



200567
Paraná n.º 4763/CF

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 3314-0/600 – DF

RELATOR: EXMO. SR. MINISTRO CARLOS BRITTO

REQUERENTE: PARTIDO DA FRENTE LIBERAL - PFL

REQUERIDO: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RELATOR,

1. O tema versado nesta ação direta de inconstitucionalidade é **idêntico** ao que vim de examinar na **ADI n.º 3330**, igualmente distribuída a Vossa Excelência.
2. Juntando, aqui, o pronunciamento exarado, por toda a fundamentação dele constante sou pela **improcedência** deste pleito.

Brasília, 28 de março de 2005.


CLAUDIO FONTELES
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA



Parecer nº 4660/CF

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.º 3.330 - DF

RELATOR: EXMO. SR. MINISTRO **CARLOS BRITTO**

REQUERENTE: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO - CONFENEN

REQUERIDO: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Ementa:

1. Juízos de relevância e urgência que inspiraram a edição da medida provisória, no caso - criação do PROUNI -, que tem adequado embasamento à luz dos propósitos motivadores, como realçado na respectiva exposição ministerial.
2. Tratamento de restrição à extensão da imunidade, **conferido perfeitamente à lei ordinária**, por versar sobre a natureza, ou seja, **o como se constitui a entidade educacional**: considerações e precedentes da Suprema Corte.
3. **Inexistência** de ofensa aos princípios constitucionais da isonomia, da não discriminação, da autonomia universitária e da iniciativa privada.
4. Observância clara do princípio fundante à construção da sociedade brasileira livre, **justa e solidária (artigo 3º, I, CF/88)**, que não se compraz com gritante ociosidade de vagas nos estabelecimentos privados de ensino superior.
5. **Improcedência** do pleito.



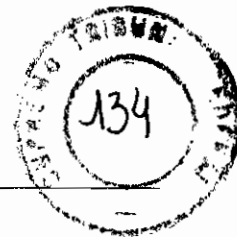
1. A Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN – ajuizou ação de inconstitucionalidade contra a Medida Provisória nº 213/2004 no que instituiu o Programa Universidade para todos: o PROUNI (fls. 2/40).
2. Convertida a Medida Provisória na Lei nº 11.096/2005 aconteceu o aditamento da inicial, reiterando-se a fundamentação já versada (fls. 821/843).
3. Apreciemos a pretensão.
4. Funda-se a autora, em síntese, **verbis**:

“Com efeito, entre outras garantias constitucionais, as normas impugnadas, ao pretenderem estabelecer o conceito de “entidades beneficente de assistência social” com conteúdo diferente daquele que o Supremo Tribunal Federal já definiu, interpretando o art. 195, par. 195, par. 7º da CF na ADI nº 2028 – visam, na verdade atingir a **imunidade tributária de que gozam tais entidades**, causando-lhes brutal aumento de custos, interferindo na sua gerência e **organização administrativo-financeira**, reduzindo a receita que auferem com seus serviços, e, em consequência, os recursos **destinados à manutenção de suas finalidades estatutárias**.

Por outro lado, a medida provisória estabelece discriminação entre os cidadãos brasileiros, ao arrepio do que permite a Lei Maior. Em face dos princípios consagrados na Constituição, a todos os alunos de cursos superiores devem ser assegurados os mesmos direitos, não podendo a lei – e, menos ainda, ato legislativo provisório, como é o caso da MP 213/2004 – estabelecer validamente discriminações que não estejam fundadas no preparo intelectual, como critério para prover as vagas existentes no ensino superior.

É, entretanto, o que faz a medida provisória em tela, na medida em que atribui, a alguns, maiores direitos que a outros, como, por exemplo, o de ingressar no ensino superior com menor qualificação, considerando critérios sócio-econômicos ou raciais, o que viola a isonomia assegurada não só no art. 5º, da CF, mas também no art. 206, segundo o qual deve o Poder Público assegurar “**igualdade de condições para acesso e permanência na escola**” e no art. 208, V, que garante o acesso ao ensino, a pesquisa e à criação artística **segundo a capacidade de cada um** (art. 208, inciso V).

A assim dispor, a medida provisória ofende também a autonomia universitária, que a lei maior consagra no art. 207 não apenas em favor dos instituidores ou dirigentes das entidades de ensino, mas de todos



os cidadãos, especialmente, dos que a elas acorrem na condição de alunos.

Compromete, também, a livre iniciativa no âmbito das atividades de ensino, assegurada no art. 209 da CF e, na medida em que dá prioridade na distribuição dos recursos disponíveis do Financiamento ao Estudante do Ensino Superior – FIES, às instituições que aderirem ao **PROUNI**, dispensa tratamento desigual a instituições e alunos de quem retira o direito de obter financiamento oficial se pretender ingressar em entidade que não tiver aderido ao programa

Finalmente, o ato impugnado acena com **renúncia fiscal**, em relação a **instituições de educação, sem fins lucrativos, beneficentes de assistência social. Tais entidades, por gozarem de imunidade tributária**, não estão sujeitas ao pagamento de tributos, a teor dos arts. 150 VI “c” e art. 195, § 7º, que estabelecem verdadeiras limitações ao poder de tributar. À evidência, se a União não tem competência para tributar essas instituições, descabe “ofertar” **renúncia fiscal** como contrapartida para a adesão ao programa.” (vide: **fls. 4/6**)

5. Há necessidade preliminar de que se analise, também, a impugnação feita pela autora a ser o tema versado por medida provisória, visto que:

a) não cumpridos os requisitos de relevância e urgência (fls. 8/11); e

b) inobservância do disposto no **artigo 62, § 1º, III**, da Constituição Federal, pois que tratando o tema de imunidade tributária, matéria reservada à lei complementar, descabe a utilização de medidas provisórias (fls. 11/12).

6. É de se ler a Exposição de Motivos, subscrita pelos Ministros de Estado da Educação e da Fazenda, aos propósitos da criação do **PROUNI**, **verbis**:

“1. 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 tem acesso ao ensino gratuito.



2. Ocorre que o número de matrículas no ensino médio praticamente dobrou, de 5,7 milhões para 9,8 milhões entre 1998 e 2002, conforme dados Censo da Educação Básica do INEP/MEC, sendo que o número de matrículas na 3ª série do ensino médio, de 1.274.933 em 1996, chegou a 2.239.544 em 2002. A consequência direta destes dados é o aumento da demanda pelo ensino superior. Por outro lado, nesse mesmo período, houve uma enorme expansão da rede privada de ensino superior. **Das 1637 instituições de ensino superior contabilizadas no Brasil em 2002, de acordo com o censo do INEP/MEC, 1442 são privadas e 195 são públicas, totalizando uma oferta de vagas de 1.773.087. Não obstante, 37,5% das vagas em instituições privadas, o que corresponde a aproximadamente meio milhão, estão ociosas. Nas instituições de ensino público, a capacidade está muito mais bem aproveitada, com apenas 14.863 de vagas não preenchidas, o que corresponde a 5%.**

3. Com o fito de estimular instituições privadas de ensino a destinarem gratuitamente 10% das suas vagas para estudantes de baixa renda, conforme dispõe o art. 5º, o Projeto de Lei, no art. 9º, concede isenção do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (RPJ), da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Confins), da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) e da Contribuição para o Pis/Pasep a quem aderir ao PROUNI.

4. Além disso, o Projeto de Lei, no art. 12, **condiciona o gozo da isenção da CSLL, concedida pelo art. 15 da Lei nº 9.532, de 1997, à adesão da instituição de ensino superior ao PROUNI, induzindo, assim, entidades, hoje isentas a destinarem também 10% das suas vagas para estudantes de baixa renda.**

5. Logo, na medida em que o PROUNI incentiva as instituições privadas a **oferecerem uma bolsa de estudo para cada nove alunos regulares**, permiti-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. Além disso, se a elevação do padrão educacional de uma população não for suficiente, como medida isolada, para se alcançar maiores níveis de desenvolvimento econômico, é certo que, criadas as demais condições, ela é medida indiscutivelmente necessária para que tal ideal seja atingido.

6. Outro ponto relevante enfrentado pelo Projeto de Lei reside no disposto pelo art. 11, ao tentar recuperar a dignidade do conceito de filantropia, já que, hoje, a falta de transparência do cálculo de gratuidade a ser aplicado em assistência social por parte das instituições de ensino superior filantrópicas, confessionais e comunitárias é tamanha que uma minoria de instituições que se valem dessa opacidade para se desincumbir dos tributos devidos sem atender a suas obrigações sociais maculam a imagem de todo um setor cuja



ação é imprescindível para o desenvolvimento social do País. Assim, o art. 11 **condiciona a qualificação de entidade beneficente de assistência social à destinação gratuita de 20% das vagas existentes** na instituição de ensino superior para alunos de baixa renda.” (vide: fls. 117, grifei)

7. E concluem, **verbis**:

9. Assim sendo, este Projeto de Lei tem o altivo propósito de modificar a difícil realidade do ensino superior no Brasil, pois o país figura entre os países da América Latina com uma das mais baixas taxas de cobertura do ensino superior. Apesar do aumento da oferta de cursos superiores, apenas 9% dos jovens de 18 a 24 anos de idade estão na faculdade, comparado a 27% no Chile, 39% no Canadá e 80% nos EUA.

10. A meta proposta pelo Plano Nacional de Educação (PNE – Lei nº 10.172 de 06 de janeiro de 2001) é a de prover, até o final da década, educação superior para pelo menos 30% da população na faixa etária de 18 a 24 anos, razão pela qual **torna-se imperativo que tais medidas sejam adotadas imediatamente**, ampliando o número de bolsa de estudo para alunos de baixa renda.” (fls. 118, grifei)

8. Ora, objetivamente expôs-se que **37.5%**, o equivalente a **meio milhão de vagas**, nas instituições privadas de ensino superior, **estão ociosas**.

9. Em nosso País, ainda em quadro de objetividade realçado pela exposição de motivos, “apenas 9% dos jovens de 18 a 24 anos estão na faculdade”.

10. Eis porque, **e com razão bastante**, concluiu a exposição de motivos, **verbis**:

“... torna-se imperativo que tais medidas **sejam adotadas imediatamente**, ampliando o número de bolsa de estudo para alunos de baixa renda.” (fls. 118, grifei)

11. Por certo, **o juízo de urgência e relevância** tem adequado embasamento.

12. Aqui, plenamente incidem os julgados trazidos pela Advocacia-Geral da União a fls. 505/6, vol. 3, a demonstrar a **invalidade** da argumentação da Autora sobre o inadequado uso da medida provisória, pois, **verbis**:



“... Os requisitos de relevância e urgência para edição de medida provisória **são de apreciação discricionária** do Chefe do Poder Executivo, **não cabendo, salvo os casos de excesso de poder, seu exame pelo Poder Judiciário.**” (transcrição de parte da ementa do julgado a fls. 505, vol. 3)

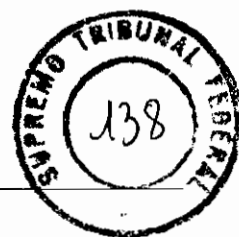
13. Com a edição da Medida Provisória 213, de 10 de setembro de 2004, que só se converteu em lei aos 13 de janeiro de 2005 (**Lei 11.096**) já se pode iniciar o combate à paralisia do quadro ocioso de vagas disponíveis nas instituições privadas de ensino superior, a partir do 1º vestibular para o ano em curso.

14. Aprecio, agora, o fundamento de violação dos artigos 146, II e 195, §7º, da Constituição Federal (fls. 12/21).

15. Não tem razão a autora.

16. É de se bem compreender o voto do Min. Moreira Alves, no tema. Disse S. Ex^a. a propósito do exame da liminar nas ADIns 2028 e 2036, **verbis**:

“Com efeito, a Constituição, ao conceder a imunidade às entidades beneficentes de assistência social, o fez para que fossem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios auxiliados nesse terreno de assistência aos carentes por entidades que também dispusessem de recursos para tal atendimento gratuito, **estabelecendo que a lei determinaria as exigências necessárias para que se estabelecessem os requisitos necessários para que as entidades pudessem ser consideradas beneficentes de assistência social.** É evidente que tais entidades, para serem beneficentes, teriam de ser filantrópicas (por isso, o inciso II do artigo 55 da lei 8.212/91, que continua em vigor, exige que a entidade “*seja portadora do Certificado ou do Registro de Entidade de Fins Filantrópicos, fornecido pelo Conselho Nacional de Serviço Social, renovado a cada três anos*”), mas não exclusivamente filantrópica, até porque as que o são não o são para o gozo de benefícios fiscais, e esse benefício concedido pelo § 7º do artigo 195 não o foi para estimular a criação de entidades exclusivamente filantrópicas, mas, sim, das que, também sendo filantrópicas **sem o serem integralmente, atendessem às exigências legais** para que se impedisse que qualquer entidade, desde que praticasse atos de assistência filantrópica a carentes, gozasse da imunidade, que é total, de contribuição para a seguridade social, ainda que não fossem reconhecidas como de utilidade pública, seus dirigentes tivessem remuneração ou vantagens, ou se destinassem elas a fins lucrativos.” (vide: fls. 161/2, grifei)



17. Portanto, fazendo a distinção entre **entidades filantrópicas e entidades beneficentes de assistência social**, o em. Min. Moreira Alves **expressamente** disse da necessidade imperativa da lei, **da lei ordinária, não a complementar**, visto que **textualmente** disse – “por isso, o inciso II, do artigo 55 da Lei 8212/91, **que continua em vigor**, exige que a entidade seja portadora...” – **para impedir, no que a lei ordinária então estabelece parâmetros de funcionamento, “que qualquer entidade**, desde que praticasse atos de assistência filantrópica a carentes, gozasse de imunidade, que é total, de contribuição para a seguridade social, ainda que não fosse reconhecida de utilidade pública, seus dirigentes tivessem remuneração ou vantagens, ou se destinasse elas fins lucrativos” (voto do Min. Moreira Alves a fls. 162 – vol. 3).

18. Eis porque, prosseguiu o em. Min. Moreira Alves, e disse, **verbis**:

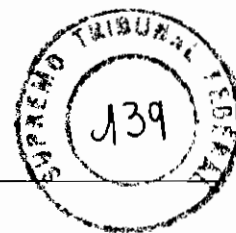
“De outra parte, no tocante às entidades sem fins lucrativos educacionais e de prestação de serviços de saúde que não pratiquem de forma exclusiva e gratuita atendimento a pessoas carentes, a **própria extensão da imunidade foi restringida**, pois só gozarão desta “na proporção do valor das vagas cedidas integral e gratuitamente a carentes, e do valor do atendimento à saúde de caráter assistencial”, o que implica dizer que a imunidade para a qual a Constituição não estabelece limitação em sua extensão **o é por lei.**” (vide: fls. 162, grifei)

19. Vale dizer: **a lei ordinária** pode, perfeitamente, restringir a extensão da imunidade, **fazendo-o em relação à natureza, ou o como se constitui**, da entidade educacional, no caso.

20. Por isso, com pertinência o julgado da lavra do em. Min. Sepúlveda Pertence, como avivado a **fls. 509, vol. 3**, por onde se lê, **verbis**:

“... 1. Conforme precedente no STF (RE 93.770, Munoz, RTJ 102(304) e na linha da melhor doutrina, o que a Constituição **remete à lei ordinária** no tocante à imunidade tributária considerada, **é a fixação de normas sobre a constituição** e o funcionamento da entidade educacional ou assistencial imune; não o que diga respeito aos lindes da imunidade.”

21. Tampouco há violação aos princípios constitucionais da isonomia, da não discriminação ou da autonomia universitária (**fls. 21/27**).



22. A CONFENEN sustenta a violação, pelo art. 2º da lei impugnada, aos princípios da igualdade e do devido processo legal substantivo, pois a lei concede bolsas integrais aos alunos que tenham cursado o ensino médio em estabelecimentos da rede pública, porém, no caso dos alunos egressos de estabelecimentos de ensino privados, a lei apenas as concede àqueles que tenham gozado de bolsa integral.

23. Nesse ponto, não há inconstitucionalidade material em face dos princípios da isonomia e razoabilidade¹.

24. O mandado constitucional de 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

¹ Trata-se, no caso, da chamada *razoabilidade qualitativa*, expressão cunhada por Ricardo Haro, que é a que se interpreta mediante a comparação entre vários suportes fáticos – iguais ou diferentes – e a norma jurídica, de forma tal que a antecedentes iguais sejam imputadas consequências iguais, sem que hajam exceções arbitrárias. Isso significa que a lei, para ser razoável, deve tratar igualmente aqueles que estejam em igualdade de condições. Nas palavras do constitucionalista argentino, “é inegável que o ordenamento jurídico deve estabelecer lógicas e razoáveis distinções e classificações em categorias que a discricionariedade e sabedoria o inspirem, e que se baseiem em objetivas razões de diferenciação”. HARO, Ricardo. *La razonabilidad y las funciones de control*. In: *El control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Ed. Zavalia; 2003, p. 209.



*há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual”.*²

25. Segundo ALEXY, uma razão é suficiente para a permissão de um tratamento desigual se, em virtude desta razão, o tratamento desigual não é arbitrário. Assim, um tratamento desigual não é arbitrário não só quando é a melhor solução, ou a mais justa, mas também quando existem razões plausíveis para a sua permissão.³

26. No caso em análise, a razão para o discrimen normativo é simples: os alunos que cursaram o ensino médio na rede pública são considerados, para os efeitos da lei, como pessoas sem recursos financeiros para arcar com as despesas do curso superior. Por isso, necessitam das bolsas integrais concedidas pelo PROUNI. Já os alunos que estudaram em estabelecimentos privados de ensino médio, a lei considera que apenas aqueles que tenham gozado de isenção total no pagamento de mensalidades podem ser caracterizados como alunos carentes para a concessão de bolsas. Existe, sem dúvida, uma diferença relevante entre aqueles que arcaram com o pagamento de mensalidades, ainda que parciais, em escolas privadas – dos quais o legislador pode perfeitamente fixar a presunção de que possuem condições financeiras de arcar também com as despesas do ensino superior – e aqueles que, ao estudarem em escolas públicas, necessitaram de isenção total dos custos do ensino médio.

27. A CONFENEN contesta, ainda, também com base no princípio da isonomia, a utilização, pelo art. 7º da lei atacada, do critério racial para preenchimento de vagas no ensino superior. 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 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).



28. Aqui também não há inconstitucionalidade. O art. 3º da MP nº 213/2005 e da Lei nº 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”.

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

30. Ademais, ressalte-se que a manutenção da bolsa ficará condicionada ao cumprimento de requisitos de desempenho acadêmico, a serem estabelecidos pelo Ministério da Educação.

31. De qualquer forma, a concessão de bolsas a autodeclarados indígenas e negros deve ficar condicionada ao preenchimento dos requisitos do art. 1º e 2º da lei. Assim, 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. Em todo caso, negros e indígenas deverão ter cursado o ensino médio completo em escola pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral.

32. A CONFENEN também defende que o art. 7º da lei representa intromissão indevida do Estado na autonomia didático-científica das universidades, o que violaria o art. 207 da Constituição Federal.

² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y



33. Aqui também não assiste razão à entidade requerente. A autonomia universitária não constitui um princípio absoluto. Assim, é importante ressaltar que o espectro de poderes inerentes às universidades não se caracteriza como um núcleo imodificável. Pode, sim, sofrer limitações de outros princípios constitucionais e/ou da legislação federal⁴, desde que não viole a ordem educacional estabelecida pela Constituição.

34. O art. 7º estabelece obrigações a serem cumpridas pela instituição de ensino superior pela adesão ao PROUNI, sem qualquer ofensa ao seu âmbito de autonomia garantido constitucionalmente.

35. De plano, seja rememorado que o art. 3º reserva, na etapa final de seleção, às instituições de ensino superior, **fazê-lo** segundo seus próprios critérios, além de a elas também competir “o aferir informações prestadas pelo candidato”.

36. E o art. 7º, **recorde-se sempre, no quadro de gritante ociosidade de vagas** (leia-se: **item 8**, retro deste parecer) **remete ao art. 5º** para a proporção posta a sanar tão grande distorção, nela compreendida percentual a contemplar os negros e indígenas.

37. A requerente assevera que a prioridade na distribuição dos recursos disponíveis do Fundo de Financiamento ao Estudante de Ensino Superior – FIES, às instituições que aderirem ao PROUNI, prevista no art. 14 da lei impugnada, fere a isonomia, a autonomia universitária e a livre iniciativa.

38. Nesse ponto, a lei nada mais faz do que incentivar as instituições de ensino superior privadas a aderirem ao PROUNI, dando-lhes prioridade no repasse de recursos. De toda forma, existe uma razão suficiente para o tratamento privilegiado às instituições de educação superior participantes do PROUNI, pois estas estarão fazendo parte de programa instituído pelo Estado para, ajudando a estudantes carentes, por cobro à intolerável margem de ociosidade de vagas nas instituições privadas de ensino

Constitucionales; 2001, p. 395-398

³ *Idem, ibidem*, p. 400

⁴ A União possui competência privativa para dispor sobre matéria atinente às instituições de ensino superior, públicas ou privadas (art. 22, XXIV c/c art. 24, IX da CRFB/88 e art. 9º da Lei nº 9.394/96).



superior o que, por óbvio, não atenta para o disposto no inciso V do art. 23 da Constituição Federal.

39. Afirma a entidade requerente que o art. 9º da lei atacada viola o art. 5º, inciso II e XXXIX da Constituição, pois estabelece penalidades para o descumprimento das normas do PROUNI, sem identificar de forma precisa a conduta passível de punição nem a penalidade aplicável.

40. O art. 9º não define tipos penais, mas apenas prevê algumas penalidades de caráter não-penal para o descumprimento de obrigações assumidas previamente em termo de adesão ao PROUNI, firmado entre a instituição de ensino e o Ministério da Educação. Tais penalidades estarão previstas no termo de adesão e serão aplicadas pelo Ministério da Educação, após instauração de procedimento administrativo que assegure a ampla defesa e o contraditório (§ 1º do art. 9º, referenciado), e quando caracterizada clara volição de não adimplir (§ 3º do art. 9º, referenciado).

41. Não há ofensa, portanto, ao art. 5º, inciso II e XXXIX da Constituição.

42. Por fim, a CONFENEN defende que a lei atacada viola o princípio da livre iniciativa no âmbito do ensino privado, pois impõe para o setor privado planejamento econômico obrigatório, que se não adotado implicará para as entidades privadas de ensino sanções expressivas, retirando-lhes condições de competir com outras instituições que aderirem ao PROUNI, o que trará como consequência o afastamento dos alunos que se interessem em ingressar nessas instituições, mas que necessitem do FIES.

43. Nesse aspecto também não cabe razão à requerente. Com efeito, o princípio da livre iniciativa, assim como qualquer princípio constitucional, não é absoluto, podendo sofrer restrições em prol da realização de outros valores ou bens constitucionais almejados pela sociedade. Como desdobramento do direito geral de liberdade, a liberdade de iniciativa submete-se ao postulado geral que diz que o exercício das liberdades deve ser realizado de modo que garanta a liberdade de todos,



ou seja, o desfrutar da liberdade deve estar em consonância com a ordem de valores aceita e praticada por uma dada sociedade. Não é, portanto, liberdade *a priori*, absoluta, sem condicionamentos, como poderia ser considerada desde uma perspectiva estritamente liberal. Está definida pelo ordenamento jurídico-constitucional, segundo seus valores.

44. A Constituição de 1988 inclui a liberdade de iniciativa dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV) e da ordem econômica (art. 170, *caput*), deixando claro que ela faz parte de um conjunto de valores que visam assegurar a existência digna de todos, segundo os ditames da justiça social. Trata-se, portanto, não de liberdade absoluta, mas de liberdade sujeita ao princípio da legalidade. Isso quer dizer que a liberdade de iniciativa terá o perfil que a ordem jurídica lhe conceder, caracterizando-se com uma liberdade assegurada nos limites da lei.

45. Nesse sentido, 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 justifica 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, grifei)

46. Ante o exposto, o parecer é pela **improcedência** da ação.

Brasília, 28 de março de 2005.


CLÁUDIO FONTELES
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA