

03/03/2016

PLENÁRIO

**AG.REG. NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO  
FUNDAMENTAL 354 DISTRITO FEDERAL**

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

**Ementa:** PROCESSO CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PORTARIA NORMATIVA DO MEC. FIES. INCONSTITUCIONALIDADE REFLEXA.

1. O acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência desta Corte, firmada no sentido de que não é cabível ADPF para apreciar inconstitucionalidade reflexa de ato regulamentar. Precedentes: ADPF 192-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; ADPF 260-AgR. Rel. Min. Cármen Lúcia.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

**A C Ó R D ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, os Ministros Cármen Lúcia e Luiz Fux, e, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes.

Brasília, 03 de março de 2016.

**MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - RELATOR**

03/03/2016

PLENÁRIO

**AG.REG. NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO  
FUNDAMENTAL 354 DISTRITO FEDERAL**

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

**RELATÓRIO:**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

1. Trata-se de agravo regimental, cujo objeto é decisão monocrática que extinguiu a ação direta de inconstitucionalidade, sem julgamento de mérito, sob o argumento de que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento segundo o qual não cabe arguição de descumprimento de preceito fundamental para apreciar arguição de inconstitucionalidade reflexa.

2. A parte agravante reitera as razões da ADPF, interposta com base no art. 102, § 1º, da Constituição Federal. Sustenta que suposta lesão efetuada pelos atos questionados seria real e direta.

3. É o relatório

03/03/2016

PLENÁRIO

**AG.REG. NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO  
FUNDAMENTAL 354 DISTRITO FEDERAL**

**Ementa:** PROCESSO CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PORTARIA NORMATIVA DO MEC. FIES. INCONSTITUCIONALIDADE REFLEXA.

1. O acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência desta Corte, firmada no sentido de que não é cabível ADPF para apreciar inconstitucionalidade reflexa de ato regulamentar. Precedentes: ADPF 192-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; ADPF 260-AgR. Rel. Min. Cármen Lúcia.
2. Agravo regimental a que se nega provimento.

**VOTO:**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):**

1. O agravo regimental não pode ser provido. Embora a parte recorrente tenha alegado haver ofensa direta à Carta Maior, ela se limitou a repetir as razões apresentadas na petição inicial da ADPF, sem trazer argumentos suficientes para modificar a decisão ora agravada. Sendo assim, deve ser mantida, pelos seus próprios fundamentos, a decisão recorrida, com o seguinte teor:

“Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, proposta pela Associação Nacional das Universidades Particulares – ANUP, tendo por objeto a Portaria

**ADPF 354 AGR / DF**

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.

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.

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 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

**ADPF 354 AGR / DF**

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 mérito, ambas as instituições opinaram pela improcedência do pedido.

De fato, a aferição da violação aos preceitos fundamentais

**ADPF 354 AGR / DF**

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 ou lesão ao preceito constitucional fundamental**

**ADPF 354 AGR / DF**

**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 AGR / 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**



**ADPF 354 AgR / DF**

presidencial ora impugnado. II - Agravo regimental 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**

**ADPF 354 AGR / DF**

**REFLEXA À CONSTITUIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. [...]. III - Inexistência de controvérsia constitucional relevante. IV - 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.’ (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.”

2. Confirmam-se, ainda, no mesmo sentido da decisão ora proferida, os seguintes julgados: ADPF 192-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; e ADPF 260-AgR. Rel. Min. Cármen Lúcia.
3. Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental.
4. É como voto.

**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**AG.REG. NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 354**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

**RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO**

AGTE.(S) : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS UNIVERSIDADES PARTICULARES -  
ANUP

ADV.(A/S) : LUIZ GUSTAVO ANTÔNIO SILVA BICHARA

AGDO.(A/S) : MINISTRO DE ESTADO DA EDUCAÇÃO

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao agravo regimental. Ausentes, justificadamente, os Ministros Cármen Lúcia e Luiz Fux, e, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 03.03.2016.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Maria Sílvia Marques dos Santos  
Assessora-Chefe do Plenário