

03/05/2012

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.330 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. AYRES BRITTO
REQTE.(S)	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO - CONFENEN
ADV.(A/S)	: IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
REQTE.(S)	: DEMOCRATAS
ADV.(A/S)	: FABRÍCIO JULIANO MENDES MEDEIROS
REQTE.(S)	: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL - FENAFISP
ADV.(A/S)	: PAULO ROBERTO LEMGRUBER EBERT
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONECTAS DIREITOS HUMANOS
INTDO.(A/S)	: CENTRO DE DIREITOS HUMANOS - CDH
ADV.(A/S)	: ELOÍSA MACHADO DE ALMEIDA

EMENTA: AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 213/2004, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.096/2005. PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS – PROUNI. AÇÕES AFIRMATIVAS DO ESTADO. CUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA.

1. A FENAFISP não detém legitimidade para deflagrar o processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade. Isto porque, embora o inciso IX do art. 103 da Constituição Federal haja atribuído legitimidade ativa *ad causam* às entidades sindicais, restringiu essa prerrogativa processual às confederações sindicais. Precedentes. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.379 não conhecida. Participação da entidade no processo, na qualidade de *amicus curiae*.

2. A conversão de medida provisória em lei não prejudica o debate jurisdicional sobre o atendimento dos pressupostos de admissibilidade desse espécime de ato da ordem legislativa. Presentes, no caso, a urgência e relevância dos temas versados na Medida Provisória nº 213/2004.

3. A educação, notadamente a escolar ou formal, é direito social que

ADI 3.330 / DF

a todos deve alcançar. Por isso mesmo, dever do Estado e uma de suas políticas públicas de primeiríssima prioridade.

4. A Lei nº 11.096/2005 não laborou no campo material reservado à lei complementar. Tratou, tão-somente, de erigir um critério objetivo de contabilidade compensatória da aplicação financeira em gratuidade por parte das instituições educacionais. Critério que, se atendido, possibilita o gozo integral da isenção quanto aos impostos e contribuições mencionados no art. 8º do texto impugnado.

5. Não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade. A imperiosa luta contra as relações desigualitárias muito raro se dá pela via do descenso ou do rebaixamento puro e simples dos sujeitos favorecidos. Geralmente se verifica é pela ascensão das pessoas até então sob a hegemonia de outras. Que para tal viagem de verticalidade são compensadas com esse ou aquele fator de supremacia formal. Não é toda superioridade juridicamente conferida que implica negação ao princípio da igualdade.

6. O típico da lei é fazer distinções. Diferenciações. Desigualações. E fazer desigualações para *contrabater* renitentes desigualações. A lei existe para, diante dessa ou daquela desigualação que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualação compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social.

7. Toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, como, *verbi gratia*, o segmento dos negros e dos índios. Não por coincidência os que mais se alocam nos patamares patrimonialmente inferiores da pirâmide social. A desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral não ofende a Constituição pátria, porquanto se trata de um *descrímen* que acompanha a *toada* da compensação de uma anterior e factual inferioridade (“*ciclos*

ADI 3.330 / DF

cumulativos de desvantagens competitivas”). Com o que se homenageia a insuperável máxima aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, máxima que Ruy Barbosa interpretou como o ideal de tratar igualmente os iguais, porém na medida em que se igualem; e tratar desigualmente os desiguais, também na medida em que se desigualem.

8. O PROUNI é um programa de ações afirmativas, que se operacionaliza mediante concessão de bolsas a alunos de baixa renda e diminuto grau de patrimonilização. Mas um programa concebido para operar por ato de adesão ou participação absolutamente voluntária, incompatível, portanto, com qualquer ideia de vinculação forçada. Inexistência de violação aos princípios constitucionais da autonomia universitária (art. 207) e da livre iniciativa (art. 170).

9. O art. 9º da Lei nº 11.096/2005 não desrespeita o inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, porque a matéria nele (no art. 9º) versada não é de natureza penal, mas, sim, administrativa. Trata-se das únicas sanções aplicáveis aos casos de descumprimento das obrigações, assumidas pelos estabelecimentos de ensino superior, após a assinatura do termo de adesão ao programa. Sancionamento a cargo do Ministério da Educação, condicionado à abertura de processo administrativo, com total observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

10. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.379 não conhecida. ADI's 3.314 e 3.330 julgadas improcedentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar improcedente a ação direta, o que fazem nos termos do voto do Relator e por maioria de votos, em sessão presidida pelo Ministro Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Vencido o Ministro Marco Aurélio. Impedida a Ministra Cármen Lúcia.

ADI 3.330 / DF

Brasília, 03 de maio de 2012.

MINISTRO AYRES BRITTO - RELATOR

02/04/2008

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.330 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. AYRES BRITTO
REQTE.(S)	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO - CONFENEN
ADV.(A/S)	: IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
REQTE.(S)	: DEMOCRATAS
ADV.(A/S)	: FABRÍCIO JULIANO MENDES MEDEIROS
REQTE.(S)	: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL - FENAFISP
ADV.(A/S)	: PAULO ROBERTO LEMGRUBER EBERT
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONECTAS DIREITOS HUMANOS
INTDO.(A/S)	: CENTRO DE DIREITOS HUMANOS - CDH
ADV.(A/S)	: ELOÍSA MACHADO DE ALMEIDA

RELATÓRIO**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR):**

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, tendo por objeto alguns dispositivos da Medida Provisória nº 213/2004, já convertida na Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005. Medida provisória que *“institui o Programa Universidade para Todos – PROUNI, regula a atuação de entidades de assistência social no ensino superior, e dá outras providências”*.

2. O que alegam os acionantes? Alegam que a MP nº 213/2004 foi editada à mingua dos pressupostos constitucionais da *urgência* e da *relevância* (art. 62). Bem assim, que a União carece de competência legislativa para dispor sobre educação mediante normas específicas e que, em alguns de seus dispositivos, o ato legislativo em causa dispõe sobre matéria reservada à lei complementar. Mais ainda, arguem os autores que os textos normativos sob censura desrespeitaram os princípios da legalidade, da isonomia, da autonomia universitária, do pluralismo de

ADI 3.330 / DF

ideias e concepções pedagógicas.

3. Já em sede de informações, o Exmo. Sr. Presidente da República rechaça a tese de que a MP nº 213/2004 desatende aos pressupostos constitucionais da sua edição. Afirma, por outro lado, que esse ato normativo não dispõe sobre “*educação, cultura e desporto*”, tampouco institui novo requisito de enquadramento dos estabelecimentos de ensino superior como entidades beneficentes. O que outorga a medida provisória, em verdade, é isenção às universidades privadas não-contempladas com a imunidade constitucional.

4. Vai além o requerido para dizer que não procede a alegação autoral de que a MP nº 213/2004 teria invadido o campo de conformação normativa que é próprio da lei complementar, devido a que somente nas hipóteses expressamente previstas pela Carta Federal é que se justifica a adoção desse último diploma legislativo.

5. Prossigo na tarefa de relatar o feito para averbar que, ante a conversão da MP 213/2004 em lei, o autor requereu o aditamento da inicial (fls. 146/148).

6. De sua parte, o Advogado-Geral da União se manifestou pela improcedência dos pedidos. Mesmo ponto de vista, anote-se, defendido pelo Procurador-Geral da República.

7. Enfim, eis o inteiro teor dos textos normativos que os autores entendem portar o vício da inconstitucionalidade:

“(…)

Art. 2º A bolsa será destinada:

I - a estudante que tenha cursado o ensino médio completo em escola da rede pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral;

(…)

Parágrafo único. A manutenção da bolsa pelo beneficiário, observado o prazo máximo para a conclusão do curso de graduação ou sequencial de formação específica, dependerá do cumprimento de requisitos de desempenho acadêmico, estabelecidos em normas expedidas pelo Ministério da

ADI 3.330 / DF

Educação.

(...)

Art. 5º A instituição privada de ensino superior, com fins lucrativos ou sem fins lucrativos não beneficente, poderá aderir ao Prouni mediante assinatura de termo de adesão, cumprindo-lhe oferecer, no mínimo, 1 (uma) bolsa integral para o equivalente a 10,7 (dez inteiros e sete décimos) estudantes regularmente pagantes e devidamente matriculados ao final do correspondente período letivo anterior, conforme regulamento a ser estabelecido pelo Ministério da Educação, excluído o número correspondente a bolsas integrais concedidas pelo Prouni ou pela própria instituição, em cursos efetivamente nela instalados.

§ 1º. O termo de adesão terá prazo de vigência de 10 (dez) anos, contado da data de sua assinatura, renovável por iguais períodos e observado o disposto nesta Lei.

§ 2º. O termo de adesão poderá prever a permuta de bolsas entre cursos e turnos, restrita a 1/5 (um quinto) das bolsas oferecidas para cada curso e cada turno.

§ 3º. A denúncia do termo de adesão, por iniciativa da instituição privada, não implicará ônus para o Poder Público nem prejuízo para o estudante beneficiado pelo Prouni, que gozará do benefício concedido até a conclusão do curso, respeitadas as normas internas da instituição, inclusive disciplinares, e observado o disposto no art. 4º desta Lei.

§ 4º. A instituição privada de ensino superior com fins lucrativos ou sem fins lucrativos não beneficente poderá, alternativamente, em substituição ao requisito previsto no caput deste artigo, oferecer 1 (uma) bolsa integral para cada 22 (vinte e dois) estudantes regularmente pagantes e devidamente matriculados em cursos efetivamente nela instalados, conforme regulamento a ser estabelecido pelo Ministério da Educação, desde que ofereça, adicionalmente, quantidade de bolsas parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento) na proporção necessária para que a soma dos

ADI 3.330 / DF

benefícios concedidos na forma desta Lei atinja o equivalente a 8,5% (oito inteiros e cinco décimos por cento) da receita anual dos períodos letivos que já têm bolsistas do Prouni, efetivamente recebida nos termos da Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999, em cursos de graduação ou sequencial de formação específica.

§ 5º. Para o ano de 2005, a instituição privada de ensino superior, com fins lucrativos ou sem fins lucrativos não beneficente, poderá:

I - aderir ao Prouni mediante assinatura de termo de adesão, cumprindo-lhe oferecer, no mínimo, 1 (uma) bolsa integral para cada 9 (nove) estudantes regularmente pagantes e devidamente matriculados ao final do correspondente período letivo anterior, conforme regulamento a ser estabelecido pelo Ministério da Educação, excluído o número correspondente a bolsas integrais concedidas pelo Prouni ou pela própria instituição, em cursos efetivamente nela instalados;

II - alternativamente, em substituição ao requisito previsto no inciso I deste parágrafo, oferecer 1 (uma) bolsa integral para cada 19 (dezenove) estudantes regularmente pagantes e devidamente matriculados em cursos efetivamente nela instalados, conforme regulamento a ser estabelecido pelo Ministério da Educação, desde que ofereça, adicionalmente, quantidade de bolsas parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento) na proporção necessária para que a soma dos benefícios concedidos na forma desta Lei atinja o equivalente a 10% (dez por cento) da receita anual dos períodos letivos que já têm bolsistas do Prouni, efetivamente recebida nos termos da Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999, em cursos de graduação ou sequencial de formação específica.

§ 6º. Aplica-se o disposto no § 5º deste artigo às turmas iniciais de cada curso e turno efetivamente instaladas a partir do 1º (primeiro) processo seletivo posterior à publicação desta Lei, até atingir as proporções estabelecidas para o conjunto dos estudantes de cursos de graduação e sequencial de formação

ADI 3.330 / DF

específica da instituição, e o disposto no caput e no § 4º deste artigo às turmas iniciais de cada curso e turno efetivamente instaladas a partir do exercício de 2006, até atingir as proporções estabelecidas para o conjunto dos estudantes de cursos de graduação e sequencial de formação específica da instituição.

(...)

Art. 7º. As obrigações a serem cumpridas pela instituição de ensino superior serão previstas no termo de adesão ao Prouni, no qual deverão constar as seguintes cláusulas necessárias:

I - proporção de bolsas de estudo oferecidas por curso, turno e unidade, respeitados os parâmetros estabelecidos no art. 5º desta Lei;

II - percentual de bolsas de estudo destinado à implementação de políticas afirmativas de acesso ao ensino superior de portadores de deficiência ou de autodeclarados indígenas e negros.

§ 1º. O percentual de que trata o inciso II do caput deste artigo deverá ser, no mínimo, igual ao percentual de cidadãos autodeclarados indígenas, pardos ou pretos, na respectiva unidade da Federação, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

§ 2º. No caso de não-preenchimento das vagas segundo os critérios do § 1º deste artigo, as vagas remanescentes deverão ser preenchidas por estudantes que se enquadrem em um dos critérios dos arts. 1º e 2º desta Lei.

§ 3º. As instituições de ensino superior que não gozam de autonomia ficam autorizadas a ampliar, a partir da assinatura do termo de adesão, o número de vagas em seus cursos, no limite da proporção de bolsas integrais oferecidas por curso e turno, na forma do regulamento.

§ 4º. O Ministério da Educação desvinculará do Prouni o curso considerado insuficiente, sem prejuízo do estudante já

ADI 3.330 / DF

matriculado, segundo critérios de desempenho do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior - SINAES, por duas avaliações consecutivas, situação em que as bolsas de estudo do curso desvinculado, nos processos seletivos seguintes, deverão ser redistribuídas proporcionalmente pelos demais cursos da instituição, respeitado o disposto no art. 5º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.509, de 2007)

§ 5º. Será facultada, tendo prioridade os bolsistas do Prouni, a estudantes dos cursos referidos no § 4º deste artigo a transferência para curso idêntico ou equivalente, oferecido por outra instituição participante do Programa.

Art. 8º. A instituição que aderir ao Prouni ficará isenta dos seguintes impostos e contribuições no período de vigência do termo de adesão:

I - Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas;

II - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, instituída pela Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988;

III - Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social, instituída pela Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991; e

IV - Contribuição para o Programa de Integração Social, instituída pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970.

§ 1º. A isenção de que trata o caput deste artigo recairá sobre o lucro nas hipóteses dos incisos I e II do caput deste artigo, e sobre a receita auferida, nas hipóteses dos incisos III e IV do caput deste artigo, decorrentes da realização de atividades de ensino superior, proveniente de cursos de graduação ou cursos sequenciais de formação específica.

§ 2º. A Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda disciplinará o disposto neste artigo no prazo de 30 (trinta) dias.

Art. 9º. O descumprimento das obrigações assumidas no termo de adesão sujeita a instituição às seguintes penalidades:

I - restabelecimento do número de bolsas a serem

ADI 3.330 / DF

oferecidas gratuitamente, que será determinado, a cada processo seletivo, sempre que a instituição descumprir o percentual estabelecido no art. 5º desta Lei e que deverá ser suficiente para manter o percentual nele estabelecido, com acréscimo de 1/5 (um quinto);

II - desvinculação do Prouni, determinada em caso de reincidência, na hipótese de falta grave, conforme dispuser o regulamento, sem prejuízo para os estudantes beneficiados e sem ônus para o Poder Público.

§ 1º. As penas previstas no caput deste artigo serão aplicadas pelo Ministério da Educação, nos termos do disposto em regulamento, após a instauração de procedimento administrativo, assegurado o contraditório e direito de defesa.

§ 2º. Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, a suspensão da isenção dos impostos e contribuições de que trata o art. 8º desta Lei terá como termo inicial a data de ocorrência da falta que deu causa à desvinculação do Prouni, aplicando-se o disposto nos arts. 32 e 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, no que couber.

§ 3º. As penas previstas no caput deste artigo não poderão ser aplicadas quando o descumprimento das obrigações assumidas se der em face de razões a que a instituição não deu causa.

Art. 10. A instituição de ensino superior, ainda que atue no ensino básico ou em área distinta da educação, somente poderá ser considerada entidade beneficente de assistência social se oferecer, no mínimo, 1 (uma) bolsa de estudo integral para estudante de curso de graduação ou seqüencial de formação específica, sem diploma de curso superior, enquadrado no § 1º do art. 1º desta Lei, para cada 9 (nove) estudantes pagantes de cursos de graduação ou seqüencial de formação específica regulares da instituição, matriculados em cursos efetivamente instalados, e atender às demais exigências legais.

§ 1º. A instituição de que trata o caput deste artigo deverá

ADI 3.330 / DF

aplicar anualmente, em gratuidade, pelo menos 20% (vinte por cento) da receita bruta proveniente da venda de serviços, acrescida da receita decorrente de aplicações financeiras, de locação de bens, de venda de bens não integrantes do ativo imobilizado e de doações particulares, respeitadas, quando couber, as normas que disciplinam a atuação das entidades beneficentes de assistência social na área da saúde.

§ 2º. Para o cumprimento do que dispõe o § 1º deste artigo, serão contabilizadas, além das bolsas integrais de que trata o caput deste artigo, as bolsas parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento) para estudante enquadrado no § 2º do art. 1º desta Lei e a assistência social em programas não decorrentes de obrigações curriculares de ensino e pesquisa.

§ 3º. Aplica-se o disposto no caput deste artigo às turmas iniciais de cada curso e turno efetivamente instalados a partir do 1º (primeiro) processo seletivo posterior à publicação desta Lei.

§ 4º. Assim que atingida a proporção estabelecida no caput deste artigo para o conjunto dos estudantes de cursos de graduação e sequencial de formação específica da instituição, sempre que a evasão dos estudantes beneficiados apresentar discrepância em relação à evasão dos demais estudantes matriculados, a instituição, a cada processo seletivo, oferecerá bolsas de estudo integrais na proporção necessária para restabelecer aquela proporção.

§ 5º. É permitida a permuta de bolsas entre cursos e turnos, restrita a 1/5 (um quinto) das bolsas oferecidas para cada curso e cada turno.

Art. 11. As entidades beneficentes de assistência social que atuem no ensino superior poderão, mediante assinatura de termo de adesão no Ministério da Educação, adotar as regras do Prouni, contidas nesta Lei, para seleção dos estudantes beneficiados com bolsas integrais e bolsas parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento), em

ADI 3.330 / DF

especial as regras previstas no art. 3º e no inciso II do caput e §§ 1º e 2º do art. 7º desta Lei, comprometendo-se, pelo prazo de vigência do termo de adesão, limitado a 10 (dez) anos, renovável por iguais períodos, e respeitado o disposto no art. 10 desta Lei, ao atendimento das seguintes condições:

I - oferecer 20% (vinte por cento), em gratuidade, de sua receita anual efetivamente recebida nos termos da Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999, ficando dispensadas do cumprimento da exigência do § 1º do art. 10 desta Lei, desde que sejam respeitadas, quando couber, as normas que disciplinam a atuação das entidades beneficentes de assistência social na área da saúde;

II - para cumprimento do disposto no inciso I do caput deste artigo, a instituição:

a) deverá oferecer, no mínimo, 1 (uma) bolsa de estudo integral a estudante de curso de graduação ou seqüencial de formação específica, sem diploma de curso superior, enquadrado no § 1º do art. 1º desta Lei, para cada 9 (nove) estudantes pagantes de curso de graduação ou seqüencial de formação específica regulares da instituição, matriculados em cursos efetivamente instalados, observado o disposto nos §§ 3º, 4º e 5º do art. 10 desta Lei;

b) poderá contabilizar os valores gastos em bolsas integrais e parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento), destinadas a estudantes enquadrados no § 2º do art. 1º desta Lei, e o montante direcionado para a assistência social em programas não decorrentes de obrigações curriculares de ensino e pesquisa;

III - gozar do benefício previsto no § 3º do art. 7º desta Lei.

§ 1º. Compete ao Ministério da Educação verificar e informar aos demais órgãos interessados a situação da entidade em relação ao cumprimento das exigências do Prouni, sem prejuízo das competências da Secretaria da Receita Federal e do

ADI 3.330 / DF

Ministério da Previdência Social.

§ 2º. As entidades beneficentes de assistência social que tiveram seus pedidos de renovação de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social indeferidos, nos 2 (dois) últimos triênios, unicamente por não atenderem ao percentual mínimo de gratuidade exigido, que adotarem as regras do Prouni, nos termos desta Lei, poderão, até 60 (sessenta) dias após a data de publicação desta Lei, requerer ao Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS a concessão de novo Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social e, posteriormente, requerer ao Ministério da Previdência Social a isenção das contribuições de que trata o art. 55 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

§ 3º. O Ministério da Previdência Social decidirá sobre o pedido de isenção da entidade que obtiver o Certificado na forma do caput deste artigo com efeitos a partir da edição da Medida Provisória nº 213, de 10 de setembro de 2004, cabendo à entidade comprovar ao Ministério da Previdência Social o efetivo cumprimento das obrigações assumidas, até o último dia do mês de abril subsequente a cada um dos 3 (três) próximos exercícios fiscais.

§ 4º. Na hipótese de o CNAS não decidir sobre o pedido até o dia 31 de março de 2005, a entidade poderá formular ao Ministério da Previdência Social o pedido de isenção, independentemente do pronunciamento do CNAS, mediante apresentação de cópia do requerimento encaminhando a este e do respectivo protocolo de recebimento.

§ 5º. Aplica-se, no que couber, ao pedido de isenção de que trata este artigo o disposto no art. 55 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

(...)

Art. 13. As pessoas jurídicas de direito privado, mantenedoras de instituições de ensino superior, sem fins lucrativos, que adotarem as regras de seleção de estudantes bolsistas a que se refere o art. 11 desta Lei e que estejam no gozo

ADI 3.330 / DF

da isenção da contribuição para a seguridade social de que trata o § 7º do art. 195 da Constituição Federal, que optarem, a partir da data de publicação desta Lei, por transformar sua natureza jurídica em sociedade de fins econômicos, na forma facultada pelo art. 7º-A da Lei nº 9.131, de 24 de novembro de 1995, passarão a pagar a quota patronal para a previdência social de forma gradual, durante o prazo de 5 (cinco) anos, na razão de 20% (vinte por cento) do valor devido a cada ano, cumulativamente, até atingir o valor integral das contribuições devidas.

Parágrafo único. A pessoa jurídica de direito privado transformada em sociedade de fins econômicos passará a pagar a contribuição previdenciária de que trata o caput deste artigo a partir do 1º dia do mês de realização da assembléia geral que autorizar a transformação da sua natureza jurídica, respeitada a gradação correspondente ao respectivo ano.

(...)”

8. É o relatório.

02/04/2008

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.330 DISTRITO FEDERAL**VOTO****O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR):**

Senhora Presidente, inicio o meu voto com o juízo de que a FENAFISP não detém legitimidade para deflagrar o processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade. Isto porque, embora o inciso IX do art. 103 da Constituição Federal haja atribuído legitimidade ativa *ad causam* às entidades sindicais, restringiu essa prerrogativa processual às confederações sindicais; que não é o caso da Autora.

10. A esse respeito, a jurisprudência deste STF é firme no sentido de que, “(...) *no âmbito das entidades sindicais, a questionada legitimação é privativa das confederações*”. (v.g., ADIn 4.064-MC, Celso de Mello, ADIn 398, 01.02.91, Sanches, RTJ 135/495; ADIn 17, 11.03.91, Sanches, RTJ 135/853; ADIn 360, 21.09.90, Moreira, RTJ 144/703; ADIn 488, 26.04.91, Gallotti, RTJ 146/42; ADIn 526, 16.10.91, RTJ 145/101; ADIn 689, 29.03.92, Néri, RTJ 143/831; ADIn 599, 24.10.91, Néri, RTJ 144/434; ADIn 772, 11.09.92, Moreira, RTJ 147/79; ADIn 164, 08.09.93, Moreira, RTJ 139/396; ADIn 935, 15.09.93, Sanches, RTJ 149/439; ADIn 166, 05.09.96, Galvão, DJ 18.10.96; ADIn 1795, 19.03.98, Moreira, DJ 30.4.98; AgADIn 1785, 08.06.98, Jobim, 7.8.98).

11. Esse o quadro, dou pela ilegitimidade da FENAFISP, pelo que não conheço da ADI 3.379. Todavia, atento à representatividade da postulante, defiro a sua participação no presente feito na condição de *amicus curiae*.

12. Por outra volta, adiro à jurisprudência desta nossa Instância Judicante, no sentido de que a conversão de medida provisória em lei **não** prejudica o debate jurisdicional sobre o atendimento dos pressupostos de admissibilidade desse espécime de ato da ordem legislativa (ADI 2.736, Rel. Min. Cezar Peluso; ADI 4.049-MC, Rel. Min. Ayres Britto; ADI 4.048-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes; ADI 2.527-MC, Rel. Min. Ellen Gracie; ADI

ADI 3.330 / DF

1.910-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence). O que faço, no entanto, no caso destes autos, para atestar a urgência e relevância dos temas versados na medida provisória impugnada.

13. Muito bem. Ultrapassada essa questão preliminar, começo por dizer que a Lei Republicana tem a *educação* em elevadíssimo apreço. Dela trata, inicialmente, no seu art. 6º, para erigi-la à condição de direito social¹. Já no inciso V do seu art. 23, a Lei Federativo-Republicana trata de densificar esse direito, ao estabelecer que é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proporcionar “os meios de acesso à cultura, à *educação* e à ciência”. Donde a competência legislativa concorrente sobre a matéria, a teor do inciso IX do artigo constitucional de nº 24. Isto de parelha com a competência legislativa da União para dispor, privativamente, sobre “diretrizes e bases da *educação nacional*” (inciso XXIV do art. 22 da CF).

14. Esse desvelo para com a *educação* é tanto que o *Magno Texto* dela também cuida em capítulo próprio, no Título devotado à toda a Ordem Social (Capítulo III do Título VIII). E o faz para dizer que “a *educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho*” (art. 205). Passando a explicitar que: a) o dever do Estado para com ela, *educação*, é de ser efetivado mediante a garantia de:

“(…) ”

I - ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

1 “Art. 6º. São direitos sociais a *educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição*”.

ADI 3.330 / DF

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde”.

(CF/88, art. 208)

15. Pois bem, da conexão de todos os dispositivos constitucionais até agora citados avulta a compreensão de que a educação, notadamente a escolar ou formal, é direito social que a todos deve alcançar. Por isso mesmo, dever do Estado e uma de suas políticas públicas de primeiríssima prioridade. Mas uma política pública necessariamente imbricada com ações da sociedade civil, pois o fato é que também da Constituição figuram normas que: a) impõem às famílias deveres para com ela, educação (*caput* do art. 205); b) fazem do ensino uma atividade franqueada à iniciativa privada, desde que atendidas as condições de “*cumprimento das normas gerais da educação nacional*”, mais a “*autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público*” (art. 209, coerentemente, aliás, com o princípio igualmente constitucional da “*coexistência de instituições públicas e privadas de ensino*”); c) ainda admitem a prestação do ensino por “*escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei*”, mediante o preenchimento de requisitos também expressamente indicados (incisos I e II do art. 213).

16. Ora bem, diante desse conjunto normativo-constitucional que impõe ao Estado e à sociedade uma atuação rigorosamente concertada ou solidária, a postura interpretativa que me parece cabível é saber se o diploma normativo posto em xeque atuou ou não atuou nos marcos da liderança que à União patentemente incumbe exercer na matéria. A resposta, em linha de princípio, me parece afirmativa. Quero dizer: numa primeira aproximação cognitiva da matéria, o ato normativo de cuja

ADI 3.330 / DF

validade se questiona bem posicionou a União Federal nos temas centrais a que se refere a própria ementa dela mesma, Medida Provisória nº 213/2004. São eles: a) o facilitado acesso de estudantes economicamente débeis ao ensino universitário; b) a atuação de entidades de assistência social no ensino superior.

17. Em consideração, todavia, à natureza mesma da ação constitucional *sub judice*, passemos ao enfrentamento de cada qual dos fundamentos com que se aparelhou a petição de ingresso. Fundamentos aqui reproduzidos segundo a ordem em que foram esgrimidos.

18. O que se alega, inicialmente, é que os arts. 10 e 11 da Lei nº 11.096/05 ofendem o inciso II do art. 146 e o § 7º do art. 195 da Lei Maior. Isto porque, ao ampliar o conceito de “*entidade beneficente de assistência social*”, tais dispositivos legais criaram condições para que várias instituições gozassem de desoneração fiscal. Benefício, esse, que operaria como uma verdadeira limitação ao poder estatal de tributar, e, por isso mesmo, submetido à ressalva de lei complementar.

19. Não é bem assim. Veja-se que a própria Constituição Federal, ao descrever certas hipóteses de imunidade tributária, assentou que:

“Art. 195 (...)

§ 7º. São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.”

20. É exatamente aí, nesse § 7º do art. 195, que o termo “*isenção*” outra coisa não traduz senão imunidade tributária². E o fato é que essa espécie de desoneração fiscal tem como destinatárias as entidades beneficentes de assistência social **que satisfaçam os requisitos estabelecidos em lei**. Logo, o discurso normativo-constitucional foi que

2 Sobre esse tema, leciona Sacha Calmon Navarro Coelho que “... toda restrição ou contrição ou vedação ao poder de tributar das pessoas políticas com habitat constitucional traduz imunidade, nunca isenção, sempre veiculável por lei infraconstitucional” (in Curso de Direito Tributário Brasileiro, 3ª edição, Ed. Forense, 1999, p. 147/1478).

ADI 3.330 / DF

instituiu um novo óbice ao poder estatal de tributar as pessoas jurídico-privadas a que se referiu, embora transferindo para a lei – e lei ordinária, enfatize-se – a tarefa de indicar os pressupostos de gozo do favor fiscal. Não o favor em si.

21. Em palavras outras, não foi a lei requestada pelo § 7º do art. 195 do Magno Texto Federal que, no tema, ficou autorizada a limitar o poder estatal de imposição tributária. O que à lei se conferiu foi a força de aportar consigo as regras de configuração de determinadas entidades privadas como de beneficência no campo da assistência social, para, e só então, fazerem jus a uma desoneração antecipadamente criada. Antecipadamente criada pela Constituição e, nessa medida, consubstanciadora de imunidade. A despeito do nome “isenção”, utilizado por rematada atecnia.

22. A autora ainda argui que os dispositivos legais em causa não se limitam a estabelecer requisitos para o gozo da referida imunidade. Eles desvirtuam o próprio conceito constitucional de “*entidade beneficente de assistência social*”. Assertiva que não me parece procedente. Isso porque a elaboração do conceito dogmático há de se lastrear na própria normatividade constitucional. Normatividade que tem as “*entidades benéficas de assistência social*” como instituições privadas que se somam ao Estado para o desempenho de atividades tanto de inclusão e promoção social quanto de integração comunitária. Tudo muito bem resumido neste emblemático artigo constitucional de nº 203, *literis*:

“**Art. 203.** A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à

ADI 3.330 / DF

pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

23. Esta a principal razão pela qual a Lei Federativo-Republicana, ao se referir às entidades de beneficência social que atuam especificamente na área de educação, designou-as por “*escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas*” (art. 213, *caput*). Donde a decisão proferida no RMS 22.192, da relatoria do Ministro Celso de Mello, aclarando que a entidade do tipo beneficente de assistência social a que alude o § 7º do art. 195 da Constituição abarca a de assistência educacional. Também assim o RMS 22.360, da relatoria do Ministro Ilmar Galvão, conforme se vê da seguinte ementa:

“EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO. INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO DENEGATORIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. IMUNIDADE. ENTIDADE FILANTRÓPICA. LEI N. 3.577/54. DECRETO-LEI N. 1.572/77. Dada a condição de entidade beneficente de assistência social, reconhecida de utilidade pública federal em data anterior à edição do Decreto-Lei n. 1.572/77, a recorrente teve preservada a sua situação isencional relativamente à quota patronal da contribuição previdenciária. Aplicação da tese acolhida pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no RMS 22.192-9, Relator Ministro CELSO DE MELLO. Recurso provido. Segurança concedida.”

24. Nesse fluxo de ideias é que se inscreve o art. 10 da Lei nº 11.096/2005, assim redigido:

“Art. 10. A instituição de ensino superior, ainda que atue no ensino básico ou em área distinta da educação, somente poderá ser considerada entidade beneficente de assistência social se oferecer, no mínimo, 1 (uma) bolsa de estudo integral

ADI 3.330 / DF

para estudante de curso de graduação ou seqüencial de formação específica, sem diploma de curso superior, enquadrado no § 1º do art. 1º desta Lei, para cada 9 (nove) estudantes pagantes de cursos de graduação ou seqüencial de formação específica regulares da instituição, matriculados em cursos efetivamente instalados, e atender às demais exigências legais.

§ 1º. A instituição de que trata o caput deste artigo deverá aplicar anualmente, em gratuidade, pelo menos 20% (vinte por cento) da receita bruta proveniente da venda de serviços, acrescida da receita decorrente de aplicações financeiras, de locação de bens, de venda de bens não integrantes do ativo imobilizado e de doações particulares, respeitadas, quando couber, as normas que disciplinam a atuação das entidades beneficentes de assistência social na área da saúde.

§ 2º. Para o cumprimento do que dispõe o § 1º deste artigo, serão contabilizadas, além das bolsas integrais de que trata o caput deste artigo, as bolsas parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento) para estudante enquadrado no § 2º do art. 1º desta Lei e a assistência social em programas não decorrentes de obrigações curriculares de ensino e pesquisa.

§ 3º. Aplica-se o disposto no caput deste artigo às turmas iniciais de cada curso e turno efetivamente instalados a partir do 1º (primeiro) processo seletivo posterior à publicação desta Lei.

§ 4º. Assim que atingida a proporção estabelecida no caput deste artigo para o conjunto dos estudantes de cursos de graduação e seqüencial de formação específica da instituição, sempre que a evasão dos estudantes beneficiados apresentar discrepância em relação à evasão dos demais estudantes matriculados, a instituição, a cada processo seletivo, oferecerá bolsas de estudo integrais na proporção necessária para restabelecer aquela proporção.

§ 5º. É permitida a permuta de bolsas entre cursos e turnos, restrita a 1/5 (um quinto) das bolsas oferecidas para

ADI 3.330 / DF

cada curso e cada turno”.

25. Enfim, e para que não se confunda o campo de legítimo uso da lei ordinária com aquel’outro reservado à lei complementar, trago à ribalta a seguinte passagem do voto que proferiu o Ministro Sepúlveda Pertence na ADI 1.802:

“(…)

Em síntese, o precedente reduz a reserva de lei complementar da regra constitucional ao que diga respeito **‘aos lindes das imunidades’**, à demarcação do objeto material da vedação constitucional de tributar – o patrimônio, a renda e os serviços das instituições por ela beneficiados, o que inclui, por força do § 3º, do mesmo art. 150, CF, sua relação **‘com as finalidades essenciais das entidades nele mencionadas’**; mas remete à lei ordinária **‘as normas reguladoras da constituição e funcionamento da entidade imune’**, voltadas a obviar que **‘falsas instituições de assistência e educação sejam favorecidas pela imunidade’**, em fraude à Constituição.

(…)”

26. Vê-se, portanto, que o modelo normativo aqui impugnado não laborou no campo material reservado à lei complementar. Isto porque, a meu ver, ele tratou, tão-somente, de erigir um critério objetivo de contabilidade compensatória da aplicação financeira em gratuidade por parte das instituições educacionais. Critério, esse, que, se atendido, possibilita o gozo integral da isenção quanto aos impostos e contribuições mencionados no art. 8º do texto impugnado. É o que bem captou o Advogado-Geral da União, verbis:

“(…) a imunidade estampada no art. 150, VI, ‘c’, da Constituição Federal, apenas é direcionada às instituições consideradas beneficentes, assim mesmo restrita aos impostos sobre patrimônio, renda e serviços, não o fazendo quanto aos demais tributos, como as contribuições previdenciárias que o

ADI 3.330 / DF

questionado art. 8º isenta” (...)

Ademais, a adesão ao PROUNI está facultada às universidades privadas de ensino em geral, **beneficentes ou não**. Visa estimular a adesão destas ao programa, instituindo a isenção do imposto de renda e de algumas contribuições sociais. A norma foi dirigida, logicamente, às instituições não imunes.

(...)”

27. Tudo isso posto, passo a examinar a alegação de que o art. 2º da Lei nº 11.096/2005 viola o *caput* e os incisos I e LIV do art. 5º da Constituição Federal. Fazendo-o, ainda uma vez entendo desassistir razão à autora. Explico.

28. O substantivo “igualdade”, mesmo significando qualidade das coisas iguais (e, portanto, qualidade das coisas idênticas, indiferenciadas, colocadas no mesmo plano ou situadas no mesmo nível de importância), **é valor que tem no combate aos fatores de desigualdade o seu modo próprio de realização**. Quero dizer: não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade.

29. Com efeito, é pelo combate eficaz às situações de desigualdade que se concretiza, em regra, o valor da igualdade (valor positivo, aqui, valor negativo ou *desvalor*, ali). Isto porque no ponto de partida das investigações metódicas sobre as coisas ditas humanas, ou seja, até onde chegam as lentes investigativas dos politicólogos, historiadores e sociólogos acerca das institucionalizadas relações do gênero humano, o que se comprova é um estilo de vida já identificado pela tarja das desigualdades (culturais, políticas, econômicas e sociais). O desigual a servir como empírico portal da investigação científica e, daí, como desafio de sua eliminação pelas normas jurídicas.

30. É o que também sucede com o tempo histórico de elaboração dos diplomas constitucionais originários. Ali na própria *linha de largada* da convocação de uma nova assembleia nacional constituinte, o que se tem?

ADI 3.330 / DF

A premente necessidade de saneamento daquela genérica situação de desigualdades para cujo enfrentamento a Constituição vencida se revelou tão incapaz a ponto de ver esclerosadas as instituições nascidas sob o seu arcabouço ou *guarda-chuva* normativo. Não sendo por outra razão que a nossa Constituição mesma (a de 1988) já coloca entre os objetivos fundamentais da República Federativa “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*” (inciso III do art. 3º). Discurso que é retomado em outras passagens dela própria, Constituição, como o dispositivo que inscreve nas competências materiais comuns à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “*combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores **desfavorecidos***” (negritos à parte, em ambas as transcrições).

31. Ora bem, que é o desfavorecido senão o desigual *por baixo*? E quando esse tipo de desigualdade se generaliza e perdura o suficiente para se fazer de traço cultural de um povo, é dizer, quando a desigualdade se torna uma característica das relações sociais de base, uma verdadeira práxis, aí os segmentos humanos tidos por inferiores passam a experimentar um perturbador sentimento de baixa auto-estima. Com seus deletérios efeitos na concretização dos valores humanistas que a Magna Lei brasileira bem sintetizou no objetivo fundamental de “*construir uma sociedade justa, livre e solidária*” (inciso I do art. 3º). Pois como negar o fato de que o desigual por baixo, assim *macrodimensionado* e renitente, se configure como um fator de grave desequilíbrio social? A condenar inteiros setores populacionais a uma tão injusta quanto humilhante exclusão dos benefícios da própria vida humana em comum?

32. Acontece que a imperiosa luta contra as relações desigualitárias muito raro se dá pela via do descenso ou do rebaixamento puro e simples dos sujeitos favorecidos (personifiquemos as coisas, doravante). Geralmente se verifica é pela ascensão das pessoas até então sob a hegemonia de outras. Que para tal viagem de verticalidade são **compensadas** com esse ou aquele fator de supremacia formal. É o que sucede, por exemplo, com a categoria profissional dos empregados, a

ADI 3.330 / DF

receber do art. 7º da Constituição um rol de direitos subjetivos frente aos respectivos empregadores, a fim de que tal superioridade jurídica venha a compensar, de alguma forma, a inferioridade econômica e social de que eles, empregados, reconhecidamente padecem. Diga-se o mesmo dos dispositivos constitucionais que favorecem as mulheres com uma licença-gestação de maior durabilidade que a outorgada a título de licença-paternidade (inciso XVIII do art. 7º) e com a redução em 5 anos da idade cronológica e do tempo de contribuição previdenciária de que elas precisam para o gozo das respectivas aposentadorias (alínea a do inciso III do § 1º do art. 40, combinadamente com os incisos I e II do § 7º do art. 201). Tudo nos combinados pressupostos de que a mulher sofre de percalços biológicos não experimentados pelo homem e que mesmo a sociedade ocidental de que o Brasil faz parte ainda se caracteriza por uma cultura machista ou da espécie patriarcal (predomínio dos valores do homem). Também assim a regra de tombamento de *“todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”* (§ 5º do art. 216), a significar uma enfática proclamação de que o componente negro do sangue brasileiro, sobre estar reforçadamente a salvo de discriminação (inciso IV do art. 3º, combinado com o inciso XLII do art. 5º), é motivo de orgulho nacional e permanente exaltação. Uma espécie de pagamento (ainda que tardio e insuficiente) da dívida fraternal que o País contraiu com os brasileiros afro-descendentes, nos ignominiosos séculos da escravidão negra.

33. Numa frase, não é toda superioridade juridicamente conferida que implica negação ao princípio da igualdade. A superioridade jurídica bem pode ser a própria condição lógica da quebra de iníquas hegemonias política, social, econômica e cultural. Um mecanismo jurídico de se colocar a sociedade nos eixos de uma genérica horizontalidade como postura de vida cidadã (o cidadão, ao contrário do súdito, é um igual). Modo estratégico, por consequência, de conceber e praticar uma superior forma de convivência humana, sendo que tal superioridade de vida coletiva é tanto mais possível quanto baseada em relações horizontais de base. Que são as relações definidoras do perfil democrático de todo um

ADI 3.330 / DF

povo.

34. Essa possibilidade de o Direito legislado usar a concessão de vantagens a alguém como uma técnica de compensação de anteriores e persistentes desvantagens factuais não é mesmo de se estranhar, porque o típico da lei é fazer distinções. Diferenciações. Desigualações. E fazer desigualações para *contrabater* renitentes desigualações. É como dizer: a lei existe para, diante dessa ou daquela desigualação que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualação compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social. O que ela (a lei) não pode é incidir no “preconceito” ou fazer “discriminações”, que nesse preciso sentido é que se deve interpretar o comando constitucional de que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. O vocábulo “distinção” a significar *discriminação* (que é proibida), e não enquanto simples diferenciação (que é inerente às determinações legais).

35. Renovando o juízo: ali onde houver uma tradição de concórdia, entendimento, harmonia, horizontalidade, enfim, como forma usual de se entretecer relações sociais, a coletividade *passa ao largo* do desequilíbrio como estilo de vida e não tem por que lançar mão do seu poder legiferante de índole reparadora ou compensatória. Ao contrário, onde houver um estado de coisas que se tipifique por uma prolongada discórdia, um duradouro desentendimento, uma renitente desarmonia, uma submissão de segmentos humanos a iníquas ou humilhantes relações de autoridade ou de crasso preconceito, aí os desequilíbrios societários se aguçam e o saque da lei como instrumento de correção de rumos se faz imperioso. E como os fatores de desequilíbrio social têm nas mencionadas situações de desigualdade um tradicional componente, fica evidente que a fórmula pela qual a lei tem que operar é a diferenciação entre partes.

36. É neste passo que se põe o delicado problema de saber que fatores de diferenciação compensatória a lei pode validamente erigir, tendo em vista que a nossa Constituição não os menciona. Não aponta os elementos de “discrímen” ou os dados de diferenciação de que a lei pode

ADI 3.330 / DF

fazer uso. Apenas se refere àqueles de que o legislador não pode *lançar mão*.

37. Com efeito, o Magno Texto Republicano se limita a dizer, no tema, que um dos objetivos centrais do Estado brasileiro é “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (inciso IV do art. 3º). Falando com isso que a procedência geográfica de alguém, assim como a raça, o sexo, a cor e a idade de quem quer que seja **nada disso pode servir, sozinho, como desprimoroso parâmetro de aferição da valiosidade social do ser humano**. Nem da valiosidade social nem do caráter das pessoas, pois os dados a que se reporta o art. 3º da Constituição decorrem todos de uma simples obra do acaso. São fatores de acidente, e não de essência.

38. Daqui resulta o óbvio: nem aqueles referidos fatores de acidente na vida de uma pessoa (a cor da pele, a procedência geográfica, o sexo, etc.) nem qualquer outro que também se revele como imperscrutável obra do acaso podem se prestar como isolado e detrimetoso critério legal de desigualação, porque tal diferenciação implicará “preconceito” ou “discriminação”. Já no tocante a outros fatores não-exatamente derivados *das tramas do acaso*, mas a fatores histórico-culturais, aí não vemos outra saída que não seja a aplicação daquele cânone da Teoria Constitucional que reconhece a toda Constituição rígida o atributo da unidade material. Da congruente substancialidade dos seus comandos. Logo, somente é de ser reputado como válido o critério legal de diferenciação que siga na mesma direção axiológica da Constituição. Que seja uma confirmação ou uma lógica derivação das linhas mestras da *Lex Máxima*, que não pode conviver com antinomias normativas dentro de si mesma nem no interior do Ordenamento por ela fundado. E o fato é que toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, **como, *verbi gratia*, o segmento dos negros e dos índios**. Não por coincidência os que mais se alocam nos patamares patrimonialmente inferiores da **pirâmide social**.

39. Nessa vertente de ideias, anoto que a desigualação em favor dos

ADI 3.330 / DF

estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral não ofende a Constituição pátria, porquanto se trata de um *descrímen* que acompanha *a toada* da compensação de uma anterior e factual inferioridade. Isso, lógico, debaixo do primacial juízo de que a desejada igualdade entre partes é quase sempre obtida pelo *gerenciamento* do entrechoque de desigualdades (uma factual e outra jurídica, esta última a contrabalançar o peso da primeira). Com o que se homenageia a insuperável máxima aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, máxima que Ruy Barbosa interpretou como o ideal de tratar igualmente os iguais, sim, porém na medida em que se igualem; e tratar desigualmente os desiguais, também na medida em que se desigualem.

40. No ponto, é de se trazer à tona uma parte das informações prestadas às fls. 382, versada nos seguintes termos:

“(…)

A argüição é certamente mais tendenciosa do que é possível vislumbrar de imediato. Como é absolutamente óbvio, o Programa só faz sentido porque tem um público alvo social e economicamente focado: estudantes com renda familiar per capita de até um salário mínimo e meio para bolsas integrais e de até três salários mínimos para bolsas parciais. O fato de o PROUNI prever bolsas parciais não implica, lógica e necessariamente, que os beneficiários possam ter sido bolsistas parciais no ensino médio.

A isonomia a ser considerada **não** é a da relação entre bolsistas parciais do ensino médio e superior, paralelamente à relação entre bolsistas integrais no ensino médio e superior, **pois a matrícula no ensino superior não reflete a conclusão do ensino médio**. Nesse raciocínio, a Autora fratura o público alvo do PROUNI, qual seja, a imensa população de estudantes de baixa renda, divididos em duas classes de renda familiar. A suposição de que o corpo discente que conclui o ensino médio é equiparável ao corpo discente que chega ao ensino superior é

ADI 3.330 / DF

absolutamente falsa – caso contrário, o PROUNI seria desnecessário.

(...)

A determinação de que o estudante da rede privada a ser beneficiado pelo PROUNI tenha cursado ensino médio completo na condição de bolsista não é fortuita nem inexplicável; justifica-se precisamente como **garantia da isonomia** interna do Programa, para manter a homogeneidade de seu público alvo. Pressupor, como faz a Autora, que alunos de baixa renda selecionados conforme critérios sócio-econômicos e raciais têm, por isso, ‘menor qualificação’ que os demais cidadãos brasileiros é que configura autêntica discriminação, em frontal ofensa ao art. 3º, incisos III e IV, e ao art. 5º da Carta Constitucional.

Ora, as escolas privadas do ensino médio também oferecem descontos de pontualidade e bolsas para os melhores classificados em processos de seleção semelhantes aos vestibulares (os hoje tão difundidos ‘vestibulinhos’). Assim, não há falar em bolsas propriamente ditas, mas apenas em descontos conferidos não em função da renda, mas em função da competição por alunos propensos à aprovação em vestibulares de universidades públicas – um investimento em marketing, basicamente. Isso não é, em absoluto, assistência social beneficente.

(...)”

41. Prossigo neste voto para também inacolher a tese de que o art. 7º da Lei nº 11.096/2005 tisna o princípio constitucional da autonomia universitária. Assim discordo porque o PROUNI é, salientemente, um programa de ações afirmativas, que se operacionaliza mediante concessão de bolsas a alunos de baixa renda e diminuto grau de patrimonilização. Mas um programa concebido para operar por ato de adesão ou participação absolutamente voluntária. Incompatível, portanto, com qualquer ideia de vinculação forçada. E precisamente um programa de adesão ou vinculabilidade espontânea por efeito mesmo daquele

ADI 3.330 / DF

princípio da autonomia universitária que é, repise-se, de estatura constitucional (art. 207, CF).

42. Noutro giro, não me impressiona o argumento da autora que tem por suporte o princípio da livre iniciativa, devido a que esse princípio já nasce relativizado pela Constituição mesma. Daí o art. 170 estabelecer que *“a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)”*. Aspecto que não passou despercebido ao Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, consoante os seguintes dizeres do seu parecer:

“(...) a liberdade de iniciativa assegurada pela Constituição de 1988 pode ser caracterizada como uma liberdade pública, sujeita aos limites impostos pela atividade normativa e reguladora do Estado, que se justifique pelo objetivo maior de proteção de valores também garantidos pela ordem constitucional e reconhecidos pela sociedade como relevantes para uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Não viola, pois, o princípio da livre iniciativa, a lei que regula e impõe condicionamentos ao setor privado, mormente quando tais condicionamentos expressam, correta e claramente, então conferindo concretude a objetivo fundante da República Federativa do Brasil, qual seja:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; (art. 3º).
(...)”

43. Não é tudo. Quanto ao artigo 9º da lei em causa³, a autora invoca

3 “Art. 9º O descumprimento das obrigações assumidas no termo de adesão sujeita a instituição às seguintes penalidades:

I - restabelecimento do número de bolsas a serem oferecidas gratuitamente, que será determinado, a cada processo seletivo, sempre que a instituição descumprir o percentual estabelecido no art. 5º desta Lei e que deverá ser suficiente para manter o percentual nele estabelecido, com acréscimo de 1/5 (um quinto);

II - desvinculação do Prouni, determinada em caso de reincidência, na hipótese de falta grave, conforme dispuser o regulamento, sem prejuízo para os estudantes beneficiados e

ADI 3.330 / DF

o inciso XXXIX do art. 5º da Constituição, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. No caso, porém, cumpre reconhecer que, nem de longe, a matéria versada no precitado art. 9º é de natureza penal, motivo pelo qual já se verifica o total descabimento da tese autoral.

44. Ainda que assim não fosse, é de se ver que o art. 9º diz expressamente quais as únicas sanções aplicáveis aos casos de descumprimento das obrigações, assumidas pelos estabelecimentos de ensino superior, após a assinatura do termo de adesão ao programa. Sancionamento a cargo do Ministério da Educação, a quem também incumbe o controle e gerenciamento do programa, pois se trata de matéria essencialmente administrativa.

45. Acresce que o ensino é livre à iniciativa privada, certo, mas sob duas condições constitucionais: autorização para funcionamento e avaliação de qualidade pelo Poder Público. Sendo que o art. 9º da Lei foi de tal modo cuidadoso que fez questão de condicionar eventual apenamento a abertura de processo administrativo, com total observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

46. Por tudo quanto posto, Senhora Presidente, e por não enxergar nos textos impugnados nenhuma ofensa à Constituição, julgo **improcedente** o pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei nº. 11.096/05.

47. É como voto.

sem ônus para o Poder Público.

§ 1º As penas previstas no caput deste artigo serão aplicadas pelo Ministério da Educação, nos termos do disposto em regulamento, após a instauração de procedimento administrativo, assegurado o contraditório e direito de defesa.

§ 2º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, a suspensão da isenção dos impostos e contribuições de que trata o art. 8º desta Lei terá como termo inicial a data de ocorrência da falta que deu causa à desvinculação do Prouni, aplicando-se o disposto nos arts. 32 e 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, no que couber.

§ 3º As penas previstas no caput deste artigo não poderão ser aplicadas quando o descumprimento das obrigações assumidas se der em face de razões a que a instituição não deu causa.”

02/04/2008

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.330 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES – Vossa Excelência me permite? Essa questão, hoje, tem outras implicações. Naquelas ações diretas do setor elétrico, ADIs 3.090 e 3.100, discutimos, por exemplo, a aplicação do artigo 246 da CF, que trata da possibilidade, ou não, de edição de medidas provisórias sobre determinados temas. E agora, na versão da Emenda Constitucional nº 32, temos essas exigências, também formais, quanto à possibilidade, ou não, de edição de medidas provisórias, vedação de matérias.

Dou um exemplo: caso de lei complementar que, hoje, se inclui nessa vedação. Se o Congresso aprovasse agora a medida provisória como lei complementar, não poderia haver a discussão. Parece-me que, naquele caso, dissemos que não havia como não fazer essa distinção.

Acredito que o Ministro Carlos Britto, todavia, está fazendo referência apenas à questão da relevância e da urgência. Mas, neste atual contexto, ela ganha outra conotação, porque temos, realmente, todas essas delicadezas.

A questão do artigo 246, naquilo que lhe é aplicável, o próprio bloco de vedação constante do artigo 62, as matérias hoje vedadas, imaginemos uma matéria de Processo Penal ou de Direito Penal convertida em lei. Então, não se poderia mais discutir esse tema?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – O Relator fez exceção a esses casos, ele deixou claro.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES - Eu até me anteciparia e reconheceria a urgência, no caso, pelos pressupostos presentes, mas não subscreveria a tese aqui encaminhada pelo eminente Relator.

ADI 3.330 / DF

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR)- Creio que não me fiz entender bem.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – É um problema típico de constitucionalidade. É como se uma lei pudesse sanar uma ofensa à Constituição.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR)- Na verdade, esses dois momentos de análise da medida provisória, no Supremo Tribunal Federal, estão previstos, às expensas, no § 5º do artigo 62 da Constituição Federal:

“§ 5º- A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.”

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – De qualquer forma, a matéria é de fundo. Diz respeito ao âmago da própria Ação Direta de Inconstitucionalidade formalizada. Não é premonição, mas, pela importância deste julgamento, penso que teremos pedido de vista. Seria interessante ouvirmos o voto do Ministro Carlos Ayres Britto na extensão maior.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Eu superaria isso de dois modos. Primeiro, digo que não chega aqui uma medida provisória inteiramente convertida em lei, com completa desdorção de conteúdo. E estou a supor que esse exame prévio foi feito pelo Congresso Nacional.

ADI 3.330 / DF

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas, posteriormente, daremos destaque, após o voto de Sua Excelência, com o pedido de vista, porque sufrago, inclusive, o entendimento já veiculado por Vossa Excelência com base, inclusive, em lição de Celso Antônio Bandeira de Mello. Não há o saneamento do vício pela transformação, pela conversão.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Quando houver vício. Naquelas hipóteses em que há vedação expressa.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES – É claro, se houver vício.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – É claro, a conversão não é obstáculo ao exame.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) – Até porque, pela tessitura do meu voto, penso que Vossas Excelências compreenderão que eu dou por presentes os dois pressupostos conjugados da urgência e da relevância neste caso.

02/04/2008**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.330 DISTRITO FEDERAL****ADITAMENTO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) – Senhora Presidente, eu teria acrescentar o seguinte: a livre iniciativa, aqui, se dá num campo mistamente público e privado, tanto o da educação quanto o da saúde. A educação é dever do Estado; a saúde é dever do Estado. São atividades constitutivas, portanto, da presença obrigatória do Estado. São ambas franqueadas à iniciativa privada, porém mediante autorização e mediante condicionamentos que não são impostos, obviamente, àquelas atividades próprias da iniciativa privada que repelem qualquer intromissão do Estado, porque não dependem de autorização do Estado (parágrafo único do artigo 170). Neste caso, não. Aqui, às expensas, a Constituição impõe duas condições, uma delas: autorização para funcionamento da iniciativa privada no campo do ensino; e segunda, avaliação de qualidade pelo Poder Público, quer dizer, uma permanente avaliação de qualidade pelo Poder Público. Enquanto certas atividades da iniciativa privada já nasçam condicionando os interesses coletivos, outras nascem condicionadas pelo interesse coletivo. Caso típico, portanto, da educação tanto quanto da saúde.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.330

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. AYRES BRITTO

REQTE.(S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO -
CONFENEN

ADV.(A/S) : IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

REQTE.(S) : DEMOCRATAS

ADV.(A/S) : FABRÍCIO JULIANO MENDES MEDEIROS

REQTE.(S) : FEDERAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DA PREVIDÊNCIA
SOCIAL - FENAFISP

ADV.(A/S) : PAULO ROBERTO LEMGRUBER EBERT

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONECTAS DIREITOS HUMANOS

INTDO.(A/S) : CENTRO DE DIREITOS HUMANOS - CDH

ADV.(A/S) : ELOÍSA MACHADO DE ALMEIDA

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, não conheceu da ação proposta pela Federação Nacional dos Auditores-Fiscais da Previdência Social - FENAFISP, por falta de legitimidade ativa. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Em seguida, após o voto do Senhor Ministro Carlos Britto (relator), que afastou preliminar relativa à ausência dos pressupostos de urgência e relevância para edição da medida provisória posteriormente convertida em lei e julgou improcedente a ação, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Falaram: pelos requerentes, Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino - CONFENEN, Partido DEMOCRATAS, Federação Nacional dos Auditores-Fiscais da Previdência Social - FENAFISP, respectivamente, o Professor Ives Gandra da Silva Martins, o Dr. Admar Gonzaga e o Dr. Cláudio Santos; pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Evandro Costa Gama, Advogado-Geral da União, substituto; pelos *amici curiae*, Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos - CDH, o Dr. Oscar Vilhena Vieira; e, pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza. Plenário, 02.04.2008.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Menezes Direito.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

p/Luiz Tomimatsu
Secretário

03/05/2012

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.330 DISTRITO FEDERAL**VOTO – VISTA**

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA : Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, pelo Democratas e pela Federação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Medida Provisória 213/2004, convertida na lei 11.096, de 13 de janeiro de 2005, que instituiu o Programa Universidade para todos – PROUNI, em especial os artigos 2º, I, II e parágrafo único, 7º, 8º, 9º, II e § 1º, 10, 11 e 13. Eis o teor dos referidos dispositivos:

A requerente alega a inconstitucionalidade da medida provisória, por não estarem presentes, à época de sua edição, os pressupostos constitucionais da relevância e da urgência (art. 62 da CF/88).

Em relação à lei de conversão (lei 11.096/2005), sustenta sua inconstitucionalidade formal, tendo em vista que a União não tem competência para legislar sobre normas específicas referentes à educação. Afirma, ainda, que alguns dispositivos tratam de temas cuja matéria é reservada à lei complementar.

Nesse sentido, afirma que os artigos 10 e 11 da lei ora impugnada estabelecem o conceito de entidades beneficentes de assistência social de forma diversa da fixada por esta Corte. Afirma, ainda, que o art. 8º da norma ora atacada estabelece renúncia fiscal em relação a instituições de educação sem fins lucrativos, beneficentes de assistência social.

Por fim, sustenta a inconstitucionalidade material da norma atacada, por ofensa ao princípio da isonomia, da autonomia universitária, do pluralismo de ideias e concepções pedagógicas. Afirma que os artigos 2º e 7º, da lei 11.096/2005, geram discriminação entre os estudantes, já que a todos os alunos de cursos superiores devem ser assegurados os mesmos direitos.

ADI 3330 / DF

O Presidente da República, nas informações, sustenta a constitucionalidade do Programa Universidade para Todos.

Nas informações elaboradas pelo Ministério da Educação, com minúcia e precisão, afirma-se que “o PROUNI é um programa social de concessão de bolsas de estudo a alunos de baixa renda e, nessa medida, a adesão por parte das instituições de ensino é absoluta e exclusivamente voluntária, não havendo qualquer relação entre a adesão ao Programa e o gozo das imunidades fiscais asseguradas pela Constituição Federal de 1988” (fls. 356).

O Advogado-Geral da União, em sua manifestação, opina pela improcedência do pedido.

No mesmo sentido é a manifestação do procurador-geral da República.

Admitida no feito, na qualidade de *amicus curiae*, Conectas Direitos Humanos apresentou manifestação no sentido da improcedência do pedido.

Na sessão do dia 02.04.2008, o relator, ministro Ayres Britto, votou pela improcedência do pedido. Em síntese, S. Exa. afirmou que a norma atacada não invadiu o campo material reservado à lei complementar, tendo em vista que “tratou, tão-somente, de erigir um critério objetivo de contabilidade compensatória de aplicação financeira em gratuidade por parte das instituições educacionais. Critério, esse, que, se atendido, possibilita o gozo integral da isenção quanto aos impostos e contribuições mencionados no art. 8º do texto impugnado”.

Quanto à suposta ofensa ao princípio da isonomia, com muita propriedade, S. Exa. afirma que “somente é de ser reputado como válido o critério legal de diferenciação que siga na mesma direção axiológica da Constituição”. Assim, sustenta que “a desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral não ofende a Constituição pátria, porquanto se trata de um descrímen que acompanha a toada da compensação de uma anterior e factual inferioridade. Isso lógico, debaixo do primacial juízo de que a

ADI 3330 / DF

desejada igualdade entre partes é quase sempre obtida pelo gerenciamento do entrechoque de desigualdades (uma factual e outra jurídica, esta última a contrabalançar o peso da primeira”.

Ademais, S. Exa. entende que não há ofensa ao princípio constitucional da autonomia universitária, tendo em vista que o programa universidade para todos foi “concebido para operar por ato de adesão ou participação absolutamente voluntária”.

Em relação ao art. 9º da lei, o Ministro Ayres Britto reconhece o caráter administrativo das sanções nele estabelecidas, o que afasta o argumento de ofensa ao art. 5º, XXXIX da Constituição.

Após o voto do relator, pedi vista dos autos para melhor analisar o caso.

Registro que, em razão da conversão da MP 213/2004 na lei 11.096/2005, foi formulado o aditamento ao pedido, impugnando-se também a lei de conversão (fls. 821-843).

Na última assentada, sem desconhecer a existência de precedentes em sentido contrário, manifestei meu entendimento convergente com as considerações do ministro Ayres Britto, por comungar do pensamento de S. Excelência acerca da configuração, no presente caso, dos pressupostos constitucionais para a edição da medida provisória.

Por essa razão, sem tecer maiores considerações e também entendendo presentes os pressupostos para a edição da medida provisória, acompanho o relator, superando a preliminar e passando ao mérito da ação direta.

No mérito, senhor Presidente, destaco nesse julgamento dois pontos distintos que precisam ser analisados pela Corte. O primeiro se refere à eventual ofensa ao princípio da isonomia constitucional, ao princípio da autonomia universitária e ao princípio da livre iniciativa. O segundo relativo à alegada violação da reserva de lei complementar para dispor sobre limitações ao poder de tributar.

Examinarei, em primeiro lugar, a alegação de ofensa ao princípio constitucional da isonomia, ao princípio da autonomia universitária e ao princípio da livre iniciativa.

ADI 3330 / DF

O Programa Universidade para Todos foi criado através da Medida Provisória 213/2004, já convertida na lei 11.096, de 13 de janeiro de 2005, também impugnada na presente ação direta de inconstitucionalidade.

O art. 1º da referida lei determina que o PROUNI é destinado à concessão de bolsas de estudo integrais e bolsas de estudo parciais de 50% ou de 25% para estudantes de cursos de graduação e sequenciais de formação específica, em instituições privadas de ensino superior, com ou sem fins lucrativos.

A lei estabelece, ainda, que as bolsas de estudo serão concedidas a brasileiros não portadores de diploma de curso superior, sendo integral para aqueles cuja renda familiar mensal *per capita* não ultrapasse o valor de até um salário-mínimo e meio e parcial para aqueles cuja renda mensal *per capita* não exceda até três salários-mínimos, mediante critérios definidos pelo Ministério da Educação.

O art. 2º da lei 11.096/2005 determina que a mencionada bolsa será destinada: (i) a estudante que tenha cursado o ensino médio completo em escola de rede pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral; (ii) a estudante portador de deficiência, nos termos da lei; e (iii) a professor da rede pública de ensino, para os cursos de licenciatura, normal superior e pedagogia, independentemente de sua renda.

O art. 3º da lei 11.096/2005 determina que o estudante a ser beneficiado pelo PROUNI deverá ser submetido ao processo regular de admissão adotado pela instituição de ensino superior, devendo cumprir todos os requisitos de desempenho acadêmico para que a bolsa seja mantida.

Registro, ainda, que o art. 5º desta lei expressamente permite que a instituição privada de ensino superior adira ao PROUNI, desde que ofereça, no mínimo, uma bolsa integral para o equivalente a nove estudantes regularmente pagantes e devidamente matriculados ao final do correspondente período letivo anterior. A instituição de ensino superior pode aderir ao PROUNI através de um termo de adesão, segundo o estabelecido na lei, sobre o qual me abstenho de tecer considerações.

ADI 3330 / DF

Assim, como afirmado nas informações e ressaltado pelo eminente relator, o PROUNI tem um “público alvo social e economicamente focado: os estudantes com renda familiar *per capita* de até um salário mínimo e meio para bolsas integrais e de até três salários mínimos para bolsas parciais”.

Mas não é só. Conforme acabei de mencionar, a lei 11.096 estabelece **cinco critérios** distintos e concomitantes para que o estudante possa se candidatar a uma bolsa, mantida pelo PROUNI, em uma universidade privada:

- 1) ser brasileiro;
- 2) não ser possuidor de diploma de curso superior;
- 3) ter renda familiar *per capita* de até um salário mínimo e meio, para bolsa integral; ou de até três salários mínimos, para bolsa parcial;
- 4) ter cursado o ensino médio completo em escola da rede pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral;
- 5) ser submetido e aprovado no processo seletivo adotado pela instituição de ensino superior privada escolhida.

Cinco critérios, objetivos e bem delimitados, foram escolhidos pelo legislador para atender a uma situação geradora de uma grande perplexidade: a coexistência, de um lado, de um baixíssimo percentual da população que logra obter o grau acadêmico universitário e, de outro, a comprovada existência de vagas ociosas nos cursos superiores do país, predominantemente em universidades privadas. Some-se a isso, é claro, a evidente dificuldade de acesso à educação superior pelos indivíduos pertencentes às camadas sociais mais humildes.

É importante registrar que o Ministério da Educação, através do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), realiza anualmente o Censo da Educação Superior, que consiste na coleta de dados sobre a educação superior brasileira. No Censo realizado em 2008, por exemplo, cujos dados foram publicados em 2009, constatou-se que, nas instituições de ensino superior em todo o Brasil, o número de vagas oferecidas chegava ao total de 2.985.137. Contudo, existiam 1.479.318 vagas ociosas. Desse total, 1.442.593 eram vagas ociosas

ADI 3330 / DF

em instituições de ensino privado (p 13-14). Por outro lado, o estudo verificou que as instituições de ensino superior privadas foram responsáveis por 79,6% dos ingressos em cursos superiores (p. 15-16).

Em outras palavras: é notório que existem vagas nas instituições superiores privadas que não são preenchidas. E é lícito concluir que uma das razões para este fenômeno sejam as dificuldades financeiras das famílias de arcar com o alto custo das mensalidades escolares.

Como todos sabemos, a pobreza crônica, que perpassa diversas gerações e atinge um contingente considerável de famílias do nosso país, é fruto da falta de oportunidades educacionais, o que leva, por via de consequência, a uma certa inconsistência na mobilidade social.

Isto caracteriza, em essência, o que poderíamos qualificar como “ciclos cumulativos de desvantagens competitivas”, elemento de bloqueio sócio-econômico que confina milhões de brasileiros a viver eternamente na pobreza.

O Prouni nada mais é do que uma suave tentativa de mitigar essa cruel situação.

Investir pontualmente, ainda que de forma gradativa, mas sempre com o intuito de abrir oportunidades educacionais a segmentos sociais mais amplos, que historicamente nunca as tiveram, constitui objetivo governamental constitucionalmente válido.

O importante é que o mencionado ciclo de exclusão se interrompa para esses grupos sociais desvantajados.

Assim, uma forma de proporcionar a mobilidade social é o investimento no nível de escolaridade da população, facilitando o acesso e a permanência no ensino superior.

Um dado relevante: a pedido do Ministério da Educação, o IBOPE realizou, entre os dias 13 e 23 de março de 2009, pesquisa de opinião pública sobre o Programa PROUNI e Assuntos relacionados à Educação, em que se constatou que “o nível de emprego melhorou significativamente entre aqueles que fizeram o PROUNI. Pouco mais da metade (56%) trabalhava antes de ingressar no programa e atualmente 80% declara estar trabalhando” e que houve efetivamente melhoria da

ADI 3330 / DF

renda familiar dos beneficiados pelo Programa.

As características do Programa demonstram, portanto, não apenas o preenchimento dos requisitos para sua validade e compatibilidade constitucional, mas, principalmente, que os frutos de sua aplicação já estão sendo colhidos pelo público-alvo.

É bem possível que neste momento os dados sejam ainda mais alvissareiros.

Assim, a meu sentir, o argumento de que o programa ofende o princípio constitucional da isonomia perde muito da sua força. Com efeito, tal como assinalei em outra oportunidade, na obra *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*, “a igualdade, princípio jurídico-filosófico cultivado e disseminado a partir das revoluções políticas dos séculos XVII e XVIII, a exemplo do princípio da liberdade ou da autonomia individual, constitui um dos pilares da democracia moderna e componente essencial da noção de Justiça. Ainda que tenhamos herdado de Aristóteles o terrível axioma, professado aberta ou veladamente por muitos, de que ‘há homens que nasceram para escravos e outros para senhores’”, o certo é que mesmo as mais antigas escolas de pensamento já rechaçavam o princípio da desigualdade intrínseca do gênero humano e propugnavam, ao contrário, por uma igualdade ‘substantiva e moral como critério de tratamento das pessoas’”, tal como assinala Jorge Miranda.

É, com efeito, a ideia de igualdade material ou substantiva, como evolução necessária do conceito de igualdade meramente formal ou jurídica (de igualdade perante a lei) que prevalece em nosso ordenamento constitucional. A Constituição Federal de 1988 fez uma opção clara pelo princípio da igualdade material, ou substantiva, ou de oportunidades, abarcando a ideia de que é necessário extinguir ou pelo menos mitigar o peso das desigualdades econômicas e sociais e, conseqüentemente, promover a justiça social. O art. 3º da Constituição inclui dentre os objetivos fundamentais do Estado, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

ADI 3330 / DF

Exemplos dessa preocupação com a promoção da justiça social podem ser colhidos do próprio texto constitucional:

Art. 7º. (...)

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

(...)

Art. 37. (...)

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

As políticas sociais, que nada mais são do que tentativas de concretização da igualdade substancial ou material, recebem a denominação de ação afirmativa, ou na terminologia do direito europeu, discriminação positiva. Seu objetivo é combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade, além de possuírem um caráter pedagógico, visando gerar transformações culturais e sociais relevantes, inculcando nos atores sociais a utilidade e a necessidade da observância dos princípios do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas do convívio humano.

Nessa ordem de ideias, podemos inserir o Programa Universidade para Todos dentro num conceito mais amplo de ação afirmativa. Isto porque todos nós conhecemos a natureza elitista e fundamentalmente excludente do nosso sistema educacional, se é que podemos qualificar como sistema o que era reservado há até não muito tempo a um pequeno grupo de ungidos. Para efeito de comparação, não devemos esquecer de que alguns dos nossos vizinhos sul americanos têm universidades que já caminham para os seus 300 anos de existência, ao passo que, no Brasil, não só a Educação Superior era inexistente na época da Colonização, como tivemos o infortúnio de ver paralisados subitamente os poucos nichos de educação ministrada pelos jesuítas. Pensem no seguinte, Senhores Ministros: a nossa mais conhecida universidade mal passou dos 70 e poucos anos de existência!!

ADI 3330 / DF

A medida social embutida no PROUNI tem o nítido o caráter de inserção e “empoderamento” de uma parcela numerosa da nossa população, sem que dela decorram prejuízos para outros segmentos sociais, uma vez que o acesso ao ensino superior está igualmente franqueado a todos. O que o PROUNI realiza é uma escolha, baseada em critérios preestabelecidos em lei, de beneficiários de bolsas de estudo.

Nesse sentido, colho do parecer do procurador-geral da República:

“O mandado constitucional da igualdade, na formulação do direito, exige que todos sejam tratados de forma igual pelo legislador. No entanto, a máxima da igualdade não pode significar nem que o legislador tenha que colocar a todos nas mesmas posições jurídicas, nem que tenha que procurar que todos apresentem as mesmas propriedades naturais e se encontrem nas mesmas situações fáticas. A igualdade de todos com respeito a todas as posições jurídicas conduziria não só a normas não funcionais, disparatadas e injustas, senão que também eliminaria os pressupostos para o exercício de determinadas funções. Portanto, o princípio geral de igualdade dirigido ao legislador não pode exigir que todos devam ser tratados exatamente da mesma forma e tampouco que todos devam ser iguais em todos os aspectos. Uma via média pode ser encontrada na fórmula clássica que diz que ‘se deve tratar de forma igual aos iguais e desigualmente aos desiguais’. A segunda parte dessa assertiva estabelece uma carga de argumentação para os tratamentos desiguais. Para ALEXY, a assimetria entre a norma de igualdade de tratamento e desigualdade de tratamento tem como consequência que a máxima geral de igualdade pode ser interpretada no sentido de um princípio de igualdade que, *prima facie*, exige um tratamento igual e só permite um tratamento desigual se este pode ser justificado com razões opostas. Pode-se explicitá-lo com a seguinte norma de tratamento desigual: ‘se há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual’” (fls. 894-895).

“O princípio do acesso ao ensino superior segundo a capacidade de cada um não está sendo violado. O estudante,

ADI 3330 / DF

para fazer jus às bolsas concedidas pelo PROUNI, será avaliado, em primeiro lugar, pelo Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM ou por outros critérios a serem definidos pelo Ministério da Educação e, em seguida, ainda deverá enfrentar processo de seleção exigido pela instituição privada, normalmente o vestibular. Ademais, ressalte-se que a manutenção da bolsa ficará condicionada ao cumprimento de requisitos de desempenho acadêmico, a serem estabelecidos pelo Ministério da Educação” (fls 896).

Assim, a lei ora atacada não ofende o princípio constitucional da isonomia. Ao contrário, busca timidamente efetivá-lo.

Por outro lado, tal como ressaltado pelo eminente relator, não vislumbro ofensa ao **princípio da autonomia universitária**.

O art. 207 da Constituição Federal garante às universidades a autonomia didático-científica, administrativa e a de gestão financeira e patrimonial. Nas palavras de Nina Beatriz Stocco Ranieri, em artigo específico sobre a autonomia universitária:

“O art. 207 da Constituição Federal, por sua vez, indica com precisão as esferas de atuação autônoma das universidades – didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial –, visando assegurar o cometimento de funções sociais específicas concernentes ao interesse geral, que podem ser sintetizadas no conhecido trinômio ensino/pesquisa/extensão. Do ponto de vista jurídico, é apenas e tão-somente em razão desse objetivo que a universidade é autônoma e que, em função dele, a autonomia deve ser exercida de forma responsável, eficiente e adequada aos objetivos nacionais e às referências socioculturais, econômicas e políticas da sociedade na qual se insere. Essa visão não se contrapõe nem se afasta da concepção original da autonomia universitária; em verdade a confirma juridicamente.

Entendo, pois, que a lei ora atacada em nada ofende o princípio da autonomia universitária, em qualquer dos seus aspectos. Ao contrário, a

ADI 3330 / DF

lei confirma este princípio ao estabelecer, como afirmado pelo relator, a voluntariedade da adesão ao programa. Nenhuma instituição particular de ensino superior está obrigada a se vincular ou se manter vinculada ao PROUNI, bem como a adesão ao PROUNI tem um prazo de vigência de 10 anos, contados da data de sua assinatura (arts. 5º, §§ 1º e 3º da lei 11.096/2010). Por outro lado, há que se considerar que a autonomia universitária não é um objetivo que se esgota em si própria. Ela existe para ser atinjam outros objetivos de natureza educacional, cultural, social.

Do mesmo modo, não vislumbro ofensa ao **princípio da livre iniciativa**, previsto no art. 170, parágrafo único, da Constituição, que assegura a todos “o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. A atividade desenvolvida pelas universidades particulares que aderirem ao PROUNI não sofre qualquer restrição. Em alguns aspectos, tendo em vista a legítima preocupação com a ociosidade de vagas nestas instituições de ensino superior, a lei pode até favorecer a manutenção de suas atividades, em razão dos benefícios tributários que passarão a usufruir. Mas, por outro lado, é importante ressaltar que a Educação não é uma *commodity*, uma mercadoria ou um serviço sujeito às leis do mercado e sob a regência do princípio da livre iniciativa. Se é certo que a Constituição franqueia a educação à exploração pela iniciativa privada, essa exploração só pode ocorrer, no entanto, se atendidos os requisitos fixados no art. 209 do texto constitucional. Não se trata propriamente, portanto, de incidência pura e simples do princípio da livre iniciativa.

Ademais, quanto à alegação de que o art. 9º da lei 11.096, ao prescrever penalidades para o descumprimento das obrigações assumidas pelas instituições que aderirem ao PROUNI, ofende o art. 5º, XXXIX da Constituição, creio que é nítido o caráter administrativo das sanções ali dispostas, em nada se assemelhando à normas de conteúdo criminal.

Por fim, analiso as **questões tributárias** postas na inicial da presente ação direta de inconstitucionalidade.

ADI 3330 / DF

Desde logo ressalto que as razões levantadas na inicial dão ênfase excessiva aos aspectos tributários do PROUNI. Durante a sustentação oral, por exemplo, tinha-se a nítida impressão de que se tratava de mais um desses incontáveis casos de natureza tributária que tramitam nesta Corte. A intenção, obviamente, era mitigar o aspecto social altamente relevante que está subjacente a toda a discussão do presente caso. De certo modo, também se extraía das entrelinhas certo temor de que a regulação do PROUNI por medida provisória e por lei ordinária pudesse abrir caminho à erosão da jurisprudência desta Corte sobre a reserva de lei complementar para dispor sobre imunidade tributária.

Todavia, a preocupação parece-me infundada. O papel que o PROUNI desempenha e a estrutura estabelecida para o programa superam os problemas apontados pelos requerentes.

Com efeito, sustenta-se a inconstitucionalidade dos arts. 8º, 10 e 11 da MP 213/2004, convertida na lei 11.096, com base em dois argumentos. Segundo o requerente, os arts. 150, IV, *c* e 195, § 7º da Constituição projetam amplo campo de desoneração, que não pressupõe a prestação de serviços em regime de completa gratuidade (*filantropia*). Ademais, a imunidade tributária, por ter seu conceito construído diretamente de mandamentos extraídos do texto constitucional, não poderia ser *limitada* por requisitos impostos por legislação infraconstitucional que definiria aspectos cruciais da entidade beneficente, tais como a proporção da receita bruta aplicada em gratuidade e a quantidade mínima de bolsas de estudos oferecidas (*inconstitucionalidade material*).

Argumenta-se, por fim, *inconstitucionalidade formal*, na medida em que a imunidade é limitação constitucional ao poder de tributar e, portanto, somente poderia ser tratada em lei complementar da União (art. 146, II da Constituição).

Examino essas questões.

Parece-me que a exagerada preocupação com os efeitos tributários do Prouni parte da confusão entre os regimes das entidades assistenciais e das entidades privadas voltadas à exploração lucrativa.

O art. 195, § 7º da Constituição adota três critérios para o

ADI 3330 / DF

reconhecimento da imunidade ao pagamento de contribuições destinadas ao custeio da seguridade social: (i) o caráter beneficente da entidade, isto é, a ausência de fins lucrativos destinados ao benefício ou aumento patrimonial dos dirigentes da entidade (que pode ser proporcional), (ii) a dedicação às atividades de assistência social e (iii) a observância às exigências definidas em lei.

Em sentido semelhante, o art. 150, VI, *c* da Constituição, relativo aos impostos, se refere às “*instituições de educação e assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos de lei*”.

Já o art. 206 da Constituição define os contornos da assistência social, indicando quais são as finalidades que devem ser atingidas com as respectivas ações (art. 206, I a V). Para caracterizar-se como ação de assistência social, a prestação dos benefícios e serviços deve ainda ser **universal**, isto é, “*prestada a quem dela necessitar*”, e **gratuita**, “*independente de contribuição*”.

Em outras palavras, a imunidade é salvaguarda da **atividade assistencial**, que pode se materializar com a oferta de **serviços educacionais**. Contudo, nem toda prestação de serviço educacional é necessariamente assistencial e, portanto, imune aos impostos e às contribuições sociais.

Nesse contexto, o Prouni utiliza a capacidade ociosa das instituições privadas voltadas ao lucro, que obviamente não são assistenciais nem filantrópicas, para promover o acesso à educação de grupos de pessoas em evidente desvantagem social, econômica e histórica, segundo critérios bem determinados.

Portanto, o Prouni é um incentivo fiscal à integração das instituições educacionais de exploração privada na política de ampliação de acesso à educação, sem reger diretamente as atividades sem fins lucrativos próprias das entidades assistenciais.

Por se tratar de incentivo fiscal, o Prouni não versa sobre a imunidade das entidades assistenciais e, por tal razão, não necessita de lei complementar para ser instituído.

Ainda que a Lei 11.096/2005 tivesse por objetivo estabelecer o

ADI 3330 / DF

regramento de parte das atividades das entidades beneméritas, os critérios escolhidos para aplicação dos incentivos são adequados e proporcionais. Em nenhum momento se cogitou, tampouco se comprovou, que as exigências inviabilizariam a existência de tais entidades.

Prevê-se, por exemplo, a observância de proporção entre alunos pagantes e bolsas concedidas (**uma bolsa para cada nove alunos pagantes** – art. 10, *caput*) e aplicação de parte da receita bruta em vastíssimo espectro de atividades de assistência social (valor de vinte por cento da receita bruta aplicado nas **bolsas integrais, além das bolsas parciais de cinquenta por cento e nas ações de assistência em programas**).

São critérios razoáveis e factíveis em primeira análise, certamente mais rigorosos do que aqueles previstos no art. 14 do CTN, que **nem sequer exigem a vinculação de parte da receita ao oferecimento de serviços gratuitos ou subsidiados**.

O anacronismo dos requisitos atualmente vigentes para gozo da imunidade tributária permite graves desvios de finalidade nas áreas de saúde e de educação. É comum encontrar instituições de excelência em ambas as áreas, caracterizadas como entidades de benemerência e assistência social, mas cuja atuação preponderante se volta a pessoas capazes de pagar a conta educacional ou médica.

Por fim, creio relevantes as conclusões extraídas de estudo realizado pelo IPEA, em 2008:

A despeito de ter sido alvo de diversas críticas quanto à sua pertinência e legitimidade, oriundas sobretudo do meio acadêmico, o PROUNI viabilizou o acesso ao ensino superior de cerca de 415 mil estudantes entre 2005 e 2006, sendo que 65,0% de seus beneficiários receberam bolsas integrais. De acordo com o MEC, a contrapartida da União, na forma de renúncia fiscal, em 2005, foi da ordem de R\$ 107 milhões e, em 2007, deverá atingir R\$ 126,0 milhões. Sob a ótica financeira, o programa apresenta um custo por aluno bastante baixo quando comparado ao que é despendido nas instituições públicas em

ADI 3330 / DF

geral, e até mesmo em relação ao que se paga mensalmente nas instituições de ensino privadas. (IPEA - TEXTO PARA DISCUSSÃO No 1335 JUVENTUDE E POLÍTICAS - SOCIAIS NO BRASIL. Jorge Abrahão de Castro e Luseni Aquino – Organizadores, Abril de 2008, disponível em: http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/tds/td_1335.pdf)

Por todo o exposto e pelas razões expostas, acompanho o relator, para julgar improcedente o pedido.

03/05/2012

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.330 DISTRITO FEDERAL**ESCLARECIMENTO**

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) - Embora eu seja o Relator, não vou fazer um retrospecto do meu voto. Sua Excelência o Ministro Joaquim Barbosa já o fez e agregou fundamentos que me parecem totalmente convincentes.

Eu apenas lembraria que há processos, sob nosso julgamento, que parecem, no seu merecimento intrínseco, autoevidentes, digamos assim. Eu tenho para mim que o ProUni é um desses: é um programa de universidade para todos e que, em pouco tempo de existência, já beneficiou, já contemplou, com o acesso, com a democratização do acesso ao ensino universitário, um milhão e quarenta e três mil estudantes - são dados de abril deste ano, um milhão e quarenta e três mil. Ele se revela uma política pública educacional de largo espectro, alcançando, a partir de critérios eminentemente ou centralmente sociais, mas lateralmente, a questão da deficiência física, a questão também da racialidade. E, sem dúvida alguma - afirmo isso com muita segurança -, ele tem o mérito de atender a essa necessidade coletivamente sentida, que se chama educação - o primeiro dos direitos sociais listados pela Constituição no artigo 6º -, com absoluta procedência. A educação é primeira das necessidades coletivamente sentidas, porque é condição, praticamente, para o desfrute mais qualificado, mais consciente de todos os demais direitos. Basta lembrar que o artigo 205 da mesma Constituição, de modo rigorosamente contemporâneo, tecnicamente acertado, filosoficamente correto, diz o seguinte:

"Art. 205 - A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade" - ou seja, é um direito para cujo desfrute a Constituição requesta a participação conjunta do Estado, da família e da sociedade por inteiro, tal a magnitude do tema - visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua

ADI 3.330 / DF

qualificação para o trabalho."

Quer dizer, três valores exponenciais que qualificam a vida individual e coletiva, que dão sentido, propósitos, grandeza, elevação à vida de cada um de nós e de todos. Mas, nessa primeira parte, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, parece-me que aqui se contém, também, um objetivo que precisa ser posto, cada vez mais, em realce. O pleno desenvolvimento da pessoa aqui, a meu sentir, só pode se dar naquela tríplice dimensão que mais qualifica o ser humano quando comparado com os animais não humanos. A Constituição aqui me parece estar falando da tríplice intelegibilidade, das três modalidades de inteligência humana. Só é plenamente desenvolvido quem consegue tonificar, desenvolver, robustecer, vitalizar essas três espécies de inteligência, e o processo educacional facilita isso enormemente. É inteligência emocional, a primeira delas; a segunda é a inteligência intelectual ou cartesiana, ou lógica, ou racional; e a terceira é a inteligência que os físicos quânticos, a partir de Danah Zohar, chamam de inteligência espiritual, mas que também podemos chamar de inteligência consciencial; ou seja, sentimento, pensamento e consciência são as características que mais distinguem o ser humano. E que são alcançadas - essas três modalidades de intelegibilidade - pelo processo educacional, democratizado pelo ProUni no plano do ensino universitário. Também de modo coerente com a Constituição, que, no artigo 208, ao falar do dever do Estado para com a educação, dispõe:

"Art. 208 - O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

.....

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;"

Em suma, senhores, diante do voto - que eu considero magnífico - do Ministro Joaquim Barbosa, excuso-me de prosseguir justificando a própria fundamentação em que me louvei para também julgar, no mérito,

ADI 3.330 / DF

procedente a ação.

O Ministro Gilmar Mendes está pedindo a palavra?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, em relação ao voto de Vossa Excelência, que agora foi enfrentado pelo Ministro Joaquim Barbosa, há uma questão preliminar que Vossa Excelência considera prejudicada, a discussão sobre os pressupostos de relevância e urgência. A mim me parece que isso não corresponde à nossa jurisprudência.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) - É verdade, nós superamos, e eu me reposicionei.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Quer dizer, eu estou votando no sentido de entender presentes aqui os pressupostos de relevância e urgência, porque houve a tentativa do Governo na linha de uma velha jurisprudência.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) - Eu adiro ao ponto de vista de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Houve uma proposta de um projeto de lei; o projeto não foi votado; houve o pedido de urgência do projeto de lei e, ainda assim, não houve deliberação. Aí, então, o Governo lançou mão da medida provisória, porque a nossa jurisprudência é em outro sentido: discutida a questão da urgência e relevância da medida provisória, se a matéria se converter em lei, o debate prossegue, agora, na forma de lei. Parece-me que é mais seguro.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) - Eu me reposicionei, em outra ocasião, nesse mesmo sentido.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Confesso a Vossa Excelência que, no voto, enfrentei os pressupostos da medida provisória.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) - Essa matéria é pacífica, é unânime aqui na Corte.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Temos ADI, acho, sobre esse assunto.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) - Exatamente.

03/05/2012

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.330 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, Senhores Ministros, eu li atentamente o voto de Vossa Excelência, proferido no início deste julgamento, em 2008. Ouvi também, com toda atenção, o voto do eminente Ministro Joaquim Barbosa e, desde logo, registro que entendo presentes, na linha da jurisprudência que Vossas Excelências acabam agora de reafirmar, os requisitos da urgência e da relevância da Medida Provisória nº 203, convertida na Lei nº 11.096, de 2005.

Permito-me apenas algumas breves observações com relação ao tema, que, de certa forma, enfrentamos, no que diz respeito às alegadas inconstitucionalidades por afronta aos princípios da isonomia, da autonomia universitária e da livre iniciativa, há duas semanas quando examinamos o sistema de quotas na Universidade de Brasília. O ProUni é acoimado de inconstitucional pela autora da ação também no que tange à afronta ao princípio da isonomia, na medida em que ele prevê a concessão de bolsas pelo critério da condição econômica, e também abre espaço para os indígenas, para os negros e para os deficientes físicos.

Eu me reporto a tudo quanto externei naquela oportunidade, em que fiz leitura inclusive de voto, entendendo, na esteira do que Vossa Excelência tão bem destacou, e também o eminente Ministro Joaquim Barbosa, que a educação é não só direito social - o primeiro deles, artigo 6º da Lei Fundamental -, como também dever do Estado, consagrado no artigo 205, inclusive com a possibilidade de acesso ao ensino superior.

Nessa linha, com relação especificamente à autonomia universitária, que nós enfrentamos naquela ação, eu só destacaria que não visualizo nenhuma violação porque, em primeiro lugar, a livre iniciativa pode ser limitada de forma a realizar objetivos públicos traçados pelo Estado, tais

ADI 3.330 / DF

como as metas de inclusão social e o acesso à educação, e também porque o programa - aspecto já tão bem destacado - é de adesão voluntária.

Com relação especificamente, Senhor Presidente, ao conteúdo do artigo 13 da Lei impugnada, também não vislumbro inconstitucionalidade, ao entendimento de que ela tão só estimula adesão ao programa ao dar prioridade no repasse dos recursos do FIES às instituições participantes do ProUni, não deixa de fazer o repasse às não aderentes e cria mecanismo de estímulo à participação em importantíssimo programa de inclusão social - como tão bem destacado até aqui - por meio de acesso ao ensino superior.

Igualmente entendo, Senhor Presidente, que as sanções previstas no artigo 9º não violam o princípio da legalidade, por se tratarem de consequência jurídica e de descumprimento obrigacional assumido com a assinatura do termo de adesão ao programa, não se confundindo com imposição de sanção penal de qualquer espécie.

Com relação ao aspecto tributário, à reserva de lei complementar, vou me eximir, Senhor Presidente, de fazer maiores considerações diante dos fundamentos trazidos pelo Ministro Joaquim nessa assentada e daqueles já esposados por Vossa Excelência, ainda que, confesso, eu reputo de suma relevância os fundamentos que embasam a doutrina, extremamente respeitável e forte, no sentido da necessidade de lei complementar para a regulação das imunidades tributárias. Ainda que eu reputo de extrema relevância estes fundamentos, parece-me que o objetivo social desse programa, na verdade, deve levar a que se endosse a jurisprudência que esta Corte - já uma jurisprudência mais antiga - vinha adotando no sentido de reconhecer, no caso das imunidades, a necessidade de lei complementar apenas com relação a aspectos objetivos - a partir da distinção entre aspectos subjetivos e objetivos.

Por isso, Senhor Presidente, endosso integralmente o voto de Vossa Excelência e o do Ministro Joaquim Barbosa no sentido de julgar improcedente a ação.

03/05/2012

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.330 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, eu, preliminarmente, gostaria de parafraseá-lo, de alguma sorte, nessa questão, quando Vossa Excelência afirma que há determinados processos que tramitam aqui no Supremo Tribunal Federal, que são autoevidentes quanto à sua constitucionalidade. Uma Constituição Federal que traz, no seu preâmbulo, a promessa de construção de uma sociedade justa, solidária, com erradicação de desigualdades, não pode ser fundamento para se declarar inconstitucional um programa político, editado pelo Poder Público, que visa o acesso de todos ao ensino universitário. Evidentemente que mesmo uma eventual confrontação - absolutamente desproporcional e desigual - entre esse valor, que representa o próprio fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro - a criação dessa sociedade idealizada -, evidentemente que o princípio da livre iniciativa sucumbiria fatalmente numa ponderação de valores, qualquer que seja a doutrina adotada pelo prolator do voto.

Por outro lado, Senhor Presidente - evidentemente um tema muito relevante - procurei trazer um voto escrito longo, em homenagem ao votos que me antecederam, mas isso não tem lugar depois desse debate que já se abriu. Então, apenas, destaquei alguns pontos que vou respondê-los numa grande ementa autoexplicativa. Há quatro laudas, o que já tranquiliza muitíssimo quanto à expectativa do volume das assertivas que vão ser aqui lançadas.

Então, num primeiro aspecto, o próprio Ministro Joaquim Barbosa destacou que há uma alegação de violação à cláusula pétrea fundamental da igualdade, da isonomia, oriunda, digamos assim, de tantas revoluções libertárias. E eu adjunto - verifico aqui, Senhor Presidente - que essa isonomia, no caso concreto, reclama exatamente aquele tratamento isonômico a que Vossa Excelência se refere com recorrência: o tratamento

ADI 3.330 / DF

igual para os iguais e desiguais para aqueles que se desigalam à medida em que, também, se desigalam. Mas, há mais: o artigo nº 206 da Constituição Federal traz um subprincípio da isonomia quando assenta que um dos cânones pétreos da educação é exatamente garantir a igualdade de acesso à educação, o que vai viabilizar, e o que viabiliza, o ProUni nesses números já tão significativos e expressivos, como Vossa Excelência aqui destacou.

Por outro lado, temos de desmistificar também essa questão de supressão de autonomias. Afinal de contas, o ProUni é um programa de adesão voluntária. Ingressa quem quer. Os abastados que podem suprir as suas próprias necessidades e os alunos que também não precisam de apoio não vão para as faculdades que aderem ao ProUni. Agora, o que não pode é a entidade não colaborar com o Governo e ele ter de prestar, ainda, uma atividade de fomento, que representaria uma desigualdade ímpar, um sacrifício social sem qualquer fundamento.

Por outro lado, Senhor Presidente, também nessa questão tributária, verificamos é que, muitas vezes, a Constituição se refere "na forma da lei complementar" e ora "na forma da lei". Então, a lei do ProUni, à semelhança de outras leis, estabelece critérios para que algumas entidades possam se enquadrar naquele programa. Critérios. Isso não tem nenhuma vinculação com o poder de tributar, até porque a parte não teria nem legitimidade para defender o Governo numa eventual limitação ao seu poder de tributar; ela não é um *ombudsman* da arrecadação do Estado.

E aqui verifico que a fonte normativa, para estender esses benefícios, se refere ao enquadramento na forma da lei. Não diz, necessariamente, que é lei complementar, o que faz pressupor que essa intermediação pode ser feita pelo legislador ordinário. Por outro lado, a lei também estende esses benefícios a entidades que exerçam atividades que não sejam exclusivamente filantrópicas. Ora, temos entidades totalmente filantrópicas e não exclusivamente filantrópicas. Nós não temos entidades não filantrópicas e filantrópicas. A lei, quando se utiliza da expressão "não exclusivamente filantrópicas", usa, como contraponto, as entidades

ADI 3.330 / DF

"exclusivamente filantrópicas". O que significa dizer que as entidades "não exclusivamente filantrópicas" têm de exercer uma diminuta parcela de atividade filantrópica, porque senão elas não seriam "não exclusivamente filantrópicas", seriam não filantrópicas, como as outras são filantrópicas. Não teria sentido essa expressão.

E anoto ainda, Senhor Presidente, que, numa interpretação teleológica da Constituição Federal, por exemplo, alega-se que essa lei viola o princípio da reserva legal, fazendo um paralelismo com o Direito Criminal. Ora, o princípio da reserva legal não pressupõe ajuste de vontades; ele pressupõe um ambiente onde as pessoas convivem e devem saber, de antemão, para não serem surpreendidas, o que é lícito fazer e o que não o é, até porque a Constituição estabelece que "(...) II - *ninguém deve fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei*";". Então, o princípio da reserva legal visa evitar que seja imposta uma sanção surpreendente e que, se a parte soubesse da sua existência, ela não praticaria aquele ato. Aqui, não. As sanções são previstas legalmente e encartadas no termo de adesão. Não há surpresa nenhuma, nem violação alguma ao princípio da reserva legal.

E, por fim, essa questão da atividade de fomento está intimamente ligada a uma certa colaboração com o Governo. Não há sentido o Governo empreender o fomento de uma atividade a que não haveria uma contraprestação.

Então, Presidente, estou aqui, nos dois primeiros itens da minha ementa, destacando que estão presentes os pressupostos, muito embora tenha havido a conversão. Estou ressaltando que o ProUni representa uma política pública federal de caráter geral, subsidiado com recursos da mesma natureza - ou seja, recursos federais -, revelando-se programa público de adesão voluntária. Por isso que não viola a livre iniciativa e nem o pacto federativo com suposta invasão de competência entre a União e os Estados.

A isonomia constitucional aqui - no meu modo de ver, já esclareci - resta entendida nas hipóteses em que a previsão da hipossuficiência econômica lastreia-se na trajetória econômica sob o ângulo da carência

ADI 3.330 / DF

financeira. Por isso que, se o beneficiário cursou o ensino médio - como está na lei -, com bolsa integral, e o outro com bolsa parcial, situa-se acima da razoabilidade considerar-se esse fator como critério para indicar os destinatários do programa - porque se um pôde pagar e o outro não pôde pagar, aquele que não pôde pagar tem que ser beneficiário do programa -, superando-se - no meu modo de ver, com a Lei do ProUni - o vetusto paradoxo pátrio de que o aluno que estuda em escola pública não ascende ao ensino universitário público de excelência; porque o aluno que estuda em escola pública não consegue acesso às universidades públicas que, pelo próprio Ministério da Educação e Cultura, na sua qualificação, são as melhores universidades do País, as públicas. E a universidade particular é paga. Por isso, é mister haver esse fomento, quando ela se enquadra naqueles requisitos que não têm nenhuma vinculação com a limitação do poder de tributar. Nenhuma!

Acrescento, então, como já disse, que o ingresso no ProUni é facultativo, é por adesão. Isso é antinômico com a ideia de supressão da autonomia universitária. Pelo contrário, confirma a autonomia universitária. Entra quem quer.

Como muito bem destacou a Ministra Rosa Weber, as decisões adotadas na ação declaratória de inconstitucionalidade em relação às ações afirmativas fizeram coisa julgada naquilo em que se definiu, naquilo em que se encerrou a normação sobre a legitimidade, a constitucionalidade da integração étnico-racial à luz da Constituição. Então, aquela decisão, se serve para esse processo **incidenter tantum**, tem que ser respeitada com força de coisa julgada, porque essa questão prejudicial já foi julgada como questão principal noutra ação, que teve essa questão como objeto do libelo, de sorte que disso nós não podemos nos afastar.

Faço aqui essa digressão também sobre o que significam essas expressões "atividades filantrópicas" e "atividades exclusivamente filantrópicas e não filantrópicas", para demonstrar que alguma parcela de filantropia há de existir, porque senão a denominação seria só "filantrópicas e não filantrópicas", porque não é exclusivamente

ADI 3.330 / DF

"filantrópicas".

Também acompanho o Ministro Joaquim Barbosa, quando assenta que a atividade assistencial reclama o *plus* de ser, em parte, universal e gratuita, conforme a dicção do próprio artigo 203 da Constituição Federal.

Passando alguns aspectos que já foram aqui assentados, eu estou reafirmando a questão da proporcionalidade, a questão que não fere a reserva legal. E, quanto à alegação de que o não recebimento deste fundo, do FIES, pelas outras entidades, que são abastadas, eu esclareço que a atividade de fomento estatal, como sói ser o FIES, é destinada aos parceiros do Estado - tem de ser destinada aos parceiros do Estado -, que o coadjuvam em políticas públicas, restando acertado conferir bônus aos que suportam ônus. Consectariamente, destinar o FIES aos que aderem ao ProUni é tratar diferentemente os que atendem, em graus diferentes, aos interesses públicos, estratégia que não só converge para a igualdade substancial, mas também implementa, com a máxima razoabilidade, a política educacional, sem ofensa nenhuma à autonomia universitária, à medida em que, novamente, afirma-se que essa adesão - como o próprio nome indica - é facultativa.

E colhi aqui um dado muito elucidativo do Governo no sentido de que não se pode equiparar, para efeito de recebimento dos recursos do FIES - diz o Governo em suas informações: "*quem cumpre as exigências do artigo 11 da mesma lei e, conseqüentemente, seja um colaborador do Estado no incentivo ao ensino, e quem não oferece absolutamente nada, em contrapartida aos recursos recebidos.*" Quer dizer, é inimaginável se pretender igualar essas entidades.

Entendo que o ProUni é um exemplo eloquente de fomento público de atividades particulares relevantes, tanto mais que consentâneo com o ideário da Nação, que promete essa sociedade justa e solidária, com a erradicação das desigualdades. Por isso que o FIES destina-se, como não poderia deixar de ser, aos estabelecimentos de ensino inclusivos das minorias pertencentes às etnias vulneráveis e estigmatizadas historicamente.

Termino, então, Senhor Presidente, assentando que o Supremo

ADI 3.330 / DF

Tribunal Federal decidiu, na ADI nº 319, da relatoria do Ministro Moreira Alves, que a Lei nº 8.039 - num raciocínio analógico, para se conjurar essa inconstitucionalidade -, ao fixar limites para aumento do valor das mensalidades escolares, entendeu que era compatível com a Constituição de 88 essa estratégia governamental, fruto da ponderação entre interesses coletivos e interesses individuais imbricados na Constituição. Vale dizer - foi o que se afirmou na ADI nº 319, que, digamos assim, é o fecho da conclusão desse voto -, a liberdade de iniciativa não é resguardada em absoluto, senão apenas nos limites necessários à acomodação otimizada de outros bens jurídicos constitucionais, igualmente dignos de tutela, como, em caso, a inclusão e a redução das desigualdades sociais.

Com esses fundamentos, Senhor Presidente, eu acompanho Vossa Excelência e os brilhantes votos que me antecederam, os dos Ministros Joaquim Barbosa e Rosa Weber.

03/05/2012

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.330 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Subscrevo o preciso voto de Vossa Excelência e julgo improcedente a ação.

03/05/2012

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.330 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, surgem duas vertentes diversas. A primeira, a do politicamente correto. Não há quem, sob essa óptica, deixe de endossar o ProUni. A segunda, a do politicamente jurídico, que importa sobremaneira ao Judiciário. Mais uma observação: não cogitamos da universidade pública, versamos questão ligada à iniciativa privada, às universidades privadas.

Na espécie, o Estado buscou trilhar o bom caminho e remeteu ao Congresso Nacional projeto de lei para versar o tema, como incumbia, calcado em política governamental que poderia rotular como sadia, realmente fazê-lo. Pediu que no tocante a esse projeto fosse emprestado o regime de urgência pelas duas Casas do Legislativo Federal. Choveram emendas, pareceres apontando a inconstitucionalidade do que contido no projeto, inclusive de nossa colega, à época na advocacia militante, Cármen Lúcia Antunes Rocha.

O que fez, então, o Poder Executivo, que encaminhara o projeto para deliberação pelos representantes do povo brasileiro, Deputados Federais e Senadores, e pedira, como previsto na Carta da República – e esse dado é importante para o que desenvolverei a seguir –, o regime de urgência? Abandonou o projeto. Abandonou-o tendo em conta a polivalência, que ganhou esse instituto, que deveria ser tomado como de excepcionalidade maior, que é a medida provisória. Generalizando exigências quanto à utilização desse instrumental, a urgência e a relevância – e toda lei, de início, goza da presunção de relevância –, potencializando esses dois requisitos, editou a medida provisória.

A meu ver, quando a Constituição Federal se refere à urgência, para ter-se a disciplina de certo tema, de forma precária, mediante medida provisória, potencializa o sentido desse vocábulo, já que é possível o encaminhamento de projeto de lei acompanhado de pedido de urgência. Essa previsão – por isso ressaltei bem – da Constituição, quanto ao pleito de urgência, presente no artigo 64 da Carta de 1988, direciona a assentar-se, de forma irrefutável, que a urgência necessária para a edição de

ADI 3.330 / DF

medida provisória é de gradação maior. Não surgiu apenas na quadra em que editada medida provisória. Se a política, a que me referi, das bolsas alcançadas pelo ProUni, mostrou-se sadia, já o seria anteriormente, e a medida provisória somente veio à balha recentemente.

Então, tenho que merece glosa a substituição do projeto, encaminhado com pleito de conferir-se a ele urgência, pela medida provisória.

Há mais. O que se acabou por disciplinar, mediante a medida provisória? O poder de tributar. Quanto a esse poder, o artigo 146 da Constituição Federal remete à lei, qualificando-a – não há referência apenas à lei, quando se poderia cogitar de lei ordinária –, rotulando-a como necessariamente complementar. Veio um problema seriíssimo, que está em bom vernáculo no rol dos óbices, a utilização da medida provisória: é que medida provisória não serve a disciplinar tema reservado à lei complementar. A vedação está no inciso III do artigo 62 da Constituição Federal:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

(...)

III - reservada a lei complementar;

Volto ao artigo 146 da Constituição Federal e constato na cabeça deste artigo:

Art. 146 - Cabe à lei complementar:

(...)

II - regular as limitações constitucionais ao poder de

ADI 3.330 / DF

tributar;

Cogita-se, no caso – já que o veículo não se mostrou a Constituição Federal, quando o certo seria falar em imunidade –, de isenção. Dir-se-á que, na espécie, a medida provisória acabou convertida em lei.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Foi a Lei nº 11.096/2005.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Valho-me da lição de um grande pensador do Direito, Celso Antônio Bandeira de Mello: o vício originário, quanto à edição da medida provisória, contamina a lei de conversão. Em síntese, a lei de conversão é válida, se válida for a medida provisória.

Há mais. O que encerra hoje a lei de conversão, referida por Vossa Excelência? Encerra até mesmo algo que foi excomungado pela Carta de 1988 e que era comum no regime de exceção, no regime militar: a delegação.

O artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988 expungiu – inclusive limitando a vigência de diplomas que estariam baseados na delegação admitida anteriormente e direcionando a necessidade de vir lei para legitimar a projeção, no tempo, da disciplina – a delegação. E o diploma implica delegação quanto a algo que está submetido ao princípio da legalidade, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, ou seja, a sanção. Projeta, para definição do Executivo, do Ministério da Educação, as situações concretas que possam desaguar na aplicação de sanção. O regulamento não se presta a inserir, no mundo jurídico, situação concreta motivadora, nem tampouco sanção decorrente de certo ato.

A meu ver, sob esse ângulo, tem-se mesmo o maltrato à autonomia universitária, no que simplesmente passa o Ministério da Educação, com esse poder, com essa carta em branco para revelar situações concretas a atraírem sanção, a substituir-se às universidades.

Vou adiante e continuo – o início de minha fala ficou circunscrito ao

ADI 3.330 / DF

vício formal – com a questão do vício material. O que decorre, se não houver uma interpretação da Lei de Conversão conforme à Carta da República? O que ocorrerá com aquelas entidades já beneficiadas por algo que é de envergadura maior, ou seja, pela imunidade? Caso não adiram ao ProUni, perderão algo assegurado constitucionalmente. E perderão algo, não pelo descumprimento do Código Tributário Nacional, no que revela o que deve ser atendido pelas entidades contempladas com a imunidade constitucional, exigências que observam a ordem natural das coisas, exigências do Código Tributário Nacional, que atendem ao princípio da razoabilidade, ao princípio da proporcionalidade, no que o artigo 14 preceitua:

"Art. 14. O disposto na alínea 'c' do inciso IV do artigo 9º" – ou seja, é justamente a problemática de não se ter o ônus tributário – "é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:"

Nós temos:

"II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;" – o interesse nacional.

"III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão."

E seguem-se parágrafos quanto à falta de cumprimento.

Indago: é razoável, é aceitável, observa a ordem natural das coisas, o princípio do determinismo, o Estado cumprimentar com chapéu alheio? Por que não potencializa o instituto das universidades públicas, viabilizando o acesso com maior largueza? Por que esse acesso é tão afunilado, revelando *via crucis*, que é revelada pelo vestibular para uma universidade pública? Não o faz porque é mais fácil utilizar-se de um poder de pressão maior, do poder que é inerente à soberania, e compelir-

ADI 3.330 / DF

se a iniciativa privada a fazer o que ele próprio – Estado – deveria fazer, viabilizando o acesso universitário, de uma forma larga, àqueles que tenham o requisito de escolaridade para cursar o nível universitário, sem essa carnificina – e assim rotulo – como o é o vestibular para uma universidade pública, com afunilamento insuplantável. Mas veio o Estado, como disse, a cumprimentar com chapéu alheio, deixando no ar a perda da imunidade prevista no artigo 150 na Carta da República, a impor, para ter-se a isenção – e não se pode cogitar de sobreposição, a um só tempo, versar-se o direito à imunidade e o direito à isenção, já que são valores que se excluem, sendo o primeiro mais abrangente do que o segundo –, até mesmo àquelas universidades detentoras da prerrogativa estampada na imunidade, para continuarem tendo jus a essa imunidade, a adesão ao ProUni e fazer o que ele não faz: abrir vagas aos estudantes egressos de escolas públicas.

Também não vejo a proporcionalidade no que se aponta: para cada nove alunos pagantes, ter-se-á um a deter a gratuidade. Vejo transgressão ao princípio da isonomia, no que se cogita o afastamento do fundo de financiamento ao estudante de ensino, se não houver adesão ao ProUni.

O meu compromisso – e talvez esteja errado, porque voz isolada no Colegiado – não é com o politicamente correto. É com o politicamente correto, se estiver, sob a minha óptica, segundo ciência e consciência possuídas, harmônico com a Carta da República. E, no que editada essa medida provisória, convertida em lei, atropelando-se o que seria normal, o que seria o trânsito do projeto apresentado pelo próprio Executivo, não tenho algo afinado com a Constituição Federal.

Peço vênia à maioria já formada, reconhecendo que, talvez, mereça críticas no que não potencializo o objetivo em detrimento do meio, para julgar procedente, não a ação – que é o ato cívico, assegurado constitucionalmente de chegar-se ao protocolo do Judiciário e dar-se entrada em peça a revelar pretensão –, mas julgar o pedido formulado na inicial.

É como voto.

03/05/2012

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.330 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. AYRES BRITTO
REQTE.(S)	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO - CONFENEN
ADV.(A/S)	: IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
REQTE.(S)	: DEMOCRATAS
ADV.(A/S)	: FABRÍCIO JULIANO MENDES MEDEIROS
REQTE.(S)	: FEDERAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL - FENAFISP
ADV.(A/S)	: PAULO ROBERTO LEMGRUBER EBERT
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S)	: CONECTAS DIREITOS HUMANOS
INTDO.(A/S)	: CENTRO DE DIREITOS HUMANOS - CDH
ADV.(A/S)	: ELOÍSA MACHADO DE ALMEIDA

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE e RELATOR) - Ministro Gilmar Mendes, proponho a Vossa Excelência a coleta do seu certamente judicioso voto após o intervalo.

Apenas eu me permitiria lembrar que, na ADI nº 4.048, medida cautelar, Vossa Excelência, me parece, deu cifras definitivas à questão da não prejudicialidade do exame da medida provisória, quanto aos seus pressupostos., mesmo quando se dá a conversão dela, medida provisória, em lei.

Segundo eu e o Ministro Joaquim Barbosa, enfrentamos a questão da exoneração fiscal, da imunidade tributária, fazendo a distinção entre lei que efetivamente limita o poder tributante do Estado e lei que simplesmente dispõe sobre preenchimento de condições para gozar do favor fiscal. Também dissemos ambos, eu e o Ministro Joaquim Barbosa, que, nem de leve, nem de longe, trata-se aqui de imposição de pena de

ADI 3.330 / DF

caráter criminal propriamente dito. As sanções são de Direito Administrativo com previsão expressa do contraditório e da ampla defesa.

03/05/2012**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.330 DISTRITO FEDERAL****ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, em relação àquela primeira questão, sobre o atendimento dos pressupostos de relevância e urgência, creio que já há consenso a propósito da matéria, na linha de que os vícios formais contidos na medida provisória não são convalidados pela sua conversão em lei.

Mas eu estava lembrando que, no caso em apreço, o Governo Federal encaminhou ao Congresso Nacional o projeto para regular a criação do ProUni. Ante a demora na tramitação, foi requerida urgência constitucional para tramitação do projeto. Ocorre que, paralelamente ao PL nº 3582, tramitava o Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias referente ao ano 2005, que teve o condão de retardar, ainda mais, a votação do projeto que visava a criação do ProUni.

Diante desse estado de coisas, e reputando emergencial a necessidade de aumento do número de vagas no ensino superior, para atenuar os baixos índices de acesso à universidade no Brasil, foi solicitada a retirada do PL, e posteriormente editada a MP nº 213.204, convertida na Lei nº 11.096.

Tendo em vista a prioridade da questão tratada por meio da Medida Provisória impugnada e o caráter especial e de exceção que assume a análise dos pressupostos de relevância e urgência por esta Corte – falei na ADI nº 4.048, já citada por Vossa Excelência –, tenho por configurados os referidos pressupostos e, portanto, supero a preliminar arguida relativa ao não conhecimento da ação. Porém, eu estava me manifestando, então, no sentido da divergência, mas temos concordância em relação a isso.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) - Todos concordamos nisso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sobre a exigência de lei complementar para a instituição da isenção tributária em exame, na

ADI 3.330 / DF

linha do artigo 146, II, da Constituição, também é uma matéria que tem ocupado o Tribunal já de algum tempo. Por essa razão, por exemplo, o Professor Paulo Ayres Barreto defende que o artigo 195, § 7º, deve ser interpretado em conformidade com o artigo 146, II, do Texto Constitucional, com amplo respaldo na doutrina tributária. Por outro lado, a jurisprudência do Supremo tem se inclinado no sentido que o artigo 195, § 7º, da Constituição Federal, tem natureza de regra específica e excepcional em relação à regra geral prevista no artigo 146, II. Eu cito já a ADI-MC nº 2.036, da relatoria do Ministro Moreira Alves.

Afora a discussão importante que se trava aqui Presidente, é um caso interessante de possível antinomia entre normas constitucionais e que merece uma adequada solução. E aí eu cito, inclusive, a manifestação que foi adotada pelo Plenário, na ADI nº 1.802, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, ele se dedicava ao tema e dizia o seguinte:

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) - Foi na ADI nº 1.802 exatamente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES

"Concedo que a regra de imunidade discutida efetivamente se refira à lei ordinária, como é de entender, na linguagem da Constituição, sempre que não haja menção explícita à lei complementar".

E aí diz:

"Essa foi, sob a regra idêntica do art. 19, III, c, da Carta de 69, a autorizada conclusão de Baleeiro. E note-se que, já então, regular as limitações constitucionais ao poder de tributar era matéria reservada à lei complementar".

Portanto, não há aqui nenhuma quebra quanto à interpretação.

E aí dizia:

"Estou, a um primeiro exame, em que a conciliação entre os dois preceitos constitucionais -, aparentemente antinômicos, já fora estabelecida na jurisprudência do Tribunal, e prestigiada na melhor

ADI 3.330 / DF

doutrina".

E cito, então, o RE nº 93.770, da relatoria do Ministro Soares Munhoz, que dizia o seguinte:

"Em síntese, o precedente reduz a reserva de lei complementar da regra constitucional ao que diga respeito 'aos lindes da imunidade', à demarcação do objeto material da vedação constitucional de tributar - o patrimônio, a renda e os serviços das instituições por ela beneficiados, o que inclui, por força do § 3º, do mesmo art. 150, CF, a sua relação 'com as finalidades essenciais das entidades nele mencionadas'; mas remete à lei ordinária 'as normas reguladoras da constituição e funcionamento da entidade imune', votadas a obviar que 'falsas instituições de assistência e educação sejam favorecidas pela imunidade', em fraude à Constituição".

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É um precedente do Ministro Sepúlveda Pertence?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sepúlveda Pertence.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) - Exato. Eu fiz a citação também.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Então ele ainda dizia:

"Segundo esse critério distintivo, estou em que, à primeira vista, ficam incólumes à eiva de inconstitucionalidade formal, o caput do art. 12 e seus §§ 2º e 3º, da lei referida."

Lei que estabelecia os critérios quanto ao superávit de suas contas e tudo mais.

E aí dizia:

"Tratou-se de definir os caracteres específicos da instituição de educação ou de assistência social sem fins lucrativos, requisito subjetivo da imunidade, matéria de lei ordinária, conforme a linha de demarcação em princípio ditada".

Esse entendimento esposado pelo Ministro Sepúlveda Pertence

ADI 3.330 / DF

parece-me bem compatibilizar a utilização das leis complementar e ordinária no tocante à regulamentação, respectivamente, das imunidades tributárias e das entidades que dela devem fluir.

Depois, já foi mencionado aqui, o julgamento na ADI nº 2.545, da relatoria da Ministra Ellen Gracie. O Supremo Tribunal Federal adotou entendimento em tudo compatível com o relatado.

Na ocasião, o Ministro Nelson Jobim esclareceu e simplificou o tema na parte que interessa ao julgamento de que ora nos ocupamos, ao afirmar:

"(...) não tenho dúvida em acompanhar a eminente Ministra-Relatora, apenas faço a seguinte observação: no art. 55 da Lei nº 8.212/91, que estabelece as regras para a isenção - que devem ser cumpridas -, há um dispositivo importante que, além de estabelecer que seja reconhecida como de utilidade pública federal; portadora do Registro; promova, gratuitamente, no caso, mais para assistência e não para a educação; de os diretores não perceberem a remuneração, também aduz:

'Art. 55.

.....

V - aplique integralmente o eventual resultado operacional na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais apresentando, anualmente ao órgão do INSS competente, relatório circunstanciado de suas atividades.'

A entidade, para gozar da isenção da contribuição patronal para o INSS, além de ter aqueles requisitos formais, precisa aplicar o resultado operacional do ano na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais. Não vejo dificuldade em se exigir, na aplicação integral dos resultados operacionais, que seja aplicado um percentual na concessão de bolsas de estudo, porque aí seria o percentual operacional.

O que vem acontecendo é que essas entidades – conhecemos muito bem, houve visita a várias universidades em que há uma imensidão de obras realizadas - têm um resultado operacional e, em vez de investirem esses resultados em alunos, investem no patrimônio imobilizado, ou seja, criam enormes universidades e investem nisso.

ADI 3.330 / DF

Equivocadamente, V.Exa. tem razão, pela fórmula, essa foi a emenda, ao que me recordo, do Deputado Oswaldo Biolchi, Relator do Projeto de Lei de Conversão, essa lei tentou fazer com que se deslocasse a aplicação desses resultados para as bolsas de estudo. A solução encontrada por ele foi, em vez de se recolher para o INSS, que se aplicasse diretamente às bolsas de estudo".

Portanto, essa discussão já vem sendo travada em vários projetos. E segue dizendo:

"Isso foi o que a lei visou.

De acordo com o voto da Ministra-Relatora, essa solução é problemática, porque retira, desaparece a isenção existente; não há isenção, há um redirecionamento do resultado que deveria ser recolhido ao Tesouro. Isso está certo.

Deixo claro, em meu voto, que a posição: "declarando a inconstitucionalidade da lei" não veda nem impede que seja feita uma alteração no art. 55, para se estabelecer que o resultado operacional tenha um percentual aplicado em bolsa".

Bolsa aqui não era bolsa de valores, mas bolsa de estudos.

"Podem dizer que, do resultado operacional, parte dele corresponde à isenção. Então, ter-se-ia o discurso de que cinquenta por cento do resultado operacional corresponderia à não-contribuição ao INSS, à isenção, ou se diria: não, não se pode investi-lo.

Quero mostrar que não há impedimento para que a lei estabeleça que o resultado operacional seja investido em bolsas, porque, do resultado operacional que hoje é investido em proveito próprio da entidade para crescer o número de resultados não-gratuitos, ou seja, de cobrança de matrícula e de mensalidade, pode-se investir em bolsas de estudos a carentes".

As colocações do Ministro Jobim, efetivamente, inspiraram o

ADI 3.330 / DF

legislador que criou o ProUni, que foi fazer este cálculo para o fim de apropriar-se desse chamado resultado operacional e determinar que ele fosse destinado a essa finalidade, pois os dispositivos atacados, de fato, fazem remissões constantes ao artigo 55 da Lei 8.212. E, bem examinados, demonstram que o propósito da referida norma foi justamente fazer com que as entidades beneficentes de assistência social, agraciadas pela isenção legal, sejam obrigadas a aplicar o resultado operacional na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais, o que no caso em apreço, tomado em conjunto com a intenção governamental de ampliar o acesso ao ensino superior, significa que esse resultado operacional deverá ser aplicado na concessão de bolsa.

Esse, ao meu entender, foi a orientação adotada pelo Relator da ADI em exame. Vossa Excelência, ao afirmar em seu voto que:

"o modelo normativo aqui impugnado não laborou no campo material reservado à lei complementar. Isto porque, a meu ver, ele tratou, tão-somente, de erigir um critério objetivo de contabilidade compensatória da aplicação financeira em gratuidade por parte das instituições educacionais. Critério, esse, que, se atendido, possibilita o gozo integral da isenção quanto aos impostos e contribuições mencionados no art. 8º do texto impugnado".

Desse modo, entendo, com base na jurisprudência do Tribunal, que a medida provisória, convertida na Lei nº 11.096, apenas regulou a forma pela qual se deve investir o resultado operacional, obtido também por meio da imunidade tributária, objetivando a ampliação do acesso ao Ensino Superior por meio da concessão de bolsas de estudos. Significa dizer que, em vez de arcar diretamente com os custos das bolsas de estudos concedidas aos estudantes, o Poder Público concede a isenção às entidades educacionais para que estas apliquem o resultado daí obtido no financiamento dessas bolsas.

A rigor, essa é a teleologia, inclusive, dessas entidades de assistência social, no caso.

ADI 3.330 / DF

Então, parece que aqui está bem resolvida e compatibilizada a possível antinomia entre as disposições elencadas, ou seja, ao art. 146, ao art. 197, § 5º, do texto constitucional.

Presidente, eu diria que é um modelo institucional digno de encômios, porque todos sabem e todos nós que acompanhamos esse debate ao longo da história sabemos da dificuldade de se fazer um controle dessas entidades. Esse modelo permitiu uma objetivação, à medida em que estabelece, para que essa entidade seja reconhecida como tal, um percentual determinado seja destinado a essa finalidade. E é um modelo que, inclusive, pode se expandir para outras áreas; imaginemos na área de saúde, em outras áreas.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE e RELATOR) - Seria interessante.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Veja por quê. Porque isso é quantificável sem que haja a necessidade de se colocar lá um fiscal, o que nós sabemos ser impossível, e leva, depois, a fenômenos aí que nós conhecemos, de distorção, de desvios de conduta, em suma, de tudo aquilo que se deplora e se lamenta, mas que ocorre nessa relação entre instituições privadas e os órgãos de fiscalização, às vezes, da Administração Pública.

Aqui, não, objetiva-se um critério. Se a entidade tem tantas vagas, ela será reconhecida como tal, portanto, gozará dessa imunidade se destinar esse percentual de vagas. Vejam, consegue-se estimar...

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE e RELATOR) - É uma desoneração que tem caráter compensatório.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Compensatório, evitando, inclusive, benesses – que não fazem nenhum sentido – outorgadas pelo Poder Público – quer dizer, a rigor, é o dinheiro de todos – sem que a entidade cumpra a função adequada. Por isso que, até há algum tempo, falava-se que, nesse ambiente, havia as chamadas entidades efetivamente filantrópicas, que cumprem um papel importantíssimo, e se falava também na existência das chamadas entidades de caráter "pilantrópico", que eram as entidades que

ADI 3.330 / DF

obviamente se valiam da imunidade para desvios de conduta.

Então, veja que o modelo é extremamente interessante, até porque é de fiscalização bastante simples, quase que documental, evitando, então, todos os desvios. "Ah, a entidade de fato destinou e, aí discutirem o que que é de fato investir na finalidade". Não, veja, o que o Ministro Jobim falava sobre construções de prédios, investimentos e tudo. Não, isso tudo é irrelevante, o que importa saber é se a entidade está destinando um percentual que é fixado para essa finalidade.

Então, é extremamente interessante e é necessário que seja saudada essa iniciativa, que foi extremamente engenhosa e foi inspirada, talvez entre outras inspirações, nessa própria discussão que se travou no Supremo a partir da ADI nº 2.545, em que se dizia claramente ser possível fazer a exigência de que um dado número de bolsas fosse exigido das entidades. É como se exigir de um hospital, que goze desse benefício, um dado número de atendimentos. E fazer essa verificação.

Quanto à alegação de ofensa à competência legislativa dos Estados e à autonomia universitária, também eu estou, Presidente, na linha do voto de Vossa Excelência e também de todos os votos que o seguiram, concluindo que é de se afastar, de plano, a alegação de que o Diploma Federal em exame teria usurpado a competência legislativa dos Estados e do Distrito Federal para editar normas específicas sobre ensino. Isso porque, conforme visto acima, norma federal cuida, em verdade, de concessão de bolsas por meio de adesão voluntária das faculdades privadas ao ProUni, as quais, em contrapartida, são contempladas com a imunidade tributária analisada.

Resta evidente, portanto, que a Lei federal examinada não trata de ensino em si, mas de uma política pública para aumentar o acesso ao ensino superior sem, contudo, nada interferir no modo como a atividade educacional se desenvolve.

De igual maneira, não há que se falar em ofensa à autonomia universitária. A autonomia universitária, protegida constitucionalmente, assegura, às instituições de ensino superior, uma esfera de autogoverno, de autogestão administrativa, financeira, patrimonial e didático-científica,

ADI 3.330 / DF

livre da interferência do Estado. Essa autonomia, certamente, abrange o poder de estabelecer os critérios e normas de seleção e admissão dos corpos docente e discente, a criação, modificação e extinção dos cursos, assim como a determinação da oferta de vagas nesses cursos.

Não obstante, como este Tribunal já teve a oportunidade de deixar consignado em sua jurisprudência, esses poderes inerentes à autonomia universitária podem sofrer limitações advindas da própria Constituição ou da legislação federal, desde que a lei restritiva observe também o requisito da proporcionalidade. Temos uma série de decisões a propósito.

No caso em análise, contudo, a solução é ainda mais fácil, visto que o ProUni não cria qualquer obrigação às universidades. Em verdade, o ProUni traz uma nova opção a elas, que podem aderir ao programa voluntariamente, após análise dos seus termos, ou permanecerem não participantes do programa, caso concluam pela inviabilidade de sua participação.

Resta claro, portanto, que o Diploma Normativo atacado não viola a competência legislativa dos Estados tampouco a autonomia universitária. De modo que acompanho nesse ponto também o duto voto proferido por Vossa Excelência, Presidente.

Quanto ao modelo da ação afirmativa instituído pelo ProUni, a requerente também argumenta que o artigo 7º da Lei atacada, ao utilizar o critério racial para o preenchimento de vagas no ensino superior, viola o princípio da isonomia. Assim afirma que o único critério que o Estado está a observar, no tocante ao ensino superior, está previsto no artigo 208, V, segundo a capacidade de cada um, razão pela qual as ações afirmativas nesse campo deveriam levar o Poder Público a capacitar a todos para tal acesso, dando ensino básico de igual qualidade, outorgando bolsas de estudo aos de menor possibilidade econômica e não pretender que, no ensino universitário, se outorguem privilégios a quem não esteja capacitado a acompanhá-lo, ainda que isso tenha derivado do fato de o Estado ter falhado em dar, no ensino básico e médio, a qualificação necessária.

É evidente que o argumento aqui é falacioso, pois, apesar de ser

ADI 3.330 / DF

aparentemente válida, a medida em que contesta um critério de diferenciação, o critério da raça, supostamente inidôneo para o estabelecimento da política pública da ação afirmativa, com discriminação positiva ou inversa, na verdade, procede a uma leitura parcial, e, portanto, uma interpretação equivocada da Lei. Em primeiro lugar, o artigo 3º da Lei deixa claro que o estudante, a ser beneficiado pelo ProUni, será pré-selecionado pelos resultados e pelo perfil socioeconômico do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) ou outros critérios a serem definidos pelo Ministério da Educação, e, na etapa final, selecionado pela instituição de ensino superior, segundo seus próprios critérios, a qual competirá, também, aferir as informações prestadas pelo candidato. Portanto, quanto ao critério meritório, meritocrático, acesso ao ensino superior, segundo a capacidade de cada um, a Lei, claramente, exige que o estudante seja avaliado pelo exame do ENEM, e o estudante, obviamente, ainda deverá passar pela seleção exigida pela instituição de ensino superior, normalmente, o vestibular. Apenas, após a superação desses requisitos de mérito, é que o estudante poderá concorrer a uma bolsa de estudo pelo programa ProUni. Em segundo lugar, é certo que a Lei não permite outra leitura, a não ser de que, a concessão de bolsa aos autodeclarados negros e indígenas fica condicionado ao preenchimento dos requisitos do artigo 1º e 2º da Lei, isto é, as bolsas integrais serão concedidas somente, a negros e indígenas, cuja renda familiar mensal, *per capita*, não exceda o valor de um salário-mínimo e meio, e as bolsas parciais de 50% e de 25% serão concedidas àqueles cuja renda familiar mensal, *per capita*, não exceda o valor de até três salários mínimos. Em qualquer caso, negros e indígenas deverão ter cursado o Ensino Médio completo em escola pública ou em instituições privadas, na condição de bolsista integral. Na exposição de motivos do projeto de lei, assim está demonstrado. O programa universidade para todos visa democratizar o acesso da população de baixa renda ao Ensino Superior. Mas, enquanto os alunos do Ensino Fundamental e Médio estão majoritariamente matriculados em instituições públicas de ensino, o mesmo não acontece com os alunos matriculados no ensino superior, em que apenas 30% dos

ADI 3.330 / DF

jovens universitários têm acesso ao ensino gratuito. Logo, na medida em que o ProUni incentiva as instituições privadas a oferecerem uma bolsa de estudo para cada nove alunos regulares, permite-se, assim, que estudantes de baixa renda, oriundos da rede pública de ensino básico, transponham a enorme barreira, hoje colocada para os que terminam o ensino médio e sonham poder cursar a educação superior.

Portanto, apesar de, aparentemente, estipular o critério exclusivamente racial para a concessão de bolsas de estudo, tal como quis fazer crer a entidade requerente, a lei do ProUni, em verdade, estabelece o critério de renda do aluno, como requisito essencial para concessão dessas bolsas. Fosse o critério de raças o único a ser exigido pela Lei como requisito de distinção para fins de concessão da bolsa, certamente, como eu já disse em relação ao caso da UnB, teríamos de refletir de forma mais adequada sobre o tema, pois estaria posta em séria dúvida a constitucionalidade da política. E aí, eu faço uma série de considerações sobre essa discussão a partir do debate que nós tivemos aqui no Supremo Tribunal Federal, e todas as considerações, e sobre a dificuldade mesmo que nós temos tido de fazer essa identificação, no Brasil, de forma objetiva sobre quem é desta ou daquela cor, todas as dificuldades que tem sido apontadas a propósito dessa temática.

Mas, em relação ao ProUni, o que se está a evidenciar é a adoção de uma política de inclusão social, um típico caso de discriminação positiva ou inversa que leva em conta o critério da raça, porém, não de forma exclusiva, mas conjugado com o critério socioeconômico.

A revelação da complexidade do racismo existente em nossa sociedade e das características específicas da miscigenação do povo brasileiro impõe que as entidades responsáveis pela instituição de modelos de ação afirmativa, de cotas, sejam sensíveis à especificidade da realidade brasileira, e, portanto, ao fixarem as cotas, atentem para a necessidade de conjugação dos critérios de cor com os critérios de renda, tendo em vista a própria eficiência social da instituição das políticas de cotas.

Ainda ontem ou anteontem, Presidente, eu lia uma matéria

ADI 3.330 / DF

publicada na Zero Hora do Rio Grande do Sul, em que apontava que as vagas na UFRGS, destinadas às cotas, não estão sendo preenchidas por razões várias, inclusive da campanha que se faz - isso é um problema que tem de se reconhecer - contra o estudante cotista, quer dizer, a introdução do elemento de, vamos chamar, de "racialismo" ou de "racismo" no debate, o que impõe um *constraint*, uma vergonha de estar ocupando uma vaga da cota, que é objeto, inclusive, de discussão nos próprios Estados Unidos da América.

Então, veja, cinquenta por cento das vagas não são utilizadas.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Ministro Gilmar Mendes, aqui eu acho que entra um elemento cultural, bem como algo que é relacionado à mentalidade universitária pública brasileira. Criou-se, na universidade brasileira - isso tanto na parte de alunos, quanto professores -, essa ideia de que aquilo ali é um nicho para poucos. Quando se introduz o diferente, quando se criam mecanismos para que o diferente, os que são membros de minorias também ingressem, evidentemente, que esse tipo de movimento cresce. E há uma outra diferença em relação aos Estados Unidos: a universidade americana é o que há de mais progressista, é o que há de mais liberal no país; ao contrário da nossa, a nossa é retrógrada.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE e RELATOR) - Mas o Ministro Gilmar Mendes está fazendo só um registro, não está se posicionando.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Não, mas eu também estou fazendo só um registro, que vai na linha do que ele está dizendo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu até quero registrar – já falei isso quando discutimos a questão da UnB – que isso é constatado pelos autores que fizeram o ProUni, tanto é que, na exposição de motivos, está dito isto: esse modelo tipicamente discriminatório, porque só têm acesso à universidade pública aqueles que passaram pelas boas escolas privadas e, portanto, logram passar no vestibular. Essa é a observação. E por que isso? Porque isso se tornou um funil extremamente

ADI 3.330 / DF

difícil de ser ultrapassado. É essa a questão. Claro que, se nós aprofundarmos, vejam bem, os números são vergonhosamente constrangedores. Esse programa, recém-instituído, hoje já contempla algo como um milhão de pessoas, praticamente o número que nós temos na escola pública universitária brasileira. Veja isso, agora, se nós formos falar – nós que militamos na universidade pública, sabemos bem disso –, vamos ver que temos um dos mais baixos índices na relação professor/aluno – já melhorou muito –, mas chegou a ser sete alunos por professor, seis alunos por professor. Veja, há um grave problema de gestão, por isso não se espante. Veja que, de 2003 para cá, dobrou-se o investimento na educação pública universitária, de dez bilhões passou-se a vinte e poucos bilhões de reais investidos, não obstante a dificuldade enorme de expandir as vagas, por conta desse modelo; professor que não dá aula, professor que fala para um aluno, aí se diz: ah, mas é atividade de pesquisa. Não. É problema sério de gestão.

Então, temos sérios problemas nessa área, por isso que esse sistema, veja, seis milhões de pessoas no sistema universitário como um todo, um milhão e pouco no sistema público; esse programa recém-instalado já tem um milhão de estudantes. Então, veja, agora, claro, quando nós falamos de sessenta ou setenta alunos num curso de Medicina de uma universidade federal e estabelecemos a cota, obviamente com essa limitação, claro, vamos gerar essa tensão dialética, inevitável, gerando esse fenômeno a que se refere o Jornal Zero Hora do Rio Grande do Sul. E movimentos, inclusive, de pais contra as cotas na universidade pública.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) - São fricções que o processo cultural supera. É interessante.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Supera facilmente, mas esses programas escancaram uma doença que está aí no sistema educacional brasileiro, que é escamoteado, vem sendo escamoteado esses anos todos. Esses números fazem isso: é escancarar esse problema.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Veja, Presidente, o que isso quer dizer em relação ao ProUni? Que tem sido bastante bem sucedido, vamos dizer. Ele optou por um programa de ação afirmativa

ADI 3.330 / DF

que leva em consideração o critério socioeconômico de renda familiar mínima, de origem na rede pública de ensino, distingue entre as unidades da Federação, além de abranger indígenas, deficientes, entre outras hipóteses. Essa espécie de ação afirmativa, repito, já implementada com sucesso, parece ser bastante eficaz socialmente; tanto é que o resultado é impressionante.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) - Muito bom o resultado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E eu diria muito melhor do que um tipo de cotas simplesmente baseado no critério racial. O debate é complexo e não se está a propor soluções miríficas. Aqui eu até acho interessante: eu sou, como sabem, admirador do Professor Mangabeira Unger e gosto muito, por exemplo, de sua abordagem sobre essa atividade de construção do processo democrático. Por isso, Mangabeira Unger, com aquela capacidade enorme de argumentação e com aquela inventividade peculiar, até muito engraçada na forma de falar, muitas vezes, com aquele sotaque; mas o Professor Mangabeira Unger fala muito nessa necessidade de uma certa inventividade institucional. Aqui eu acho que o Brasil deu uma demonstração quanto a essa capacidade de inventividade institucional. Veja o salto que se conseguiu numa área de difícil compromisso, de difícil transação, por quê? Porque essas entidades, que já estavam intituladas como beneficentes, se julgavam no direito de ter o reconhecimento a essa imunidade sem qualquer prestação específica, ou, quando concedia bolsas, concedia a seu talante, tanto é que não privilegiava os cursos mais caros: a entidade que tinha curso de Medicina não concedia bolsa na área de Medicina. O ProUni vem e torna isso obrigatório. Então, me parece que essa questão é relevantíssima, Presidente, para discutir todo esse modelo.

Veja, com todos esses avanços, nós estamos ainda numa situação constrangedora na América Latina. Nós temos, na população que supostamente chega à universidade, de 18 a 24 anos, 14,4% dessa população matriculados nos cursos de Ensino Superior. Não estamos

ADI 3.330 / DF

falando de qualidade, Presidente, estamos falando apenas de dados objetivos: 14,4%: são os dados do PNAD – IBGE. Portanto, aqui nós estamos num patamar vergonhoso na América Latina. A despeito do discurso que se fala, da expansão do ensino universitário, da falta de critérios na expansão do ensino universitário, nós temos, entre os jovens de 18 a 24 anos, esse percentual: 14,4%. Nós estamos abaixo da Bolívia nesse quadro. Então, veja, claro, estamos fazendo progresso, mas evidente que a nossa situação é constrangedora, falando do sistema como um todo, não estamos falando do sistema público, porque senão essa situação seria ainda mais vexatória.

Veja, Presidente, é inegável que, desde a década de 90, os Governos têm implementado políticas que visam a aumentar o número de vagas e matrículas nas instituições de ensino superior. De um número de um milhão e quinhentos mil, em 1991, chegamos, em 2007, a 4,8 milhões de alunos matriculados no Ensino Superior. Em 2010, a 6,3 milhões de estudantes matriculados; 25,8, Presidente, estavam em instituições públicas; 14,7, em instituições federais e, portanto, dos 25,8, 14, em instituições federais; e 74,2, em instituições particulares. Veja, portanto, esse dado que é extremamente interessante.

Conforme o Censo da Educação Superior do ano de 2010, o Brasil contava com 2.377 instituições de Ensino Superior, das quais 278 eram públicas, sendo 99 do sistema federal, 108 estaduais e 71 municipais, que têm uma peculiaridade, porque, naquela tradição do sul do Brasil, essas instituições – e a Constituição autorizou – municipais acabam cobrando anuidade ou mensalidade.

O sistema público contava com um total de 1.643.298 matrículas de graduação; o setor privado acolhia 2.099 instituições, com 4.736.001 matrículas de graduação.

O programa ProUni tem exercido um papel fundamental nesse crescimento do número de matrículas no ensino superior. Dos estudantes em instituições particulares, hoje, pouco mais de um milhão tem o apoio do ProUni, seja para bolsa total, seja para bolsa parcial. Portanto, o número de ingressantes no ensino superior, por meio do ProUni, chega a

ADI 3.330 / DF

ser próximo – essa é a ironia Presidente, para um programa recente – do total de estudantes atualmente matriculados em instituições públicas. Praticamente, nós temos, hoje, no programa ProUni, nas instituições particulares, privadas típicas ou beneficentes, nós temos um número de estudantes que estão nas universidades públicas. Veja, esse é um dado interessante. A universidade pública, tem razão o Ministro Joaquim Barbosa, é extremamente discriminatória. Até os anos noventa, praticamente, elas não tinham curso noturno. E esse é um problema para o estudante pobre – todos sabem –, porque não adianta apenas ele ter acesso a universidade. Como é que ele se sustenta, se ele não pode trabalhar? Por isso a discussão delicada dessa temática. Daí, ele trabalhar para pagar o estudo. E aquela distorção que nós apontávamos desde o início: o rico vai para a universidade pública e o pobre vai trabalhar para pagar a universidade privada. Veja, por quê?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) - É uma distorção gravíssima.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ainda hoje, são poucos os cursos noturnos na universidade pública, por conta desse modelo que está colocado. Muitos professores, custo elevadíssimo, modelo estatutário, aposentadoria em tempo mais curto, pouca gente em sala de aula.

Lembro-me na Alemanha, por exemplo, meu professor, Professor Erichsen, dava aula, as chamadas *Vorlesungen*, para 700 pessoas. No Brasil, se tivermos que lidar numa sala com 70 alunos, já vamos revelar nosso horror. Então, veja, há um problema sério aqui que precisa ser discutido. A expansão que está se fazendo é no sistema privado, não nesse sistema. Eu falava, no Brasil em 95, o número de alunos por professor era de 7,5 em 2002, passou para 11,6. Em 2006, tivemos um decréscimo para 10,8, o que demonstra que ainda temos um número muito elevado de professores em relação ao número de alunos, muito distante do número de 16 alunos por professor, observados nos países desenvolvidos. Se se chegasse a essa meta, já se tinha uma expansão significativa no âmbito da universidade pública. Portanto, essa discussão

ADI 3.330 / DF

tem que ser colocada. E veja, senão nós vamos criando biombos e tensionando as relações internas, sem melhorar a gestão da universidade.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) - Vossa Excelência tem razão, aquele dito antigo, "muito cacique para pouco índio", se transportou para a universidade pública: muitos professores para poucos alunos. Isso significa o desperdício de recursos.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - E muitas delas não querem expandir.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - Não querem.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Então, veja Presidente, gastando muito com recursos humanos...

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE) - A análise é perfeita, de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - ...sem que isso se reflita no aumento do acesso e da qualidade de ensino. E por isso, então, essa discussão. Quando nós falávamos, aqui, na discussão sobre a UnB – dos anos 70 para agora –, a Universidade saiu de trinta alunos para cento e vinte, considerando o número da população brasileira, vê-se o tamanho da evolução; quer dizer, não melhora a tecnologia de ensino, não amplia a participação de assistentes, monitores, estagiários.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE E RELATOR) - As concepções pedagógicas não estão à altura dos novos tempos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Portanto, veja que é possível – o projeto que já existiu – aumentar o número de vagas por professor. Número tão reduzido de vagas em universidades públicas é, por si só, um fator de exclusão, Presidente.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (PRESIDENTE RELATOR) - É bem observado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É uma questão que precisa ser colocada.

ADI 3.330 / DF

Então, Presidente, com base nessas considerações e ressaltando que o ProUni não estabelece o critério exclusivamente racial, mas, mesmo usando o critério racial, estabelece, exige o componente socioeconômico, acompanho Vossa Excelência e voto pela improcedência da ação.

03/05/2012**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.330 DISTRITO FEDERAL****VOTO****O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):****1. BREVE RELATO DA AÇÃO**

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pela CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO (CONFENEN), pelo partido político DEMOCRATAS (DEM), bem como pela FEDERAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL (FENAFISP), contra alguns dispositivos da Medida Provisória n.º 213/2004, convertida na Lei 11.096, de 13 de janeiro de 2005.

A Medida Provisória atacada “institui o Programa Universidade para Todos – PROUNI, regula a atuação de entidades de assistência social no Ensino Superior, e dá outras providências”. Após a conversão da referida MP na Lei 11.096/2005, foi requerido o aditamento da inicial.

À presente ação foram apensadas as ADIs 3.314 e 3.379, de mesmo objeto. Os requerentes alegam que a edição da MP impugnada não observou a existência dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência (art. 62), que a União não poderia ter editado normas especiais em matéria de educação – visto carecer de competência legislativa para tanto – e que alguns dispositivos do ato normativo impugnado dispõem sobre matéria reservada pela Constituição à lei complementar. Por fim, aduzem que a MP atacada desrespeita os princípios da legalidade, da isonomia, da autonomia universitária e do pluralismo de ideias e concepções pedagógicas.

Em informações, o Presidente da República afirmou que a MP atacada atende os pressupostos de relevância e urgência, ante a necessidade de se proporcionar aos estudantes deste país acesso ao Ensino Superior. Além disso, afirma que o ato normativo em exame não cuida de “educação, cultura e desporto”, mas de outorga de isenção às

ADI 3330 / DF

universidades privadas não contempladas com a imunidade constitucional, bem como que não há reserva constitucional de lei complementar para o tratamento do tema, uma vez que a jurisprudência desta Corte é firme, ao afirmar que somente nas hipóteses em que a Constituição expressamente requer esse tipo de diploma ele deverá ser exigido.

O Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República manifestaram-se pela improcedência da presente ação.

O relator, Min. Ayres Britto não conheceu da ADI 3.379 – no que foi acompanhado pela Corte –, em razão da ilegitimidade ativa da requerente FENAFISCO. Todavia admitiu-a no presente feito na condição de *amicus curiae*. Foram admitidos, nessa mesma condição, o Centro de Direitos Humanos (CDH) e a Conectas Direitos Humanos.

2. O ATENDIMENTO DOS PRESSUPOSTOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA PELA MP 213/2004 E SUA CONVERSÃO NA LEI 11.096/2005

O voto do relator, preliminarmente, afastou a necessidade de exame do atendimento dos pressupostos de relevância e urgência no caso em apreço, tendo em vista que a MP impugnada foi convertida em lei. O Min. Britto afirmou em seu voto o seguinte: *“adiro à decisão proferida na ADI 3.289, no sentido de que a conversão de medida provisória em lei prejudica o debate jurisdicional sobre o atendimento dos pressupostos de admissibilidade desse espécime de ato da ordem legislativa”*.

Com todo o respeito, fui relator da referida ADI 3.289, DJ 3.2.2006, e meu voto, acompanhado pela maioria da Corte, não concluiu pela prejudicialidade do exame jurisdicional dos pressupostos de relevância e urgência para a edição de medidas provisórias quando estas hajam sido convertidas em lei. Antes, adentrei a análise do atendimento desses pressupostos no caso que estávamos a analisar. Reproduzo trecho do voto que proferi naquela assentada:

“Passo agora a apreciar as impugnações relacionadas ao requisito constitucional da relevância e da urgência.

ADI 3330 / DF

Certamente há situações em que o Presidente da República tem a necessidade imediata de promover ajustes no plano institucional e, especialmente, na organização dos órgãos superiores da Administração Pública. Estão justamente na chamada administração superior as peças básicas para o exercício do poder conferido ao Presidente.

Tais ajustes, que atendem especialmente a critérios de índole política, por óbvio podem demandar a edição de medidas urgentes.

No caso, é difícil considerar ilegítimas as razões explicitadas na Exposição de Motivos correspondente à MP 207, no sentido do papel absolutamente diferenciado do Presidente do Banco Central, tanto no plano interno quanto internacional.

Indaga-se, nos autos, porque semelhante medida não teria sido editada em outro momento, haja vista que o Presidente do Banco Central já teria a referida preeminência há muito tempo. Esse argumento é colocado na inicial da ADI 3289 e é incorporado no parecer do Ministério Público.

Fosse correta tal impugnação, em muitas ocasiões se poderia impugnar uma Medida Provisória indagando porque ela não teria sido editada no primeiro dia de Governo.

Esse não me parece um argumento consistente, pois desconsidera um aspecto básico, qual seja a dimensão política e historicamente condicionada da atuação do Poder Executivo.

A incompreensão desta dimensão política é que tem gerado, tanto na opinião pública quanto na jurisprudência e na doutrina, uma série de equívocos na avaliação dos requisitos de relevância e urgência das medidas provisórias. Por vezes há manifestações que parecem partir do pressuposto de que certas medidas provisórias foram editadas em razão de uma atitude pessoal, isolada e voluntarista do Presidente da República. Essa perspectiva desconsidera os inúmeros fatores que condicionam a prática dos atos de governo e o exercício do poder político. Há limitações de toda ordem. Por vezes o fator é interno à Administração. Exemplo disso seria a ineficiência do Governo em identificar problemas e propor soluções. E também há

ADI 3330 / DF

condições que são externas à estrutura do Executivo, como, por exemplo, a composição parlamentar que dá sustentação ao Presidente em determinado momento. Há inúmeros outros fatores, e alguns desbordam as fronteiras nacionais. Não há, diante de tais condicionamentos, um “momento ideal” para a edição de atos de governo.

Não estou aqui, obviamente, estabelecendo uma justificativa para qualquer ato de governo, o que acabaria indevidamente por endossar as hipóteses de abuso do poder de legislar.

O que pretendo enfatizar é essa dimensão política e histórica, ínsita ao próprio Direito Constitucional, que explica uma permanente mudança de cenário ao longo de um mandato presidencial. É nesse contexto dinâmico que são tomadas decisões pelo Presidente da República. As condições políticas existentes no primeiro dia de mandato não são as mesmas de hoje ou do dia em que foi editada a MP 207.

Lembro aqui, ademais, um registro de Canotilho, que evidencia um aspecto essencial na realização da Constituição. Não se pode ver, na concretização do Texto Constitucional, um espaço vazio ou, em outras palavras, a ausência de um *locus* para o que poderíamos denominar de “jogo do direito”. Isso por evidente importaria em um nefasto estragulamento da política e da democracia. Penso, de modo diverso, que a partir do plano constitucional, há um amplo espaço para as mais diversas estratégias constitucionais. E como sabemos no âmbito do jogo da política e do direito, não obstante a existência daquilo que Canotilho designa como um “espaço de indeterminação que permite a inventividade”, não há escolhas absolutamente livres. Registro, por oportuno, a lição de Canotilho:

‘Alguns autores assinalam às normas e princípios constitucionais um ‘sentido de colocação’, um ‘sentido de estratégia’, para vincar a idéia de que, para além das regras constitucionais, não há um espaço vazio, mas um *espaço de jogo* aberto à criatividade prática e estratégica dos

ADI 3330 / DF

jogadores. Para se compreender este ‘jogo do direito’ deveremos reter dois elementos essenciais do conceito de jogo:

(1) – as *regras convencionais*, reguladoras e institucionalizadoras, que devem ser observadas pelos ‘actores’ ou ‘jogadores’ políticos (as ‘regras do jogo’);

(2) – *espaço de indeterminação* que permite a inventividade, a criatividade das ‘personae’ que actuam na cena jurídico-política.

No plano constitucional, dir-se-ia que o *corpus* constitucional estabeleceria um conjunto de regras convencionais (=regras do jogo) sobre as quais podem assentar as mais diversas estratégias constitucionais.”

(Direito Constitucional, 5^a. ed., Coimbra, Almedina, 1991, p. 51)’.

Obviamente, nessa perspectiva de Canotilho, os “jogadores do direito” estão vinculados às referidas regras convencionais, ou regras do jogo, que aqui são as normas constitucionais. O que pretendo enfatizar é que não é promissora uma perspectiva que quer, de plano, inviabilizar sumariamente a própria ação política e o próprio jogo do direito.

Também não considero válidas as alegações no sentido de que haveria um casuísmo na edição da Medida Provisória 207. Nesse ponto, compartilho do pensamento de Garcia Amado, no sentido de que a atividade jurídica, enquanto realização do Direito histórico, remete-se ao pensamento tópico, e não ao pensamento sistemático. Isto porque a produção legislativa não está comprometida com uma perspectiva essencialista do Direito, ou seja, não se parte de uma pauta prévia de soluções jurídicas para os problemas do mundo. Ao contrário, o Direito, produto histórico que é, traduz-se mais como um conjunto de respostas contingentes às questões que se colocam para a sociedade em cada momento. Vale aqui o registro do pensamento de Garcia Amado, *verbis*:

ADI 3330 / DF

‘A la tónica jurídica se podem ligar tres tipos diferenciados de desarrollo de la idea de Derecho, que han sido llevados a cabo por la doctrina.

(...)

El primer tipo de teorías parten de rechazar toda concepción esencialista del Derecho, conforme a la cual éste sea «imperativo puro» o «deber incondicionado» y la ley simple «depósito de soluciones acabadas para casos meramente subsumibles». Como dice BÄUMLIN, el Derecho es un producto eminentemente histórico, sólo comprensible a partir de su propia realización. La actividad jurídica, en cuanto realización del Derecho histórico, remitiría a la tónica, no al pensamiento sistemático. El Derecho histórico es, para BÄUMLIN, el conjunto de respuestas contingentes, parciales y susceptibles de ser desarrolladas. Carece de sentido, en opinión de este autor, contraponer una regulación general y abstracta, por un lado, y las decisiones, por otro, pues el proceso de concreción es un elemento conformador de importancia fundamental en el Derecho. Este se ha de comprender a partir de su nota esencial de «estar orientado a constante realización». Esta realización del Derecho (*Rechtsverwirklichung*) no puede significar ejecución de la ley (*Gesetzesvollziehung*), sino un nunca acabado tratamiento y una constante conformación del Derecho histórico en todos los niveles de la actividad jurídica.” (Juan Antonio García Amado, *Teorías de La Tónica Jurídica*, Madrid, Editorial Civitas, Primeira edição, pp. 264/265)’

Conforme registra García Amado, também é reconhecida na doutrina clássica de Viehweg a natureza tónica da lei (cit., p. 255 e ss.) .

Por tais razões, com a devida vênia, não aceito as afirmações peremptórias no sentido da ausência dos requisitos de relevância e urgência, ou ainda, as eventuais alegações de

ADI 3330 / DF

que o ato impugnado seria fruto de um casuísmo.

Em verdade, no caso em exame, considerada essa dimensão política e a situação singular do Banco Central, não me pareceria absurda uma justificativa explícita, pelo Presidente da República, no sentido de que a Medida ora impugnada teria sido editada tão-somente para conferir prerrogativa de foro ao Presidente do Banco Central. Também não seria disparatado se a exposição de motivos da MP 207 dissesse claramente que estaria sendo editada para o fim de afastar o Presidente do Banco Central de uma avalanche de ações ajuizadas na primeira instância do Poder Judiciário.

Tal justificativa não traria, em si, um indício de abuso no poder de legislar.

Ora, estamos falando do Presidente do Banco Central! Todos sabemos o papel e a importância dessa autoridade na vida nacional. Todos sabemos que a escolha ou a destituição de um Presidente do Banco Central possui, via de regra, uma repercussão maior que uma mudança na chefia de vários ministérios. Obviamente estou aqui apenas a tratar de um aspecto que demonstra a relevância e urgência da MP. A observância dos outros requisitos constitucionais eu terei oportunidade para analisar.

Mas nesse ponto - restringindo-me a uma análise que, penso, é necessária nessa aferição quanto à relevância e urgência - não posso me furtar a umas breves considerações acerca do significado da prerrogativa de foro em nosso sistema constitucional. Cuida-se de uma garantia voltada não para os titulares de cargos relevantes, mas para as próprias instituições.

(...)

Não me parece difícil justificar a relevância e urgência de uma medida provisória que resulta na garantia de prerrogativa de foro para o Presidente do Banco Central quando a mesma prerrogativa é conferida para qualquer Ministro de Estado.

(...)

Assim, concluo esta parte do meu voto no sentido de afastar a alegação de ausência de relevância e urgência”.

ADI 3330 / DF

Sem excluir a possibilidade de divergência nesta Corte, relativa à prejudicialidade do exame dos pressupostos de admissibilidade de medida provisória convertida em lei, entendo, na linha do precedente transcrito acima, que o vício inicial da MP não pode ser convalidado por eventual conversão em lei, uma vez que os pressupostos de relevância e urgência devem se fazer presentes na oportunidade da edição do ato normativo pelo Presidente da República.

O Supremo Tribunal Federal tem firme posicionamento no sentido de que os vícios formais contidos na Medida Provisória não são convalidados pela sua conversão em lei. Eis o teor do *leading case* na matéria:

“EMENTA: Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. Medida Provisória n.º 144, de 10 de dezembro de 2003, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis n.ºs 5.655, de 1971, 8.631, de 1993, 9.074, de 1995, 9.427, de 1996, 9.478, de 1997, 9.648, de 1998, 9.991, de 2000, 10.438, de 2002, e dá outras providências. 2. Medida Provisória convertida na Lei n.º 10.848, de 2004. Questão de ordem quanto à possibilidade de se analisar o alegado vício formal da medida provisória após a sua conversão em lei. **A lei de conversão não convalida os vícios formais porventura existentes na medida provisória, que poderão ser objeto de análise do Tribunal, no âmbito do controle de constitucionalidade. Questão de ordem rejeitada, por maioria de votos. Vencida a tese de que a promulgação da lei de conversão prejudica a análise dos eventuais vícios formais da medida provisória.** 3. Prosseguimento do julgamento quanto à análise das alegações de vícios formais presentes na Medida Provisória n.º 144/2003, por violação ao art. 246 da Constituição: “*É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive*”. Em princípio, a

ADI 3330 / DF

medida provisória impugnada não viola o art. 246 da Constituição, tendo em vista que a Emenda Constitucional nº 6/95 não promoveu alteração substancial na disciplina constitucional do setor elétrico, mas restringiu-se, em razão da revogação do art. 171 da Constituição, a substituir a expressão *“empresa brasileira de capital nacional”* pela expressão *“empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país”*, incluída no § 1º do art. 176 da Constituição. Em verdade, a Medida Provisória nº 144/2003 não está destinada a dar eficácia às modificações introduzidas pela EC nº 6/95, eis que versa sobre a matéria tratada no art. 175 da Constituição, ou seja, sobre o regime de prestação de serviços públicos no setor elétrico. Vencida a tese que vislumbra a afronta ao art. 246 da Constituição, propugnando pela interpretação conforme a Constituição para afastar a aplicação da medida provisória, assim como da lei de conversão, a qualquer atividade relacionada à exploração do potencial hidráulico para fins de produção de energia. 4. Medida cautelar indeferida, por maioria de votos”. (ADI 3.090 e 3.100, Rel. Min. Gilmar Mendes).

No caso em apreço, o Governo Federal encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 3.582/2004 para regular a criação do PROUNI. Ante a demora na tramitação, foi requerida urgência constitucional para a tramitação do projeto. Ocorre que, paralelamente ao PL 3.582/2004, tramitava o projeto de lei de diretrizes orçamentárias referente ao ano de 2005, o que teve o condão de retardar ainda mais a votação do projeto que visava à criação do PROUNI.

Diante desse estado de coisas, e reputando emergencial a necessidade de aumento do número de vagas de Ensino Superior para atenuar os baixos índices de acesso à universidade no Brasil, foi solicitada a retirada do PL 3582/2004 e, posteriormente, editada a MP 213/2004, convertida na Lei 11.096/2005.

Tendo em vista a prioridade da questão tratada por meio da MP impugnada e o caráter especial e de exceção que assume a análise do

ADI 3330 / DF

atendimento dos pressupostos de relevância e urgência por esta Corte (ADI-MC 4.048, de minha relatoria, DJe 22.8.2008), tenho por configurados os referidos pressupostos e, portanto, supero a preliminar arguida relativa ao não conhecimento da ação, divergindo, porém, do relator quanto à fundamentação.

3. SOBRE A EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR PARA INSTITUIÇÃO DA ISENÇÃO TRIBUTÁRIA EM EXAME

A CF/1988 estabeleceu em seu art. 146, II, que cabe à lei complementar “regular as limitações constitucionais ao poder de tributar”. Assim, o constituinte teve a preocupação de exigir quórum qualificado para a aprovação dessa importante regulamentação, com o propósito de dar estabilidade à disciplina do tema e dificultar sua modificação, estabelecendo regras nacionalmente uniformes e rígidas.

Destaque-se que a exigência constitucional de aprovação da lei complementar por maioria absoluta não demanda apenas a consideração de quórum especial na votação, mas a própria existência de processo legislativo diverso. Por exemplo, ao contrário de leis ordinárias, a lei complementar não pode ter tramitação terminativa nas comissões do Senado ou da Câmara.

Por essa razão, os professores Aires Barreto e Paulo Ayres Barreto defendem que o art. 195, § 7º, deve ser interpretado em conformidade com o art. 146, II, do texto constitucional, com amplo respaldo na doutrina tributária (BARRETO, Aires F. & BARRETO, Paulo Ayres. *Imunidades Tributárias: Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. 2ª Ed. São Paulo: Dialética, 2001 p. 23).

Por outro lado, a jurisprudência do STF tem se inclinado no sentido de que o art. 195, § 7º, da Constituição Federal tem natureza de regra específica e excepcional em relação à regra geral prevista no art. 146, II, CF/1988 (cf. ADI-MC 2036/DF, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, DJ 16.6.2000).

Naquela oportunidade, o voto condutor consignou a plausibilidade

ADI 3330 / DF

das duas interpretações, tanto a que privilegia a interpretação em consonância com o art. 146, II, como aquela que pontifica a regra prevista no art. 195, § 7º, como exceção à mencionada regra geral.

No entanto, é importante destacar que a CF/1988, por outro lado, selecionou as matérias que necessitam de processo legislativo próprio de leis complementares de forma taxativa e exaustiva. Ao intérprete não cabe presumir maior rigidez do texto constitucional.

Com efeito, sempre que a CF/1988 exige a edição de “lei”, cuida de lei ordinária, diferentemente da exigência mais solene de “lei complementar”. Ressalte-se que a previsão de exceções específicas ao art. 146, II, CF/1988 não torna o dispositivo despiciendo, afinal ele continua aplicável a todas as demais regras.

Pode o constituinte, inclusive o derivado, selecionar as matérias passíveis de alteração de forma menos rígida e solene pelo Poder Legislativo. Por óbvio, esta flexibilidade permite a adaptação mais fácil do sistema às modificações fáticas e contextuais, com o propósito de velar melhor pelas finalidades constitucionais.

Esse debate, sobre a exigência, ou não, da edição de lei complementar para a regulamentação de imunidade tributária, ainda que a norma impugnada a denomine isenção, foi travado por esta Corte também no julgamento da ADI-MC 1.802, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 13.2.2004. Na oportunidade, bem salientou o eminente relator:

“No mérito, o ponto nuclear da questão de inconstitucionalidade proposta está em estabelecer a inteligência devida à cláusula final do art. 150, VI, c, da Lei Fundamental, que veda instituir impostos sobre **“patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei.**

Conjugando essa cláusula final da regra de imunidade — **“atendidos os requisitos da lei”** — com o art. 146, II — **“Cabe à lei complementar (...) regular as limitações constitucionais ao**

ADI 3330 / DF

poder de tributar” — sustenta a arguição que só à lei complementar — ainda aí em termos — jamais à lei ordinária, caberia versar os temas de todas as normas questionadas.

Pretendem as informações, de sua vez, que a menção constitucional à lei, quando não qualificada, refere-se à lei ordinária. Desse modo — sustentam as inteligentes razões da A.G.U. que, no art. 150, VI, **c**, a submissão da imunidade aos **“requisitos da lei”** (ordinária) significaria exceção à exigência geral de lei complementar para a espécie, pois, argumentam, **“se isto não fosse verdade, este final da norma constitucional teria sido perfunctório (sic), tendo em vista o mandamento constitucional genérico do art. 146, II”**.

À delibação, sabe-me que ambas as posturas contrapostas pecam por excesso.

Concedo que a regra de imunidade discutida efetivamente se refira à lei ordinária, como é de entender, na linguagem da Constituição, sempre que não haja menção explícita à lei complementar.

Essa foi, sob a regra idêntica do art. 19, III, **c**, da Carta de 69, a autorizada conclusão de Baleeiro (**Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**, 7ª ed., 1997, p. 313). E note-se que já então regular as limitações constitucionais ao poder de tributar era matéria reservada à lei complementar (art 18, § 1º).

Estou, a um primeiro exame, em que a conciliação entre os dois preceitos constitucionais —, aparentemente antinômicos, já fora estabelecida na jurisprudência do Tribunal, e prestigiada na melhor doutrina.

Está, no RE 93770, de 17.3.81, da lavra do notável e saudoso Ministro Soares Muñoz — RTJ 102/304, 307:

‘Nenhuma dúvida foi suscitada quanto a ser o recorrente instituição de assistência social e fazer jus, nessa qualidade e em princípio, à imunidade prevista no art. 19, III, **c**, da Constituição Federal. O mandado de segurança foi indeferido pelo acórdão recorrido em razão de o art. 17 do Decreto-Lei n.º 37/66 só autorizar a isenção

ADI 3330 / DF

do imposto de importação se a mercadoria tiver sido considerada, pelo Conselho de Política Aduaneira, sem similar nacional, prova que o impetrante não produziu.

Esse Decreto-Lei, anterior à Constituição Federal em vigor, não pode, no particular, ser aplicado, porque ele impõe à imunidade, a qual não se confunde com isenção, uma restrição que não está no texto constitucional. Os requisitos da lei que o art. 19, III, c, da Constituição manda observar não dizem respeito à configuração da imunidade, mas àquelas normas reguladoras da constituição e funcionamento da entidade imune, tal como salientou a sentença de primeiro grau.

Cumprir evitar-se que falsas instituições de assistência e educação sejam favorecidas pela imunidade. É para evitar fraude que a Constituição determina sejam observados os requisitos da lei.

Condiz com esse entendimento a interpretação dada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho ao preceito constitucional. Escreve ele: “As instituições educativas e assistenciais são meras pessoas de direito privado, criadas pela iniciativa particular e ao sabor desta. Seria plausível, por isso, que servissem de capa, cobrindo interesses egoísticos que, assim, se beneficiariam da imunidade no tocante a impostos” (**in Comentários à Constituição Brasileira**, vol. 1º, pág. 150)‘.

Ao acórdão e ao comentário de Ferreira Filho, nele referido, prestou seu aval o lúcido e saudoso Ulhoa Canto (**apud** Mizabel Derzi, nota a Baleeiro, ob. ed., cits., p. 318).

Em síntese, o precedente reduz a reserva de lei complementar da regra constitucional ao que diga respeito “**aos lindes da imunidade**”, à demarcação do objeto material da vedação constitucional de tributar — o patrimônio, a renda e os serviços das instituições por ela beneficiados, o que inclui, por força do § 3º, do mesmo art. 150, CF, a sua relação “**com as finalidades essenciais das entidades nele mencionadas**”; mas

ADI 3330 / DF

remete à lei ordinária “**as normas reguladoras da constituição e funcionamento da entidade imune**”, votadas a obviar que “**falsas instituições de assistência e educação sejam favorecidas pela imunidade**”, em fraude à Constituição.

Segundo esse critério distintivo, estou em que, à primeira vista, ficam incólumes à eiva de inconstitucionalidade formal, o **caput** do art. 12 e seus §§ 2º e 3º, da lei referida.

Dispõem o **caput** e o § 3º - f. 3 e 5:

‘Art. 12 - Para os efeitos do disposto no Art. 150, VI, alínea “c”, da Constituição, considera-se imune a instituição de educação ou de assistência social que preste os serviços para os quais houver sido instituída e os coloque à disposição da população em geral, em caráter complementar às atividades do Estado, sem fins lucrativos.

(...)

§ 3º - Considera-se entidade sem fins lucrativos a que não apresente superávit em suas contas, ou caso os apresente em determinado exercício, destine referido resultado integralmente ao incremento de seu ativo imobilizado.’

Tratou-se de definir os caracteres específicos da instituição de educação ou de assistência social sem fins lucrativos, requisito subjetivo da imunidade, matéria de lei ordinária, conforme a linha de demarcação em princípio ditada”.

Esse entendimento esposado pelo Min. Sepúlveda Pertence parece bem compatibilizar a utilização das leis complementar e ordinária no tocante à regulamentação, respectivamente, das imunidades tributárias e das entidades que dela devem fruir.

Ademais, no julgamento da ADI-MC 2.545, Rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, DJ 7.2.2003, o Supremo Tribunal Federal adotou entendimento em tudo compatível com o relatado. Na ocasião, o Min. Nelson Jobim esclareceu e simplificou o tema, na parte que interessa ao julgamento de que ora nos ocupamos, ao afirmar o seguinte:

ADI 3330 / DF

“Sr. Presidente, não tenho dúvida em acompanhar a eminente Ministra-Relatora, apenas faço a seguinte observação: no art. 55 da Lei n.º 8.212/91, que estabelece as regras para a isenção - que devem ser cumpridas -, há um dispositivo importante que, além de estabelecer que seja reconhecida como de utilidade pública federal; portadora do Registro; promova, gratuitamente, no caso, mais para assistência e não para a educação; de os diretores não perceberem a remuneração, também aduz:

‘Art. 55.

.....

V - aplique integralmente o eventual resultado operacional na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais apresentando, anualmente ao órgão do INSS competente, relatório circunstanciado de suas atividades.’

A entidade, para gozar da isenção da contribuição patronal para o INSS, além de ter aqueles requisitos formais, precisa aplicar o resultado operacional do ano na manutenção e desenvolvimento de seus objetivos institucionais. Não vejo dificuldade em se exigir, na aplicação integral dos resultados operacionais, que seja aplicado um percentual na concessão de bolsas de estudo, porque aí seria o percentual operacional.

O que vem acontecendo é que essas entidades – conhecemos muito bem, houve visita a várias universidades em que há uma imensidão de obras realizadas - têm um resultado operacional e, em vez de investirem esses resultados em alunos, investem no patrimônio imobilizado, ou seja, criam enormes universidades e investem nisso.

Equivocadamente, V.Exa. tem razão, pela fórmula, essa foi a emenda, ao que me recordo, do Deputado Oswaldo Biolchi, Relator do Projeto de Lei de Conversão, essa lei tentou fazer com que se deslocasse a aplicação desses resultados para as bolsas de estudo. A solução encontrada por ele foi, em vez de se recolher para o INSS, que se aplicasse diretamente às bolsas de

ADI 3330 / DF

estudo. Isso foi o que a lei visou.

De acordo com o voto da Ministra-Relatora, essa solução é problemática, porque retira, desaparece a isenção existente; não há isenção, há um redirecionamento do resultado que deveria ser recolhido ao Tesouro. Isso está certo.

Deixo claro, em meu voto, que a posição: *“declarando a inconstitucionalidade da lei”* **não veda nem impede que seja feita uma alteração no art. 55, para se estabelecer que o resultado operacional tenha um percentual aplicado em bolsa. Podem dizer que, do resultado operacional, parte dele corresponde à isenção. Então, ter-se-ia o discurso de que cinquenta por cento do resultado operacional corresponderia à não-contribuição ao INSS, à isenção, ou se diria: não, não se pode investi-lo.**

Quero mostrar que não há impedimento para que a lei estabeleça que o resultado operacional seja investido em bolsas, porque, do resultado operacional que hoje é investido em proveito próprio da entidade para crescer o número de resultados não-gratuitos, ou seja, de cobrança de matrícula e de mensalidade, pode-se investir em bolsas de estudos a carentes”. (grifei)

As colocações do Min. Jobim efetivamente inspiraram o legislador que criou o PROUNI, pois os dispositivos atacados, de fato, fazem remissões constantes ao art. 55, da Lei 8.212/91 e, bem examinados, demonstram que o propósito da referida norma foi justamente fazer com que as entidades beneficentes de assistência social, agraciadas pela “isenção” legal, sejam obrigadas a aplicar o resultado operacional na manutenção e no desenvolvimento de seus objetivos institucionais, o que, no caso em apreço, tomado em conjunto com a intenção governamental de ampliar o acesso ao Ensino Superior, significa que este resultado operacional deverá ser aplicado na concessão de bolsas de estudos.

Essa, ao meu entender, foi a orientação adotada pelo relator da ADI em exame, ao afirmar em seu voto que *“o modelo normativo aqui impugnado não laborou no campo material reservado à lei complementar. Isto porque, a meu ver, ele tratou, tão-somente, de erigir um critério objetivo de contabilidade*

ADI 3330 / DF

compensatória da aplicação financeira em gratuidade por parte das instituições educacionais. Critério, esse, que, se atendido, possibilita o gozo integral da isenção quanto aos impostos e contribuições mencionados no art. 8º do texto impugnado”.

Desse modo, entendo, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a MP 213/2004, convertida na Lei 11.096/2005, apenas regulou a forma pela qual se deve investir o resultado operacional obtido também por meio da imunidade tributária, objetivando a ampliação do acesso ao Ensino Superior, mediante concessão de bolsas de estudos. Significa dizer que em vez de arcar diretamente com os custos das bolsas de estudo concedidas aos estudantes, o Poder Público concede a “isenção” às entidades educacionais para que estas apliquem o resultado daí obtido no financiamento dessas bolsas.

4. ALEGAÇÃO DE OFENSA À COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DOS ESTADOS E À AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA

A conclusão do tópico acima permite afastar de plano a alegação de que o diploma federal em exame teria usurpado a competência legislativa dos Estados e do Distrito Federal para editar normas específicas sobre ensino. Isso porque, conforme visto, a norma federal cuida, em verdade, de concessão de bolsas por meio da adesão voluntária de faculdades privadas ao PROUNI, as quais, em contrapartida, são contempladas com a imunidade tributária analisada.

Resta evidente, portanto, que a lei federal examinada não trata de ensino em si, mas de uma política pública para aumentar o acesso ao Ensino Superior, sem, contudo, nada interferir no modo como a atividade educacional se desenvolve.

De igual maneira, não há que se falar em ofensa à autonomia universitária. A autonomia universitária protegida constitucionalmente (art. 207) assegura às instituições de Ensino Superior uma esfera de autogoverno e de autogestão administrativa, financeira, patrimonial e didático-científica, livre da interferência do Estado. Essa autonomia

ADI 3330 / DF

certamente abrange o poder de estabelecer os critérios e normas de seleção e admissão dos corpos docente e discente, a criação, a modificação e a extinção de cursos, assim como a determinação da oferta de vagas nesses cursos (graduação, pós-graduação e extensão universitária). Não obstante, como este Tribunal já teve oportunidade de deixar consignado em sua jurisprudência, esses poderes inerentes à autonomia universitária podem sofrer limitações advindas da própria Constituição ou da legislação federal, desde que a lei restritiva observe o requisito de proporcionalidade (ADI 3.324, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 5.8.2005; ADI-MC 1.599, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 18.05.2001; ADI 2.643, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 26.9.2003; RE 362.074-AgR, Rel. Min. Eros Grau, DJ 22.4.2005; RE 331.285, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.5.2003).

No caso em análise, contudo, a solução é ainda mais fácil, visto que o PROUNI não cria qualquer obrigação às universidades. Em verdade, o PROUNI traz uma nova opção a elas, que podem aderir ao programa voluntariamente, após análise de seus termos, ou permanecerem como não participantes do programa, caso concluem pela inviabilidade de adesão.

Resta claro, portanto, que o diploma normativo atacado não viola a competência legislativa dos Estados, tampouco a autonomia universitária, de modo que acompanho, também nesse ponto, o voto do relator.

5. O MODELO DE AÇÃO AFIRMATIVA INSTITUÍDO PELO PROUNI

A requerente também argumenta que o art. 7^o da lei atacada, ao utilizar critério racial para preenchimento de vagas no Ensino Superior, viola o princípio da isonomia. Assim, afirma que “o único critério que o Estado está obrigado a observar, no tocante ao Ensino Superior, está previsto no art. 208, V, ‘segundo a capacidade de cada um’, razão pela qual as ações afirmativas nesse campo deveriam levar o poder público a capacitar a todos para tal acesso, dando ensino básico de igual qualidade, outorgando bolsas de estudos aos de menor possibilidade econômica, e não pretender que, no ensino universitário, se outorguem privilégios a

ADI 3330 / DF

quem não esteja capacitado a acompanhá-lo, ainda que isso tenha derivado do fato de o Estado ter falhado em dar, no ensino básico e médio, a qualificação necessária” (fls. 834).

O argumento da requerente é falacioso, pois, apesar de ser aparentemente válido, na medida em que contesta um critério de diferenciação (o critério da raça) supostamente inidôneo para o estabelecimento de política pública de ação afirmativa com descriminação positiva ou inversa, na verdade procede a uma leitura parcial (e, portanto, uma interpretação equivocada) da lei.

Em primeiro lugar, o art. 3^o da MP n.º 213/2005 e da Lei n.º 11.096/2005 deixa claro que *“o estudante a ser beneficiado pelo PROUNI será pré-selecionado pelos resultados e pelo perfil socioeconômico do Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM ou outros critérios a serem definidos pelo Ministério da Educação, e, na etapa final, selecionado pela instituição de Ensino Superior, segundo seus próprios critérios, à qual competirá, também, aferir as informações prestadas pelo candidato”*. Portanto, quanto ao critério meritório (“acesso ao Ensino Superior segundo a capacidade de cada um”), a lei claramente exige que o estudante, seja avaliado pelo exame do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM); e o estudante obviamente ainda deverá passar pela seleção exigida pela instituição de Ensino Superior, normalmente o vestibular. Apenas após a superação desses requisitos de mérito é que o estudante poderá concorrer a uma bolsa de estudo pelo programa PROUNI.

Em segundo lugar, é certo que a lei não permite outra leitura que não a de que a concessão de bolsas aos autodeclarados negros e indígenas fica condicionada ao preenchimento dos requisitos do art. 1º e 2º da lei, isto é, as bolsas integrais serão concedidas somente a negros e indígenas cuja renda familiar mensal *per capita* não exceda o valor de até 1 (um) salário mínimo e ½ (meio); e as bolsas parciais de 50 % (cinquenta por cento) e de 25% (vinte e cinco por cento) serão concedidas àqueles cuja renda familiar mensal *per capita* não exceda o valor de até 3 (três) salários mínimos; e, em qualquer caso, negros e indígenas deverão ter cursado o Ensino Médio completo em escola pública ou em instituições privadas na

ADI 3330 / DF

condição de bolsista integral. Na exposição de motivos do projeto de lei (fls. 117-118), assim está demonstrado:

“O Programa Universidade para Todos (PROUNI) visa democratizar o acesso da população de baixa renda ao Ensino Superior, pois, enquanto os alunos do ensino fundamental e médio estão majoritariamente matriculados em instituições públicas de ensino, o mesmo não acontece com os alunos matriculados no Ensino Superior, em que apenas 30% dos jovens universitários têm acesso ao ensino gratuito. (...)

Logo, na medida em que o PROUNI incentiva as instituições privadas a oferecerem uma bolsa de estudo para cada nove alunos regulares, permite-se, assim, que estudantes de baixa renda, oriundos da rede pública de ensino básico, transponham a enorme barreira hoje colocada para os que terminam o ensino médio e sonham poder cursar a educação superior.”

Portanto, apesar de aparentemente estipular o critério exclusivamente racial para a concessão de bolsas de estudo, tal como quis fazer crer a entidade requerente, a lei do PROUNI, em verdade, estabelece o **critério da renda do aluno** como requisito essencial para a concessão dessas bolsas.

Fosse o critério da raça o único a ser erigido pela lei como requisito de distinção para fins de concessão da bolsa, certamente teríamos caso muito mais polêmico. Sobre o assunto, nunca é demais esclarecer que a ciência contemporânea, por meio de pesquisas genéticas, comprovou a inexistência de “raças” humanas. Os estudos do genoma humano comprovam a existência de uma única espécie dividida em bilhões de indivíduos únicos: *“somos todos muito parecidos e, ao mesmo tempo, muito diferentes”* (Cfr.: PENA, Sérgio D. J. *Humanidade Sem Raças?* Série 21, Publifolha, p. 11.).

Este Supremo Tribunal Federal, inclusive, no histórico julgamento do *Habeas Corpus* n.º 82.424-2/RS, frisou a inexistência de subdivisões raciais entre indivíduos.

A noção de “raça”, que insiste em dividir e classificar os seres

ADI 3330 / DF

humanos em “categorias”, resulta de um processo político-social que, ao longo da história, originou o racismo, a discriminação e o preconceito segregacionista. Como explica Joaze Bernardino, *“a categoria raça é uma construção sociológica, que por esse motivo sofrerá variações de acordo com a realidade histórica em que ela for utilizada”*. Em razão disso, uma pessoa pode ser considerada branca num contexto social e negra em outro, como ocorre com *“alguns brasileiros brancos que são tratados como negros nos Estados Unidos”* (BERNARDINO, Joaze. Levando a raça a sério: ação afirmativa e correto reconhecimento, In: *Levando a raça a sério: ação afirmativa e universidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p. 19-20).

De toda forma, é preciso enfatizar que, enquanto em muitos países o preconceito sempre foi uma questão étnica, no Brasil o problema vem associado a outros vários fatores, entre os quais sobressai a posição ou o *status* cultural, social e econômico do indivíduo. Como já escrevia, nos idos da década de 40 do século passado, Caio Prado Júnior, célebre historiador brasileiro, *“a classificação étnica do indivíduo se faz no Brasil muito mais pela sua posição social; e a raça, pelo menos nas classes superiores, é mais função daquela posição que dos caracteres somáticos”* (PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*. São Paulo: Brasiliense; 2006, p. 109).

Desde a abolição da escravatura – um dos fatos mais importantes da história de afirmação e efetivação dos direitos fundamentais no Brasil –, não há notícia de que o Estado brasileiro tenha se utilizado do critério racial para realizar diferenciação legal entre seus cidadãos. Esse é um fator de relevo que distingue o debate sobre o tema no Brasil. Nos Estados Unidos, por exemplo, existiu um sistema institucionalizado de discriminação racial estimulado pela sociedade e pelo próprio Estado, por seus Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, em seus diferentes níveis. A segregação entre negros e brancos foi amplamente implementada pelo denominado sistema *Jim Crow* e legitimada durante várias décadas pela doutrina do “separados mas iguais” (*separate but equal*), criada pela famosa decisão da Suprema Corte nos caso *Plessy vs. Ferguson* (163 U.S 537 1896).

ADI 3330 / DF

Com base nesse sistema legal segregacionista, os negros foram proibidos de frequentar as mesmas escolas que os brancos, comer nos mesmos restaurantes e lanchonetes, morar em determinados bairros, ser proprietários ou locatários de imóveis pertencentes a brancos, utilizar os mesmos transportes públicos, teatros, banheiros etc., casar com brancos, votar e ser votados e, enfim, de ser cidadãos dos Estados Unidos da América.

Foi nesse específico contexto de cruel discriminação contra os negros que surgiram as ações afirmativas como uma espécie de mecanismo emergencial de inclusão e integração social dos grupos minoritários e de solução para os conflitos sociais que se alastravam por todo o país na década de 60.

Assim, não se pode deixar de considerar que o preconceito racial existente no Brasil nunca chegou a se transformar numa espécie de ódio racial coletivo, tampouco ensejou o surgimento de organizações contrárias aos negros, como a Ku Klux Klan e os Conselhos de Cidadãos Brancos, tal como ocorrido nos Estados Unidos. Na República Brasileira, nunca houve formas de segregação racial legitimadas pelo próprio Estado.

No Brasil, a análise do tema das ações afirmativas deve basear-se, sobretudo, em estudos históricos, sociológicos e antropológicos sobre as relações raciais em nosso país.

Durante muito tempo, os sociólogos, antropólogos e historiadores identificaram no processo de miscigenação que formou a sociedade brasileira uma forma de democracia racial. O apogeu da tese da “democracia racial brasileira” se deu na década de 30, com o trabalho de Gilberto Freyre (Casa grande & Senzala).

Na década de 50, a crença na democracia racial levou os representantes brasileiros na UNESCO (Artur Ramos e Luiz Aguiar Costa Pinto), após a 2ª Guerra Mundial, a propor o Brasil como exemplo de uma experiência bem-sucedida de relações raciais.

A partir da década de 60, pesquisas financiadas pela UNESCO e desenvolvidas por sociólogos brasileiros (Florestan Fernandes, Fernando

ADI 3330 / DF

Henrique Cardoso e Oracy Nogueira, por exemplo) começaram a questionar a existência dessa dita democracia. Concluíram que, no fundo, o Brasil desenvolvera uma forma de discriminação “racial” escondida atrás do mito da “democracia racial”. Apontaram que, enquanto nos Estados Unidos desenvolveu-se o preconceito com base na origem do indivíduo (ancestralidade), no Brasil existia o preconceito com base na cor da pele da pessoa (fenótipo).

Na década de 70, pesquisadores como Carlos Hasenbalg e Nelson do Valle e Silva afirmaram que o preconceito e a discriminação não estavam apenas fundados nas sequelas da escravidão, mas assumiram novas formas e significados a partir da abolição, estando relacionadas aos *“benefícios simbólicos adquiridos pelos brancos no processo de competição e desqualificação dos negros”*. Simultaneamente, os movimentos negros passaram a questionar a visão integracionista das lideranças negras brasileiras das décadas de 30, 40, 50 e 60.

Foi na década de 90, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, que o tema das ações afirmativas entrou na agenda do governo brasileiro, com a criação do Grupo de Trabalho Interministerial para a Valorização da População Negra, em 1995, as propostas do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), em 1996, e a participação do Brasil na Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Formas Correlatas de Intolerância, em 2001, na África do Sul.

O governo de Luiz Inácio Lula da Silva aprofundou esse processo. Criou a Secretaria Especial para a Promoção da Igualdade Racial, modificou o Sistema de Financiamento ao Estudante e criou o Programa Universidade para Todos, prevendo bolsas e vagas específicas para “negros”. Em 2003, o Conselho Nacional de Educação exarou as Diretrizes Nacionais Curriculares para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino da História e Cultura Afro-Brasileira.

Em 2010, foi promulgado o Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12288/2010), destinado a garantir a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos da população negra, bem como o combate à intolerância étnica,

ADI 3330 / DF

nos termos do seu artigo 1º.

A análise dessas considerações históricas e do que se produziu no âmbito da sociologia e da antropologia no Brasil nos leva até mesmo a questionar se o Estado Brasileiro não estaria passando por um processo de abandono da ideia, muito difundida, de um país miscigenado e, aos poucos, adotando uma nova concepção de nação bicolor.

Em 2005, o jogador de futebol Ronaldo – “O Fenômeno” –, presenciando as agressões racistas que jogadores negros estavam sofrendo nos gramados espanhóis, deu a seguinte declaração: *“Eu, que sou branco, sofro com tamanha ignorância. A solução é educar as pessoas”*. Tal declaração gerou grande repercussão no Brasil e obrigou Ronaldo a explicar o que ele quis dizer: *“Eu quis dizer que tenho pele mais clara, só isso, e mesmo assim sou vítima de racismo. Meu pai é negro. Não sou branco, não sou negro, sou humano. Sou contra qualquer tipo de discriminação”*. Ali Kamel utiliza esse acontecimento como exemplo das mudanças que estariam ocorrendo na mentalidade brasileira. Alerta, dessa forma, que a crise gerada pela declaração do jogador é a prova de que estamos aceitando a tese da “nação bicolor”; que antes o discurso predominante era favorável à autodeclaração e que agora achamos que temos o direito de classificar as pessoas (KAMEL, Ali. *Não Somos Racistas: uma reação aos que querem nos transformar numa nação bicolor*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006, p. 139-140).

Utilizando outro exemplo do mundo futebolístico, Yvonne Maggie menciona história do clube Portuguesa Santista que, em excursão à África do Sul, em 1959, foi informado que seus jogadores negros não poderiam participar de partida contra equipe local, de acordo com as leis do país. O time brasileiro, em uníssono, respondeu que não jogaria sob essas condições, situação que fez com que o cônsul do Brasil precisasse anunciar oficialmente a posição do Governo brasileiro de não admitir racismo, muito menos de concordar com o regime do *apartheid*. O presidente Juscelino Kubitschek enviou telegrama às autoridades Sul-Africanas, manifestando desacordo com o regime, e o Brasil tornou-se o primeiro país fora da África a protestar contra o *apartheid* (fl. 1960).

ADI 3330 / DF

Para demonstrar a involução pela qual o sistema de miscigenação brasileira tem passado nos últimos tempos, Yvonne Maggie indica os perigos de, paulatinamente, criarem-se divisões entre “brancos” e “negros” em um país em que o povo já se vê misturado (p. 1957). O primeiro passo nesse sentido teria sido a Lei 10639/2003 que instituiu o ensino da história da África e da cultura afro-brasileira em todas as escolas do Brasil, públicas e privadas. Parecer do Ministério da Educação, que regulamenta as *Diretrizes Nacionais Curriculares para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino da História e Cultura Afro-Brasileira e Africana* e serve para orientar professores. O documento menciona em vários trechos que a “ideologia do branqueamento da população” deve ser combatida e que o “equívoco quanto a uma identidade humana universal” deve ser demonstrado aos alunos (Parecer CNE/CP 003/2004 - Conselho Nacional de Educação).

Por mais que se questione a existência de uma “Democracia Racial” no Brasil, é fato que a sociedade brasileira vivenciou um processo de miscigenação singular. Nesse sentido, elucida Carlos Lessa que “*O Brasil não tem cor. Tem todo um mosaico de combinações possíveis*” (LESSA, Carlos. “O Brasil não é bicolor”, In: FRY, Peter e outros (org.) *Divisões Perigosas: Políticas raciais no Brasil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 123).

Na Pesquisa Nacional por Amstras de Domicílio (PNAD), em 1976, os brasileiros se auto atribuíram 135 cores distintas. Tal fato demonstra cabalmente a dificuldade dos brasileiros de identificarem a sua cor de pele.

Para Fátima Oliveira, “*ser negro é, essencialmente, um posicionamento político, onde se assume a identidade racial negra. Identidade racial-étnica é o sentimento de pertencimento a um grupo racial ou étnico, decorrente de construção social, cultural e política*” (OLIVEIRA, Fátima. *Ser negro no Brasil: alcances e limites*, In: Revista de Estudos Avançados, vol. 18, n.º 50. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. São Paulo: IEA. Janeiro/abril de 2004, p. 57-58.)

As preocupações com as consequências da adoção de cotas raciais

ADI 3330 / DF

para o acesso à Universidade levaram cento e treze intelectuais brasileiros (antropólogos, sociólogos, historiadores, juristas, jornalistas, escritores, dramaturgos, artistas, ativistas e políticos) a redigir uma carta contra as leis raciais no Brasil. No documento, os subscritores alertam que “o racismo contamina profundamente as sociedades quando a lei sinaliza às pessoas que elas pertencem a determinado grupo racial – e que seus direitos são afetados por esse critério de pertinência de raça”. Sustentam que “as cotas raciais proporcionam privilégios a uma ínfima minoria de estudantes de classe média e conservam intacta, atrás de seu manto falsamente inclusivo, uma estrutura de ensino público arruinada”. Defendem que existem outras formas de superar as desigualdades brasileiras, proporcionando um verdadeiro acesso universal ao Ensino Superior, menos gravosas para a identidade nacional, como a oferta de cursos preparatórios gratuitos e a eliminação das taxas de inscrição nos exames vestibulares (“Cento e Treze cidadãos anti-racistas contra as leis raciais”, assinado por cento e treze intelectuais brasileiros, entre eles, Ana Maria Machado, Caetano Veloso, Demétrio Magnoli, Ferreira Gullar, José Ubaldo Ribeiro, Lya Luft e Ruth Cardoso).

Assim, somos levados a acreditar que a exclusão no acesso às universidades públicas é determinada pela condição financeira. Nesse ponto, parece não haver distinção entre “brancos” e “negros”, mas entre ricos e pobres. Nessa discussão, há quem aponte que os pobres no Brasil têm todas as “cores” de pele. Dessa forma, não podemos deixar de nos perguntar quais serão as consequências das políticas de cotas raciais para a diminuição do preconceito. Será adequado, aqui, tratar de forma desigual pessoas que se podem se encontrar em situações iguais, apenas em razão de suas características fenotípicas? E que medidas ajudarão na inclusão daqueles que não se autoclassificam como “negros”? Com a ampla adoção de programas de cotas raciais, como ficará, do ponto de vista do direito à igualdade, a situação do “branco” pobre? A adoção do critério da renda (adicional ou não) não seria mais adequada para a democratização do acesso ao Ensino Superior no Brasil? Por outro lado, até que ponto podemos realmente afirmar que a discriminação pode ser reduzida a um fenômeno meramente econômico? Podemos

ADI 3330 / DF

questionar, ainda, até que ponto a existência de uma dívida histórica em relação a determinado segmento social justificaria o tratamento desigual.

Não podemos deixar de levar em consideração essas reflexões, pois o que estamos a evidenciar neste caso do PROUNI é a adoção de uma política de inclusão social (um típico caso de discriminação positiva ou inversa) que leva em conta o critério da raça, porém não de forma exclusiva, mas conjugado com o critério socioeconômico.

A revelação da complexidade do racismo existente em nossa sociedade e das características específicas da miscigenação do povo brasileiro impõe que as entidades responsáveis pela instituição de modelos de cotas sejam sensíveis à especificidade da realidade brasileira e, portanto, ao fixarem as cotas, atentem para a necessidade de conjugação de critérios de “cor” com critérios de renda, tendo em vista a própria eficiência social da instituição das políticas de cotas.

A implementação de cotas baseadas apenas na cor da pele pode não ser eficaz, do ponto de vista de inclusão social, ao passo que sua conjugação com critérios de renda tem o condão de atingir o problema de modo mais preciso, sem deixar margens para questionamentos baseados na ofensa à isonomia, ou sobre a possível estimulação de conflitos raciais inexistentes no Brasil atual.

A instituição do PROUNI, por meio da Lei 11.096, de 13 de janeiro de 2005, a qual, por sua vez, é fruto da conversão da MP 213/2004, é um ótimo exemplo de política pública de ação afirmativa que conseguiu atingir o objetivo de gerar altos índices de inclusão social.

Os critérios utilizados pela lei instituidora do PROUNI são eminentemente socioeconômicos. Em seu primeiro artigo, a referida lei impõe limite máximo de renda familiar *per capita* de 1 (um) salário mínimo e ½ (meio) para a concessão de bolsa integral ou de até 3 (três) salários mínimos para as bolsas parciais. Já no segundo artigo, além de preocupar-se em estender o benefício às pessoas portadoras de deficiência, impõe o requisito de que as bolsas aos estudantes em geral apenas poderão ser concedidas àqueles oriundos de ensino médio em escola da rede pública.

ADI 3330 / DF

O artigo 3º da lei do PROUNI afirma expressamente que os bolsistas serão selecionados pelo *perfil sócio-econômico* e o art. 7º traz a previsão de percentual de bolsas a serem concedidas aos deficientes, bem como aos indígenas, pardos e negros. Afirma, ainda, que as bolsas étnicas ou raciais deverão ser, no mínimo, igual ao percentual de cidadãos autodeclarados indígenas, pardos ou pretos, em cada unidade da federação, segundo o último Censo do IBGE.

Isso quer dizer que o PROUNI, o qual tem sido bastante bem-sucedido, optou por programa de ação afirmativa que leva em consideração critério socioeconômico, de renda familiar mínima, de origem de rede pública de ensino, distingue entre as unidades da federação, além de abranger indígenas, deficientes, entre outras hipóteses. Essa espécie de ação afirmativa, repito, já implementada, com sucesso, parece ser bastante mais eficaz socialmente do que um tipo de cota simplesmente baseada em critério racial.

O debate é complexo e não se está a propor soluções milagrosas, mas apenas a demonstrar que a introdução do critério de renda, além de outros, conjugados que sejam com o critério racial, tem o condão de conferir segurança à política de cotas, bem como uma maior eficácia social da referida política e a prevenção de conflitos raciais que, deve-se sempre salientar, são escassos no Brasil.

6. O IMPORTANTE PAPEL DO PROUNI NA INCLUSÃO DE ALUNOS NO ENSINO SUPERIOR

Importante aspecto a ser considerado diz respeito ao papel do PROUNI na questão do acesso ao Ensino Superior no Brasil. Sabemos que a universidade pública é altamente excludente. As estatísticas demonstram que, em 2010, apenas 30 % dos jovens de 18 a 24 anos de idade declararam que estudar e, desse número, somente 14,4 % encontravam-se matriculados no Ensino Superior (dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios-PNAD/IBGE, retirado do Programa de Expansão, Excelência e Internacionalização das Universidades

ADI 3330 / DF

Federais, ANDIFES, abril de 2012). Quando o assunto é o acesso ao Ensino Superior, os números colocam o Brasil em um patamar muito inferior aos demais países da América Latina.

É inegável que, desde a década de 1990, os governos têm implementado políticas que visam aumentar o número de vagas/matrículas nas instituições de Ensino Superior. De um número de 1.565.056 (um milhão, quinhentos e sessenta e cinco mil e cinquenta e seis) em 1991, chegamos em 2007 a 4.880.381 (quatro milhões, oitocentos e oitenta mil, trezentos e oitenta e um) alunos matriculados no Ensino Superior (dados do Censo da Educação Superior, do Ministério da Educação). Em 2010, 6.379.299 estudantes matricularam-se no Ensino Superior: 25,8% estavam em instituições públicas (14,7% em instituições federais) e 74,2% em instituições particulares, o que revela um avanço que não se pode desprezar.

Conforme o **Censo da Educação Superior do ano de 2010**, o Brasil contava com 2.377 instituições de Ensino Superior, das quais 278 eram públicas, sendo 99 do sistema federal, 108 estaduais e 71 municipais; **o sistema público contava com um total de 1.643.298 matrículas de graduação; o setor privado acolhia 2.099 instituições, com 4.736.001 matrículas de graduação.**

O programa PROUNI tem exercido um papel fundamental nesse crescimento do número de matrículas no Ensino Superior. Dos estudantes em instituições particulares, hoje, pouco mais de 1 milhão (de um total de 4.736.001 alunos) têm o apoio do PROUNI. **Portanto, o número de ingressantes no Ensino Superior por meio do PROUNI chega a ser próximo do total de estudantes atualmente matriculados em instituições públicas.**

Programas como este têm importância fundamental para a manutenção de níveis mínimos de qualidade do Ensino Superior.

Na Alemanha, por exemplo, o principal programa de auxílio a alunos de Ensino Superior e Fundamental é **o denominado BAfög** (*Bundesausbildungsförderungsgesetz*), existente desde 1971. Quando

ADI 3330 / DF

destinado a suporte universitário, deve ser solicitado no início do curso e por candidatos que contem com até trinta anos de idade.¹

O valor do auxílio, que pode ser de até 670 euros mensais, é determinado de acordo com a renda familiar do beneficiário e deve incluir o necessário não apenas para financiar taxas universitárias, mas também os custos de vida. Dados indicam que, em 2010, cerca de 300.000 alunos do Ensino Fundamental e 600.000 estudantes do Ensino Superior (em um total de 2.217.604 universitários) receberam o benefício. Para tanto, foram gastos 2,9 bilhões de euros, dos quais 65% foram pago pela União e 35% pelos Estados.²

O programa prevê que o benefício deve ser concedido enquanto durar o curso selecionado, inclusive o período de práticas obrigatórias. Metade do valor é pago aos alunos como empréstimo sem juros, que deve ser devolvido ao Estado a partir de cinco anos após o término de seu recebimento, em prestações médias de 105 euros mensais.³

Nos Estados Unidos, o *voucher system* ou *school vouchers* refere-se a um programa que concede subsídios diretamente aos pais para que estes decidam onde os filhos estudarão – em escolas particulares ou públicas. Esse sistema criaria uma competição entre escolas e estimularia as instituições públicas a melhorar seu desempenho para atrair novos alunos e, com estes, também os valores dos *vouchers*. Outro ponto considerado positivo é que seria um modo de aumentar a influência dos pais na educação dos filhos e conceder novas oportunidades a estudantes de baixa renda, sem grandes burocracias. É bem verdade que existem críticas a essa espécie de programa, tais como: enfraquecimento das escolas públicas, com direcionamento de investimentos diretamente aos pais – e não à instituição; utilização de dinheiro público para financiamento de educação em escolas particulares que, em geral, não possuem um padrão de ensino; enfraquecimento da qualidade do ensino

1 Cf. §10, *Bundesausbildungsförderungsgesetz*, 26.8.1971.

2 Cf. Deutschland; Statistisches Bundesamt; Wintersemester 2002/2003 bis 2010/2011.

3 Cf. §§17 e seguintes, *Bundesausbildungsförderungsgesetz*, 26.8.1971.

ADI 3330 / DF

público, pela retirada alunos pobres que apresentem bons resultados do convívio dos demais. De toda forma, a constitucionalidade do *voucher system* foi confirmada pela Suprema Corte em 2002, no caso *Zelman v. Simmons-Harris*.

Não se pode perder de vista que o crescimento do PROUNI depende da expansão do Ensino Superior.

Assim, por outro lado, esses mesmos dados demonstram que ainda temos muito a percorrer para alcançar patamares mínimos de inclusão dos jovens no Ensino Superior.

Nosso Ensino Superior é claramente excludente em razão do modelo restrito de vagas ofertadas por quase todos os cursos. Nós que militamos na universidade pública podemos verificar a presença de pouquíssimos alunos nas salas de aula, existindo um gasto excessivo com professores em relação ao número de alunos. É o caso, por exemplo, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Recebia 50 alunos por semestre, apenas 100 por ano. Aumentou-se para 60 alunos a cada semestre, não mais do que 120 alunos por ano, com a ampliação do número de professores pelo Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais (REUNI), mantendo-se, assim, a proporção entre o número de vagas e o número de professores. Se considerarmos as vagas do Programa de Avaliação Seriada (PAS) e do Sistema de Cotas para Negros, restam apenas 72 vagas no concurso universal por ano.

No Brasil, em 1995, o número de alunos por professor era de apenas 7,5 e – em 2002 – passou para 11,6. Lamentavelmente, em 2006, tivemos um decréscimo para 10,8, o que demonstra que ainda temos um número muito elevado de professores em relação ao número de alunos, muito distante do número de 16 alunos por professor observado nos países desenvolvidos. Isso está a revelar a ineficiência na utilização dos recursos públicos destinados à Educação Superior. Gastamos muito com recursos humanos sem que isso se reflita no aumento do acesso e da qualidade do ensino.

Portanto, por que não aumentar o número de vagas por professor?

ADI 3330 / DF

Um número tão reduzido de vagas em universidades públicas é, por si só, um fator de exclusão.

Por que não se instituir no Brasil, por exemplo, um modelo em que haja vinculação entre a receita da instituição de ensino e o número de vagas que deve ser obrigatoriamente ofertado, de modo a ensejar uma expansão no acesso ao Ensino Superior público? Claro que um programa de expansão assim poderia gerar outra preocupação, que é a da qualidade do ensino oferecido, mas é importante registrar que essa medida melhoraria o nível formal de educação do país e que a experiência vivida por outros modelos, como o alemão – onde há um elevadíssimo número de vagas por professor – não inviabiliza a boa formação acadêmica dos alunos.

Com o desenvolvimento de novas tecnologias, **a educação a distância** se torna uma alternativa fundamental para universalizar o acesso à educação superior. Essa modalidade de educação mediada por tecnologias é perfeitamente possível para a transmissão de conhecimentos teóricos e permite uma redução de custos do processo de aprendizagem, com enorme alcance de alunos e resultados.

Também a abertura de mais vagas nos **cursos noturnos** revela-se como política fundamental para permitir o maior acesso ao Ensino Superior das pessoas que, por motivos variados, não podem frequentar as instituições durante o dia.

O incremento no número de matrículas em instituições privadas também foi fomentado por outros programas de incentivo à educação criados pelo Governo Federal, como o **Fundo de Financiamento Estudantil (Fies)**, que não soluciona, por si só, o problema do acesso ao Ensino Superior público.

De outro lado, o modelo do concurso universal demanda uma rediscussão. Há uma grande ironia no nosso modelo: de regra, aqueles que eventualmente passaram por todas as escolas privadas é que lograrão, depois, acesso via vestibular e poderão, então, chegar ao ensino público superior, dotado de conceito de excelência. Como é sabido, o Ensino Superior no Brasil sempre se caracterizou como destinado aos

ADI 3330 / DF

jovens oriundos de classes econômicas superiores e médias bem estabelecidas.

Em trabalho apresentado no X Colóquio Internacional sobre Gestión Universitária em América del Sur, realizado em Mar del Plata em dezembro de 2010 são feitas as seguintes considerações que retratam com precisão as distorções aqui apontadas:

“A expansão universitária promovida pelo REUNI [Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais] deve continuar, pois as universidades públicas brasileiras têm sido desde sempre o padrão de qualidade pelo qual se pautam as instituições privadas, em maioria de menor envergadura e qualidade.

Entretanto, em outra distorção típica do Brasil, é nas faculdades privadas e pagas que a população jovem brasileira de baixa renda encontra o caminho da educação superior. Tal se deve à limitada oferta de vagas nas IES públicas, que são levadas a escolher seus alunos por meio de concorridos concursos vestibulares, nos quais só são aprovadas minorias de bem-nascidos (com honrosas exceções e, recentemente, as proporcionadas pelo sistema de cotas), que tiveram a oportunidade de estudar em boas escolas fundamentais e médias privadas. Uma vez aprovados, são agraciados com as vagas no setor público de Ensino Superior, gratuito e de excelência.

“Este paradoxo leva a um sistema perverso, no qual os estudantes que almejam subir a escala social através do estudo precisam fazê-lo, em sua maioria, na rede privada e, portanto, programas como o PROUNI, que oferece bolsas universitárias de até 100% a alunos matriculados na rede de Ensino Superior privada e o FIES, que garante o financiamento das matrículas subsidiado àqueles não agraciados por bolsas totais, bem

como programas de cotas sociais (não raciais) são o caminho para possibilitar um Ensino Superior brasileiro

ADI 3330 / DF

inclusivo, onde o jovem brasileiro tem a oportunidade de buscar melhores perspectivas para seu futuro.”(ACESSO À EDUCAÇÃO SUPERIOR NO BRASIL: O DESAFIO DA INCLUSÃO DOS JOVENS BRASILEIROS SEGUNDO O PNE FLÁVIO AUGUSTO SERRA KAULING, RAFAEL PEREIRA OCAMPO MORÉ, ALEXANDRE MARINO COSTA, DENISE APARECIDA BUNN, MÉRCIA PEREIRA e PAOLA AZEVEDO).

7. UMA PALAVRA SOBRE EXPERIMENTALISMO INSTITUCIONAL

Em palestra ainda recente, proferida em 12 de abril de 2008, no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), o professor Roberto Mangabeira Unger fez sérias considerações sobre o papel do Direito no avanço da Democracia brasileira. Na oportunidade, o palestrante, após diagnosticar o estágio de evolução de nossa democracia e os desafios que enfrentaria e enfrentará, ressaltou diversas vezes que o desenvolvimento do país dependeria do incentivo que se deverá conferir à imaginação criadora voltada aos experimentos institucionais, que poderá buscar alternativas possíveis à sobrevivência e desenvolvimento nacional.

Nesse sentido, Mangabeira salientava que o experimentalismo institucional deve servir a uma democracia nova e pulsante, ajudando-a a encontrar seus próprios caminhos, conducentes ao desenvolvimento econômico. Confirmam-se as palavras do palestrante:

“O primeiro foco é o desejo de dar realidade ao compromisso universalmente afirmado de construir um crescimento econômico socialmente inclusivo. A questão que se põe, mesmo diante das democracias mais livres e prósperas do mundo, é se só uma pequena minoria da humanidade será admitida nos setores avançados da produção e do ensino ou se conseguiremos abrir as portas para parcelas grandes da economia e da sociedade, admitindo-lhes a este universo de experimentalismo avançado que caracteriza as formas avançadas de produção e de aprendizado. Os meios

ADI 3330 / DF

tradicionais para atenuar as desigualdades - as políticas compensatórias universalizantes de um lado e a promoção pelos governos da pequena propriedade – revelaram-se ambos insuficientes para alcançar este objetivo.

A segunda idéia (...) é que, se esse experimentalismo é importante para todos os países, para o nosso País, é uma questão de sobrevivência nacional. O que mais quer a Nação agora é construir um modelo de desenvolvimento baseado em ampliação de oportunidades econômicas e educativas e em participação popular. Não será possível construir este modelo dentro do formulário institucional que, há muitas décadas, os nossos quadros dirigentes insistiram em portar e em copiar. (MANGABEIRA, Palestra IDP)”.

Mangabeira Unger, em outro trecho de sua palestra, ao analisar o estágio atual do pensamento jurídico, conclama os juristas brasileiros a repensarem os modelos institucionais vigentes e não apenas a tentarem, de uma forma ou de outra, humanizar estruturas esgotadas. Arnaldo Godoy, ao transcrever alguns trechos da referida palestra, tece comentários pertinentes:

“O discurso jurídico ortodoxo canoniza o Direito. Transforma-o em liturgia. Legitima-o como religião civil. Centra-o em imaginário pacto fundante. Sob roupagem retórica supostamente estimulante, anuncia-se como condutor moral de uma nova época, que se diz neopositivista ou neoconstitucionalista. Prega-se um patriotismo constitucional (cf. HABERMAS, 1997, pp. 279 e ss.), que se insinua em suposto pacto reformista, que nada mais é do que uma versão reelaborada de um neocontratualismo de sabor kantiano. Para Mangabeira:

‘Uma das implicações dessa maneira de pensar o direito é estabelecer um contraste chocante entre duas genealogias de direito: uma genealogia prospectiva e uma genealogia retrospectiva. Prospectivamente, imaginamos o direito o produto do conflito, conflito entre interesses e entre visões. Não há nada de errado nisso. Essa é a própria natureza da democracia -

ADI 3330 / DF

organizar esse conflito. Mas, depois, retrospectivamente, nas mãos dos juristas, imaginamos o direito não como um retrato de um conjunto efêmero de composições entre interesses e visões contrastantes, mas como um sistema ideal de evolução que pode ser representado na linguagem dos princípios e das políticas públicas impessoais'. (MANGABEIRA, Palestra IDP).

O Direito precisa ser repensado. Deve ser adaptado às condições políticas pelas quais presentemente passamos. Deve deixar a ante-sala das curiosidades. Deve afastar-se do campo minado das sutilezas da argumentação. Para Mangabeira, ainda na palestra aqui esquadrinhada:

'Esta maneira de pensar o direito só faz sentido à luz desse pacto social democrata que eu descrevi e dessa realidade paradoxal de avanço e de recuo do direito do século 20. Esse é o pensamento jurídico característico de uma civilização que não acredita mais na possibilidade ou na necessidade de reconstruir as coisas e que se satisfaz em humanizá-las, em redistribuir recursos e direitos em nome de idealizações do direito. É um método de pensamento jurídico que serve a quem aceita os limites deste mundo, mas que é inaceitável para quem quer transpor esses limites'. (MANGABEIRA, Palestra, IDP).

O Direito que se diz hegemônico seria mera expressão do fracasso. O Direito não teria realizado sua missão, e nem cumprido suas promessas. É dissimulado. Diz-se arauto do que é novo e do que segue, porém regurgita o passado que diz repudiar. Por isso,

'(...) essa forma dominante de pensamento jurídico, esse pós-formalismo teleológico, sistemático e idealizante que é agora apresentado em todo o mundo como a onda do futuro do pensamento jurídico é, na realidade, a transcrição, no pensamento jurídico de uma limitação ou de uma derrota política casada com uma mistificação intelectual'. (MANGABEIRA, Palestra, IDP).

A palestra seguiu densa, em tom de denúncia, angustiada, em passo de realismo impressionante, explicitando-se os porquês da desconfiança:

ADI 3330 / DF

‘Mistificação porque passa magicamente da genealogia prospectiva de direito como produto de conflito para a genealogia retrospectiva do direito nas mãos dos juristas como o fragmento de um sistema ideal. Mistificação a serviço do vanguardismo antidemocrático dos juristas e dos juízes, seduzidos pela idéia de uma tarefa importante de melhorar as coisas idealizando o direito de uma maneira que parece quase irreconciliável com os pressupostos da democracia. Mistificação incompatível com o imperativo do experimentalismo institucional. (MANGABEIRA, Palestra, IDP)’’. Artigo disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/11770/o-direito-no-fortalecimento-da-democracia-no-pensamento-de-roberto-mangabeira-unger>.

Em artigo publicado na Folha de São Paulo, em 18 de abril de 2005, intitulado *A justiça como base de desenvolvimento*, de resto também comentado por Arnaldo Godoy no texto transcrito acima, Mangabeira Unger faz afirmações que calham perfeitamente com o raciocínio desenvolvido nesse voto acerca do PROUNI:

“Como podem iniciativas sóbrias, tomadas com meios disponíveis, melhorar a vida de dezenas de milhões de pessoas no Brasil? Exemplifico nas três áreas em que o país mais requer mudança de rumo: a situação do trabalhador, a qualidade do ensino e a influência do dinheiro na política (...) É o compromisso de transformar exigências de justiça em condições de progresso prático. No passado, o conceito foi crescer para ter, depois, os meios com que fazer justiça. Agora, o princípio deve ser fazer justiça para poder crescer. Transformar a democratização das oportunidades de trabalho e de ensino e o saneamento da vida pública em motores de desenvolvimento. A utopia realista que convém ao Brasil, aquela que a nação continua, com espasmos de descrença e de frustração, a buscar, é a da energia construtiva, manifesta no esforço de equipar os que não têm como e os que não sabem como. Um país que cultiva a pujança e venera a ternura não reconciliará os dois lados de sua consciência coletiva sem

ADI 3330 / DF

refundar o desenvolvimento sobre a base da justiça".
(MANGABEIRA, FSP, 18 de abril de 2005). (grifei)

O PROUNI é uma iniciativa que visa a aproveitar o potencial da iniciativa privada no setor educacional, direcionando-o à implementação de uma política pública de ampliação do acesso ao Ensino Superior, voltada a atender a classe média baixa, mas emergente, que cresce cada vez mais no Brasil. Os números, já mencionados, demonstram tratar-se de um programa bem-sucedido: mais de um milhão de bolsas foram concedidas. O PROUNI já é quase do tamanho do ensino universitário público brasileiro.

O raciocínio que estou a construir não implica a aceitação pura e simples desse modelo de política como sendo o melhor e o sempre desejável, mas reconhece que esse programa obteve êxito em seus propósitos, a partir da adaptação e melhoramento dos modelos anteriormente existentes.

Trata-se, portanto, de política pública que pretendeu experimentar novos modelos institucionais e que logrou alcançar acolhida da sociedade interessada. O PROUNI prestigia em grande parte, quer me parecer, aquelas pessoas que trabalham de dia e estudam a noite, buscando alcançar novos padrões de vida. É iniciativa a ser aplaudida e que deve servir de estímulo a outras tantas que visem a ampliar o acesso e a melhorar a qualidade do ensino no Brasil.

8. CONCLUSÃO

Com base nessas considerações, acompanho o Relator e voto pela **improcedência** da ação.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.330

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. AYRES BRITTO

REQTE.(S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO - CONFENEN

ADV.(A/S) : IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

REQTE.(S) : DEMOCRATAS

ADV.(A/S) : FABRÍCIO JULIANO MENDES MEDEIROS

REQTE.(S) : FEDERAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL - FENAFISP

ADV.(A/S) : PAULO ROBERTO LEMGRUBER EBERT

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONECTAS DIREITOS HUMANOS

INTDO.(A/S) : CENTRO DE DIREITOS HUMANOS - CDH

ADV.(A/S) : ELOÍSA MACHADO DE ALMEIDA

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, não conheceu da ação proposta pela Federação Nacional dos Auditores-Fiscais da Previdência Social - FENAFISP, por falta de legitimidade ativa. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Em seguida, após o voto do Senhor Ministro Carlos Britto (relator), que afastou preliminar relativa à ausência dos pressupostos de urgência e relevância para edição da medida provisória posteriormente convertida em lei e julgou improcedente a ação, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Falaram: pelos requerentes, Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino - CONFENEN, Partido DEMOCRATAS, Federação Nacional dos Auditores-Fiscais da Previdência Social - FENAFISP, respectivamente, o Professor Ives Gandra da Silva Martins, o Dr. Admar Gonzaga e o Dr. Cláudio Santos; pela Advocacia-Geral da União, o Dr. Evandro Costa Gama, Advogado-Geral da União, substituto; pelos *amici curiae*, Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos - CDH, o Dr. Oscar Vilhena Vieira; e, pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza. Plenário, 02.04.2008.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Ayres Britto (Presidente), julgou improcedente a ação direta, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Impedida a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello e, em viagem oficial, o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 03.05.2012.



Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux e Rosa Weber.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/ Luiz Tomimatsu
Assessor-Chefe do Plenário