pós-graduação *stricto sensu*.

Ao final, a requerente pleiteia o deferimento de cautelar, bem como a procedência da ADPF, para que: *(i)* se reconheça a inconstitucionalidade da Portaria Normativa MEC nº 23/ 2014, determinando-se que a recompra de CFT-Es seja feita “ao par”, nos valores das mensalidades dos alunos do FIES, sem a limitação ao saldo de emissão dos certificados do mês subsequente; e, ainda, que *(ii)* não haja tratamento diferenciado entre instituições de ensino superior de acordo com o número de alunos vinculados ao FIES; *(iii)* tampouco haja limitação temporal ou de valor na emissão de CFT-Es em favor das mantenedoras, de modo a não inviabilizar a quitação ao par dos tributos mensais devidos por tais mantenedoras ou a recompra dos certificados não utilizados, no mínimo, a cada trimestre.

Determinei a oitiva do Exmo. Sr. Ministro de Estado da Educação, do Exmo. Sr. Advogado-Geral da União e do Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, no prazo comum de 5 (cinco) dias, como facultado pelo art. 5º, §2º, da Lei nº 9.882/1999.

Tanto a Advocacia-Geral da União quanto a Procuradoria-Geral da República manifestaram-se pelo não conhecimento desta ADPF, por ter por objeto ato meramente regulamentar, cuja eventual incompatibilidade com a Constituição seria meramente reflexa. No

ADPF 354 / DF

mérito, ambas as instituições opinaram pela improcedência do pedido.

De fato, a aferição da violação aos preceitos fundamentais invocados pela postulante pressupõe o exame da incompatibilidade entre a Portaria Normativa MEC nº 23/ 2014 e o disposto na Lei nº 9.870/1999, na Lei 10.260/2001 e na Lei nº 13.005/2014.

**É justamente por se entender que as referidas leis definiram as “regras do jogo”, em condições que estão sendo alteradas pela portaria normativa, que se afirma a ocorrência de violação aos preceitos fundamentais em questão. A mera alteração da periodicidade de emissão dos certificados, do seu poder de liberação de tributos ou da sistemática da sua recompra pelo FIES não viola diretamente qualquer preceito constitucional. Não há na Constituição norma sobre o FIES ou sobre a emissão de certificados.**

Trata-se, portanto, de arguição de **inconstitucionalidade reflexa**, cuja apreciação, por parte do Supremo Tribunal Federal, implicaria **usurpação da competência constitucional do Superior Tribunal de Justiça** para apreciar a violação das mencionadas normas infraconstitucionais federais. No mesmo sentido, já esclareci em obra doutrinária:

“Porém, para o cabimento da ADPF, não basta a alegação de não observância de um preceito fundamental existente na Constituição. Considerando o texto de 1988, não haveria grande dificuldade em associar um tema ou uma discussão a preceitos fundamentais como, e.g., a igualdade, a legalidade, a liberdade, a dignidade humana, dentre outros. **A rigor, a discordância acerca da interpretação conferida a uma lei poderia dar margem à alegação de violação à legalidade — embora caiba ao STJ, e não ao STF, uniformizar a interpretação da ordem infraconstitucional.** Da mesma forma, o fato de existirem interpretações diversas proferidas por diferentes órgãos jurisdicionais sobre uma mesma lei poderia ser descrito como ameaça à isonomia — nada obstante, mais uma vez, a competência do STJ na matéria.

**Portanto, para o cabimento da ADPF, a suposta ameaça**

ADPF 354 / DF

**ou lesão ao preceito constitucional fundamental deve ser real e direta.** Por tal razão, o art. 10 da Lei n. 9.882/99 dispõe que, “julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental”. **Este, portanto, o primeiro aspecto fundamental: o pedido formulado perante o STF no âmbito de uma ADPF deverá envolver a fixação do conteúdo e do alcance do preceito fundamental, não bastando a mera invocação de uma violação reflexa.”** (Luís Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 313-315, grifos acrescentados)

Mais adiante, na mesma obra, observei, ainda:

“Pois bem. Considerando as três fases de raciocínio envolvidas na interpretação da ordem infraconstitucional — (i) a interpretação constitucional, (ii) a interpretação do sistema legal em si e (iii) a definição e valoração dos fatos —, é necessário fazer algumas distinções. Se o tema da ADPF for a invalidade da norma infraconstitucional —, isto é, **se o confronto se estabelecer de forma direta entre a norma legal e o preceito constitucional fundamental** —, a discussão estará concentrada, não há dúvida, naquela primeira etapa da interpretação e, atendidos os demais requisitos, poderá em tese ser suscitada no âmbito de uma ADPF. Ou, em outras palavras: uma lei ou ato normativo que viola de forma direta um preceito fundamental poderá justificar o ajuizamento de uma ADPF.

Situação diversa será aquela em que, ultrapassado o juízo preliminar de validade, **a questão envolva a interpretação do dispositivo legal tendo em conta o sistema infraconstitucional do qual ele faz parte.** Ou ainda quando o debate se relacione com a definição da solução mais adequada à vista das particularidades de determinado caso concreto. Como já se referiu, a interpretação da ordem infraconstitucional e sua aplicação aos fatos é o ofício próprio dos órgãos judiciais de

**ADPF 354 / DF**

natureza ordinária, bem como, em parte, do Superior Tribunal de Justiça. Ao revés, não é essa a função do Supremo Tribunal Federal, principalmente diante de ações constitucionais que consubstanciam processos objetivos.

**Assim, se a lesão a preceito fundamental puder ser solucionada pela interpretação própria da ordem infraconstitucional**, ou por sua aplicação aos fatos do caso concreto — [...] —, **não será o caso de propor ADPF**. Não cabe atribuir ao STF, em detrimento de suas atribuições como Corte Constitucional, a competência própria das instâncias ordinárias, ou mesmo do STJ em matéria de interpretação da ordem infraconstitucional, até porque não se estaria no caso discutindo o sentido e o alcance de preceito fundamental.

Em resumo: **a violação a preceito fundamental que autoriza o cabimento da ADPF é aquela que interfere de forma direta com a fixação do conteúdo e alcance do preceito e independe da definição prévia acerca de fatos controvertidos. De parte isso, não caberá a ADPF se a questão suscitada, a despeito do rótulo que se lhe atribua, puder ser solucionada pela interpretação do sistema infraconstitucional.**” (Luís Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Op. cit., p. 315-318, grifos acrescentados)

É no mesmo sentido, ainda, a jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal:

**“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DISPOSITIVOS DO DECRETO PRESIDENCIAL 6.620, DE 29 DE OUTUBRO DE 2008, QUE REGULAMENTA A LEI DOS PORTOS (LEI 8.630/1993). OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I - A jurisprudência desta Suprema Corte, não reconhece a possibilidade de controle concentrado de atos que consubstanciam mera ofensa reflexa à Constituição**, tais como o ato regulamentar consubstanciado no decreto presidencial ora impugnado. II - Agravo regimental

**ADPF 354 / DF**

a que se nega provimento.” (Pleno, ADPF 169 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 19.09.2013, DJe, 14.10.2013, grifos acrescentados)

**“CONSTITUCIONAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF-AGR). IMPUGNAÇÃO A RESOLUÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE QUÍMICA (CFQ). REGIME DE SUBSIDIARIEDADE E RELEVÂNCIA CONSTITUCIONAL DA CONTROVÉRSIA SUSCITADA. CONDIÇÕES ESSENCIAIS DE ADMISSIBILIDADE DA ARGUIÇÃO. NÃO-ATENDIMENTO. NORMAS SECUNDÁRIAS E DE CARÁTER TÍPICAMENTE REGULAMENTAR. OFENSA REFLEXA. INIDONEIDADE DA ADPF. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a ADPF, como instrumento de fiscalização abstrata das normas, está submetida, cumulativamente, ao requisito da relevância constitucional da controvérsia suscitada e ao regime da subsidiariedade, não presentes no caso. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) firmou-se no sentido de que a ADPF é, via de regra, meio inidôneo para processar questões controvertidas derivadas de normas secundárias e de caráter tipicamente regulamentar (ADPF-AgR 93/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski). 3. Agravo Regimental improvido.” (Pleno, ADPF 210 AgR, rel. Min. Teori Zavascki, j. 06.06.2013, DJe, 21.06.2013, grifos acrescentados)**

**“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DISPOSITIVOS DO DECRETO PRESIDENCIAL 5.597, DE 28 DE NOVEMBRO DE 2005, QUE REGULAMENTA O ACESSO DE CONSUMIDORES LIVRES ÀS REDES DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. [...]. AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA. OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. [...]. III - Inexistência de controvérsia constitucional relevante. IV - A jurisprudência desta Suprema**

ADPF 354 / DF

**Corte, não reconhece a possibilidade de controle concentrado de atos que consubstanciam mera ofensa reflexa à Constituição**, tais como o ato regulamentar consubstanciado no Decreto presidencial ora impugnado.” (Pleno, ADPF 93 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20.05.2009, DJe, 07.08.2009, grifos acrescentados)

De fato, não se requer, por meio desta ação, a fixação do conteúdo de preceitos constitucionais fundamentais, conforme previsto no art. 10 da Lei n. 9.882/1999. Ao contrário, busca-se o reconhecimento de que a Portaria Normativa MEC nº 23/ 2014 violou leis federais – a Lei nº 9.870/1999, a Lei 10.260/2001 e a Lei nº 13.005/2014 – e, por consequência, deixou de observar o princípio constitucional da legalidade, o ato jurídico perfeito (praticado com base em tais leis), o direito constitucional à propriedade, à livre iniciativa e o direito fundamental à educação.

