

27/05/2015

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 341 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REQTE.(S)	:PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB
ADV.(A/S)	:RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO
INTDO.(A/S)	:MINISTRO DE ESTADO DA EDUCAÇÃO
ADV.(A/S)	:SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. ADPF. NOVAS REGRAS REFERENTES AO FUNDO DE FINANCIAMENTO AO ESTUDANTE DO ENSINO SUPERIOR - FIES. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA. LIMINAR REFERENDADA.

1. O art. 3º da Portaria Normativa MEC nº 21/2014 alterou a redação do art. 19 da Portaria Normativa MEC nº 10/2010, passando a exigir média superior a 450 pontos e nota superior a zero nas redações do ENEM, como condição para a obtenção de financiamento de curso superior junto ao Fundo de Financiamento ao Estudante de Ensino Superior - FIES.

2. O art. 12 da Portaria Normativa MEC nº 21/2014 previu que as novas exigência entrariam em vigor apenas em 30.03.2015, muito embora as inscrições para o FIES tenham se iniciado em 23.02.2015, conforme Portaria Normativa nº 2/2015. Previu-se, portanto, uma norma de transição entre o antigo e o novo regime jurídico aplicável ao FIES, possibilitando-se que, durante o prazo da *vacatio legis*, os estudantes se inscrevessem no sistema com base nas normas antigas.

3. Plausibilidade jurídica da alegação de violação à segurança jurídica configurada pela possibilidade de ter ocorrido aplicação retroativa da norma nova, no que respeita aos estudantes que: (i) já dispunham de contratos celebrados com o FIES e pretendiam renová-los; (ii) requereram e não obtiveram sua inscrição no FIES, durante o prazo da *vacatio legis*, com base nas regras antigas. Perigo na demora configurado, tendo em vista o transcurso do prazo para renovação dos contratos, bem como em razão do avanço do semestre letivo.

4. Cautelar referendada para determinar a não aplicação da

ADPF 341 MC-REF / DF

exigência de desempenho mínimo no ENEM em caso de: (i) renovações de contratos de financiamento; (ii) novas inscrições requeridas até 29.03.2015.

5. Indeferimento da cautelar no que respeita aos demais estudantes que requereram seu ingresso no FIES em 2015, após 29.03.2015, aos quais devem ser aplicadas as novas normas.

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 maioria de votos, em referendar a concessão parcial da cautelar para determinar a não aplicação do art. 19 da Portaria Normativa MEC nº 10/2010, com a redação dada pela Portaria Normativa MEC nº 21, de 26 de dezembro de 2014, a dois grupos de estudantes: (i) aos estudantes que postulam a renovação de seus contratos, bem como (ii) àqueles que requereram sua inscrição no FIES até 29 de março de 2015. Os dois grupos de estudantes antes referidos têm direito a que seu pedido seja apreciado com base nas normas anteriores à Portaria Normativa MEC nº 21/2014, portanto, sem a exigência de desempenho mínimo do ENEM. Os demais estudantes, que requereram sua inscrição após 29 de março de 2015, submetem-se plenamente à Portaria Normativa MEC nº 21/2014, devendo atender à exigência de desempenho mínimo no ENEM, nos termos do voto do Relator. Vencidos parcialmente os Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Teori Zavascki, que concediam a cautelar em maior extensão. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello.

Brasília, 27 de maio de 2015.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - RELATOR

13/05/2015

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 341 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REQTE.(S)	: PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB
ADV.(A/S)	: RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO
INTDO.(A/S)	: MINISTRO DE ESTADO DA EDUCAÇÃO
ADV.(A/S)	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – (Relator):

1. Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo Partido Socialista Brasileiro, pela qual se impugna a aplicação retroativa do art. 19 da Portaria Normativa nº 10/2010, com redação conferida pela Portaria Normativa nº 21/2014, que prevê:

“Art. 19. Para fins de solicitação de financiamento ao Fies serão exigidas do estudante concluinte do ensino médio a partir do ano letivo de 2010:

I – média aritmética das notas obtidas nas provas do Enem igual ou superior a quatrocentos e cinquenta pontos; e

II – nota na redação do Enem diferente de zero.

§ 1º Excetua-se do disposto no caput o estudante que possua a condição de professor integrante do quadro de pessoal permanente da rede pública de ensino, em efetivo exercício do magistério da educação básica e regularmente matriculado em cursos de licenciatura, normal superior ou pedagogia.

§ 2º Os estudantes que por ocasião da inscrição ao Fies informarem data de conclusão do ensino médio anterior ao ano de 2010, deverão comprovar essa condição perante à CPSA, nos termos estabelecidos no Anexo II da Portaria Normativa nº 10, de 2010, que passa a vigorar na forma do anexo a esta Portaria.”
(Grifou-se)

ADPF 341 MC-REF / DF

2. De acordo com a inicial, a nova redação do art. 19 da Portaria Normativa nº 10/2010 viola a segurança jurídica, o direito adquirido, a confiança legítima ou a justa expectativa de dois grupos de estudantes: i) *“os alunos que já estão cursando o Fies e atualmente não conseguem renovar seus contratos em razão das novas regras”*; ii) *“os novos entrantes que não obtiveram, em exames anteriores, a pontuação mínima ora exigida para contemplação de vagas nas Universidades”*.

3. Determinei a intimação dos Exmos. Srs. Ministro da Educação, Advogado-Geral da União e Procurador-Geral da República para que, querendo, se pronunciassem sobre o pedido de cautelar.

4. O Ministério da Educação apresentou manifestação, com base em parecer da Advocacia Geral da União, esclarecendo que as novas regras, que exigem desempenho mínimo no ENEM como condição para a obtenção de financiamento, aplicam-se exclusivamente àqueles que ainda não celebraram contrato de financiamento com o FIES. Não se aplicam aos casos de mera renovação de tais contratos. Confira-se, a seguir, trecho das informações prestadas pela AGU:

“29. Deixando de forma bem clara, não há exigência de desempenho mínimo de forma retroativa para os contratos em curso. A portaria MEC nº 21/2014 deu nova redação ao art. 19 da portaria normativa MEC nº 10/2010. Eis o que dispõe a norma:

‘Art. 19. Para fins de solicitação de financiamento ao Fies serão exigidas do estudante concluinte do ensino médio a partir do ano letivo de 2010:

I – média aritmética das notas obtidas nas provas do Enem igual ou superior a quatrocentos e cinquenta pontos; e

II – nota na redação do Enem diferente de zero.’

30. O desempenho mínimo, portanto, é exigido apenas

ADPF 341 MC-REF / DF

na solicitação do FIES, ou seja, para novos contratos e não para a manutenção dos contratos já em vigor. Após a contratação, a cada semestre, o aluno que deseja permanecer vinculado ao FIES procede, junto com a IES, a um aditamento contratual.

31. Saliente-se que as situações são distintas e reguladas por normas distintas. A contratação do FIES é regulada pela Portaria Normativa MEC nº 01/2010, ao passo que o aditamento contratual é regulado pela Portaria Normativa nº 23/2011 e Portaria Normativa nº 15/2011.

[...]

33. Não houve alteração nem se estabeleceu novos requisitos para contrato já em curso. Portanto, inexistente aplicação retroativa do requisito mínimo de desempenho do ENEM para alunos já vinculados ao FIES. A exigência é apenas para novos contratos.” (Grifos do original)

5. No que respeita à aplicação da exigência de desempenho mínimo no ENEM para novos contratos de financiamento, entende a Advocacia-Geral da União que não há violação à segurança jurídica, uma vez que a alteração normativa que ensejou tal exigência se deu anteriormente ao período de inscrições relativas ao primeiro semestre de 2015.

6. A AGU esclarece, ainda, que o FIES foi instituído pela Lei nº 10.260/2001, norma esta que, em seu artigo 3º, §1º, I, atribuiu ao Ministério da Educação a edição de regulamentos dispondo sobre os critérios de seleção dos estudantes. Tais atos de regulamentação são discricionários porque importam juízo de conveniência e oportunidade, por parte da autoridade administrativa, sobre como alocar, de forma ótima, recursos públicos que são escassos. Além disso, a exigência de desempenho mínimo no ENEM é legítima porque orienta a seleção dos estudantes a serem financiados com base em critério meritório, que prestigia os requerentes que apresentam as melhores perspectivas de aproveitamento do curso superior.

ADPF 341 MC-REF / DF

7. Por outro lado, o ensino superior, segundo parecer da AGU, *“deve ter como base o aprimoramento dos estudos e dos conhecimentos adquiridos no ensino médio”, não constituindo “uma simples sequência escolar sem qualquer critério que comprove que os alunos advindos do ensino médio estejam preparados para cursar o ensino superior, ainda mais considerando o financiamento público”*.

8. O Procurador-Geral da República apresentou manifestação no sentido de que a nova redação conferida pelo art. 3º da Portaria Normativa nº 21/2014 ao art. 19 da Portaria Normativa nº 10/2010 pode ensejar a aplicação retroativa da exigência de desempenho no ENEM àqueles estudantes que já obtiveram financiamento do FIES, prejudicando a renovação de seus contratos.

9. Afirmou o *Parquet* que o requerente traz decisões judiciais que indicam que tais renovações estariam sendo obstadas. E observou que, neste caso, o estudante que não tem condições econômicas deixará de concluir a graduação, em virtude da não renovação do contrato com o FIES, e ver-se-á, ainda, devedor das parcelas já financiadas, situação que configuraria inequívoca violação à segurança jurídica e prejuízo inaceitável ao hipossuficiente. Concluiu, então, que: *“Ante a falta de clareza quanto ao alcance da regra, impõe-se a restrição de sua eficácia, de modo a afastar sua incidência relativamente aos contratos de financiamento estudantil em execução, restringindo-a a novas solicitações”*.

10. No que respeita à aplicação das novas regras aos requerentes de financiamento para o primeiro semestre de 2015, entendeu o Ministério Público que tais estudantes não têm direito adquirido, mas mera expectativa à obtenção do financiamento. Este, por sua vez, é deferido mediante a celebração de contrato que *“rege-se pelas condições e exigências existentes ao tempo de sua pactuação”*. Por essa razão, a exigência de desempenho mínimo no ENEM aos novos requerentes seria plenamente válida.

ADPF 341 MC-REF / DF

11. Diante da iminência do termo final para a inscrição de novos alunos no FIES, deferi parcialmente a liminar postulada, *ad referendum* do Plenário, exclusivamente para determinar a não aplicação do art. 19 da Portaria Normativa nº 10/2010, em sua nova redação, aos estudantes que postulam a renovação de seus contratos, em respeito ao princípio da segurança jurídica.

12. O autor opôs embargos de declaração à decisão que deferiu parcialmente a liminar, requerendo seja explicitado se os alunos que efetivaram seus atos de inscrição até 29-03-2015 fazem jus a ingressar no FIES pelas regras antigas, em virtude do que previu o art. 12 da Portaria Normativa nº 21/2014, a saber:

“Art. 12. Esta Portaria entra em vigor na data da sua publicação, exceto o art. 19 da Portaria Normativa MEC nº 10, de 2010, alterado pelo artigo 3º desta Portaria, que terá vigência a partir do dia 30 de março de 2015.” (Grifou-se)

13. Decidi trazer a decisão que deferiu a liminar ao referendo do Plenário, na extensão em que foi proferida originalmente e, portanto, sem me manifestar ainda sobre o objeto dos embargos de declaração. Assim procedi porque entendo prudente a prévia oitiva dos requeridos quanto ao pedido veiculado nesse recurso, já que por meio dele se pleiteiam efeitos modificativos, com vistas à extensão da liminar a outra categoria de estudantes.

14. Esclareço, contudo, que assim procedo sem prejuízo da apreciação do pedido de esclarecimento sobre a extensão da liminar, tão logo findo o prazo para manifestação dos requeridos.

15. É o relatório.

13/05/2015

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 341 DISTRITO FEDERAL**

DEBATE

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Nós temos, aqui, uma questão prévia que eu queria submeter ao Plenário. O nosso Regimento, no artigo 131, § 2, estabelece o seguinte:

"§ 2º Não haverá sustentação oral nos julgamentos de agravo, embargos declaratórios, arguição de suspeição e medida cautelar".

Se é um referendo de medida cautelar, interpretando aqui o Regimento, entendo que não cabe também a sustentação oral.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Mas a legislação que trata das ações diretas e da ADPF permite, na liminar, a sustentação oral. Por isso, eu seria favorável a ouvir os eminentes advogados.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Consulto os demais Pares.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, não houvesse o ministro Luís Roberto Barroso atuado no campo individual e tivesse trazido o processo à apreciação do Plenário, para o implemento ou não da medida acauteladora, haveria, realmente, o direito do advogado a assomar a tribuna. Então, deve-se admitir a sustentação da tribuna.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Só para esclarecer, Presidente, eu concedi a liminar e a trouxe porque

ADPF 341 MC-REF / DF

havia um prazo de inscrição, Ministro Marco Aurélio.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não há crítica alguma.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Mas eu a trouxe no dia seguinte, é que não conseguimos chamá-la na semana passada.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, é uma opção da Corte, porque a lei faculta.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Mas eu, como Relator, estou de acordo. Como a parte mais substantiva do pedido foi acolhida, eu tenho certeza de que o advogado terá essa percepção. Mas eu votaria no sentido de permitir a sustentação pelo advogado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Então, assentando que é uma faculdade do plenário, a Corte...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, se a deliberação for do Plenário, gostaria de me manifestar. Não vislumbro discricionariedade: ou bem se tem a aplicação do preceito – do preceito quanto aos processos objetivos – ou não se tem. Não é dado variar conforme este ou aquele processo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Ministro Marco Aurélio, só para fazer uma observação, o artigo 6º, § 2, da lei específica da ADPF, tem a seguinte dicção:

"§ 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo."

