

ESCOLA DE FORMAÇÃO 2006

ESTUDO DIRIGIDO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

PREPARADO POR GABRIELA ENGLER
(ESCOLA DE FORMAÇÃO, 2004)

MATERIAL DE LEITURA PRÉVIA:

Acórdão: ADIn 3324

Julgado: 16.12.04

Relator: Min. Marco Aurélio

CONTEXTO

A presente ação direta de inconstitucionalidade impugna o artigo 1º da Lei nº 9.536 de 1997:

Art. 1º A transferência *ex officio* a que se refere o parágrafo único do art. 49 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996¹, será efetivada, entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, em qualquer época do ano e independente da existência de vaga, quando se tratar de servidor público federal civil ou militar estudante, ou seu dependente estudante, se requerida em razão de comprovada remoção ou transferência de ofício, que acarrete mudança de domicílio para o município onde se situe a instituição recebedora, ou para localidade mais próxima desta.

¹ Art. 49 “As instituições de educação superior aceitarão a transferência de alunos regulares, para cursos afins, na hipótese de existência de vagas, e mediante processo seletivo.

Parágrafo único. As transferências *ex officio* dar-se-ão na forma da lei.”

Tem-se que o dispositivo possibilita a transferência entre instituições ‘vinculadas a qualquer sistema de ensino’, ou seja, independentemente da natureza do estabelecimento, seja ele privado ou público. Essa prerrogativa afrontaria o princípio da igualdade (art 5º *caput*, I e 206, I), assim como a impessoalidade (art 37, *caput*), a autonomia universitária (207, *caput*) e o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segunda a capacidade de cada um (art 208, V). Em outras palavras, a inconstitucionalidade residiria na não distinção entre ensino público e privado, posto que aluno oriundo de instituição particular poderia ingressar em estabelecimento público sem o crivo do exame meritocrático de seleção.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que, apesar da importância da viabilidade de transferência visando à continuidade dos estudos do servidor público e seus dependentes, essa prerrogativa não poderia extravasar o seu propósito, resultando em injustificados privilégios para determinado grupo, em prejuízo de todos aqueles não servidores. No mais, a Corte reconheceu as limitações do Estado na promoção do ensino público, assim como sua escassez, concluindo pela desproporcionalidade de medida que padece de correlação lógica entre meio e fim.

Cumprir notar que é feita distinção entre os servidores civis e militares em parecer emitido pela Advocacia Geral da União, ainda que o dispositivo impugnado refira-se aos servidores públicos em geral. Isso ocorre em virtude da lei nº 8.112 de 1990, que dispõe acerca do regime jurídico dos servidores públicos civis da união, das autarquias e das fundações públicas federais:

Art. 99. Ao servidor estudante que mudar de sede no interesse da administração é assegurada, na localidade da nova residência ou na mais próxima, matrícula em instituição de ensino congênere, em qualquer época, independentemente de vaga.

Parágrafo único. O disposto neste artigo estende-se ao cônjuge ou companheiro, aos filhos, ou enteados do servidor que vivam na sua companhia, bem como aos menores sob sua guarda, com autorização judicial.

Entendeu o tribunal que o critério de congeneridade deveria estender-se ao disposto no artigo 1º da Lei nº 9.536, atribuindo ao texto legal uma interpretação conforme a constituição sem redução de texto, de modo que o dispositivo seja compreendido em consonância com os princípios constitucionais supracitados.

QUESTÕES

1) Quando editada, a Lei nº9.536/97 entrou em vigor, com o respaldo do parecer da Advocacia Geral da União². O documento expressa entendimento no sentido de que o texto da norma refere-se exclusivamente aos militares, posto que os servidores civis já têm regulação própria na lei nº8.112/90. Ou seja, a qualificação ‘congênere’, deve ser observada pelos servidores civis, porém não necessariamente pelos militares. O tratamento diferenciado para os servidores civis e militares, todavia, não implicaria incompatibilidade entre as legislações que cuidam de cada grupo. Nesse sentido:

“(…) Não se pode alegar, também, que os servidores civis e militares estão equiparados. A distinção encontra sede constitucional e foi reforçada em inúmeras hipóteses na legislação infraconstitucional, como por exemplo quando se facultou aos servidores civis adquirirem os imóveis funcionais em que residiam, hipótese esta que foi vedada aos servidores militares. (...)”

² Lei Complementar nº 73/93 “**Art.** 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.”

(...) Assim, da observação da legislação pertinente, depreende-se que não é possível ao intérprete aplicar norma restritiva de direito, por extensão analógica, a quem tem regime próprio, uma vez que somente norma específica poderia amparar tal entendimento, não a analogia. (...)”

A Constituição Federal, no artigo 142, § 3º, X, dispõe:

“a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.”

Benito Nino Bisio, em artigo publicado³, aduz:

“Assim, no Exército, por exemplo, a política de Pessoal exige dos militares, particularmente dos oficiais, a chamada “vivência nacional”, ou seja, a obrigatoriedade de servir em, pelo menos, três das cinco regiões: Norte, Nordeste, Centro-Oeste, Sudeste e Sul, de modo a conhecer as características das diferentes áreas do País. Nas cidades com grandes efetivos militares, 10 mil ou mais oficiais e sargentos (Rio [de Janeiro], Porto Alegre, Brasília e Santa Maria – RS) é comum a saída e entrada anual de 300 oficiais e sargentos, de modo a cumprir essa exigência e, também, para comando e cursos. (sic)”

O Min. Marco Aurélio, em voto proferido expõe que “*sobressai a contrariedade ao princípio isonômico, no que vieram a ser tratados, de forma desigual, civis e militares(...)*”. Nesse mesmo sentido, o Min. Joaquim Barbosa ressalta “*Ora, se é certo que a missão precípua das forças Armadas constitui um objetivo constitucional de primeira ordem, é duvidoso que, para a concretização dessa importantíssima missão constitucional, os membros da respectiva carreira ou seus dependentes devam*

³ Benito Nino Bisio. Militares proibidos na UnB. 06.10.04 em www.ternuma.com.br/proibidos.htm. O autor do artigo é militar da reserva, professor, diretor de Ensino a Distância da UPIS e diretor de Avaliação Acadêmica da FAAB/AIEC, ambos de Brasília - DF.

gozar de privilégios especialíssimos no sistema de Ensino Superior, a ponto de quase lhe inviabilizar o funcionamento em certos quadrantes.”

Por outro lado, apontou o Min. Nelson Jobim que *“a nova lei [9.536/97], ao que tudo indica, tratou amplamente o problema e revogou o art. 99 da lei nº 8.112/90. Então, esta sua interpretação se aplica, integralmente, à nova lei, para civis e militares.”* O raciocínio ensejou reforma do voto do Min. Marco Aurélio, que dispôs *“vossa excelência tem toda razão. A disciplina do artigo 1º da lei nº 9.536/97 é linear. Realmente, de forma pedagógica, há alusão a servidor civil ou militar estudante. Nessa parte, pela disciplina que veio a ser interpretada pela Advocacia Geral da União e considerada essa mesma interpretação, tem-se a revogação da Lei nº 8.112/90”*. E completa *“Quanto ao fato de eu haver versado, no voto, a problemática da revogação de Lei nº 8.112/90, permito-me a correção devida para entender que a Lei nº 8.112/90 realmente ficou suplantada pela Lei nº 9.536/97.”*

Importa notar que os citados Ministros não observaram distinção quanto ao tratamento conferido aos servidores públicos civis e militares. Isto é, ambos estariam abarcados pela mesma regulamentação, o que tacitamente revoga legislação anterior que dispunha acerca da classe de servidores civis exclusivamente. Esse raciocínio não foi adotado pelo parecer da Advocacia Geral da União que entendeu haver regulamentações distintas para as categorias e portanto compatíveis entre si, sem revogação de nenhuma delas.

A) A lei nº 8.112/90 sofreu revogação tácita ou ela é plenamente compatível com o ordenamento jurídico?

B) Partindo do pressuposto de que a lei nº 8.112/90 sofreu revogação tácita, pergunta-se: a lei nº 9.536/97 afronta o princípio da isonomia? Em que sentido?

C) O que poderia justificar o tratamento desigual entre categorias distintas de servidores públicos? E entre servidores e não servidores?

D) O que seria considerado privilégio injustificado sob a perspectiva isonômica: a transferência de instituição privada para pública ou a de pública para particular? Por quê?

2) O Min. Carlos Britto suscita uma problemática relevante no acórdão. Suscita questões do tipo “*convenhamos que o servidor, civil ou militar, transfira-se para uma unidade da Federação ou uma cidade que não disponha de universidade pública. Comportaria aí uma exceção [ao critério de congeneridade]? (...) e se não houver universidade privada, só houver pública?*”. Completa a indagação o Min. Carlos Velloso “*Imaginemos que o estudante esteja matriculado em um curso, lembrou a Ministra Ellen Gracie, como oceanografia, que só existe em duas ou três universidades brasileiras.*” As dúvidas, todavia, são ignoradas pelo Tribunal que claramente se esquivava de discutí-las, justificando tratar-se de matéria a ser arguida em sede de mandado de segurança.

- A)** É relevante debater a questão? Quais são suas implicações? Qual a possível motivação para que os Ministros não abordem o problema?
- B)** É importante considerar-se a qualidade do ensino prestado pelas instituições para que se proceda uma transferência pautada no princípio da isonomia?
- C)** Na hipótese de transferência de aluno oriundo do sistema de ensino público para localidade onde existam apenas instituições particulares, a lei poderia impor à instituição particular a obrigatoriedade da recepção do aluno com dispensa do pagamento de mensalidade? Incumbe ao Estado o ônus de arcar financeiramente com esse tipo de custo?
- D)** Se a lei hipotética do item C) fosse válida, haveria desrespeito ao princípio da igualdade?

3) O Min. Gilmar Mendes explica que “o fundamento jurídico para a transferência ex officio de servidores públicos consiste na necessidade de assegurar-lhes condições mínimas ou, pelo menos equivalentes, para que seja viabilizada a continuidade da prestação dos serviços públicos em consonância com o princípio constitucional da eficiência da Administração.” Aponta o relatório do acórdão que a lei [8.112/90] atacada não disciplinaria o acesso, em si, ao ensino superior, cuidando apenas de transferência entre instituições.

O artigo 207, *caput*, da Constituição Federal, dispõe:

“As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.”

- A) É de interesse público permitir a transferência congênere ou não de alunos servidores públicos ou seus dependentes?
- B) A transferência compulsória fere a autonomia universitária?

4) A Lei nº 9.536/97 prevê a transferência ‘independente da existência de vaga’. O relatório do acórdão alude ao exemplo verificado na Universidade de Brasília (UnB), onde ocorreu a suspensão do vestibular para o curso de Direito. Vale dizer, em 2003 foram 112 estudantes militares transferidos, quando se dispunha apenas de 50 vagas para realização do vestibular. Em 2004, 79 alunos ingressaram por transferência obrigatória, sendo 50 oriundos de instituições particulares. Nesse sentido, pode-se dizer que o privilégio tornou-se regra e o mérito, a exceção.

A) Como tratar situação em que existem mais alunos transferidos com direito de ingresso do que vagas disponíveis? Poder-se-ia determinar um limite percentual ou numérico? Isso fere a isonomia? Em que sentido?

B) Pode a universidade ampliar o número de vagas além do limite previsto para o estabelecimento? Poderia fazê-lo sem autorização?

5) Em voto proferido, o Min. Joaquim Barbosa coloca “*as gritantes deformações engendradas pelo critério de ingresso na universidade com base exclusivamente no exame vestibular, supostamente ancorado na infalibilidade do mérito individual, cego, portanto, às condições socioeconômicas e históricas que marcam grupos sociais de que se origina cada um dos competidores individuais, têm levado os governos, não apenas o federal, mas também vários governos estaduais, a adotar subsistemas alternativos de ingresso no Ensino Superior.*” Por outro lado, a não exigência do crivo do vestibular, por meio da transferência compulsória, foi um dos mais importantes argumentos utilizados pela Corte para apontar latentes discriminações resultantes da lei, em especial no que tange as instituições públicas, as quais percebem notória concorrência para o ingresso, particularmente em razão da grande escassez de vagas. O diagnóstico demonstra a vital importância do vestibular como forma seletiva isonômica a ser adotada. Isto é, a dispensa do certame, na proporção utilizada (como se verifica no caso da UnB), resultou em desarrazoado favorecimento a grupo restrito, o que afrontaria a igualdade.

A) Meritocracia é sinônimo de isonomia?

B) A dispensa da exigência de realização do vestibular para ingresso no ensino superior afronta o princípio da igualdade?

C) Seria razoável exigir que a inscrição, em instituição na localidade de destino da transferência do servidor público ou dependente estudante, fosse submetida a algum tipo de exame ou prova?

6) A interpretação conforme a Constituição é um estratagema frequentemente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se de método empregado para atribuir sentido a

determinada norma, pressupondo cabíveis diversas interpretações, de forma que seu conteúdo se harmonize com o disposto pela Constituição. O procedimento encontra justificativa na intenção de preservar e prestigiar a obra do legislador e, em última instância a própria separação dos poderes, de modo que a norma, ainda que possivelmente padecida do vício de inconstitucionalidade, possa ser abraçada pelo ordenamento jurídico. Isto é, entre duas ou mais interpretações possíveis deve-se optar por aquela que esteja de acordo com a Constituição.

No controle de constitucionalidade, os Ministros aplicam o recurso da interpretação conforme a Constituição com base no pressuposto de que a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade da norma é algo ontológico, intrínseco e pré-existente na lei. Nesse sentido, incumbe a Corte encontrar e desvendar esse núcleo íntimo da lei a fim de alinhá-la, ou não, ao sistema legal.

Conforme expôs o Professor Luis Virgílio Afonso da Silva na aula do dia 24.04 esse raciocínio é, em verdade, uma falácia. O processo interpretativo implica, invariavelmente, na construção de sentido à norma. Ou seja, trata-se de exercício criativo – mesmo que devidamente balizado – e não meramente mecânico, dedutivo. Cumpre notar que não se *prova* ou *demonstra* a constitucionalidade ou não de determinada lei, pois se trata de questão argumentativa, que não deixa de ser juízo político.

Portanto, ao interpretar, o magistrado está, de alguma forma, legislando. Legislando porque construindo e atribuindo sentido à norma, que não necessariamente é aquele inferido pelo legislador. Insere-se nesse ponto a discussão acerca do papel do juiz enquanto legislador negativo x positivo. A polêmica é, contudo, demasiada extensa e não comporta ampla abordagem nesse momento.

O que importa notar é que, no caso ora em discussão, é bastante clara a utilização do recurso interpretativo em consonância com a Constituição sem, entretanto, o devido reconhecimento e a merecida transparência que o procedimento deveria acarretar. Está foi a principal crítica apontada pelo prof. Virgílio: a falta de transparência, por parte dos

Ministros que como regra se recusam a reconhecer seus papéis de legisladores positivos perante a complexidade do sistema normativo atual.

A) O critério de congneridade está ‘implícito’ no artigo 1º da Lei nº 9.536, que dispõe acerca da transferência ‘entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino’, ou trata-se de restrição não prevista, isto é, inovação do texto?

B) Estaria o Supremo Tribunal Federal, nesse caso, atuando como legislador ativo?

6) Ao final do acórdão, o Min. Nelson Jobim declara que *‘só para evitar qualquer tipo de utilização da discussão no sentido da generalidade. Estou dizendo que acompanho a linha sobre o argumento do princípio de igualdade, mas faço registro de que esse argumento não me seja cobrado quando, eventualmente, este Tribunal discutir o problema das cotas de negros ou de indígenas nas universidades. Isso é para evitar problemas.’* Que tipo de prerrogativa confere ao Ministro a possibilidade de afastar desse modo um precedente da Corte?