Diante do exposto, **extingo a ação, sem julgamento do mérito**, nos termos do art. 21, §1º, RI/STF, por não estarem presentes os pressupostos necessários a seu conhecimento.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 13 de outubro de 2015.

Ministro **LUÍS ROBERTO BARROSO**

**Notas:**

[1] Confira-se a redação dos dispositivos: “Art. 1º [da Lei nº 9870/1999] O valor das anuidades ou das semestralidades escolares do ensino pré-escolar, fundamental, médio e superior, será contratado, nos termos desta Lei, no ato da matrícula ou da sua renovação, entre o estabelecimento de ensino e o aluno, o pai do aluno ou o responsável. [...]. § 5º O valor total, anual ou semestral, apurado na forma dos parágrafos precedentes terá vigência por um ano e **será dividido em doze ou seis parcelas mensais iguais, facultada a apresentação de planos de pagamento alternativos**, desde que não excedam ao valor total anual ou semestral apurado na forma dos parágrafos anteriores”. “Art. 15 [da Lei



**ADPF 354 / DF**

**nº 10.260/2001**]. As operações a que se referem os arts. 8º a 11 serão realizadas ao par, ressalvadas as referidas no § 1º do art. 10”; “**Art. 8º** Em contrapartida à colocação direta dos certificados, fica o FIES autorizado a utilizar em pagamento os créditos securitizados recebidos na forma do art. 14. [...]. **Art. 10.** Os certificados de que trata o art. 7º serão utilizados para pagamento das contribuições sociais previstas nas alíneas *a* e *c* do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, bem como das contribuições previstas no art. 3º da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007. § 3º Não havendo débitos de caráter previdenciário, os certificados poderão ser utilizados para o pagamento de quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, e respectivos débitos, constituídos ou não, inscritos ou não em dívida ativa, ajuizados ou a ajuizar, exigíveis ou com exigibilidade suspensa, bem como de multas, de juros e de demais encargos legais incidentes. [...]. § 13. Os pagamentos de que trata este artigo serão efetuados nos termos das normas fixadas pelo Ministério da Fazenda”.

[2] É a seguinte a redação dos mencionados dispositivos: “**Art. 13.** O Fies recomprará, no mínimo a cada trimestre, ao par, os certificados aludidos no art. 9º, mediante utilização dos recursos referidos no art. 2º, ressalvado o disposto no art. 16, em poder das instituições de ensino que atendam ao disposto no art. 12”; “**Art. 9º** Os certificados de que trata o art. 7º serão destinados pelo Fies exclusivamente ao pagamento às mantenedoras de instituições de ensino dos encargos educacionais relativos às operações de financiamento realizadas com recursos desse Fundo”; “**Art. 2º** Constituem receitas do FIES: I - dotações orçamentárias consignadas ao MEC, ressalvado o disposto no art. 16; II - trinta por cento da renda líquida dos concursos de prognósticos administrados pela Caixa Econômica Federal, bem como a totalidade dos recursos de premiação não procurados pelos contemplados dentro do prazo de prescrição, ressalvado o disposto no art. 16; III - encargos e sanções contratualmente cobrados nos financiamentos concedidos ao amparo desta Lei; IV - taxas e emolumentos cobrados dos participantes dos processos de seleção para o financiamento; V - encargos e sanções contratualmente cobrados nos

**ADPF 354 / DF**

financiamentos concedidos no âmbito do Programa de Crédito Educativo, de que trata a Lei n. 8.436, de 25 de junho e 1992, ressalvado o disposto no art. 16; VI - rendimento de aplicações financeiras sobre suas disponibilidades; e VII - receitas patrimoniais; VIII – outras receitas”. **Art. 16.** Nos exercícios de 1999 e seguintes, das receitas referidas nos incisos I, II e V do art. 2º serão deduzidos os recursos necessários ao pagamento dos encargos educacionais contratados no âmbito do Programa de Crédito Educativo de que trata a Lei n. 8.436, de 25 de junho e 1992.