

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA



ISSN 2595-5667

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 09 – VOLUME Nº 01 – EDIÇÃO Nº 01

ISSN 2595-5667

Editor-Chefe:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil

**Rio de
Janeiro, 2024.**

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

Conselho Editorial Internacional:

- Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela, Venezuela
Sr. Erik Francesc Obiol, Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, Peru, Peru
Sr. Horacio Capel, Universidad de Barcelona, Barcelona, Espanha.
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, Sevilha, Espanha.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile (UACH), Valdivia, Chile.
Sra. Mónica Vanderleia Alves de Sousa Jardim, Universidade de Coimbra, UC, Portugal.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu, Turquia

Conselho Editorial Nacional:

- Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontificia Universidade Católica, PUC/SP, Brasil.
Sr. Alexandre Santos de Aragão, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, RJ, Brasil.
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasília, UNB, Brasil.
Sr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, Brasil.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil.
Sra. Cynara Monteiro Mariano, Universidade Federal do Ceará, UFC, Brasil.
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná, UFPR, Brasil.
Sr. Eduardo Manuel Val, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Fabio de Oliveira, Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Flávio Garcia Cabral, Escola de Direito do Mato Grosso do Sul, Mato Grosso do Sul., Brasil
Sr. Henrique Ribeiro Cardoso, Universidade Federal de Sergipe, UFS, Brasil.
Sr. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, Pontificia Universidade Católica, São Paulo, Brasil.
Sra. Jéssica Teles de Almeida, Universidade Estadual do Piauí, UESPI, Piri-piri, PI, Brasil., Brasil
Sr. José Carlos Buzanello, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. José Vicente Santos de Mendonça, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Georges Louis Hage Humbert, Unijorge, Brasil
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
Sra Marina Rúbia Mendonça Lôbo, Pontificia Universidade Católica de Goiás, Goiás, Brasil.
Monica Sousa, Universidade Federal do Maranhão
Sr. Mauricio Jorge Pereira da Mota, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sra. Monica Teresa Costa Sousa, Universidade Federal do Maranhão, UFMA, Maranhão, Brasil.
Sra. Patricia Ferreira Baptista, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Brasil.
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, UFRN, Brasil.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho, UNINOVE, Brasil.
-

O PRINCÍPIO DO MÉRITO ACADÊMICO COMO PRESSUPOSTO DO DIREITO DE ACESSO AO ENSINO SUPERIOR E SUA APLICABILIDADE AO FUNDO DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL (FIES)

THE PRINCIPLE OF ACADEMIC MERIT AS A PRESUMPTION OF THE RIGHT OF ACCESS TO HIGHER EDUCATION AND ITS APPLICABILITY TO THE STUDENT FINANCING FUND (FIES)

Carlos André Birnfeld¹

Lucas Pereira Carvalho de Brito Mello²

RESUMO: O objetivo do presente artigo é demonstrar que o princípio constitucional do mérito acadêmico, pressuposto para o direito de acesso ao ensino superior, tal como previsto no artigo 208, inciso V, da Constituição Federal do Brasil é aplicável ao Fundo de Financiamento Estudantil (FIES). A pesquisa que dá origem ao artigo foi orientada por dois problemas complementares: inicialmente é investigado se a Constituição Federal contempla, ainda que implicitamente, o princípio constitucional do mérito acadêmico, como pressuposto para o direito de acesso ao ensino superior. A seguir, é investigado se esse princípio é aplicável ao FIES. Para explicitar o deslinde desses problemas, foram trabalhados, em sequência, os seguintes tópicos: “O direito constitucional à educação”; “O acesso ao ensino superior no Brasil e o princípio do mérito acadêmico”; “O Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM)”; “O Fundo de Financiamento Estudantil (FIES) e os requisitos para sua utilização”; “A questão no âmbito do Poder Judiciário brasileiro”; e “A pertinência do critério de mérito acadêmico para acesso ao FIES e a impertinência das decisões judiciais que o afastam”. A metodologia utilizada para desenvolvimento da pesquisa teve abordagem indutiva, com o encadeamento das diferentes constatações de cada etapa, com foco na resolução dos problemas propostos, sendo utilizadas

1 Mestre e Doutor em Direito (UFSC). Especialista em Administração Universitária (FURG/UFSC/UFRGS), Bacharel em Direito (UFPEL) Professor federal desde 1993, atuante na Universidade Federal de Rio Grande - FURG, titular da disciplina de Direito Administrativo no Curso de Direito. Integrante do Programa de Pós-Graduação em Direito e Justiça Social (PPGDJS), titular da disciplina de Cidadania e Administração Pública. Atua, desde 1996, como Consultor “Ad Hoc” para o Ministério da Educação (MEC), na área do Direito Educacional. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5222584645381724>. ORCID <https://orcid.org/0000-0001-5304-1947>.

2 Mestrando em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande - FURG, pós-graduando em Prática Jurídica Social pela Universidade Federal do Rio Grande - FURG, Especialista em Advocacia Tributária pela Escola Brasileira de Direito - EBRADI (2021), e Bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS (2020), advogado. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/2526701630257846>. ORCID <https://orcid.org/0009-0004-5341-6058> E-mail: lucasmello@furg.br

técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Em conclusão, sintetiza que o princípio constitucional do mérito acadêmico como pressuposto de acesso ao ensino superior é vigente na ordem constitucional e seu cumprimento constitui-se efetivo requisito para a materialização do acesso ao ensino superior, sendo aplicável ao Fundo de Financiamento Estudantil (FIES) e a todas as demais políticas públicas de acesso ao ensino superior, com fundamento especial no disposto no artigo 208, inciso V da Constituição Federal, mas também nos princípios que orientam o sistema orçamentário, no princípio da eficiência, que orienta a Administração Pública e na justiça social, objetivo constitucional da ordem econômica e social.

PALAVRAS-CHAVES: Direito à educação; Acesso ao ensino superior; Mérito acadêmico; Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior; Justiça Social.

ABSTRACT: The objective of this article is to demonstrate that the constitutional principle of academic merit, a prerequisite for the right of access to higher education, as provided for in article 208, item V, of the Brazilian Federal Constitution, is applicable to the Student Financing Fund (FIES). The research that gave rise to the article was guided by two complementary problems: initially, it is investigated whether the Federal Constitution contemplates, even implicitly, the constitutional principle of academic merit, as a prerequisite for the right of access to higher education. Next, it is investigated whether this principle is applicable to FIES. In order to clarify the resolution of these problems, the following topics were worked on in sequence: “The constitutional right to education”; “Access to higher education in Brazil and the principle of academic merit”; “The National High School Exam (ENEM)”; “The Student Financing Fund (FIES) and the requirements for its use”; “The issue within the scope of the Brazilian Judiciary”; and “The relevance of the academic merit criterion for access to FIES and the impertinence of judicial decisions that reject it”. The methodology used to develop the research had an inductive approach, with the chaining of the different findings of each stage, focusing on the resolution of the proposed problems, using bibliographic and documentary research techniques. In conclusion, it summarizes that the constitutional principle of academic merit as a prerequisite for access to higher education is in force in the constitutional order and its fulfillment constitutes an effective requirement for the materialization of access to higher education, being applicable to the Student Financing Fund (FIES) and to all other public policies for access to higher education, with special basis in the provisions of article 208, item V of the Federal Constitution, but also in the principles that guide the budgetary system, in the principle of efficiency, which

guides the Public Administration and in social justice, a constitutional objective of the economic and social order.

KEYWORDS: Right to education; Access to higher education; Academic merit; Higher Education Student Financing Fund; Social Justice.

I. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é demonstrar que o princípio constitucional do mérito acadêmico, pressuposto para o direito de acesso ao ensino superior, é aplicável ao Fundo de Financiamento Estudantil (FIES).

Trata-se de tema inédito, de relevância para o Direito Administrativo para o Direito Educacional, eis que a Administração Pública, na gestão do Fundo de Financiamento Estudantil (FIES), vem se deparando com várias decisões judiciais que permitem a concessão de financiamento estudantil sem que os estudantes precisem demonstrar os méritos acadêmicos exigidos pelas normas administrativas pertinentes, notadamente o cumprimento da exigência de desempenho minimamente satisfatório no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM).

A pesquisa foi orientada por dois problemas complementares: inicialmente é investigado se a Constituição Federal contempla, ainda que implicitamente, o princípio constitucional do mérito acadêmico, como pressuposto para o direito de acesso ao ensino superior. A seguir, é investigado se esse princípio é aplicável ao FIES.

Para tanto, no tópico inicial, denominado “*O direito constitucional à educação*”, são analisados os correspondentes dispositivos da ordem constitucional com foco especial no direito subjetivo à educação e nos correlatos deveres constitucionais do Estado.

A seguir, o tópico, denominado “*O acesso ao ensino superior no Brasil e o princípio do mérito acadêmico*”, tem por finalidade identificar, na ordem constitucional educacional, as normas que regem o acesso ao ensino superior, localizando, como norma vigente, implicitamente, o princípio do mérito acadêmico, como pressuposto para o acesso ao ensino superior

Na sequência, no tópico, denominado *Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM)*, é examinado o papel do ENEM, como principal instrumento de avaliação para o acesso ao ensino superior no Brasil.

No tópico seguinte, denominado “*O Fundo de Financiamento Estudantil (FIES) e os requisitos para sua utilização*”, é apresentado um panorama histórico do FIES, e detalhados os

principais requisitos necessários para a obtenção do financiamento, notadamente os critérios socioeconômico e de mérito acadêmico.

Após, no tópico denominado *A questão no âmbito do Poder Judiciário brasileiro*, é apresentado o contexto da crescente judicialização relacionada ao FIES, especialmente em relação à imposição de requisitos como notas mínimas no ENEM para acesso ao financiamento.

Por derradeiro, no tópico final, denominado *“A pertinência do critério de mérito acadêmico para acesso ao FIES e a impertinência das decisões judiciais que o afastam”* é feita a reflexão final com o fito de demonstrar, com âncora nas observações colhidas nos demais tópicos, que o princípio constitucional do mérito acadêmico, localizado como princípio implícito da ordem constitucional, constitui pressuposto para o direito de acesso ao ensino superior, aplicável ao Fundo de Financiamento Estudantil (FIES), que contrapõe decisões errôneas do Poder Judiciário sobre o tema.

A metodologia utilizada para desenvolvimento da presente pesquisa teve abordagem indutiva, com o encadeamento das diferentes constatações de cada etapa, com foco na resolução dos problemas propostos inicialmente, sendo utilizadas técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

II. O DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO

Na Constituição Federal de 1988, o direito constitucional fundamental social à educação, previsto expressamente no artigo 6º, ganha especial relevância, tanto que a Carta Magna separa, ainda, toda a Seção I do Capítulo III do Título VIII (da Ordem Social) para tratar do tema, sendo inaugurada a seção com o art. 205, que dispõe:

Art. 205. 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. (grifos nossos)

Nesta perspectiva, o direito à educação constitui um pilar fundamental na Constituição Federal por estabelecer que a educação é um direito de todos e um dever do Estado. O dispositivo seguinte (art. 206), que elenca expressamente os princípios norteadores desse direito, assegura, de forma geral, entre outros valores: a igualdade de condições para o acesso (inciso I) a igualdade de condições para permanência (inciso I); a liberdade de aprender (inciso II), o pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas (inciso III); coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; (inciso III); a garantia de padrão de qualidade da educação (inciso VII); a garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida (inciso IX);

Conforme Leonardo Figueiredo a “Educação é o processo de desenvolvimento da capacidade física, intelectual e moral da criança e do ser humano em geral, visando à sua melhor integração individual e social. É direito fundamental de 2ª dimensão e dever do Estado”. (Figueiredo, 2013, p. 322).

A Constituição descreve, especificamente, os limites e a forma de materialização desse dever do Estado, dedicando o artigo 208 para explicitar como o Poder Público deve atuar para efetivar esse dever, in verbis:

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

I - Educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

II - Progressiva universalização do ensino médio gratuito;

[...]

IV - Educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) 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, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º **O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.**

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente. [...] (grifos nossos)

A obrigatoriedade da oferta, pelo Poder Público, da educação infantil, do ensino fundamental e do ensino médio, em caráter gratuito, reflete a preocupação do legislador constitucional em assegurar que todos tenham a possibilidade de concluir, antes da maioridade, todas as etapas essenciais de formação. Nota-se que essa obrigatoriedade de oferta, com gratuidade, referida no artigo 208, inciso I, não compreende, todavia, a educação de nível superior.

Assim, claramente, não está incluído no rol de obrigações constitucionais do Poder Público o dever de ofertar ensino superior. O que existe é a efetiva possibilidade de, discricionariamente, por meio de lei, tomar a decisão de ofertá-lo, contexto no qual será aplicado o princípio expressamente referido no inciso IV do artigo 206, que prevê a “gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais”.

Essa possibilidade encontra respaldo em vários dispositivos constitucionais orientadores da atuação do Poder Públicos: no artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal, que inclui entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a meta de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, bem como o princípio de “redução das desigualdades sociais”, referido no inciso VII do artigo 170, que trata da ordem econômica, e que, em seu caput, determina que a mesma deve obedecer aos ditames da justiça social, afóra o já citado artigo 6º que inclui a educação entre os direitos sociais fundamentais. Se respalda também, especificamente, nos artigos que tratam da educação, no próprio caput do artigo 205, que prevê o direito dos cidadãos à educação; no inciso I do artigo 206, que traz o princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência do estudante e no inciso IX do mesmo artigo 206, que traz o princípio “do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida”.

Nesse compasso, por um lado, é fato que a Constituição Federal não institui dever constitucional, para o Poder Público, específico, de ofertar de ensino superior, deixando de gerar direito subjetivo do cidadão à imediata vaga na educação superior, como ocorre, em relação ao ensino básico, por força do § 1º do artigo 208 da Constituição Federal. Por outro lado, a mesma Constituição, reconhecendo expressamente as desigualdades sociais e a necessidade de superá-las, abre portas para que o Poder Público viabilize, nos termos das leis que busquem materializar os ditames antes citados, possa, ainda que limitado pelas conformações dadas pelo legislador, viabilizar efetivas possibilidades da educação superior.

A primeira, e principal, dessas possibilidades envolve a própria atuação educacional, dos entes públicos, no nível superior, por força das leis que criaram ou venham a criar instituições de ensino superior público, obedecido ao princípio constante no inciso IV do artigo 206, que determina a “gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais”.

Mas não é a única. Por conta do inciso III do artigo 206; que consagra o princípio da coexistência de instituições públicas e privadas de ensino, há espaço para que as políticas públicas que pretendam viabilizar o acesso, sejam materializadas por meio das instituições privadas. Trata-se de vagas para o ensino superior, financiadas pelo Poder Público, para que os estudantes possam acessar instituições privadas credenciadas, movidas por diferentes políticas públicas, também veiculadas por lei, dando origem a programas específicos. Uma delas é o PROUNI, instituído pela Lei 11.096/2005, que não é objeto do presente estudo. O outro é o FIES, que será tratado no momento oportuno.

Ambos os programas, porque tem por foco a redução da desigualdade social, são destinados, a princípio, aos menos aquinhoados financeiramente e a algumas minorias, situação que também ocorre com 50% das vagas das instituições públicas, por força da Lei 12.711/2012.

Trata-se de opções legislativas que buscam ponderar a possibilidade, ainda que limitada numericamente, de viabilizar o direito à educação superior, com a meta de redução das desigualdades, tratando diferentemente os desiguais. Conforme Clèmerson Merlin Clève:

[...] acesso ao ensino superior é o resultado de uma seleção direta ou indireta que, ao longo da escolaridade, pesa com rigor desigual sobre os sujeitos das diferentes classes sociais. Um jovem da camada superior tem oitenta vezes mais chances de entrar na universidade que o filho de um assalariado agrícola e quarenta vezes mais que um filho de operário (Clève, 2022)

Nesse ponto as cotas para acesso ao ensino superior buscam a ideia de igualdade material, tratando os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades promovendo, assim, possibilidades de justiça social, pela equidade. Mas não apenas ela.

Seja como for, é oportuno repisar que o direito ao ensino superior, especialmente o gratuito, não é, a priori, direito subjetivo constitucional de qualquer cidadão, justo porque não há, a priori, dever público constitucional de ofertá-lo ou mesmo de financiá-lo.

Nada impede, por outro lado, como se viu, que, por meio de leis que veiculem políticas públicas específicas, esse direito seja materializado, dentro dos limites orçamentários que permitem essas políticas, situação na qual, além da busca pela equidade social, há de se respeitar o ditame constitucional que vincula o acesso ao ensino superior à capacidade de cada um - que se conforma como legítimo princípio constitucional de regência do ensino superior, que merecerá tratamento específico neste opúsculo, como se fará a seguir.

III. O ACESSO AO ENSINO SUPERIOR NO BRASIL E O PRINCÍPIO DO MÉRITO ACADÊMICO

A Constituição Federal ao disciplinar o dever do Estado com a educação no art. 208, prevê, expressamente, que o acesso aos níveis mais elevados de ensino, dar-se-á conforme a capacidade de cada um, *in verbis*:

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** [...] (grifos nossos)

Assim, o que o artigo 208, em seu inciso V, assegura, basicamente, é o acesso “segundo a capacidade de cada um” – que materializa, implicitamente, um importante princípio

constitucional relacionado ao ensino superior, qual seja o princípio do mérito acadêmico. Conforme Birnfeld:

Os princípios constituem-se em normas cuja aplicabilidade envolve ao mesmo tempo uma otimização e um sopesamento. **Otimização na medida em que um princípio sinaliza uma meta, um resultado a ser alcançado da melhor forma possível** (Birnfeld, 2008, p. 20) (grifos nossos)

Nesse sentido, o princípio do mérito acadêmico se apresenta como um critério orientador que visa a concretização de um acesso não somente justo e equitativo ao nível superior, mas também eficiente, alinhando-se às metas de igualdade e justiça social, estabelecidas na Constituição Federal também os próprios fins da educação previstos no artigo 205, notadamente a preparação para o trabalho.

Nessa perspectiva, o princípio do mérito acadêmico traz como meta a valorização do desempenho e das conquistas individuais de cada cidadão, com base em suas capacidades, esforço e resultados pessoais, constituindo-as como bases necessárias para o próprio desenvolvimento do ensino superior, tanto na esteira do estudante, quanto com foco no próprio processo de ensino aprendizagem, em nível superior, como um todo.

Assim, esse princípio se revela fundamental para garantir a própria qualidade do ambiente educacional, onde as habilidades e competências individuais, em nível superior, necessitam ser desenvolvidas a partir de patamares mínimos de qualidade individual já assentados, otimizando as competências coletivas envolvidas. O princípio do mérito acadêmico coaduna com outros dispositivos constitucionais, como o princípio da qualidade, pois, para haver qualidade no ensino, é necessário também contar com discentes selecionados por seu mérito e que demonstrem sua qualidade acadêmica.

Nessa perspectiva, é possível dizer, de forma mais singela, que esse princípio deixa claro que, conforme a Constituição Federal, o ensino superior não é, efetivamente, para qualquer um, mas basicamente para aqueles estudantes que detenham a capacidade intelectual necessária para tal. Tanto para ingressar, como para prosseguir, como para concluir.

É preciso não olvidar que, no ensino superior, está em jogo um ambiente onde são formados os mais diversos profissionais, com as mais variadas responsabilidades, inerentes ao exercício das profissões para as quais se direcionam. Efetivamente, em boa parte desses cursos, é a própria qualidade de vida, senão a própria vida, dos demais cidadãos, futuros clientes desses profissionais, que estará a depender e suas capacidades, competências e habilidades.

Há que se destacar também, ainda mais no contexto em que o ingresso na maior parte do ensino privado (e em parte do ensino público) parece dispensar grandes competências (como

é o caso dos cursos que não preenchem as vagas anuais disponibilizadas), que é preciso ter claro que o princípio do mérito acadêmico ainda assim se faz presente. Observe-se que, independentemente das vagas que possam sobrar, não é dispensável a realização de processos seletivos para o ingresso em qualquer curso de graduação, segundo critérios fixados pela própria instituição, no exercício de sua autonomia, observadas as poucas normas vigentes sobre o tema³.

Essa autonomia permite que as instituições estabeleçam desempenhos mínimos, em pontuação ou em comparação aos demais candidatos, a fim de garantirem que os estudantes que ingressam detenham as capacidades mínimas para prosseguirem em seus cursos. Quando esses critérios são ignorados ou minimizados, permitindo que a instituição receba estudantes que não tenham a mínima capacidade de acompanhar seus cursos, é importante ter claro que recai sobre a instituição o ônus de estabelecer políticas internas para a recuperação de estudantes de menos rendimento. O que não é cabível é o procedimento oposto: ao argumento da baixa capacidade estudantil, tornar o curso menos rigoroso, abrindo mão de ensinar ou verificar as habilidades ou competências necessárias às profissões envolvidas, em nome de manter o estudante feliz, com a ilusão de que está sendo adequadamente formado, até a data em que receber o diploma e perceber sua quase completa inaptidão para a profissão pretendida.

Evidentemente, fica mais fácil vislumbrar a atuação do princípio do mérito acadêmico nas situações onde ocorra efetiva concorrência pelas vagas, em função de sua limitação. É o contexto da maioria dos cursos públicos (gratuitos), mas também das bolsas públicas (PROUNI) ou financiamento público (FIES), justo porque se observa, na maior parte dos casos, efetivo limite para as vagas.

Enfim, é oportuno ressaltar desde já que, considerando que as vagas que o Estado disponibiliza (seja em instituição pública ou em instituição privada, com custeio público) são em número limitado, além da necessária utilização dos necessários critérios sócio-econômicos, para ocupação das mesmas, o princípio do mérito acadêmico deve ser observado, de forma que o Estado privilegie aqueles que efetivamente demonstrem capacidade para a ocupação dessas vagas de natureza pública, justo porque, convém não esquecer, são, em todos os casos, cursos custeados com dinheiro público – e a efetiva finalidade dessas políticas envolve formar cidadãos capazes de exercerem, com competência e dignidade suas profissões, devolvendo, com qualidade, o investimento público feito.

30 Parecer CNE/CP 98/1999 trata de diretrizes para esses processos seletivos, sendo que a Portaria MEC 391/2002, além de determinar a necessidade de sua observância, determinou que todos os processos seletivos para o ensino superior devem incluir necessariamente uma prova de redação em língua portuguesa, de caráter eliminatório.

Por derradeiro, há que se ressaltar que, se o acesso ao ensino superior depende da capacidade e mérito acadêmico de cada um, no Brasil, o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) é o instrumento oficial de aferição desse mérito acadêmico e da capacidade do egresso do ensino médio, sendo, conseqüentemente, a maior porta ao nível superior do país, justo por isso tratada de forma específica, a seguir.

IV. O EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO (ENEM)

O Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) nasce através Portaria Ministerial nº 438, de 28 de maio de 1998, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, com o principal objetivo de avaliar os estudantes ao final do ensino médio e de fornecer um diagnóstico da educação básica no Brasil.

O Exame evoluiu ao longo dos anos, passando a ser utilizado como critério de seleção para o ingresso no ensino superior, por meio de programas como o Sistema de Seleção Unificada (SISU), instituído pela Lei 12.711/2012, bem como pelos já citados Programa Universidade para Todos (PROUNI) e Fundo de Financiamento Estudantil (FIES).

O Exame Nacional do Ensino Médio é um procedimento de avaliação que possui o objetivo de aferir se o participante do Exame demonstra domínio dos princípios científicos e tecnológicos que presidem a produção moderna e conhecimento das formas contemporâneas de linguagem.

O Exame é uma das principais ferramentas de avaliação educacional no Brasil, desempenhando um papel fundamental na medição da capacidade dos alunos para acessar o ensino superior. Embora o objetivo inicial do exame era avaliar o desempenho acadêmico dos estudantes ao final do ensino médio o exame evoluiu para se tornar um dos principais mecanismos de acesso ao ensino superior no país.

A prova é composta por questões objetivas e uma redação. As provas objetivas abrangem as áreas de Linguagens, Códigos e suas Tecnologias; Matemática e suas Tecnologias; Ciências da Natureza e suas Tecnologias; e Ciências Humanas e suas Tecnologias. Cada uma dessas áreas é projetada para avaliar não apenas o conhecimento específico dos alunos, mas também suas habilidades de interpretação, análise e aplicação prática do que aprenderam.

A redação é usada para avaliar a capacidade dos alunos de argumentar, escrever de forma coerente e organizar suas ideias em um texto dissertativo-argumentativo. A qualidade da redação é um fator determinante na nota final do exame, refletindo a capacidade dos estudantes de articular pensamentos complexos e apresentar argumentos de maneira clara e estruturada.

Ao contrário de outros exames que enfatizam a memorização de conteúdo, o ENEM busca avaliar como os alunos aplicam o que aprenderam para resolver problemas e situações. Isso é fator determinante para o acesso ao ensino superior, pois as universidades buscam estudantes que não apenas possuam conhecimentos teóricos, mas que também sejam capazes de pensar criticamente.

Além de servir como uma ferramenta de avaliação, como já se referiu, o ENEM tem um papel significativo no acesso ao ensino superior por meio do SISU, do Programa Universidade para Todos (PROUNI) e do Fundo de Financiamento Estudantil (FIES). O SISU utiliza as notas do ENEM para selecionar candidatos para vagas em instituições públicas de ensino superior em todo o Brasil, aderentes ao programa, enquanto o PROUNI e o FIES oferecem, respectivamente, oportunidades de bolsas e financiamento para alunos que obtiveram boas notas no exame. Dessa forma, o ENEM não apenas mede a capacidade dos alunos, mas também permeia todas as formas de acesso ao ensino superior, desde as vagas ofertadas pela maioria das instituições públicas, até oportunidades educacionais bolsas e financiamentos.

O ENEM desempenha um papel crucial na avaliação da capacidade dos alunos para acessar o ensino superior no Brasil. Ao medir uma ampla gama de habilidades e conhecimentos, o exame proporciona uma visão abrangente do desempenho dos estudantes e serve como meio para materializar as políticas públicas para ingresso em instituições de ensino superior, notadamente para as instituições públicas, que, voluntariamente, podem utilizá-lo como porta principal ou única de ingresso inicial, assim como as instituições privadas, as quais, além disso, podem aderir às políticas de bolsas públicas (PROUNI) ou financiamento público (FIES), cuja seleção também é mediada pelo ENEM, como se verá a seguir.

V. O FUNDO DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL (FIES) E OS REQUISITOS PARA SUA UTILIZAÇÃO

Durante o governo militar, sob a batuta de Ernesto Geisel, em 1976, foi criado o programa Crédito Educativo para custear os estudos de alunos carentes, através da Resolução do Banco Central do Brasil nº 356 de 12 de janeiro de 1976, que instituiu o crédito educativo bancário para custeio de anuidades e despesas de manutenção de estudantes.

Mais tarde, no governo de Fernando Collor, o Programa de Crédito Educativo para estudantes carentes foi institucionalizado através da Lei nº 8.436, de 25 de junho de 1992, trazendo, com pressuposto para ser titular do benefício do programa o estudante deveria comprovadamente ser carente e contar com bom desempenho acadêmico.

Em 1999, no Governo Fernando Henrique Cardoso, o programa foi amplamente reformulado e passou a ser chamado de FIES, criado com o propósito de facilitar o acesso à educação superior para estudantes em instituições privadas no Brasil, especialmente aqueles que enfrentavam dificuldades financeiras. Assim, o FIES nasce em substituição do substituiu o antigo Crédito Educativo de Geisel.

Nesta perspectiva, o Fundo de Financiamento Estudantil (FIES) tem origem na Medida Provisória nº 1827, de 27 de maio de 1999, que o instituiu, destinado à concessão de financiamento a estudantes regularmente matriculados em cursos superiores não gratuitos, inclusive, sendo vedada, doravante, a inclusão de novos beneficiários no antigo Programa de Crédito Educativo de que trata a Lei nº 8.436, de 1992.

A Medida Provisória foi reeditada mês a mês até 13 junho de 2001, quando foi editada a Medida Provisória nº 2.094-28, que posteriormente foi convertida na Lei nº 10.260, de 12 de julho de 2001.

O programa surgiu em um contexto de expansão do acesso ao ensino superior no Brasil, buscando atender a uma demanda crescente por educação em instituições privadas, por ausência de vagas em instituições públicas.

O FIES, quando instituído, destinava-se ao financiamento de 70% dos encargos educacionais cobrados dos estudantes por instituições privadas de ensino superior, conforme art. 4º da lei, que reproduziu o texto das Medidas Provisórias que a antecederam, *in verbis*:

Art. 4º São passíveis de financiamento pelo FIES até setenta por cento dos encargos educacionais cobrados dos estudantes por parte das instituições de ensino superior devidamente cadastradas para esse fim pelo MEC, em contraprestação aos cursos de graduação em que estejam regularmente matriculados.
(grifos nossos)

Em 19 de novembro de 2007, através da Lei nº 11.552/2007 o programa sofreu importante alteração, especificamente sobre esse art. 4º, que o qual passou a permitir o a financiamento de até 100% dos encargos educacionais. Desde então, sobrevieram regulamentações concernentes, passando-se, com foco no escopo do presente trabalho, a descrever as atualmente vigentes.

Nesta perspectiva, a Portaria MEC nº 209, de 07 de março de 2018 (com as respectivas alterações posteriores) traz critérios de diferenciação socioeconômica entre os estudantes que pretendam pleitear o financiamento, especialmente no art. 2º, que prevê:

I - **Modalidade FIES**: a modalidade de financiamento estudantil prevista no art. 5º-C e seguintes da Lei nº 10.260, de 2001, que é concretizada por meio do Fies, tem a sua operação em relação aos estudantes e mantenedoras de instituição de educação

superior sob a responsabilidade do agente operador do Fies poderá ser garantida pelo Fundo Garantidor do Fies - FG-Fies, e pode ser **acessada por estudantes que tenham perfil de renda bruta familiar per capita de até 3 (três) salários mínimos;** e

II - **Modalidade P-Fies:** a modalidade de financiamento estudantil prevista nos arts. 15-D a 15-M da Lei nº 10.260, de 2001, que é concretizada por meio de fontes de financiamento distintas do Fies, entre elas o Fundo de Desenvolvimento do Centro-Oeste - FDCO, o Fundo de Desenvolvimento do Nordeste - FDNE, o Fundo de Desenvolvimento da Amazônia - FDA, o Fundo Constitucional de Financiamento do Norte - FNO, o Fundo Constitucional do Nordeste - FNE, o Fundo Constitucional do Centro-Oeste - FCO e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, tem a sua operação em relação aos estudantes e às mantenedoras de instituição de educação superior sob a responsabilidade de agentes financeiros operadores de crédito, **não poderá ser garantida pelo FG-Fies e pode ser acessada por estudantes que tenham perfil de renda bruta familiar per capita de 3 (três) salários mínimos até 5 (cinco) salários mínimos.** (grifos nossos).

Essencialmente, a modalidade I FIES destina-se para estudantes com renda bruta familiar *per capita* de até 3 (três) salários-mínimos, já a modalidade II P-FIES destina-se para estudantes que tenham perfil de renda bruta familiar *per capita* de 3 (três) salários-mínimos até 5 (cinco) salários-mínimos e que não poderão se utilizar da garantia dada pelo FG-Fies.

Nota-se que aqui se tem o primeiro requisito para ter acesso ao FIES: ter renda bruta familiar *per capita* menor que 3 (três) salários-mínimos, com garantia dada pelo Fundo Garantidor, ou 5 (cinco) salários-mínimos, sem essa garantia.

Além disso o sistema também contempla quotas de vagas, específicas, destinadas à estudantes autodeclarados pretos, pardos, indígenas e quilombolas e a pessoas com deficiência, sendo que, atualmente, conforme alteração trazida pela Portaria MEC nº 167, de 1º de março de 2024, em cada processo seletivo, devem ser reservadas, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das vagas para os estudantes com renda familiar per capita de até 0,5 (meio) salário-mínimo, inscritos no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal.

O critério socioeconômico previsto na regulamentação do FIES, dialoga com outros principais pontos da Constituição Federal, como os de igualdade e justiça social, na medida que a exigência de um critério socioeconômico para concessão do financiamento estudantil se alinha ao objetivo constitucional de promover a igualdade na medida que passa a corrigir desvantagens sociais, trazendo assim, maior justiça social.

Assim, o FIES tem como principal objetivo ajudar estudantes de instituições privadas a obter um financiamento que permita a cobertura das mensalidades de seus cursos superiores.

O funcionamento do programa envolve a inscrição dos interessados, que devem atender a critérios de renda e desempenho acadêmico.

O financiamento cobre, no todo ou em parte, as despesas com mensalidades, sendo que o pagamento ocorre após a conclusão do curso, com condições de financiamento mais favoráveis e juros subsidiados pelo governo. Os estudantes começam a pagar o financiamento após a formatura, com condições que incluem período de carência e juros reduzidos.

Em suma, o FIES é um programa que evoluiu ao longo do tempo para atender às necessidades dos estudantes e do sistema educacional brasileiro, adaptando-se às mudanças econômicas e sociais para continuar cumprindo seu papel fundamental na promoção da educação superior no país aos que não dispõem de recursos para tal.

O impacto do FIES na expansão do acesso ao ensino superior no Brasil foi significativo, possibilitando que milhares de estudantes ingressassem em instituições privadas. No entanto, o programa também enfrentou desafios relacionados à sustentabilidade financeira e à capacidade de garantir o pagamento das dívidas pelos estudantes. Ao longo dos anos, diversas alterações foram realizadas para melhorar a eficácia e a sustentabilidade do FIES, buscando tornar o financiamento mais acessível e eficiente.

Mas o critério socioeconômico não é o único: desde a Portaria Normativa nº 7/2015 do MEC, que passou a vigorar em 1º de janeiro de 2016, passou a ser obrigatório comprovar nota mínima de 450 pontos no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) e nota na redação que não seja zero para estar apto a utilizar-se do Fundo de Financiamento Estudantil (FIES).

Além do critério de pontuação mínima estabelecida, o FIES passou a realizar a classificação dos candidatos através da Portaria nº 38 de 22 de janeiro de 2021, de forma que o FIES passou a utilizar um critério semelhante ao utilizado no Sistema de Seleção Unificada (SISU), integrando o sistema de quotas e de mérito acadêmico.

Nesse sentido, para obter o financiamento pelo FIES o estudante precisa atingir uma nota de corte que é estipulada com base na menor pontuação dos candidatos concorrentes à mesma vaga que estão disputando ingresso no mesmo curso e instituição de ensino.

Essa mudança que foi introduzida no regulamento do FIES materializa o princípio do mérito acadêmico, garantindo que o financiamento seja concedido para os candidatos com melhor desempenho, de maneira similar ao ingresso nas universidades públicas.

Entretanto, não faltaram demandas pretendendo que o Poder Judiciário desconsiderasse esse princípio, como se pode entrever a seguir.

VI. A QUESTÃO NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Em 2023 a discussão do tema chegou ao Superior Tribunal de Justiça e a Presidente Ministra Maria Thereza De Assis Moura, acolheu pedido de retratação formulado e ordenou a suspensão de todas as decisões judiciais que concederam o financiamento estudantil sem a observância do critério objetivo da nota do ENEM. A decisão foi tomada no bojo do Agravo Interno na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 3198 – DF (2022/0350129-0), a Ministra, em voto, fundamentou que:

In casu, foram deferidas várias liminares que, ao superarem as exigências estabelecidas pelo MEC, determinaram a inclusão de estudantes (se não todos, a imensa maioria, do curso de medicina), implicando aumento inesperado e não previsto de gastos. Nesse sentido, a União destacou, com amparo em manifestação da Secretaria de Educação Superior do Ministério da Educação, que **"o impacto financeiro, com a inserção de novos beneficiários no FIES, acarreta restrição das verbas orçamentárias disponíveis para os demais participantes da política pública, seja para novos financiamentos, seja para aditamentos (semestrais) aos contratos já firmados"** (fl. 968).

Ora, se há de haver respeito às dotações orçamentárias, não sendo constitucionalmente possível a realização de despesas que excedam os respectivos créditos previstos na lei própria, tudo indica que a manutenção dos efeitos das decisões provisórias em comento poderá trazer fortes impactos negativos à economia pública, assim compreendida a necessidade de manutenção do programa de financiamento estudantil, sua sustentabilidade e viabilidade.

De mais a mais, em que pese a educação ser direito social a todos reconhecido, **quando se fala em ensino superior, certo é que a Constituição Federal, diferentemente do que se dá com o ensino básico, não a elevou à categoria de direito público subjetivo do cidadão.** (STJ, 2023) (grifos nossos)

Trata-se de importante decisão e devidamente fundamentada, buscando enfrentar situações como a decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região nos autos do Agravo de Instrumento nº 10322105320224010000, processo de relatoria do Desembargador Federal Souza Prudente, que entendeu por deferir a ordem liminar para assegurar o financiamento estudantil, com recursos do FIES independentemente das restrições, fundamentando que:

De ver-se, porém, que, os tais *"outros requisitos"* a que se reporta o dispositivo legal em referência, não podem extrapolar os limites estabelecidos pela própria Lei de criação do FIES, como no caso, sob pena de violação ao princípio da legalidade, segundo o qual, *"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"* (CF, art. 5º, inciso II), mormente em face da **finalidade precípua do financiamento estudantil em referência, que consiste em propiciar,**

sem qualquer limitação, o livre acesso ao ensino superior, sintonizando-se, com o exercício do direito constitucional à educação (CF, art. 205) e com a expectativa de futuro retorno intelectual em proveito da nação, que há de prevalecer sobre formalismos eventualmente inibidores e desestimuladores do potencial científico daí decorrente.(TRF1, 2022) (grifos nossos)

Na decisão que deferiu a ordem liminar, o desembargador aponta que o FIES tem como finalidade dar “sem qualquer limitação, o livre acesso ao ensino superior, sintonizando-se, com o exercício do direito constitucional à educação (CF, art.205)”. Ocorre que, com se viu, não há nenhum direito constitucional de livre acesso ao ensino superior. Muito pelo contrário, além de não haver, nem o dever público geral, nem o direito subjetivo respectivo, há expressa restrição ao acesso ao nível superior, o qual depende, constitucionalmente, do mérito de cada um, conforme antes explanado.

O ajuizamento de ações buscando a concessão de financiamento para estudante que não obtiveram a nota de corte foi volumosa, especialmente para financiamento de cursos de medicina que possuem mensalidades pouco acessíveis.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça em Agravo Interno na suspensão de liminar e de Sentença nº 3198 – DF (2022/0350129-0), não terá, necessariamente, o condão de sustar qualquer decisão de mérito que venha conceder o financiamento. Embora se trate de ordem precária, não sendo norma de vinculação, pode ainda o juiz de primeiro grau, quando analisar o mérito em sentença, acabar por conceder o financiamento. De qualquer forma, encontra-se assentada a jurisprudência superior.

Melhor que tivesse sido, desde já, assentado o precedente vinculante. Na busca de segurança jurídica e da coerência judicial, a fixação de precedentes se revela oportuna, especialmente no contexto de matérias de natureza complexa como esta. O professor Carlos André Birnfeld aponta que:

O Poder Judiciário, **ao uniformizar qualquer entendimento, ao fixar uma interpretação, inevitavelmente excluirá outras tantas.** Nesse sentido, o operador jurídico, em paralelo com a atenção à norma posta, **tem o dever de dar a mesma atenção às interpretações uniformizadas da mesma.** Nesse âmbito, o Poder Judiciário não se sobrepõe, de forma alguma, ao Poder Legislativo, mas, por conta e ordem do mesmo, **faz escolhas interpretativas que não de levar à maior uniformidade na aplicação da própria lei, tendo por pano de fundo necessidade de dar coerência, integridade e estabilidade ao sistema jurídico** – cumprindo ditames emanados do próprio legislativo nacional. (Birnfeld, 2024) (grifos nossos)

Assim, a uniformização da decisão será de grande importância para coibir e sustar qualquer decisão judicial que veja conceder o FIES sem a observação das legítimas regras

impostas pela Administração Pública, que coadunam o respeito ao princípio do mérito acadêmico com a execução de políticas públicas que visam reduzir desigualdades sociais, dentro das possibilidades orçamentárias.

VII. A PERTINÊNCIA DO CRITÉRIO DE MÉRITO ACADÊMICO PARA ACESSO AO FIES E A IMPERTINÊNCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS QUE O AFASTAM

Especialmente considerando que não se trata de um direito constitucional subjetivo dos estudantes que pleiteiam a porta do FIES para o acesso ao ensino superior, é preciso ter claro, inicialmente, que se trata de possibilidade de financiamento, trazida pelo Estado, por meio de políticas públicas específicas, limitadas pelos respectivos orçamentos. Algo que vale não só para o FIES, mas para o PROUNI e também, de forma mais ampla, para o próprio acesso às vagas das instituições públicas.

Fosse direito subjetivo, sem limites, caberiam liminares não só para garantir o FIES, mas também para ingresso em instituições públicas, independentemente de vagas, bem como para bolsas de PROUNI a tantos quantos desejassem.

Tão só por isso, por envolver orçamento público, há limites. E a concessão de acesso ao ensino superior, dentro dos orçamentos, exige critérios públicos de diferenciação, justo para, dentro dos recursos limitados, aplicar da melhor forma possível os escassos recursos públicos. Um dos critérios é o socioeconômico, antes detalhado, pelo qual as políticas públicas buscam promover a justiça social, privilegiando o financiamento aos menos aquinhoados.

O outro critério do FIES é o desempenho mínimo no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), o qual, se viu, nada mais faz do que materializar, no âmbito das políticas públicas discricionárias, o princípio do mérito acadêmico, conforme previsto no artigo 208, inciso V, da Constituição Federal de 1988. Oportuno resgatar, nesse compasso, que a Constituição Federal de 1988, ao consagrar a educação como dever do Estado não abrange sua atuação no nível superior, prevendo, em sentido oposto, que o acesso aos níveis mais elevados de ensino, no qual se insere o ensino superior, há de ser obtido “segundo a capacidade de cada um”, indicando, claramente, que o acesso ao ensino superior não é direito subjetivo de todos, mas que o acesso dependerá do mérito individual, ponderando, assim, o direito à educação, com a realidade dos recursos públicos disponíveis e com o princípio da eficiência, que também rege a Administração Pública.

Nesta perspectiva, o princípio do mérito acadêmico tem papel fundamental na seleção dos estudantes para o FIES, garantindo que os poucos recursos públicos disponíveis sejam

destinados àqueles que demonstram um desempenho estudantil no qual se apresentem habilidades e competências minimamente necessárias não só para o ingresso, mas para o desenvolvimento e conclusão do próprio curso superior.

Trata-se de priorizar os recursos financeiros limitados, evitando que o acesso indiscriminado comprometa a sustentabilidade do programa de financiamento e sua capacidade de beneficiar os estudantes ingressantes. Assim, a nota mínima no ENEM para a obtenção do financiamento cumpre a dupla função de selecionar os melhores candidatos e garantir que o FIES seja gerido de forma eficiente e responsável.

Oportuno destacar que, do ponto de vista estrito do Direito Educacional, dentre os dois tipos de critérios que balizam o FIES, o do mérito acadêmico é sensivelmente mais importante que o critério socioeconômico, justo porque dá cumprimento ao ditame constitucional que baliza a própria lógica educacional constitucional de acesso ao ensino superior: capacidade de cada um.

Não que o critério socioeconômico deixe de ser importante: ao contrário, transcendendo as normas educacionais, busca a redução de desigualdades, tentando dar mais oportunidades aos menos aquinhoados, o que é fundamental numa república de desiguais.

Curiosamente, no contexto histórico do FIES, primeiro vem somente o critério socioeconômico e somente décadas depois o critério de mérito acadêmico. Para o ensino público, o contrário: primeiro tão somente o mérito acadêmico e, décadas depois, os critérios socioeconômicos, associado aos de mérito acadêmico.

Tivesse sido o mérito acadêmico o critério histórico do FIES, talvez hoje o Poder Judiciário estivesse a discutir se, além dos óbvios critérios de mérito acadêmico, caberiam os critérios socioeconômicos. O que, aliás, não se pode excluir, de todo, especialmente com a determinação atual de que 50% dos financiamentos se destinem para os estudantes com renda familiar per capita de até 0,5 (meio) salário-mínimo, inscritos no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal. Mas esse seria outro tema.

VIII. CONCLUSÃO

Oportuno resgatar que a presente pesquisa foi orientada por dois problemas complementares: inicialmente haveria de se investigar se a Constituição Federal contempla, ainda que implicitamente, o princípio constitucional do mérito acadêmico, como pressuposto para o direito de acesso ao ensino superior, investigando-se, a seguir, se esse princípio é aplicável ao FIES.

Nesta perspectiva, no tópico inicial, denominado “*O direito constitucional à educação*”, analisando-se os correspondentes dispositivos da ordem constitucional com foco especial no direito subjetivo à educação e nos correlatos deveres constitucionais do Estado, verificou-se que não há direito subjetivo ao acesso à educação superior, ao contrário do que ocorre com o ensino básico, verificando-se, também, que não há dever constitucional explícito, para o Estado, de atuação no ensino superior, mas que, por força de outros dispositivos constitucionais, na busca da justiça social da redução das desigualdades, há possibilidades de políticas públicas que viabilizem essa atuação.

A seguir, o tópico, denominado “*O acesso ao ensino superior no Brasil e o princípio do mérito acadêmico*”, foi demonstrado que é vigente, implicitamente, com âncora no conjunto de princípios constitucionais e, mais especialmente, no disposto no artigo 208, inciso V, o princípio do mérito acadêmico, como pressuposto para o acesso ao ensino superior brasileiro.

Na sequência, nos os tópicos denominados “*Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM)*”, é “*O Fundo de Financiamento Estudantil (FIES) e os requisitos para sua utilização*”, foram apresentados os respectivos panoramas históricos e regramentos, sendo detalhado que o atual regramento do FIES traz, como exigência para concessão do financiamento, critérios socioeconômicos e de mérito acadêmico, neste último incluso o desempenho mínimo adequado no *Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM)*.

Após, no tópico denominado *A questão no âmbito do Poder Judiciário brasileiro*, foi apresentado o contexto da crescente judicialização relacionada ao FIES, especialmente com decisões contrárias à imposição de requisitos de mérito acadêmico, como notas mínimas no ENEM, para acesso ao financiamento. Destacou-se que o tema, neste momento, apresenta decisão da Corte Especial do STJ, de suspensão de liminar e de sentenças, relativa a dezenas de decisões que garantiram o acesso ao FIES a estudantes sem devido mérito acadêmico.

No tópico final, denominado “*A pertinência do critério de mérito acadêmico para acesso ao FIES e a impertinência das decisões judiciais que o afastam*” é foi feita a reflexão final, tendo sido demonstrado, com âncora nas observações colhidas nos demais tópicos, que o princípio constitucional do mérito acadêmico, localizado como princípio implícito da ordem constitucional, constitui pressuposto para o direito de acesso ao ensino superior, aplicável ao Fundo de Financiamento Estudantil (FIES).

Nesse sentido, conclui-se o presente, considerando estar efetivamente demonstrado que o princípio constitucional do mérito acadêmico, pressuposto de acesso ao ensino superior, é vigente na ordem constitucional e seu cumprimento constitui-se efetivo requisito para a materialização do acesso ao ensino superior, sendo aplicável ao Fundo de Financiamento

Estudantil (FIES) e a todas as demais políticas públicas de acesso ao ensino superior, com fundamento especial no disposto no artigo 208, inciso V da Constituição Federal, mas também nos princípios que orientam o sistema orçamentário, no princípio da eficiência, que orienta a Administração Pública e na justiça social, objetivo constitucional da ordem econômica e social.

REFERÊNCIAS

BIRNFELD, Carlos André. **A Arquitetura Normativa da Ordem Constitucional Brasileira**. Pelotas: Editora Delfos, 2008.

BIRNFELD, Carlos André. **Os Precedentes Jurisprudenciais Nacionalmente Vinculantes do Direito Brasileiro**. XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU. Coordenadores: Eudes Vitor Bezerra, José Querino Tavares Neto, Alejandro Grille Rosa – Florianópolis: CONPEDI, 2024. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/351f5k20/iidwv1g8/X802z9p1bvwbL528.pdf> Acesso em: 30 out. 2024.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 8.436**, de 25 de junho de 1992. Institucionaliza o Programa de Crédito Educativo para estudantes carentes. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8436-25-junho-1992-357678-publicacaooriginal-1-pl.html> Acesso em: 30 de set. 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 10.260**, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre o Fundo de Financiamento ao estudante do Ensino Superior e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10260.htm#:~:text=LEI%20No%2010.260%2C%20DE%2012%20DE%20JULHO%20DE%202001.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20Fundo%20de,Superior%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias. Acesso em: 22 set. 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 11.096**, de 13 de janeiro de 2005. Institui o Programa Universidade para Todos - PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior; altera a Lei nº 10.891, de 9 de julho de 2004, e dá outras providências.

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111096.htm

Acesso em: 22 set. 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 11.552**, de 19 de novembro de 2007. Altera a Lei nº 10.260, de 12 de julho de 2001, que dispõe sobre o Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior – Fies. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111552.htm#:~:text=Altera%20a%20Lei%20no,Estudante%20do%20Ensino%20Superior%20%E2%80%93%20Fies. Acesso em: 22 set. 2024.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 12.711**, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm Acesso em: 22 set. 2024.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Resolução nº 356**, de 12 de janeiro de 1976. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1976/pdf/res_0356_v1_o.pdf Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. Ministério da Educação. **Portaria nº 38**, de 22 de janeiro de 2021. Dispõe sobre o processo seletivo do Fundo de Financiamento Estudantil - Fies referente ao segundo semestre de 2021. Disponível em: http://portalfies.mec.gov.br/arquivos/portaria_38_22012021.pdf Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. Presidente Da República. **Medida Provisória no 1.827**, de 27 de maio de 1999. Dispõe sobre o Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior e dá outras providências. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/1999/medidaprovisoria-1827-27-maio-1999-378036-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. Ministério da Educação. **Portaria nº 167**, de 01 de março de 2024. Altera a Portaria MEC nº 209, de 7 de março de 2018, que dispõe sobre o Fundo de Financiamento Estudantil - Fies, a partir do primeiro semestre de 2018. Disponível em: http://portalfies.mec.gov.br/arquivos/portaria_n_167_01032024.pdf Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. Ministério da Educação. **Portaria nº 209**, de 07 de março de 2018. Dispõe sobre o Fundo de Financiamento Estudantil - Fies, a partir do primeiro semestre de 2018. Disponível

em: http://portalfies.mec.gov.br/arquivos/portaria_209_07032018_atualizada_30062024.pdf

Acesso em: 31 out. 2024.

BRASIL. Ministério da Educação. **Portaria Ministerial nº 438**, de 28 de maio de 1998.

Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1121401#:~:text=438%2C%20DE%2028%20DE%20MAIO%20DE%201998,-

[o%20MINISTRO%20DE&text=6%20da%20Lei%20n.o,avaliacao%20do%20desempenho%20do%20aluno](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1121401#:~:text=6%20da%20Lei%20n.o,avaliacao%20do%20desempenho%20do%20aluno). Acesso em: 31 out. 2024.

BRASIL. Presidente Da República. **Medida Provisória nº 2.094-28**, de 13 de junho de 2001.

Dispõe sobre o Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior e dá outras providências. Disponível

em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2094-](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2094-28.htm#:~:text=MEDIDA%20PROVISÓRIA%20No%202.094,13%20DE%20JUNHO%20D)

[28.htm#:~:text=MEDIDA%20PROVISÓRIA%20No%202.094,13%20DE%20JUNHO%20DE%202001.&text=Dispõe%20sobre%20o%20Fundo%20de,Superior%20e%20dá%20outras%20providências](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2094-28.htm#:~:text=MEDIDA%20PROVISÓRIA%20No%202.094,13%20DE%20JUNHO%20DE%202001.&text=Dispõe%20sobre%20o%20Fundo%20de,Superior%20e%20dá%20outras%20providências)

Acesso em: 31 de out. 2024.

BRASIL. Ministério da Educação. **Portaria Normativa nº 7**, de 25 de maio de 2015. Altera o

art. 19 da Portaria Normativa MEC nº 10, de 30 de abril de 2010, que dispõe sobre o Fundo de Financiamento Estudantil – Fies e dá outras providências. Disponível em:

<https://abmes.org.br/arquivos/legislacoes/Port-Normativa-007-2015-05-25.pdf>

Acesso em: 31 out. 2024.

CLÈVE, Clèmerson. **Direito Constitucional Brasileiro: Teoria da Constituição e Direitos**

Fundamentais. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2022.

FIGUEIREDO, Leonardo V. **Lições de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense,

2013. *E-book*. p.327. ISBN 978-85-309-5107-8. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-5107-8/>

Acesso em: 31 out. 2024.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região) **Agravo de Instrumento n.**

10322105320224010000. Relator: Desembargador Federal Souza Prudente. Brasília. Data do

juízo: 09 set. 2022. Disponível em:

<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=00040935020144010000&secao=TRF1>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno na Suspensão de Liminar e de Sentença n. 3198 - DF (2022/0350129-0)** Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília. Data de Julgamento: Sessão virtual de 03 abr. 2024 a 09 abr. 2024. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203501290&dt_publicacao=25/04/2024