ADPF 341 MC-REF / DF

De modo que eu concordaria com Vossa Excelência, a gente tem que ter um critério, mas a verdade é que a lei prevê a possibilidade e não o dever de se deferir a sustentação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A meu ver, a lei peca na referência a "relator", porque penso que, estando o Colegiado reunido, e surgindo dúvida quanto à sustentação ou não da tribuna, cabe ao Colegiado definir se há ou não essa sustentação. Muito embora, tenha-se no preceito a expressão "poderá", e há inúmeros preceitos legais com o verbo nesse tempo, e sempre se entendeu que não é algo discricionário, ou seja, que o preceito encerra direito da parte.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Só endossando: eu concordo também com a substância do que disse o Ministro Marco Aurélio, porém, a redação é "poderão ser autorizadas a critério do relator." Portanto, mais explícita a lei não poderia ser, errada como possa ser.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Qual é o preceito, Ministro?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- É o artigo 6º, parágrafo 2º.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Da Lei nº 9.882, que dispõe sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Eu concordo que não é bom que seja assim. E acho que o Ministro Marco Aurélio está certo. Mas, infelizmente, é assim.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ocorre, Senhor Presidente,

ADPF 341 MC-REF / DF

que a lei trata de tutela de urgência. Então, há medida de urgência em que, por exemplo, o colega do dia anterior traz no dia posterior para referendo do plenário. É por essa razão que a lei fez questão de entender que o relator decide **ad referendum** do Plenário, e lá, mais adiante, diz que, quando do julgamento da liminar, poderá, a critério do relator... Então, vamos dizer assim, não há uma obrigatoriedade de o relator se submeter a isso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Seja como for, estamos em consenso de ouvir o advogado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois, não. Então deixamos essa questão, que é polêmica, de lado e resolveremos isso oportunamente, quiçá, inclusive, por meio de uma alteração regimental.

Então, por enquanto, assentamos que, neste caso, há consenso do colegiado para que o Doutor Rafael de Alencar Araripe Carneiro faça a sustentação oral, em nome do Partido Socialista Brasileiro, observada a exiguidade do tempo que comanda os nossos trabalhos.

13/05/2015**PLENÁRIO****REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 341 DISTRITO FEDERAL****V O T O****O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – (Relator):**

1. Há controvérsia entre as partes sobre questão de fato consistente na aplicação retroativa da exigência de desempenho mínimo no ENEM ao primeiro grupo de estudantes supostamente atingidos pelas novas normas, correspondente àqueles que já obtiveram financiamento do ENEM e que já estão cursando o ensino superior. Enquanto a Advocacia-Geral da União afirma que as novas normas não atingem este grupo, o requerente e o Procurador-Geral da República defendem a existência de indícios de aplicação retroativa das novas exigências a tal grupo.

2. Em juízo de cognição sumária, típico das cautelares, entendo que a situação de incerteza quanto ao alcance das novas exigências é suficiente para a configuração da plausibilidade do direito invocado pelo requerente, no que respeita à violação à segurança jurídica dos estudantes que já se encontram no sistema e que não estão conseguindo renovar seus contratos. Entendo, ademais, que o perigo na demora também está presente, a despeito da prorrogação do prazo para a renovação dos contratos, tendo em vista a sua exiguidade face ao grande volume de ajustes a serem renovados. Assim, a cautelar deve ser concedida ao primeiro grupo de estudantes.

3. Tal cautelar será útil, caso se confirme o entendimento do requerente, de que o desempenho mínimo no ENEM está sendo exigido para a renovação dos contratos. E será inócua, caso prevaleça o entendimento da Advocacia-Geral da União, de não incidência na hipótese de renovação. Desse modo, em nenhum dos casos haverá

ADPF 341 MC-REF / DF

prejuízo para o Poder Público. Por outro lado, o indeferimento da liminar deixaria desamparados os estudantes que buscam a renovação de seus contratos, ante a incerteza sobre a interpretação das novas normas.

4. Já no que respeita ao segundo grupo de estudantes, correspondente àqueles que ainda não têm contrato com o FIES e que pleiteiam seu ingresso no sistema, entendo ausente a plausibilidade do direito invocado. Não há que se falar em direito adquirido à obtenção de financiamento, com base em regime jurídico anterior sobre os requisitos a serem preenchidos para acesso ao FIES. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de não reconhecer o direito adquirido a regime jurídico. Tampouco há ato jurídico perfeito se os contratos de financiamento ainda não foram celebrados.

5. Não bastasse isso, trata-se, no caso, de regulação discricionária, constante de atos normativos de natureza secundária, editados pela Administração Pública à luz de suas disponibilidades orçamentárias e financeiras, mutáveis por natureza. É válido notar, ainda, que as condições para a obtenção do financiamento foram alteradas antes do início do prazo para requerimento da contratação junto ao FIES para o primeiro semestre de 2015.

6. Por fim, nota-se que **o prazo para ingresso no FIES em 2015 iniciou-se em 23.02.2015**, nos termos da Portaria Normativa nº 2/2015¹, ao passo que **a Portaria Normativa nº 21/2014, que estabeleceu os novos requisitos mais gravosos para ingresso no FIES, passou a vigorar apenas em 30.03.2015**, nos termos do art. 12 desse último diploma. Confira-se o teor do dispositivo:

“Art. 12. Esta Portaria entra em vigor na data da sua

1 “Art. 1º A inscrição no Fies para o primeiro semestre de 2015 será efetuada exclusivamente pela internet, no período de 23 de fevereiro a 30 de abril de 2015, por meio do Sistema Informatizado do Fies (SisFies), disponível nas páginas eletrônicas do Ministério da Educação e do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE.”

ADPF 341 MC-REF / DF

publicação, exceto o art. 19 da Portaria Normativa MEC nº 10, de 2010, alterado pelo artigo 3º desta Portaria, que terá vigência a partir do dia 30 de março de 2015.” (Grifou-se)

7. Entre 23.02.2015 e 29.03.2015, a inscrição no FIES era possível pela regra antiga, sem a comprovação de desempenho mínimo no ENEM. O art. 12 veiculou, portanto, adequada norma de transição sobre a matéria.

8. Além disso, é inegável que a exigência de média superior a 450 pontos e de nota superior à zero na redação do ENEM é absolutamente razoável como critério de seleção dos estudantes que perceberão financiamento público para custeio de seu acesso ao ensino superior. Afinal, os recursos públicos – limitados e escassos – devem se prestar a financiar aqueles que têm melhores condições de aproveitamento. Trata-se, portanto, de exigência que atende aos imperativos de moralidade, impessoalidade e eficiência a que se submete a Administração Pública (art. 37, CF). Por essas razões, não vislumbro violação ao princípio da segurança jurídica neste segundo caso.

9. Por todo o exposto, voto no sentido de referendar a decisão que deferiu a liminar postulada exclusivamente para determinar a não aplicação do art. 19 da Portaria Normativa nº 10/2010, em sua nova redação, aos estudantes que postulam a renovação de seus contratos, em respeito ao princípio da segurança jurídica.

10. Indefiro a liminar no que respeita aos estudantes que pleiteiam o ingresso no sistema do FIES e, portanto, a celebração de contrato de financiamento para o primeiro semestre de 2015, sem a observância de desempenho mínimo no ENEM, tendo em vista inexistir direito adquirido ao regime jurídico anterior ou ato jurídico perfeito consolidado à luz das normas revogadas, bem como considerando que, entre 23.02.2015 e 29.03.2015, a inscrição no FIES era possível pela regra antiga, sem a comprovação de desempenho mínimo no ENEM.

ADPF 341 MC-REF / DF

13/05/2015

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 341 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, mercê também de ratificar essa liminar muito bem concedida pelo Ministro Luís Roberto Barroso, eu entendo que essa questão ulterior, a qual foi trazida nos embargos de declaração, ela tem que ser analisada, **mutatis mutandis**, como quem analisa um candidato de concurso que se submete integralmente aos requisitos explicitados no edital. Há informação de que há um período em que os estudantes estavam inscritos e que preenchiam os requisitos que se exigiam nesse momento da inscrição.

Então, essa questão desse grupo, que é uma questão um pouco singular, eu entendo que deva ser solucionada **ad futurum**, segundo os mesmos critérios que Sua Excelência, o Ministro Barroso, deferiu agora. Porque, independentemente de qualquer peculiaridade do caso concreto, a Constituição Federal garante, como cláusula pétrea, a segurança jurídica. E acho que ela estaria realmente ferida se aqueles que se inscreveram à data em que os requisitos exigidos estavam preenchidos forem alijados do processo, haveria realmente uma surpresa, que é exatamente a antítese da segurança jurídica.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 341

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S) : PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB

ADV.(A/S) : RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO

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

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), que concedia a liminar em parte, nos termos do seu voto, no que foi acompanhado pelos Ministros Teori Zavascki, Rosa Weber e Luiz Fux, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Dias Toffoli. Falou pelo Partido Socialista Brasileiro - PSB o Dr. Rafael de Alencar Araripe Carneiro. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 13.05.2015.

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

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

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário

27/05/2015

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 341 DISTRITO FEDERAL**

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Trata-se de referendo à medida cautelar deferida na Arguição de Descumprimento Fundamental nº 341/DF, proposta pelo Partido Socialista Brasileira (PSB) com vistas à declaração de inconstitucionalidade das Portarias Normativas nºs 21/2014 e 23/2014 do Ministério da Educação, que alteraram as regras de contratação e renovação de financiamento junto ao Fundo de Financiamento ao Estudante de Ensino Superior (FIES).

O autor alega que as alterações promovidas pelas portarias impugnadas afrontam o direito à educação e o princípio da segurança jurídica. Questiona especificamente a Portaria Normativa MEC nº 21/2014, no ponto em que atribuiu nova redação ao art. 19 da Portaria Normativa MEC nº 10/2010. Eis o teor o dispositivo em referência:

“Art. 3º A Portaria Normativa MEC nº 10, de 30 de abril de 2010, passa a vigorar com a seguinte redação:

(...)

Art. 19. Para fins de solicitação de financiamento ao Fies serão exigidas do estudante concluinte do ensino médio a partir do ano letivo de 2010:

I - média aritmética das notas obtidas nas provas do Enem igual ou superior a quatrocentos e cinquenta pontos; e

II - nota na redação do Enem diferente de zero”.

Assevera que dois grupos de estudantes estariam sendo prejudicados pelas alterações, quais sejam:

(i) aqueles que se submeteram ao Exame Nacional do Ensino Médio

ADPF 341 MC-REF / DF

(ENEM) antes das alterações introduzidas pela nova Portaria e que, tendo preenchido o requisito exigido pela redação originária do art. 19 da Portaria Normativa MEC nº 10/2010, consistente na mera realização do exame nacional, não estariam conseguindo aderir ao FIES por não preencherem os novos requisitos. Para o autor, esses “alunos previram e calcularam as suas chances de ingresso no FIES sem contemplar a necessidade de se atingir o mínimo de 450 (quatrocentos e cinquenta) pontos, qual a atual portaria pretende exigir”; e

(ii) os alunos que já obtiveram financiamento pelo FIES mas não estariam conseguindo renovar seus contratos em razão das novas regras.

Ao final, o autor requer

“o deferimento, **ad referendum** do Tribunal Pleno, de medida liminar para vedar a aplicação retroativa das novas regras do FIES, constantes das Portarias nº 21/2014 e 23/2014 do MEC, garantindo-se (i) a renovação dos contratos dos alunos já inscritos no FIES e (ii) o direito de acesso ao FIES por parte dos estudantes que se submeteram ao ENEM nos anos anteriores, independentemente do preenchimento das novas exigências previstas nas referidas portarias”.

O Relator determinou a intimação do Ministro da Educação, do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República para se manifestarem sobre a medida cautelar pleiteada. O Ministro da Educação e o Advogado-Geral da União manifestaram-se pelo indeferimento da cautelar. O Procurador-Geral da República, por seu turno, opinou pelo conhecimento parcial da arguição, e, quanto à parcela conhecida, pelo parcial deferimento da medida liminar, para que seja declarada a inaplicabilidade da Portaria Normativa MEC nº 21//2014 a alunos com contratos de financiamento do FIES em execução e a aplicabilidade dessa a estudantes que não hajam solicitado tal financiamento.

Na decisão submetida a referendo pelo Plenário, o eminente Ministro relator **Roberto Barroso** conheceu parcialmente do pedido de medida cautelar, “exclusivamente no que respeita à nova redação

ADPF 341 MC-REF / DF

conferida ao art. 19 da Portaria Normativa nº 10/2010, pela Portaria Normativa nº 21, de 26/12/2014, uma vez que o requerente não se desincumbiu do ônus de impugnação específica de qualquer outro dispositivo”. Quanto à parte conhecida, deferiu parcialmente a liminar, **ad referendum** do Plenário,

“exclusivamente para determinar a não aplicação do art. 19 da Portaria Normativa nº 10/2010, em sua nova redação, aos estudantes que postulam a renovação de seus contratos, em respeito ao princípio da segurança jurídica, prorrogado o prazo para obtenção da renovação até 29 de maio de 2015’.

O eminente Ministro **Roberto Barroso** observou que, no caso, há controvérsia de fato quanto à aplicação retroativa da nova norma aos estudantes que já obtiveram financiamento do FIES e já estão cursando o ensino superior. Entendeu que tal situação de incerteza seria suficiente para configurar a plausibilidade das alegações do requerente. Quanto aos alunos ainda não inscritos no FIES, considerou a jurisprudência desta Corte no sentido de não reconhecer direito adquirido a regime jurídico.

O autor opôs embargos de declaração, em que sustenta a existência de obscuridade na decisão embargada “[n]a parte do decisum que, por um lado, considerou o período de 23/02/2015 e 29/03/2015 como regra de transição, mas, por outro lado, não protegeu expressamente os estudantes que realizaram os atos de inscrição no referido período” .

Na sessão plenária do dia 13/5/15, o Ministro **Roberto Barroso** (Relator) esclareceu que analisaria os embargos de declaração após o recebimento de informações solicitadas ao Ministério da Educação. Em seguida, votou no sentido de referendar a liminar nos termos em que proferida, no que foi acompanhado pelos Ministros **Teori Zavascki**, **Rosa Weber** e **Luiz Fux**.

Naquela ocasião, pedi vista dos autos para melhor analisar o caso.

Na presente sessão, esclareceu o Ministro **Roberto Barroso** que recebeu os embargos de declaração, para aclarar que a cautelar concedida assegura aos estudantes que requereram sua inscrição no FIES até

ADPF 341 MC-REF / DF

29.03.2015, o direito a que seu pedido seja apreciado com base nas normas anteriores à Portaria MEC Nº 21/2014, portanto, sem a exigência de desempenho mínimo no ENEM.

Passo, destarte, a proferir meu voto.

Acompanho o Relator no conhecimento parcial da arguição, tão somente quanto à impugnação à Portaria Normativa nº 21, de 26/12/2014, no ponto em que alterou o art. 19 da Portaria Normativa nº 10/2010.

De fato, embora o requerente tenha incluído a Portaria Normativa nº 23/2014 no pedido de declaração de inconstitucionalidade, sua argumentação é toda desenvolvida em torno da tese da impossibilidade de aplicação retroativa das alterações introduzidas no art. 19 da Portaria Normativa nº 10/2010, a partir das quais se passou a exigir do aspirante ao financiamento pelo FIES pontuação mínima nas provas objetivas e na redação do ENEM. Portanto, conheço da arguição somente quanto à referida norma e, precisamente, quanto a seu art. dezenove.

Quanto à parcela da arguição de que se conheceu, o autor alega ofensa à segurança jurídica, pois a norma estaria sendo aplicada retroativamente, prejudicando dois grupos de estudantes: aqueles que, tendo realizado o ENEM antes da vigência da portaria impugnada e não tendo atendido os novos requisitos de rendimento mínimo no exame nacional, não estariam conseguindo se inscrever no FIES; e aqueles que já obtiveram o financiamento mas não estariam conseguindo renová-lo por não atenderem os novos critérios.

No que tange ao segundo grupo, o Ministério da Educação, por meio da parecer elaborado pela Consultoria-Geral da União, afirma que “não houve alteração nem se estabeleceu novos requisitos para contratos já em curso. Portanto, inexistente aplicação retroativa do requisito mínimo de desempenho no ENEM para alunos já vinculados ao FIES. A exigência é apenas para novos contratos” (documento eletrônico nº 35). No mesmo sentido é o parecer do Advogado-Geral da União (documento eletrônico nº 37).

O Procurador-Geral da República, por seu turno, consignou faltar clareza na norma impugnada quanto a sua aplicação para os estudantes

ADPF 341 MC-REF / DF

que pretendem renovar sua inscrição no FIES, impondo-se a restrição do alcance da norma. Assevera que, “apesar de o dispositivo referir-se à solicitação de financiamento, decisões judiciais colacionadas pelo requerente demonstram que os novos requisitos também estão sendo exigidos para aditamentos de contratos de financiamento em curso” (documento eletrônico nº 41).

Pelo exposto, percebe-se que, tal como consignou o relator em seu voto, há controvérsia de natureza fática sobre se os alunos que já se encontram inscritos no Fies estão sendo efetivamente obstados de aditar seus contratos de financiamento em razão da alteração instituída pela Portaria Normativa nº 21, de 26/12/2014.

Na realidade, conforme se depreende das alegações do autor na inicial, da sustentação oral do advogado feita na sessão plenária do dia 13/5/15 e de notícias jornalísticas a que tive acesso por meio de memorial, os dois grupos de estudantes estão tendo problemas com o Sistema Informatizado do Fies (Sisfies), disponível nas páginas eletrônicas do Ministério da Educação e do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), que têm apresentado instabilidades e obstado inscrições sem justificativa. O autor desta arguição argumenta, sob presunção, que tais problemas estão relacionados às novas regras criadas pela Portaria Normativa MEC nº 21, de 26/12/2014.

Entendo, na linha do voto do Relator, que, para efeito de concessão de medida cautelar, é suficiente a existência de situação de incerteza quanto à questão de fato relativa à efetiva vinculação entre as mudanças promovidas pela Portaria Normativa MEC nº 21/2014 e as dificuldades que os estudantes têm encontrado para obter a renovação dos seus contratos de financiamento, sob pena de, na hipótese de posterior comprovação do alegado na inicial, não ser mais possível assegurar o direito alegado pelo autor da arguição.

No entanto, peço vênia ao eminente Relator para dele divergir e conceder a medida cautelar em maior extensão, abrangendo, também, o outro grupo de estudantes aqui mencionado, qual seja, aquele formado pelos estudantes que se submeteram ao ENEM antes das alterações

ADPF 341 MC-REF / DF

introduzidas pela nova Portaria e que, tendo preenchido o requisito exigido anteriormente, consistente na mera realização do exame nacional, não estariam conseguindo aderir ao FIES por não preencherem os novos requisitos, e o faço, **dentro do período de inscrição do FIES 2015, sem distinção quanto à data em que tentaram se inscrever no programa.**

No meu entender, também neste caso há ofensa ao princípio da segurança jurídica, o qual, no entender de J. J. Gomes Canotilho, está estreitamente associada à proteção da confiança. O jurista português assim leciona a respeito do tema (Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Almedina. p. 250):

“Estes dois princípios - segurança jurídica e proteção da confiança - andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. **A segurança e a proteção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos.** Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder - legislativo, executivo e judicial. **O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de proteção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos por essas mesmas normas.** As refacções mais importantes do princípio da segurança jurídica são as seguintes: (1) relativamente a actos normativos - proibição de normas retroactivas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a actos jurisdicionais — inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação

a actos da administração - tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos” (grifou-se).

Cumprе esclarecer que, pelo que se depreende do portal do FIES, a inscrição no programa pode ser feita com base na realização do ENEM de 2010 ou de ano posterior¹. A norma impugnada prevê que, para fins de solicitação de financiamento ao FIES, o rendimento mínimo no ENEM será exigido do “estudante concluinte do ensino médio a partir do ano letivo de 2010”. Portanto, ao assim dispor, o preceito incluiu em seu universo de incidência todos os estudantes que, tendo concluído o ensino médio em 2010, se submeteram às edições do ENEM ocorridas de 2010 a 2014, ano da edição da Portaria Normativa nº 21. Muitos desses estudantes programaram-se para cursar uma universidade privada com o auxílio do FIES, considerando as regras vigentes à época, as quais não envolviam a comprovação de desempenho mínimo no ENEM, mas tão somente a realização do exame.

Deve-se considerar que, segundo o **caput** do art. 1º da Portaria Normativa MEC nº 10/2010, para contratar o financiamento com os recursos do FIES o estudante precisa estar “regularmente matriculado em

Consta do portal
<http://sisfiesportal.mec.gov.br/faq.html><http://sisfiesportal.mec.gov.br/faq.html><http://sisfiesportal.mec.gov.br/faq.html><http://sisfiesportal.mec.gov.br/faq.html><http://sisfiesportal.mec.gov.br/faq.html>:
<http://sisfiesportal.mec.gov.br/faq.html>

“4 – É exigido o ENEM para o FIES?

Os estudantes que concluíram o ensino médio a partir do ano letivo de 2010 e queiram solicitar o FIES, **deverão ter realizado o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) de 2010 ou ano posterior.**

ADPF 341 MC-REF / DF

curso de graduação não gratuito”. Portanto, muitos desses estudantes optaram por determinada instituição privada de ensino superior e efetivamente nela se matricularam na expectativa de obterem um financiamento que, pelas regras vigentes anteriormente, seria certamente deferido.

Recebi em memorial notícia jornalística que ilustra o que estou falando. É sobre uma estudante que obteve um empréstimo de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para pagar as primeiras mensalidades do ano de 2014 do curso de medicina, na perspectiva de obter o financiamento público, mas não o conseguiu, tendo agora que arcar com a dívida.

Ademais, entendo que a jurisprudência pacífica nesta Corte de que não existe direito adquirido a regime jurídico não se ajusta ao caso dos autos. No caso do FIES, os estudantes não estão submetidos a um regime jurídico propriamente dito. Não há um vínculo preestabelecido entre estado e particular, qualificado juridicamente por um conjunto normativo próprio (estatuto), contendo, por exemplo, direitos, deveres, vantagens, garantias, etc., como ocorre no regime jurídico dos servidores públicos.

Aqui, estamos, em verdade, transitando na seara das políticas públicas. Maria Paula Dallari Bucci, em estudo no qual busca um conceito de política pública para o âmbito do direito, chega à seguinte formulação (Políticas Públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, pg. 39):

"Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um **processo ou conjunto de processos juridicamente regulados** — processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial — visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de

ADPF 341 MC-REF / DF

tempo em que se espera o atingimento dos resultados" (grifei).

O FIES é uma política pública voltada à promoção e à ampliação do acesso à educação superior instituída por meio da Lei nº 10.260, de 12 de julho de 2001, a qual criou o fundo, determinando suas fontes de receitas, os órgãos responsáveis pela gestão, dentre outras disposições.

Sendo assim, a relação estabelecida entre Estado e particular é de natureza prestacional, na qual o primeiro, na qualidade de agente promotor de políticas públicas voltadas à concretização dos direitos sociais, especificamente, no caso particular, do direito à educação (art. 205 da Constituição Federal), fornece a oportunidade de acesso ao financiamento do ensino superior ao último (o particular), desde que implementadas determinadas condições.

O acesso ao FIES segue critérios definidos pelo Ministério da Educação, conforme art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 10.260/2001, **existindo várias etapas a serem cumpridas pelo estudante que deseja obter o financiamento.**

As referidas etapas de acesso ao FIES têm início com a submissão do interessado ao ENEM, que constitui, portanto, a primeira etapa do programa. Com efeito, essa política pública foi desenhada de forma tal que o estudante começa a acumular os requisitos para a obtenção do financiamento desde a realização do exame, de modo que podemos visualizar uma sucessão de atos interligados e voltados à obtenção de um único fim: o financiamento público de um curso superior. São as subetapas do processo juridicamente regulado a que se reportou Maria Paula Dallari Bucci ao construir seu conceito jurídico de política pública.

Antes da Portaria Normativa nº 21/2014, a simples realização da prova já configurava o cumprimento de uma etapa do programa. Com a nova regra, exige-se, também, para essa mesma etapa, um desempenho mínimo do estudante. Perceba-se que houve uma alteração das “regras do jogo” no meio do “jogo”. Assim, **o estudante que implementou uma condição na expectativa de obter uma prestação estatal no futuro teve sua expectativa, que era legitimamente construída – porque embasada nos critérios até então definidos –, frustrada.** Houve, portanto, séria

ADPF 341 MC-REF / DF

quebra da segurança jurídica daqueles que acreditavam estar cumprindo com a primeira etapa dos requisitos para a obtenção do financiamento.

Por essas razões, entendo que os requisitos instituídos pela nova redação do art. 19 da Portaria Normativa MEC nº 10/2010, conferida pela Portaria Normativa MEC nº 21/2014, devem ser exigidos após a realização de um novo ENEM, a partir de 2015, de forma que os estudantes, no momento da realização das provas, terão – e já têm – a devida ciência do novo regramento em vigor.

Saliente-se uma vez mais que, sob esse raciocínio, a proteção da segurança jurídica recai, indistintamente, sobre os estudantes que solicitaram a inscrição entre 23/2/15 e 29/3/15 (período que seguiu a abertura da inscrição e antecedeu a entrada em vigor da Portaria MEC nº 21/2014) e os que a requereram entre 30/3/15 a 30/4/15 (entrada em vigor da Portaria até a data final para a inscrição).

Com efeito, não obstante a Portaria Normativa nº 23/2014 do Ministério da Educação tenha disposto que a norma questionada (Portaria nº 21/2014) teria vigência a partir do dia 30/3/15, **todos os estudantes que realizaram o ENEM entre 2010 a 2014 e pretendiam se beneficiar do FIES se encontravam sob a mesma situação fático-jurídica:** tiveram suas expectativas frustradas pela alteração das regras para obtenção do benefício **após terem implementado as condições até então exigidas (cumprimento do que seria a 1ª etapa) e antes da submissão à segunda etapa (inscrição no programa).**

Qualquer que tenha sido, portanto, a data em que submeteram à Administração o requerimento para ingresso no FIES, teriam os estudantes direito a ingressarem no programa com base nas regras antigas, **inclusive a respeitante à realização do ENEM, que embora não se traduza no único requisito para obtenção do benefício, é a primeira etapa do programa e, portanto, pressuposto para o prosseguimento na seleção e consequente demonstração de atendimento dos demais requisitos.**

Atente-se que, se encontrando sob a mesma situação de violação da segurança jurídica, a adoção de compreensão diversa conduziria, ainda, à

ADPF 341 MC-REF / DF

violação da isonomia. Imagine-se, por exemplo, a situação de dois estudantes que realizaram o ENEM 2014 e não obtiveram o rendimento mínimo exigido, sendo que um deles solicitou o FIES antes do dia 30/3 enquanto o outro o fez depois dessa data. Nesse quadro, o primeiro estudante teria direito ao financiamento, enquanto o segundo, não. Eis aí outra inconsistência da Portaria Normativa nº 21/2014, essa relativa à transição entre dois regramentos, o que reforça a necessidade de concessão da medida cautelar.

Saliento, por fim, que a concessão aqui realizada considera apenas o processo de seleção do FIES aberto no ano de 2015, de modo que não abarca eventuais processos de inscrição no programa FIES que venham a ser instaurados após a realização do ENEM 2015, uma vez que nesse caso, todos os estudantes, inclusive os que já prestaram o exame entre os anos de 2010 a 2014, terão conhecimento das novas regras estabelecidas pela Portaria nº 21/2014 e a elas, portanto, se submeterão integralmente.

Pelo exposto, voto pelo conhecimento parcial da arguição, de modo que conheçamos do pedido tão somente quanto à Portaria Normativa MEC nº 21/2014, no ponto em que atribuiu nova redação ao art. 19 da Portaria Normativa MEC nº 10/2010. Quanto a essa parte, voto pelo deferimento da medida cautelar para que (i) tanto os estudantes que pleiteiam a renovação do seu financiamento (ii) quanto aqueles que prestaram o ENEM antes da vigência da Portaria Normativa MEC nº 21/2014 e ainda não obtiveram o financiamento possam aderir ao Fundo de Financiamento ao Estudante de Ensino Superior (FIES).

27/05/2015**PLENÁRIO****REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 341 DISTRITO FEDERAL****ESCLARECIMENTO****O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)-**

Presidente, em primeiro lugar, eu agradeço ao eminente Ministro Dias Toffoli a manifestação. Nós, aqui, não estamos em busca de um voto vencedor, estamos em busca da melhor solução, da solução mais justa e que realize melhor a vontade constitucional.

Eu penso diferentemente, gostaria de explicitar as razões e rememoro brevemente do que nós estamos tratando. Nós estamos tratando do Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (Fies). Sobrevém uma Portaria nº 21/2014, no final de 2014, que muda a redação da portaria que regia o sistema passando a incluir duas novas exigências: (i) para ser beneficiário do Fies, impunha-se a obtenção de média de pelo menos 450 pontos no Enem e (ii) nota da redação diferente de zero; essas foram as duas inovações instituídas. Vem, então, a ADPF proposta pelo Partido Socialista Brasileiro e pede a concessão de uma cautelar para assegurar a quem já se encontrava no sistema, ou seja, quem já fosse beneficiário do Fies, que pudesse renovar a sua inscrição, observadas as regras anteriores. E pedia também que se declarasse a inconstitucionalidade e consequente inaplicabilidade das regras novas a todos que já tivessem realizado o Enem e viessem ainda a se inscrever no sistema.

Eu concedi a medida cautelar, em parte, para dizer que quem já havia ingressado no sistema, já estava inscrito, não podia ser surpreendido pela mudança das regras, e tinha, evidentemente, direito à renovação do contrato de financiamento. Porém, aqueles que ainda não haviam se inscrito no sistema, esses deveriam se submeter às regras novas. As regras novas, na verdade, estabeleciam um sistema seletivo. O recurso é escasso, vai ser alocado entre os que pretendem se inscrever; e

ADPF 341 MC-REF / DF

aqueles que tiveram, pelo menos, 450 pontos e nota diferente de zero no Enem têm preferência sobre os que tiveram zero. Considero perfeitamente legítimo o critério adotado pela portaria, ilegítima seria apenas a sua aplicação retroativa. Mas prospectiva não apenas era legítimo, como era desejável, ter um critério objetivo de seleção, já que o quantitativo de vagas é escasso e o número de postulantes é grande. Portanto, essa foi a minha decisão, Presidente.

Posteriormente à minha decisão, vêm embargos de declaração, oferecidos pelo Partido Socialista Brasileiro, pedindo que eu definisse a situação dos que haviam se inscrito no sistema, durante um período de **vacatio**. E, aqui, eu preciso explicar brevemente essa cronologia: A portaria que mudou as regras do jogo, Portaria nº 21, ela é de 26 de dezembro de 2014. É bom ter esses números em conta porque eles fazem diferença aqui. Em 26/12, é editada a Portaria nº 21, mudando as regras para acesso ao Fies. Só que esta portaria previu que ela só passaria a produzir efeitos em 30 de março de 2015. Portanto, a portaria é publicada em 26 de dezembro de 2014, mas o seu início de vigência só ocorrerá em 30 de março de 2015. Há um período de **vacatio** entre a publicação da portaria e o início da produção dos seus efeitos. Os embargos de declaração pediam que eu definisse a situação dessas pessoas que se inscreveram no período de **vacatio**. Embora não caibam embargos de declaração, neste tipo de procedimento, eu achei que a dúvida era razoável, portanto, eu esclareci a dúvida para dizer que quem se inscreveu antes do início da vigência da Portaria, cujo termo inicial foi 30 de março, tinha o direito à aplicação das regras antigas. Portanto, eu complementei a minha decisão cautelar para deixar claro que as regras novas não se aplicavam a quem se inscreveu no período de **vacatio**. A decisão em questão estava assim ementada:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NOVAS REGRAS REFERENTES AO FUNDO DE FINANCIAMENTO AO ESTUDANTE DO ENSINO SUPERIOR – FIES. ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO AO REGIME DE TRANSIÇÃO, DURANTE O QUAL AS INSCRIÇÕES ERAM POSSÍVEIS COM BASE NAS ANTIGAS NORMAS.

ADPF 341 MC-REF / DF

1. O art. 12 da Portaria Normativa MEC nº 21/2014 estabeleceu regra de transição no sentido de que as novas normas que exigem desempenho mínimo no ENEM, como condição para ingresso no FIES, produziram efeitos apenas a partir de 30.03.2015.

2. Plausibilidade do direito configurada em razão da incerteza quanto ao efetivo cumprimento do regime de transição pela Administração. Perigo na demora decorrente do fato de que as aulas já se iniciaram e de que o não deferimento da liminar de imediato poderá frustrar a matrícula ou o comparecimento dos alunos.

3. Os estudantes que requereram sua inscrição no FIES até 29.03.2015 têm direito a que seu pedido seja apreciado com base nas normas anteriores à Portaria Normativa MEC nº 21/2014, portanto, sem a exigência de desempenho mínimo no ENEM.

4. Esclarecimento acerca do alcance da liminar.”(grifos acrescentados)

O Ministro Toffoli diverge para sustentar que haveria violação à segurança jurídica, pela mudança das regras do jogo, em relação a todos os que se submeteram ao Enem, até 2014, independentemente de terem ou não se inscrito no sistema. Eu, com todas as vênias, não concordo com esse ponto de vista, porque, inclusive, o direito ao Fies não dependia apenas da submissão do estudante ao Enem, havia outros requisitos a serem atendidos. Então, há duas questões que eu acho que devo assinalar de minha divergência com o Ministro Dias Toffoli.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Porque eu separei em etapas.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Primeiro, eu acho que alguém que ainda não requereu sua inscrição no Fies não pode alegar a frustração de uma expectativa de direito porque a adesão ao modelo ou à pretensão de ser regido por determinadas regras

ADPF 341 MC-REF / DF

só se caracteriza no momento da inscrição. Milhares de pessoas fizeram o Enem e nem cogitam de se inscrever no Fies, portanto, eu acho que não há expectativa de direito antes da inscrição no Fies.

Em segundo lugar, as regras do Fies são explícitas no sentido de que, uma vez feita a inscrição, o órgão gestor do sistema vai verificar a disponibilidade de recursos para deferir ou não o ingresso daquele indivíduo. Isso está expresso em mais de uma portaria. De fato, o art. 25 da Portaria Normativa MEC nº 1/2010 previu:

"Art. 25.....

§2º. O agente operador do Fies poderá estipular valores máximos e mínimos para financiamento ao estudante e para adesão das entidades mantenedoras ao Fundo,"

O art. 26, § 2º, da mesma portaria, dispôs:

"Art. 26.....

§2º. A concessão de financiamento ao estudante, independentemente da existência de disponibilidade financeira na mantenedora e no FGEDUC, ficará limitada à disponibilidade orçamentária e financeira do Fies."

Portanto, era indispensável a contratação do financiamento pelo sistema do Fies o requerimento de inscrição e, depois, uma avaliação de disponibilidade financeira, conforme expressa previsão normativa.

De modo que eu acho que não é possível falar em direito adquirido ou violação de segurança jurídica em favor de quem sequer se inscreveu. Tampouco é possível falar que todos têm o direito automático ao financiamento, porque a própria legislação previa que, além da inscrição, havia uma etapa posterior, condicionando o deferimento do benefício à disponibilidade de recursos.

E, aqui, Presidente, eu gostaria de destacar, porque considero esse um ponto central, que as pessoas que prestaram o Enem até 2014, obtiveram zero na redação e/ou menos de 450 pontos no Enem, tiveram

ADPF 341 MC-REF / DF

os meses de fevereiro e de março para se inscreverem no Fies com base nas normas antigas, porque, neste período de **vacatio legis**, não se aplicavam as exigências da Portaria Normativa MEC nº 21/2014. De modo que eu não consigo entender onde houve a violação da segurança jurídica. Eu repito: a portaria é de dezembro, o prazo para o início de sua vigência era 30 de março e o prazo de inscrição terminava em 30 de abril. Portanto, nos meses de janeiro e fevereiro, e até o dia 29 de março, todas as pessoas que tiraram zero na redação e menos de 450 pontos no Enem poderiam ter se inscrito com base no regime jurídico anterior.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ministro Barroso, acho que uma informação que o Ministro Toffoli trouxe, com base em informações jornalísticas, é de que as pessoas não estavam, desde a edição da portaria, conseguindo se inscrever, porque o sistema deixou de funcionar. Isso foi sustentado também da tribuna.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Isso. E foi exatamente isso que eu assegurei na minha decisão complementar, cuja ementa previu:

“Os estudantes que requereram sua inscrição no FIES até 29.03.2015 têm direito a que seu pedido seja apreciado com base nas normas anteriores à Portaria Normativa MEC nº 21/2014, portanto, sem a exigência de desempenho mínimo no ENEM.”

Deixo claro nessa segunda decisão que a cautelar concedida assegura aos estudantes que requereram sua inscrição no Fies até 29 de março de 2015 o direito a que seu pedido seja apreciado, com base nas normas anteriores à Portaria Normativa MEC nº 21, de 2014. Portanto, sem a exigência de desempenho mínimo no Enem. Portanto, eu estou assegurando a quem pleiteou e não conseguiu a inscrição junto em tal período o direito de fazê-lo.

ADPF 341 MC-REF / DF

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Vossa Excelência está assegurando a quem fez o Enem em 2014, independentemente de estar inscrito?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Independentemente de estar inscrito o direito de se inscrever até 29 de março de 2015.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Então, na decisão de Vossa Excelência, ficam de fora os que fizeram o Enem em 2011, 2012 e 2013. É isso?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Não. Não. Eu digo...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Há esse aspecto, ou seja, o obstáculo criado pelo próprio Estado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É, porque se tem registro, não é?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Sim, mas é porque, veja, o que eu estou assegurando é o direito que essas pessoas têm de ter apreciado o seu pedido. Então, todo mundo... Eu não delimitei, Ministro Teori, o ano de Enem, o que eu disse é que quem quer que tenha prestado o Enem de 2010 a 2014...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Mas desde que esteja inscrito?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Não, são duas questões: quem já estava inscrito, eu assegurei o direito de renovação.

ADPF 341 MC-REF / DF

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É a questão do contrato. Isso ele está assegurando.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E quem não conseguiu se inscrever por deficiência do sistema?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Quem não estava inscrito, eu assegurei o direito até a véspera do início da vigência das regras novas.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Até o início da vigência da nova Portaria.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Até o início da vigência. Portanto, essas pessoas prestaram o Enem até 2014 e tinham até 29 de março de 2015 para se inscreverem. É isso que eu estou assegurando: o direito das pessoas que tentaram se inscrever até tal data de ter o seu requerimento apreciado pelas normas anteriores à Portaria Normativa MEC nº 21/2014. É isso que eu acho correto.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Me parece que o que está em jogo...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Pela deficiência, Presidente, do serviço de internet, surgiu uma condição impossível.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Era todo eletrônico. Como...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Mas é que aí, *data venia*, essa é uma notícia jornalística que nós não podemos levar em consideração. As alegações são muitas. O

ADPF 341 MC-REF / DF

que me parece importante definir aqui é o seguinte: se alguém tem direito a um financiamento garantido, seja ele público ou privado. Mesmo num banco privado, se muda, por exemplo, o depósito compulsório, ele tinha uma expectativa de obter um financiamento rural, urbano ou qualquer que seja, ele não tem direito adquirido, nem expectativa de direito. E esse é o caso exatamente.

Quer dizer, os recursos públicos são limitados. Há um fundo que gere o Fies. Como explicou o Ministro Barroso, ao meu ver corretamente, a partir do número de inscritos no Enem, o Governo sopesa os recursos que ele têm com aquele número de inscritos, se é possível atender - e claro que o Governo quer atender, imagino eu, o maior número de inscritos possíveis -, mas então ele estabeleceu uma nota de corte e outros critérios para atender, enfim, o maior número possível.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Por isso que eu assegurei, Ministro Presidente, o direito à inscrição.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Isso. Uma coisa é o Enem, porque fazer o Enem é uma condição necessária, mas não suficiente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, eu gostaria de colocar a questão primeiro no plano teórico: a mim me parece que o debate não se coloca quanto a direito adquirido.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Certamente não.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Todos nós, aqui, estamos de acordo. Acorda-se que não há direito adquirido. Quer dizer, se fosse invocar uma situação jurídica previamente definida, nós não a teríamos.

O debate que se coloca... E por isso que eu acho que a questão é

ADPF 341 MC-REF / DF

importante, até mesmo independentemente de seu desfecho, a questão é importante por quê? Porque se trata de mudar uma condição depois de os fatos já terem se realizado. A rigor...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Isso não aconteceu. Que fato? Qual é o fato aquisitivo?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, não. Veja, parte disso já tinha se realizado. O exame do Enem, em 2014, praticamente já tinha se cumprido, já se sabia quais eram as regras do jogo. Tanto é, vamos dizer isso com clareza, que Vossa Excelência resolveu bem a questão, pelo menos no que diz à parte do problema. Na verdade, a portaria atingia os contratos já realizados.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Isso está resolvido.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Veja, nós estamos

num modelo...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Isso está resolvido.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

(PRESIDENTE) - Mas estão ressaltados pelo Relator.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - A Portaria repercutiu porque atingia pessoas que não tinham atingido o critério de 450 pontos ou nota acima de zero na redação e que tinha contratos já em outros anos. A portaria, portanto, veio com um objetivo claramente retroativo - nesse sentido, Vossa Excelência fez muito bem, louvo a decisão de Vossa Excelência. Mas veja, o intuito foi claramente de intervir numa relação de confiança, isso não há nenhuma dúvida, portanto claramente aqui - e

ADPF 341 MC-REF / DF

aqui, talvez, a gente pudesse até falar...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Relação continuada...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - ... que era uma relação continuada, porque ninguém faz um contrato de educação para fazer só o primeiro semestre ou o primeiro ano, não é? A expectativa é que ele cumprisse dois, três, quatro anos, claro.

Então, aqui, até talvez nós pudéssemos discutir o tema à luz do ato jurídico perfeito, num sentido mais amplo. Mas a outra questão que se coloca - e aí que eu acho que é importante o debate à luz da segurança jurídica ou da proteção de confiança -, é essa mudança que se deu.

E eu acho que Vossa Excelência e também o Ministro Toffoli não estão tão distantes assim. Vossa Excelência agora explicita - e na verdade o Ministro Toffoli, quando parecia não estar prestando atenção a Vossa Excelência, na verdade estava me esclarecendo que a data de inscrição não era em março, mas em abril -, portanto, a diferença aqui é de um mês. Quer dizer, é o prazo final para aqueles estudantes fazerem a inscrição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – 30 de abril.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É. O problema é: eu nem sei se - aí Vossa Excelência certamente já terá feito a verificação -, diante dessa confusão que ocorreu (uma pane no sistema eletrônico), se se consegue identificar quem tentou postular, porque é diferente de um formulário que nós levássemos a uma agência do Banco do Brasil, não é? Quer dizer, as pessoas tentavam se inscrever, tanto é que tem esses quadros dramáticos - e a gente viu até na televisão - de pessoas que fizeram empréstimos esperando que conseguissem depois, porque era normal.

Veja, e até um dado importante, Presidente...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

ADPF 341 MC-REF / DF

- Esse pode ter sido um caso isolado, porque, veja, a portaria é de dezembro. As pessoas iam cursar em 2015, então, essa situação de alguém que já tenha contraído dívida para pagar a universidade em 2015...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas a maioria das universidades começa em fevereiro.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Não, mas outra coisa também: imaginar que o sistema fique fora do ar três meses é, *data venia*, com todos os órgãos tecnologicamente avançados que interferem nessa questão, é difícil de crer.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Agora, há uma questão teórica aqui de que eu discordo. Quer dizer, o início do fato aquisitivo do direito é a inscrição, porque senão nós vamos dizer que todas as pessoas que já completaram o segundo grau, desde o início dos tempos até agora, têm direito a que não haja mudança no vestibular, porque, quando elas completaram o segundo grau, as regras do vestibular eram diferentes. Não faz sentido.

Portanto, dezenas, talvez centenas de milhares de pessoas fazem o Enem. Mas quem tem pretensão ao Fies? Essa pretensão nasce no momento em que o sujeito se inscreve. Portanto, eu não acho que haja um direito adquirido de todos aqueles que se submeteram ao Enem de se inscreverem no Fies. E acho mais - o Presidente chamou a atenção: o Fies, Ministro Gilmar, eu estou assegurando o direito de se inscrever até 29 de março e de não ser rejeitado por ter tirado zero no Enem. Agora, a simples inscrição não assegurava o deferimento, porque há critérios outros.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Claro. É isso que nós estamos aqui discutindo.

ADPF 341 MC-REF / DF

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Então - veja o que eu estou fazendo: nós estamos assegurando a inscrição de todo mundo que quis, tendo tirado zero, até o dia 29 de março de 2015. Eu acho que mais do que isso não se justifica.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Porque, senão, seria potencializar a expectativa, a simples expectativa de um direito.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Claro. Agora, eu gostaria de trazer um outro dado, porque acho até que tem relevância para ser discutido no âmbito eleitoral. Este modelo vem sendo ampliado, desde 2010 ele vem sendo ampliado.

Em 2013, Presidente, gastaram-se com o Fies algo em torno de cinco bilhões de reais, tanto é que as entidades, todas, hoje, estão com problemas na bolsa e perderam seu valor, porque elas passaram a assegurar. Em 2014 - isso é um dado importante na discussão sobre confiança jurídica -, os gastos elevaram-se para doze bilhões de reais; eu estou falando portanto de um aumento de sete bilhões de reais em 2014. Por coincidência, 2014 é o ano eleitoral. Vossa Excelência conhece bem a jurisprudência do Tribunal a propósito de aumento de benefícios. E aí, em novembro, vem e cassa-se! É disso que nós estamos falando! E, aí, não há princípio da confiança! Tanto é que, se andamos pelas cidades do Brasil, havia essas entidades todas - cartazes, *outdoors* - dizendo claramente que podia estudar em qualquer instituição que ela garantia o empréstimo. Essas empresas cresceram na bolsa. Uma dessas empresas aí, que fez uma fusão, que chegou a um milhão de estudantes, chegou a ser valorada na bolsa por sessenta bilhões de reais. É nesse contexto que se coloca a análise sobre a segurança jurídica. Aí, se muda e se diz que vamos fazer uma portaria para atingir inclusive os contratos - porque Vossa Excelência está corrigindo -, mas até os contratos já efetivados. E também se nega a essa pessoa. É disso que estamos falando. Então, a mim me parece que, se se assegura para aqueles que tentaram até março, por que não até abril, porque era o prazo final do Fies no modelo anterior?

ADPF 341 MC-REF / DF**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Porque aí passou a vigor a nova portaria. O governo tem o direito de mudar as regras, e mudou para melhor. Porque, evidentemente, se tenho dez vagas e vinte pretendentes, e tenho um critério objetivo para selecionar os melhores, acho que devo selecionar os melhores; o governo mudou para melhor o sistema. Então não vejo por que eu deva prestigiar quem tirou zero ou quem tirou menos de 450 em detrimento de quem tirou mais. Estou assegurando que esta pessoa não tenha um efeito retroativo da norma nova. Agora, dali para frente, valorizar os piores? Acho que não. A gente quer prestigiar os melhores. Então, o critério é bom.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - E isso se parece com a discussão que travamos agora há pouco com relação à questão da contribuição previdenciária, quer dizer, estamos vivendo uma crise. O governo está tomando medidas para combater a crise, ajuste fiscal, etc. Quer dizer, o Sistema Previdenciário e o Sistema Educacional têm limite, sobretudo em época de crise. Então, como diz o Ministro Marco Aurélio, se formos estender para além do dia 29 de março esses benefícios, vamos potencializar a mais não poder.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, uso a palavra apenas para raciocinar em voz alta, porque ainda não tenho convencimento formado sobre a matéria. Ouvi, na assentada anterior, o ministro Luís Roberto Barroso e tinha anotado a concordância integral com Sua Excelência. Ouvi o ministro Dias Toffoli e concluí que teria razão quanto à achega, considerado o voto do ministro Luís Roberto Barroso. Agora, há um outro aspecto que preciso considerar. É que, se estabelecer esse termo final, que seria 30 de março de 2015, ou seja, a possibilidade de inscrição até 30 de abril, haverá duas categorias de alunos, ou seja, aqueles que buscaram inscrição antes da eficácia da portaria nova terão a situação jurídica regida pela portaria pretérita; os que buscaram, ainda

ADPF 341 MC-REF / DF

dentro do prazo de inscrição, essa mesma inscrição, posteriormente, estarão sujeitos a regras diversas.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E, na verdade, a inscrição no Enem já pressupõe que a pessoa esteja matriculada numa instituição de ensino.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sim, anteriormente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Portanto, ele já está numa condição de devedor; ele já estabelece um contrato de prestação de serviço educacional, e esse modelo tem que fazer essa reparação. A mudança para abril ocorreu, acho, em portarias posteriores; a data era 29 de março, a data-limite no modelo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Data-limite. E todos ficariam, portanto, abrangidos pela regra pretérita.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Isso. Essa era a regra. Abril foi por conta das modificações posteriores. Mas há esse requisito, o de estar o indivíduo inscrito na instituição de ensino; portanto, já devedor de matrículas.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Pré-requisito.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Pois é. A diferença é que quem teve zero na redação, por exemplo, teve três meses para se inscrever; quem não teve zero, teve quatro.

Não vejo nenhum problema. Não é uma desequiparação que não faça sentido. Até eu, pessoalmente, acho que o critério de exigir que não tivesse tido zero na redação devesse vir desde o começo do programa.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, claro!

ADPF 341 MC-REF / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Todos nós concordamos.

27/05/2015**PLENÁRIO****REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 341 DISTRITO FEDERAL****ESCLARECIMENTO****O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)-**

Presidente, em primeiro lugar, eu agradeço ao eminente Ministro Dias Toffoli a manifestação. Nós, aqui, não estamos em busca de um voto vencedor, estamos em busca da melhor solução, da solução mais justa e que realize melhor a vontade constitucional.

Eu penso diferentemente, gostaria de explicitar as razões e rememoro brevemente do que nós estamos tratando. Nós estamos tratando do Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (Fies). Sobrevém uma Portaria nº 21/2014, no final de 2014, que muda a redação da portaria que regia o sistema passando a incluir duas novas exigências: (i) para ser beneficiário do Fies, impunha-se a obtenção de média de pelo menos 450 pontos no Enem e (ii) nota da redação diferente de zero; essas foram as duas inovações instituídas. Vem, então, a ADPF proposta pelo Partido Socialista Brasileiro e pede a concessão de uma cautelar para assegurar a quem já se encontrava no sistema, ou seja, quem já fosse beneficiário do Fies, que pudesse renovar a sua inscrição, observadas as regras anteriores. E pedia também que se declarasse a inconstitucionalidade e consequente inaplicabilidade das regras novas a todos que já tivessem realizado o Enem e viessem ainda a se inscrever no sistema.

Eu concedi a medida cautelar, em parte, para dizer que quem já havia ingressado no sistema, já estava inscrito, não podia ser surpreendido pela mudança das regras, e tinha, evidentemente, direito à renovação do contrato de financiamento. Porém, aqueles que ainda não haviam se inscrito no sistema, esses deveriam se submeter às regras novas. As regras novas, na verdade, estabeleciam um sistema seletivo. O recurso é escasso, vai ser alocado entre os que pretendem se inscrever; e

ADPF 341 MC-REF / DF

aqueles que tiveram, pelo menos, 450 pontos e nota diferente de zero no Enem têm preferência sobre os que tiveram zero. Considero perfeitamente legítimo o critério adotado pela portaria, ilegítima seria apenas a sua aplicação retroativa. Mas prospectiva não apenas era legítimo, como era desejável, ter um critério objetivo de seleção, já que o quantitativo de vagas é escasso e o número de postulantes é grande. Portanto, essa foi a minha decisão, Presidente.

Posteriormente à minha decisão, vêm embargos de declaração, oferecidos pelo Partido Socialista Brasileiro, pedindo que eu definisse a situação dos que haviam se inscrito no sistema, durante um período de **vacatio**. E, aqui, eu preciso explicar brevemente essa cronologia: A portaria que mudou as regras do jogo, Portaria nº 21, ela é de 26 de dezembro de 2014. É bom ter esses números em conta porque eles fazem diferença aqui. Em 26/12, é editada a Portaria nº 21, mudando as regras para acesso ao Fies. Só que esta portaria previu que ela só passaria a produzir efeitos em 30 de março de 2015. Portanto, a portaria é publicada em 26 de dezembro de 2014, mas o seu início de vigência só ocorrerá em 30 de março de 2015. Há um período de **vacatio** entre a publicação da portaria e o início da produção dos seus efeitos. Os embargos de declaração pediam que eu definisse a situação dessas pessoas que se inscreveram no período de **vacatio**. Embora não caibam embargos de declaração, neste tipo de procedimento, eu achei que a dúvida era razoável, portanto, eu esclareci a dúvida para dizer que quem se inscreveu antes do início da vigência da Portaria, cujo termo inicial foi 30 de março, tinha o direito à aplicação das regras antigas. Portanto, eu complementei a minha decisão cautelar para deixar claro que as regras novas não se aplicavam a quem se inscreveu no período de **vacatio**. A decisão em questão estava assim ementada:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NOVAS REGRAS REFERENTES AO FUNDO DE FINANCIAMENTO AO ESTUDANTE DO ENSINO SUPERIOR – FIES. ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO AO REGIME DE TRANSIÇÃO, DURANTE O QUAL AS INSCRIÇÕES ERAM POSSÍVEIS COM BASE NAS ANTIGAS NORMAS.

ADPF 341 MC-REF / DF

1. O art. 12 da Portaria Normativa MEC nº 21/2014 estabeleceu regra de transição no sentido de que as novas normas que exigem desempenho mínimo no ENEM, como condição para ingresso no FIES, produziram efeitos apenas a partir de 30.03.2015.

2. Plausibilidade do direito configurada em razão da incerteza quanto ao efetivo cumprimento do regime de transição pela Administração. Perigo na demora decorrente do fato de que as aulas já se iniciaram e de que o não deferimento da liminar de imediato poderá frustrar a matrícula ou o comparecimento dos alunos.

3. **Os estudantes que requereram sua inscrição no FIES até 29.03.2015 têm direito a que seu pedido seja apreciado com base nas normas anteriores à Portaria Normativa MEC nº 21/2014, portanto, sem a exigência de desempenho mínimo no ENEM.**

4. Esclarecimento acerca do alcance da liminar.”(grifos acrescentados)

O Ministro Toffoli diverge para sustentar que haveria violação à segurança jurídica, pela mudança das regras do jogo, em relação a todos os que se submeteram ao Enem, até 2014, independentemente de terem ou não se inscrito no sistema. Eu, com todas as vênias, não concordo com esse ponto de vista, porque, inclusive, o direito ao Fies não dependia apenas da submissão do estudante ao Enem, havia outros requisitos a serem atendidos. Então, há duas questões que eu acho que devo assinalar de minha divergência com o Ministro Dias Toffoli.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Porque eu separei em etapas.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Primeiro, eu acho que alguém que ainda não requereu sua inscrição no Fies não pode alegar a frustração de uma expectativa de direito porque a adesão ao modelo ou à pretensão de ser regido por determinadas regras

ADPF 341 MC-REF / DF

só se caracteriza no momento da inscrição. Milhares de pessoas fizeram o Enem e nem cogitam de se inscrever no Fies, portanto, eu acho que não há expectativa de direito antes da inscrição no Fies.

Em segundo lugar, as regras do Fies são explícitas no sentido de que, uma vez feita a inscrição, o órgão gestor do sistema vai verificar a disponibilidade de recursos para deferir ou não o ingresso daquele indivíduo. Isso está expresso em mais de uma portaria. De fato, o art. 25 da Portaria Normativa MEC nº 1/2010 previu:

"Art. 25.....

§2º. O agente operador do Fies poderá estipular valores máximos e mínimos para financiamento ao estudante e para adesão das entidades mantenedoras ao Fundo,"

O art. 26, § 2º, da mesma portaria, dispôs:

"Art. 26.....

§2º. A concessão de financiamento ao estudante, independentemente da existência de disponibilidade financeira na mantenedora e no FGEDUC, ficará limitada à disponibilidade orçamentária e financeira do Fies."

Portanto, era indispensável a contratação do financiamento pelo sistema do Fies o requerimento de inscrição e, depois, uma avaliação de disponibilidade financeira, conforme expressa previsão normativa.

De modo que eu acho que não é possível falar em direito adquirido ou violação de segurança jurídica em favor de quem sequer se inscreveu. Tampouco é possível falar que todos têm o direito automático ao financiamento, porque a própria legislação previa que, além da inscrição, havia uma etapa posterior, condicionando o deferimento do benefício à disponibilidade de recursos.

E, aqui, Presidente, eu gostaria de destacar, porque considero esse um ponto central, que as pessoas que prestaram o Enem até 2014, obtiveram zero na redação e/ou menos de 450 pontos no Enem, tiveram

ADPF 341 MC-REF / DF

os meses de fevereiro e de março para se inscreverem no Fies com base nas normas antigas, porque, neste período de **vacatio legis**, não se aplicavam as exigências da Portaria Normativa MEC nº 21/2014. De modo que eu não consigo entender onde houve a violação da segurança jurídica. Eu repito: a portaria é de dezembro, o prazo para o início de sua vigência era 30 de março e o prazo de inscrição terminava em 30 de abril. Portanto, nos meses de janeiro e fevereiro, e até o dia 29 de março, todas as pessoas que tiraram zero na redação e menos de 450 pontos no Enem poderiam ter se inscrito com base no regime jurídico anterior.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ministro Barroso, acho que uma informação que o Ministro Toffoli trouxe, com base em informações jornalísticas, é de que as pessoas não estavam, desde a edição da portaria, conseguindo se inscrever, porque o sistema deixou de funcionar. Isso foi sustentado também da tribuna.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Isso. E foi exatamente isso que eu assegurei na minha decisão complementar, cuja ementa previu:

“Os estudantes que requereram sua inscrição no FIES até 29.03.2015 têm direito a que seu pedido seja apreciado com base nas normas anteriores à Portaria Normativa MEC nº 21/2014, portanto, sem a exigência de desempenho mínimo no ENEM.”

Deixo claro nessa segunda decisão que a cautelar concedida assegura aos estudantes que requereram sua inscrição no Fies até 29 de março de 2015 o direito a que seu pedido seja apreciado, com base nas normas anteriores à Portaria Normativa MEC nº 21, de 2014. Portanto, sem a exigência de desempenho mínimo no Enem. Portanto, eu estou assegurando a quem pleiteou e não conseguiu a inscrição junto em tal período o direito de fazê-lo.

ADPF 341 MC-REF / DF

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Vossa Excelência está assegurando a quem fez o Enem em 2014, independentemente de estar inscrito?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Independentemente de estar inscrito o direito de se inscrever até 29 de março de 2015.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Então, na decisão de Vossa Excelência, ficam de fora os que fizeram o Enem em 2011, 2012 e 2013. É isso?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Não. Não. Eu digo...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Há esse aspecto, ou seja, o obstáculo criado pelo próprio Estado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É, porque se tem registro, não é?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Sim, mas é porque, veja, o que eu estou assegurando é o direito que essas pessoas têm de ter apreciado o seu pedido. Então, todo mundo... Eu não delimitei, Ministro Teori, o ano de Enem, o que eu disse é que quem quer que tenha prestado o Enem de 2010 a 2014...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Mas desde que esteja inscrito?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Não, são duas questões: quem já estava inscrito, eu assegurei o direito de renovação.

ADPF 341 MC-REF / DF

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É a questão do contrato. Isso ele está assegurando.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E quem não conseguiu se inscrever por deficiência do sistema?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Quem não estava inscrito, eu assegurei o direito até a véspera do início da vigência das regras novas.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Até o início da vigência da nova Portaria.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Até o início da vigência. Portanto, essas pessoas prestaram o Enem até 2014 e tinham até 29 de março de 2015 para se inscreverem. É isso que eu estou assegurando: o direito das pessoas que tentaram se inscrever até tal data de ter o seu requerimento apreciado pelas normas anteriores à Portaria Normativa MEC nº 21/2014. É isso que eu acho correto.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Me parece que o que está em jogo...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Pela deficiência, Presidente, do serviço de internet, surgiu uma condição impossível.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Era todo eletrônico. Como...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Mas é que aí, *data venia*, essa é uma notícia jornalística que nós não podemos levar em consideração. As alegações são muitas. O

ADPF 341 MC-REF / DF

que me parece importante definir aqui é o seguinte: se alguém tem direito a um financiamento garantido, seja ele público ou privado. Mesmo num banco privado, se muda, por exemplo, o depósito compulsório, ele tinha uma expectativa de obter um financiamento rural, urbano ou qualquer que seja, ele não tem direito adquirido, nem expectativa de direito. E esse é o caso exatamente.

Quer dizer, os recursos públicos são limitados. Há um fundo que gere o Fies. Como explicou o Ministro Barroso, ao meu ver corretamente, a partir do número de inscritos no Enem, o Governo sopesa os recursos que ele têm com aquele número de inscritos, se é possível atender - e claro que o Governo quer atender, imagino eu, o maior número de inscritos possíveis -, mas então ele estabeleceu uma nota de corte e outros critérios para atender, enfim, o maior número possível.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Por isso que eu assegurei, Ministro Presidente, o direito à inscrição.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Isso. Uma coisa é o Enem, porque fazer o Enem é uma condição necessária, mas não suficiente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, eu gostaria de colocar a questão primeiro no plano teórico: a mim me parece que o debate não se coloca quanto a direito adquirido.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Certamente não.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Todos nós, aqui, estamos de acordo. Acorda-se que não há direito adquirido. Quer dizer, se fosse invocar uma situação jurídica previamente definida, nós não a teríamos.

O debate que se coloca... E por isso que eu acho que a questão é

ADPF 341 MC-REF / DF

importante, até mesmo independentemente de seu desfecho, a questão é importante por quê? Porque se trata de mudar uma condição depois de os fatos já terem se realizado. A rigor...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Isso não aconteceu. Que fato? Qual é o fato aquisitivo?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, não. Veja, parte disso já tinha se realizado. O exame do Enem, em 2014, praticamente já tinha se cumprido, já se sabia quais eram as regras do jogo. Tanto é, vamos dizer isso com clareza, que Vossa Excelência resolveu bem a questão, pelo menos no que diz à parte do problema. Na verdade, a portaria atingia os contratos já realizados.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Isso está resolvido.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Veja, nós estamos

num modelo...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Isso está resolvido.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

(PRESIDENTE) - Mas estão ressaltados pelo Relator.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - A Portaria repercutiu porque atingia pessoas que não tinham atingido o critério de 450 pontos ou nota acima de zero na redação e que tinha contratos já em outros anos. A portaria, portanto, veio com um objetivo claramente retroativo - nesse sentido, Vossa Excelência fez muito bem, louvo a decisão de Vossa Excelência. Mas veja, o intuito foi claramente de intervir numa relação de confiança, isso não há nenhuma dúvida, portanto claramente aqui - e

ADPF 341 MC-REF / DF

aqui, talvez, a gente pudesse até falar...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Relação continuada...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - ... que era uma relação continuada, porque ninguém faz um contrato de educação para fazer só o primeiro semestre ou o primeiro ano, não é? A expectativa é que ele cumprisse dois, três, quatro anos, claro.

Então, aqui, até talvez nós pudéssemos discutir o tema à luz do ato jurídico perfeito, num sentido mais amplo. Mas a outra questão que se coloca - e aí que eu acho que é importante o debate à luz da segurança jurídica ou da proteção de confiança -, é essa mudança que se deu.

E eu acho que Vossa Excelência e também o Ministro Toffoli não estão tão distantes assim. Vossa Excelência agora explicita - e na verdade o Ministro Toffoli, quando parecia não estar prestando atenção a Vossa Excelência, na verdade estava me esclarecendo que a data de inscrição não era em março, mas em abril -, portanto, a diferença aqui é de um mês. Quer dizer, é o prazo final para aqueles estudantes fazerem a inscrição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – 30 de abril.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É. O problema é: eu nem sei se - aí Vossa Excelência certamente já terá feito a verificação -, diante dessa confusão que ocorreu (uma pane no sistema eletrônico), se se consegue identificar quem tentou postular, porque é diferente de um formulário que nós levássemos a uma agência do Banco do Brasil, não é? Quer dizer, as pessoas tentavam se inscrever, tanto é que tem esses quadros dramáticos - e a gente viu até na televisão - de pessoas que fizeram empréstimos esperando que conseguissem depois, porque era normal.

Veja, e até um dado importante, Presidente...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

ADPF 341 MC-REF / DF

- Esse pode ter sido um caso isolado, porque, veja, a portaria é de dezembro. As pessoas iam cursar em 2015, então, essa situação de alguém que já tenha contraído dívida para pagar a universidade em 2015...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas a maioria das universidades começa em fevereiro.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Não, mas outra coisa também: imaginar que o sistema fique fora do ar três meses é, *data venia*, com todos os órgãos tecnologicamente avançados que interferem nessa questão, é difícil de crer.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Agora, há uma questão teórica aqui de que eu discordo. Quer dizer, o início do fato aquisitivo do direito é a inscrição, porque senão nós vamos dizer que todas as pessoas que já completaram o segundo grau, desde o início dos tempos até agora, têm direito a que não haja mudança no vestibular, porque, quando elas completaram o segundo grau, as regras do vestibular eram diferentes. Não faz sentido.

Portanto, dezenas, talvez centenas de milhares de pessoas fazem o Enem. Mas quem tem pretensão ao Fies? Essa pretensão nasce no momento em que o sujeito se inscreve. Portanto, eu não acho que haja um direito adquirido de todos aqueles que se submeteram ao Enem de se inscreverem no Fies. E acho mais - o Presidente chamou a atenção: o Fies, Ministro Gilmar, eu estou assegurando o direito de se inscrever até 29 de março e de não ser rejeitado por ter tirado zero no Enem. Agora, a simples inscrição não assegurava o deferimento, porque há critérios outros.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Claro. É isso que nós estamos aqui discutindo.

ADPF 341 MC-REF / DF

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Então - veja o que eu estou fazendo: nós estamos assegurando a inscrição de todo mundo que quis, tendo tirado zero, até o dia 29 de março de 2015. Eu acho que mais do que isso não se justifica.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Porque, senão, seria potencializar a expectativa, a simples expectativa de um direito.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Claro. Agora, eu gostaria de trazer um outro dado, porque acho até que tem relevância para ser discutido no âmbito eleitoral. Este modelo vem sendo ampliado, desde 2010 ele vem sendo ampliado.

Em 2013, Presidente, gastaram-se com o Fies algo em torno de cinco bilhões de reais, tanto é que as entidades, todas, hoje, estão com problemas na bolsa e perderam seu valor, porque elas passaram a assegurar. Em 2014 - isso é um dado importante na discussão sobre confiança jurídica -, os gastos elevaram-se para doze bilhões de reais; eu estou falando portanto de um aumento de sete bilhões de reais em 2014. Por coincidência, 2014 é o ano eleitoral. Vossa Excelência conhece bem a jurisprudência do Tribunal a propósito de aumento de benefícios. E aí, em novembro, vem e cassa-se! É disso que nós estamos falando! E, aí, não há princípio da confiança! Tanto é que, se andamos pelas cidades do Brasil, havia essas entidades todas - cartazes, *outdoors* - dizendo claramente que podia estudar em qualquer instituição que ela garantia o empréstimo. Essas empresas cresceram na bolsa. Uma dessas empresas aí, que fez uma fusão, que chegou a um milhão de estudantes, chegou a ser valorada na bolsa por sessenta bilhões de reais. É nesse contexto que se coloca a análise sobre a segurança jurídica. Aí, se muda e se diz que vamos fazer uma portaria para atingir inclusive os contratos - porque Vossa Excelência está corrigindo -, mas até os contratos já efetivados. E também se nega a essa pessoa. É disso que estamos falando. Então, a mim me parece que, se se assegura para aqueles que tentaram até março, por que não até abril, porque era o prazo final do Fies no modelo anterior?

ADPF 341 MC-REF / DF**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Porque aí passou a vigor a nova portaria. O governo tem o direito de mudar as regras, e mudou para melhor. Porque, evidentemente, se tenho dez vagas e vinte pretendentes, e tenho um critério objetivo para selecionar os melhores, acho que devo selecionar os melhores; o governo mudou para melhor o sistema. Então não vejo por que eu deva prestigiar quem tirou zero ou quem tirou menos de 450 em detrimento de quem tirou mais. Estou assegurando que esta pessoa não tenha um efeito retroativo da norma nova. Agora, dali para frente, valorizar os piores? Acho que não. A gente quer prestigiar os melhores. Então, o critério é bom.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - E isso se parece com a discussão que travamos agora há pouco com relação à questão da contribuição previdenciária, quer dizer, estamos vivendo uma crise. O governo está tomando medidas para combater a crise, ajuste fiscal, etc. Quer dizer, o Sistema Previdenciário e o Sistema Educacional têm limite, sobretudo em época de crise. Então, como diz o Ministro Marco Aurélio, se formos estender para além do dia 29 de março esses benefícios, vamos potencializar a mais não poder.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, uso a palavra apenas para raciocinar em voz alta, porque ainda não tenho convencimento formado sobre a matéria. Ouvi, na assentada anterior, o ministro Luís Roberto Barroso e tinha anotado a concordância integral com Sua Excelência. Ouvi o ministro Dias Toffoli e concluí que teria razão quanto à achega, considerado o voto do ministro Luís Roberto Barroso. Agora, há um outro aspecto que preciso considerar. É que, se estabelecer esse termo final, que seria 30 de março de 2015, ou seja, a possibilidade de inscrição até 30 de abril, haverá duas categorias de alunos, ou seja, aqueles que buscaram inscrição antes da eficácia da portaria nova terão a situação jurídica regida pela portaria pretérita; os que buscaram, ainda

ADPF 341 MC-REF / DF

dentro do prazo de inscrição, essa mesma inscrição, posteriormente, estarão sujeitos a regras diversas.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E, na verdade, a inscrição no Enem já pressupõe que a pessoa esteja matriculada numa instituição de ensino.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sim, anteriormente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Portanto, ele já está numa condição de devedor; ele já estabelece um contrato de prestação de serviço educacional, e esse modelo tem que fazer essa reparação. A mudança para abril ocorreu, acho, em portarias posteriores; a data era 29 de março, a data-limite no modelo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Data-limite. E todos ficariam, portanto, abrangidos pela regra pretérita.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Isso. Essa era a regra. Abril foi por conta das modificações posteriores. Mas há esse requisito, o de estar o indivíduo inscrito na instituição de ensino; portanto, já devedor de matrículas.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Pré-requisito.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Pois é. A diferença é que quem teve zero na redação, por exemplo, teve três meses para se inscrever; quem não teve zero, teve quatro.

Não vejo nenhum problema. Não é uma desequiparação que não faça sentido. Até eu, pessoalmente, acho que o critério de exigir que não tivesse tido zero na redação devesse vir desde o começo do programa.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, claro!

ADPF 341 MC-REF / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Todos nós concordamos.

27/05/2015

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 341 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, acompanho o Ministro-Relator, com as vênias do Ministro Dias Toffoli.

Também conheço parcialmente da ação. Na parte conhecida, estou deferindo, tal como está explicitado pelo Ministro Roberto Barroso, pela circunstância de não considerar que aqueles que fizeram ENEM tinham automaticamente o direito, porque era um dos requisitos, uma das fases, portanto, e a garantia até 29 de março de 2015 faz com que se tenha, mesmo após a realização de provas e a possibilidade de busca da inscrição, tempo suficiente, prazo suficiente, para garantia do que estava, portanto, acertado até então.

Acompanho o voto do Ministro Roberto Barroso.

27/05/2015

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 341 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, eu queria esclarecer uma questão, talvez até com ajuda do próprio Advogado. Esses esclarecimentos agora feitos pelo Ministro Barroso, eles são factíveis, na prática, quer dizer, identificar aquele que tentou fazer a inscrição?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – É impossível.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Porque o sistema, todo ele é eletrônico.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Mas essa situação de pane do sistema, acho que vale para todos os que tentaram, porque já acabou o prazo de inscrição.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência está dando uma decisão dizendo que ...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- É, eu acho que o indivíduo vai ter que...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Mas, veja, eu acho que quem tenta ...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
-ele vai ter que ser capaz de demonstrar ...

ADPF 341 MC-REF / DF

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Perdão! Claro que ele pode demonstrar, ele tira um *print* que acessou o sistema, o sistema estava ...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Tem a demonstração fática ...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - ... estava fora do ar.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, mas é mais importante, esses que Vossa Excelência chancelou na sua decisão se inscreveram também eletronicamente?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Sim, sim, portanto, acho que, se o sujeito provar que se inscreveu a tempo e não conseguiu, tem direito.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Daqueles que não conseguiram se inscrever.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - É claro, é, retira.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A pane mostrou-se um fato notório. Os veículos de comunicação divulgaram essa pane.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Bem, os meios de comunicação divulgam muitas coisas que até ...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – É claro que não...

ADPF 341 MC-REF / DF

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Para mim, o fato mais notório foi a declaração do Ministro da Educação, Professor Janine Ribeiro, que disse: "Olha, o dinheiro acabou". Esta, sim, é uma declaração dura, porque o sistema ficou oneroso demais, e faltou dinheiro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não vejo como razoável, Presidente, e, desaguando em tratamento diferenciado, tem-se duas datas: uma quanto à eficácia da portaria nova; e outra como limite para a inscrição. Isso é que não consigo acomodar no meu raciocínio de neto de portugueses.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Juridicamente, a razão é que a portaria previu uma **vacatio legis**, um momento para o seu início de vigência.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Até para dar possibilidade de que aqueles que quisessem se inscrevessem.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E haveria uma corrida. Houve um obstáculo, que foi a pane no sistema de inscrição.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Não, por isso nós todos achamos que se o indivíduo conseguir provar ...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas como? É uma prova impossível.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Não, você entra no sistema e você consegue.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

ADPF 341 MC-REF / DF

(PRESIDENTE) - Não, mas ele entra, ele tira um *print* de que entrou no sistema e não conseguiu acessar. Isso nós fazemos diariamente, cotidianamente, normalmente, *data venia*.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, o Supremo Tribunal Federal tem sido consequencialista, não é? Nós estamos sempre analisando as decisões, não à luz da Constituição, mas do resultado que ela vai produzir. Então, talvez fosse de bom alvitre, até de justiça, que se inserisse esse dado que Vossa Excelência agora menciona: os estudantes que comprovarem que tentaram entrar no sistema na data aprazada e não conseguiram, que tenham os direitos...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Está no espírito da decisão do Ministro-Relator.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu acho que não tem uma fresta de injustiça na nossa decisão.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Aliás, isso fica registrado na memória do computador, entrou e pode, a qualquer momento....

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas é bom constar da decisão, porque esse argumento pode ser falacioso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Basta demonstrar que procurou se inscrever e não conseguiu. Sempre lembrando que o direito de se inscrever não é o direito de ter deferido o pedido.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - O Ministro Gilmar tem razão: a prova negativa é uma prova diabólica, mas, na era da informática, ela não é, porque é possível

ADPF 341 MC-REF / DF

extraí-la do computador com muita facilidade.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Porque ela não é negativa, Presidente, entra no sistema que fica marcado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - É claro, no sistema está marcado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, com todas as vênias, esse é um caso de escola para distinguirmos uma situação. Veja, tem outras implicações, tanto é que há essa elevação significativa dos valores: num ano, veja, nós saímos de cinco bilhões de gastos em 2013, vamos para 12 bilhões em 2014; e, aí, diz-se que não ter dinheiro. Isso tem nome.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Essa é uma constatação de natureza política que Vossa Excelência está fazendo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, não, não.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - É claro. Isso é uma crítica que Vossa Excelência está fazendo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Isso tem nome, inclusive, na jurisprudência.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - De natureza política, que, *data venia*, não tem nada a ver com o que estamos discutindo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Tem a ver; não,

ADPF 341 MC-REF / DF

Vossa Excelência não vai dizer o que tem ver.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Aqui é uma questão jurídica.

Agora, Vossa Excelência gosta de trazer questões políticas para o Plenário, eu respeito. Todos temos que respeitar, somos cidadãos, mas uma coisa é uma coisa, outra coisa é outra coisa.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, nada disso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - É sim, Senhor.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E Vossa Excelência não vai censurar meu voto.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Não, eu não estou censurando voto. Eu estou dizendo que estamos discutindo uma questão jurídica, Vossa Excelência está trazendo uma questão política.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, não é questão política. É exatamente a questão da confiança jurídica.

Veja que saímos de cinco bi, elevamos para doze bi no ano eleitoral, e, em novembro, muda-se a regra do jogo. E diz-se: e muda-se a regra do jogo inclusive para os contratos que tinham sido estimulados a serem feitos. E dizer que isso não é questão jurídica, que é questão política. Mudança clara da regra do jogo. E, não fosse a decisão do Tribunal, teria impactado os contratos já celebrados, contratos que são de prestação anual. Veja o tamanho da manipulação. No eleitoral, nós temos jurisprudência muito clara quando se trata de prefeito e quando há elevação desses benefícios no ano eleitoral, cassando o diploma, cassando o registro. E certamente terá jurisprudência de Vossa Excelência,

ADPF 341 MC-REF / DF

inclusive. Portanto, essa questão é jurídica, em todas as dimensões.

Mas vamos ao tema da segurança jurídica. Quando se trata de situações continuadas, é elementar hoje na jurisprudência, na doutrina e na legislação, que, quando se mudam as regras do jogo no final, tem-se que adotar cláusula de transição. Foi o que se tentou fazer aqui aparentemente, mas bloqueando com essa chamada manobra tecnológica. É disso que se fala, porque foi o que se tentou fazer aqui. É claro, amanhã, nós mudamos a regra do jogo quanto à aposentadoria. Nós não podemos, sabemos. Pode-se aposentar com trinta e cinco anos de serviço e cinquenta e cinco anos de idade. Vem o constituinte e muda essa regra para cinquenta e seis, cinquenta e oito, cinquenta e nove, sessenta. Está ocorrendo isso no mundo todo. É possível que isso ocorra. Quem tiver com cinquenta e quatro anos, onze meses e vinte e nove dias não pode invocar direito adquirido nesse caso. Mas é razoável que ele suporte a implementação dessa regra sem um cláusula de transição? É disso que se fala, que se cuida nesses casos. É esse o quadro que se coloca. Aqui é a mesma coisa. Quer dizer, a condição era fazer o ENEM; a condição era inscrever-se em alguma instituição. Aí, muda-se para um momento seguinte e diz-se: não, agora temos novas condições. Claro! O ideal é que essas condições já tivessem, inclusive, estabelecidas quanto a número de pontos no ENEM e também à nota de redação. Mas elas só foram adotadas depois do exame realizado. Este que é o problema. O que sugere, na verdade, uma clara manipulação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – É um direcionamento.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É um direcionamento.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Ministro Gilmar, a minha decisão assegura que o requisito de desempenho mínimo no Enem, estabelecido pela Portaria Normativa nº 21/2014 não se aplica a quem já estava no sistema e assegura o respeito à

ADPF 341 MC-REF / DF

regra de transição.

Portanto, a minha decisão faz exatamente o tipo de proteção jurídica que Vossa Excelência está observando: a nova portaria não retroage e, durante a transição, não é permitido aplicar as regras novas.

De modo que eu não acho que a posição de Vossa Excelência tenha divergência em relação à decisão que eu proferi. Eu apenas me limitei às considerações jurídicas para ver onde há direito e onde não há direito. Então, nós asseguramos que não retroage e nós asseguramos o respeito à regra de transição.

De modo que acho que a posição de Vossa Excelência não é divergente da que eu ...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não é, desde que nós tenhamos pressupostos fáticos uniformes.

O que o Ministro Toffoli está dizendo? Que, em função de ter-se impedido, de alguma forma, a inscrição no ENEM, não na escola, ele daria esse prazo que foi previsto na própria Portaria. Foi isso, tanto é que a divergência de Vossa Excelência com o Ministro Toffoli é essa.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – É pequena.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E eu perguntava a Vossa Excelência se nós teríamos meios de fazer uma efetiva comprovação, porque também terá uma outra consequência.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Há uma diferença importante: é que ele reconhece o direito de todos os que fizeram o ENEM. Eu reconheço o direito apenas a quem tentou se inscrever, de ter seu pedido apreciado com base nas normas antigas.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - A quem tentou se inscrever! Quem se inscreveu e quem tentou se inscrever.

ADPF 341 MC-REF / DF

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Quem se inscreveu e quem tentou se inscrever. É por essa estória de que..... senão, todo mundo que fez vestibular até 2014 tem direito a que nunca mais se mudem as regras para frente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não, não, não é disso que se cuida. Também eu não estaria avalizando..

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Ele disse todo mundo que fez ENEM até 2014 tem direito. Eu não acho isso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Tem direito a apresentar o pedido, porque, veja, a perplexidade aqui é em relação a esses fatos sob os quais nós temos condições de fazer uma comprovação: o fato de um sistema ter saído do ar.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Nós consagramos o direito daquele que tentou se inscrever comprovadamente no acórdão, eu acho que, na via administrativa ou até mesmo na tutela antecipada, ele se inscreve.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - A questão aqui não é, Ministro..

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Agora por que se implementar a Justiça salomônica se havia um termo final para inscrição, e é fato notório a dificuldade que se teve para se acionar o sistema?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Tanto é que a prorrogação que se deu em nova Portaria para abril foi em função dessa alegada impossibilidade, não foi isso?

ADPF 341 MC-REF / DF

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Eu acho que já veio na Portaria de dezembro a previsão de ser até final de abril, mas eu teria que confirmar isso. Mas eu acho que não temos...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu preciso tomar os votos, porque tenho compromisso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Para encerrar, então, Presidente, eu vou pedir todas as vênias ao eminente Relator e àqueles que o acompanharam para, nessas condições, ficar ainda com o voto do Ministro Dias Toffoli, porque entendo que, a rigor, nós vamos ter dificuldades de fazer esse tipo de comprovação.

E, aí, suscitando um pensamento já manifestado hoje pelo Ministro Fux quanto à análise das consequências, Sua Excelência sempre traz e pertinentemente essa análise. Aqui nós vamos ter certamente, diante da decisão que venhamos a proferir, vamos alimentar, muito provavelmente, centenas de milhares de demandas, valendo-se dessa prova possivelmente difícil. Eu não disponho aqui, teria que ter subsídios técnicos para saber como se daria, mas, num sistema que funcionava, que era um *e-government*, era um sistema de governança eletrônica, quer dizer, como comprovar essa inscrição? Eu considero razoável, consideraria extremamente razoável a tese do Ministro Barroso. E acho que Sua Excelência deu uma contribuição decisiva já quando concedeu a liminar, chamando atenção para a afetação das situações jurídicas que já estavam consolidadas. Não há nenhuma dúvida em relação a isso. Mas, se estivéssemos num mundo não virtual, dos papéis, certamente nós teríamos protocolos nos bancos ou nas escolas, nas instituições, mas não é o caso, tanto é que esse é um ponto controvertido.

Portanto, vou pedir vênias a Sua Excelência e àqueles que o acompanharam para acompanhar o voto do Ministro Dias Toffoli.

27/05/2015**PLENÁRIO****REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 341 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, os fatos estão colocados.

Houve uma Portaria nova que modificou substancialmente o acesso ao ENEM, ao financiamento. A Portaria foi editada em 26 de dezembro de 2014. De início, teria eficácia imediata, mas essa eficácia foi projetada no tempo até – e anotei o dado, o Relator pode conferir – 30 de março de 2015, quando, a rigor, a possibilidade de inscrição iria até 30 de abril seguinte. Não posso saber por que houve esse descompasso quanto às datas, mas presumo o que normalmente ocorre: que se tentou limitar o financiamento.

Presidente, ressalto sempre que muito importante para quem atua como Estado-juiz é a formação humanística. A formação técnica imaginamos que todos tenham. Precisa ser burilada, passo a passo, a formação humanística. Certa vez, li um romance de John Steinberg, "O Inverno da nossa Desesperança". Ele o terminou com uma frase genial, assentada até no bom senso: "quando uma luz se apaga é muito mais escuro do que se ela jamais houvesse brilhado".

Então houve – não há a menor dúvida – uma expectativa maior por aqueles que vinham estudando e teriam de recorrer ao financiamento público.

José Afonso da Silva ressalta – e com proficiência – que a norma é editada para vigor de forma prospectiva, para o futuro.

Causa alguma espécie essa discrepância de dados: uma portaria ao término de 2014 e que teve o efeito, a concretude projetada, não para o final do período de inscrição, que ocorreu em 30 de abril, mas para 30 de março de 2015.

Sempre desconfio das posições quando o raciocínio interpretativo leva a uma verdadeira incongruência. A incongruência faz-se presente, considerados beneficiários de duas classes: aqueles que, porque lograram

ADPF 341 MC-REF / DF

a inscrição até o termo final da vigência da portaria pretérita, não se fizeram submetidos, na obtenção do financiamento, às novas regras, quanto à pontuação, não terem tirado zero na redação, e os outros que encontraram – e isso é fato notório e o juiz precisa considerar os fatos notórios – dificuldades para acessar o sistema, submetidos, nesse mesmo financiamento, a exigências maiores. O sistema não fecha.

Observe, sem dúvida alguma, a teoria da aplicação das normas no tempo, mas tenho que levar em conta o conjunto, ou seja, os elementos envolvidos. Não há a menor dúvida de que, no caso, há atos sequenciais para lograr-se, por último, o financiamento. É preciso levar em conta essa caminhada, como ressaltou o ministro Gilmar Mendes, sem que isso gere, necessariamente, o direito a própria inscrição no estabelecimento educacional.

Presidente, entre as interpretações possíveis, devo potencializar aquela que agasalhe o fator justiça, considerado o trinômio apontado por Miguel Reale: lei, norma e justiça. Potencializando esse aspecto, não vejo, ante as circunstâncias – e considero como pacífico o que versado sobre a dificuldade de acesso ao sistema –, como distinguir os beneficiários do financiamento.

Por isso, compreendendo as razões lançadas pelo ministro Luís Roberto Barroso, subscritas pelos Colegas, sinto-me sensibilizado com o que veio a sustentar, no voto-vista, o ministro Dias Toffoli e acompanho Sua Excelência, com as achegas do ministro Gilmar Mendes.

27/05/2015

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 341 DISTRITO FEDERAL**

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu peço vênia para acompanhar o Relator e, portanto, não acompanhar a divergência, divergência essa que foi explicitada com voto de todos muito bem-fundamentados.

Eu entendo que o Ministro Barroso deu uma solução muito razoável à controvérsia, garantiu direito de todos os que haviam se inscrito no FIES e fez mais: durante a *vacatio legis - legis*, tomada no sentido lato da palavra, porque se trata de uma Portaria - de 26/12/2014 a 29/3/2015, todos aqueles que se inscreveram, ou que comprovaram que tentaram se inscrever e não puderam se inscrever, têm o direito de se inscrever no FIES.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Essa ressalva é muito importante.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu acho que abriremos, com todo o respeito, a possibilidade de se inscreverem agora no FIES para todos aqueles que fizeram o ENEM sem se submeterem aos novos critérios - que também, por sua vez, parecem-me muito razoáveis, lógicos, não são critérios arbitrários - seria abrir uma porteira e colocar em risco a própria viabilidade deste Fundo Educacional, que me parece muito importante para o desenvolvimento da educação no Brasil.

27/05/2015

PLENÁRIO

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 341 DISTRITO FEDERAL**

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, ouvindo os debates, a maioria já está formada, eu gostaria de fazer uma pequena modificação no meu voto.

Em primeiro lugar, a questão teórica. Eu acho, sim, que a proteção que a Constituição fornece aos indivíduos contra o legislador é a proteção em relação a direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Nós temos que partir dessa premissa. E acho que, neste caso, não pode ser diferente. O próprio sentido da segurança jurídica tem esses limites. Eu penso que esse é o limite da segurança jurídica assegurada pela Constituição em face do legislador.

O voto do Ministro Dias Toffoli, de alguma forma, assegurou uma espécie de direito potestativo aos que fizeram o ENEM, entre 2011 e 2014, a obterem o financiamento, ou, pelo menos, de obterem a inscrição, o direito potestativo de obterem a inscrição pelo simples fato de terem feito o exame do ENEM. Portanto, seria um direito adquirido, uma espécie de direito potestativo, que poderia ser exercido a qualquer momento.

A pergunta que eu tenho dificuldade de responder é justamente essa: até quando? Será para sempre? Quer dizer, será imutável para todo o sempre o sistema do FIES pelo fato de ter sido cumprido esse requisito? Eu tenho enorme dificuldade de compreender isso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Acho que Vossa Excelência não compreendeu bem, porque o que Sua Excelência está dizendo é que seria o direito de fazer a inscrição naquela....

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Sim, é o que eu estou dizendo, concorrer, pelo menos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, de concorrer, tão somente isso; não ter esse seu direito frustrado naquele certame que estava aberto, cujas regras foram mudadas.

ADPF 341 MC-REF / DF

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Certo, mas eu digo o seguinte..... Sim, pode mudar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Então, eu acho que o legislador pode mudar. Eu tenho dificuldade de compreender isso, pelo fato de ter feito o ENEM no passado, poder para sempre exercer um direito.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Direito de obter financiamento.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Tanto é que eu mesmo estou deixando claro no meu voto que as novas condições se aplicam para aqueles...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Sim, mas, no voto de Vossa Excelência, por exemplo, no ano que vem, em relação a quem já fez o ENEM?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Aplica-se integralmente, mudou o regime. Nenhum problema.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Essa é a dificuldade, a minha pergunta é justamente esta: em relação a quem fez 2011, por que nós vamos manter, dar essa segurança jurídica hoje para quem fez o ENEM em 2011 e não exerceu esse direito "potestativo" em 2012, em 2013 e em 2014? Agora - apenas essa ponderação que eu ia fazer -, parece-me que, em relação aos que fizeram em 2014, tendo em vista que Vossa Excelência, Ministro-Relator, assegurou para quem se inscreveu, e tendo em vista essa dificuldade de inscrição, eu acho que vai ser muito difícil fazer uma prova de que tentou se inscrever.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Mas já acabou o prazo.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Pois é, acabou o prazo, mas, em relação aos que..., Vossa Excelência está concedendo um prazo para os que Vossa Excelência está deferindo liminar...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR) - O sujeito tem que provar que tentou se inscrever.

ADPF 341 MC-REF / DF

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Já decidiu, o prazo já está fixado.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Já está fixado.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- O prazo da Portaria.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Eu estenderia, tendo em vista essa dificuldade, não vai haver possibilidade de fazer prova de que tentou se inscrever. Vossa Excelência estaria ampliando para quem tentou se inscrever, não é isso?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Sim, mas aí, se mudar para 30 de abril, se não puder fazer prova, não vai poder fazer prova até 29 de março, nem até 30 de abril. Eu acho que pode fazer prova.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - A minha proposição seria, vamos dizer...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- É porque tem uma norma expressa. Eu não gostaria de flexibilizar a norma. A norma diz que o prazo de **vacatio legis** é até 29 de março. Aí, eu acho que vira uma esculhambação a gente: "Ah, bom, mas aqui eu acho que foi mais difícil, então, eu vou aumentar um pouquinho", quer dizer, acho que a gente tem que ter um mínimo de compromisso normativo.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Mas Vossa Excelência está deferindo a liminar pra quem demonstrar que tentou se inscrever, não é isso?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Exatamente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ou que tentou se inscrever, que se inscreveu ou que tentou.

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Que tentou se inscrever.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- No prazo, portanto, até 29 de março.

ADPF 341 MC-REF / DF

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Certo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Reformular o seu voto no sentido de incluir apenas...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Para incluir os que fizeram o ENEM em 2014, apenas diante disso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Então, nós temos três posições. Há três posições que dão em maior extensão, e Vossa Excelência tem um voto intermediário estendendo a possibilidade de se inscrever no FIES a todos aqueles que prestaram o ENEM em 2014, não é isso?

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Sim.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 341

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S) : PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB

ADV.(A/S) : RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO

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

ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), que concedia a liminar em parte, nos termos do seu voto, no que foi acompanhado pelos Ministros Teori Zavascki, Rosa Weber e Luiz Fux, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Dias Toffoli. Falou pelo Partido Socialista Brasileiro - PSB o Dr. Rafael de Alencar Araripe Carneiro. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 13.05.2015.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, referendou a concessão parcial da cautelar para determinar a não aplicação do art. 19 da Portaria Normativa MEC nº 10/2010, com a redação dada pela Portaria Normativa MEC nº 21, de 26 de dezembro de 2014, a dois grupos de estudantes: (i) aos estudantes que postulam a renovação de seus contratos, bem como (ii) àqueles que requereram sua inscrição no FIES até 29 de março de 2015. Os dois grupos de estudantes antes referidos têm direito a que seu pedido seja apreciado com base nas normas anteriores à Portaria Normativa MEC nº 21/2014, portanto, sem a exigência de desempenho mínimo do ENEM. Os demais estudantes, que requereram sua inscrição após 29 de março de 2015, submetem-se plenamente à Portaria Normativa MEC nº 21/2014, devendo atender à exigência de desempenho mínimo no ENEM. Vencidos parcialmente os Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Teori Zavascki, que concediam a cautelar em maior extensão. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 27.05.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

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

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário