

Cotas para Militares?

João Carlos Cabrelon de Oliveira*

Em data recente, gerou forte controvérsia a edição, pela Presidência da República, do Parecer AGU/RA-02/04, da lavra da Advocacia-Geral da União – AGU, que trata das transferências de servidores públicos militares e seus dependentes entre instituições de ensino superior. O parecer elaborado pela AGU, editado em resposta à consulta do Ministério da Defesa quanto ao direito dos servidores militares transferidos e seus dependentes de se matricularem em universidades públicas, ainda que oriundos de instituições particulares, concluiu que *“o servidor militar transferido ex officio, bem como seus dependentes, têm direito à matrícula em estabelecimento de ensino superior público, mesmo na hipótese de terem ingressado originariamente em faculdade particular, ainda que no novo domicílio exista instituição de ensino privado”*.¹ Sua publicação ocasionou a reação imediata da Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior – Andifes, que chegou a encaminhar carta ao Ministro da Educação manifestando “preocupação” e “indignação” com o conteúdo do parecer, e em especial da Universidade de Brasília – UnB, a qual ameaçou suspender o próximo vestibular para o curso de Direito, alegando não ter condições de atender a todos os pedidos de transferência de militares para o curso², ameaça que chegou a ser temporariamente cumprida³.

O polêmico parecer amparou suas conclusões na interpretação consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, pela sua Terceira Seção, no sentido de que o disposto no art. 99 da Lei 8.112/90, exigência de congneridade entre instituições de ensino públicas e particulares na transferência de alunos servidores públicos civis, não se aplica aos militares. Pela interpretação ora consolidada, diametralmente oposta à anterior interpretação firmada por ambos os Tribunais, entendeu-se que o art. 1º da Lei 9.536/97 não faz a exigência da congneridade aos militares e seus dependentes, sendo descabida, portanto, a aplicação a eles da exigência inserta na Lei 8.112/90.

O presente texto tem por escopo proceder ao convencimento do equívoco dessa interpretação, ocasionado pela análise da legislação já referenciada em desarmonia com o que dispõe a Constituição Federal, bem como apontar os prejuízos que advirão da aplicação sistematizada dessa nova orientação em face das políticas públicas governamentais de acesso igualitário ao ensino superior.

* Juiz Federal Substituto da 21ª Vara Federal da Seção Judiciária da Bahia; atualmente respondendo, com jurisdição prorrogada, pela 2ª Vara Federal de Rondônia.

Antes de se buscar esse intento, contudo, faz-se necessário relembrar a legislação infraconstitucional sobre o tema e a interpretação a ela dada pela jurisprudência dominante.

A Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, disciplina as transferências de alunos entre instituições de ensino superior. Em seu art. 49, estatui esse diploma legal que as “*instituições de educação superior aceitarão a transferência de alunos regulares, para cursos afins, na hipótese de existência de vagas e mediante processo seletivo*”. Assim, a regra geral para que qualquer pessoa possa obter transferência de uma instituição de ensino superior para a outra é a da realização de um procedimento de seleção, formulado pelas próprias instituições (o que se constitui num corolário da autonomia que lhes foi conferida constitucionalmente), se, e *somente se*, existirem vagas para o curso pretendido. Esse processo seletivo também é corolário do princípio do acesso igualitário às instituições de ensino, princípio que será analisado com maior vagar logo adiante.

No entanto a mesma Lei Nacional de Diretrizes e Bases antecipa a possibilidade de existirem casos diferenciados de deferimento de transferências, ao arremeter dos requisitos já mencionados, ao dispor, no parágrafo único do já transcrito art. 49, que “*as transferências ex officio dar-se-ão na forma da lei*”. Aliás, a Lei 8.112/90 já excepcionava a norma geral de igualdade ao acesso ao ensino superior, ao veicular dispositivo que, desde sua publicação, garantia ao servidor público e aos seus dependentes, removido aquele, matrícula em instituição de ensino no local de destino, independentemente da existência de vaga, *verbis*:

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 congênera, 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.

Essa norma, portanto, criou um procedimento diferenciado para os servidores públicos civis e seus dependentes no caso de necessitarem de transferência de curso de nível superior. A tal categoria de indivíduos, pelo que dispõe a lei, é garantida a matrícula em instituição de ensino superior, *independentemente da existência de vagas*, e sem a necessidade de que se submetam a um processo seletivo. A Lei 8.112/90, contudo, deixou claro que, nessas excepcionais hipóteses, há de se respeitar o critério da *congeneridade* para a efetivação da transferência, ou seja, ao aluno oriundo de instituição de ensino pública, será garantida a matrícula em instituição pública; ao aluno oriundo de instituição privada, por seu turno, é de

se garantir a matrícula em instituição da mesma natureza.

Estabelecidas as condições em que o servidor público civil tem garantida a matrícula em instituição de ensino superior, desde que haja interesse da Administração na sua remoção, é de se analisar a questão da transferência do servidor público militar, a qual veio a ser regradada pela Lei 9.536/97, editada em complemento à já citada Lei 9.394/96.

O art. 1º da Lei 9.536/97 garante, em qualquer época, e independentemente da existência de vagas, a matrícula de aluno servidor público civil ou militar, em face de comprovada transferência ou remoção por interesse do serviço, que acarrete mudança de domicílio. Assim dispõe esse diploma legal:

Art. 1º A transferência *ex officio* a que se refere o parágrafo único do art. 49 da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, 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.

Parágrafo único. A regra do *caput* não se aplica quando o interessado na transferência se deslocar para assumir cargo efetivo em razão de concurso público, cargo comissionado ou função de confiança.

Tratou a Lei 9.536/97, de forma despicienda, da garantia de matrícula ao servidor público civil em caso de remoção, situação já regradada pela Lei 8.112/90. Inovou, porém, ao prever o mesmo direito ao servidor público militar, sem, no entanto, fazer expressa menção ao requisito da congeneridade entre as instituições de ensino de origem e destino. Essa omissão da lei veio a causar toda a controvérsia sobre a exigência de congeneridade entre as instituições de ensino superior em caso de garantia de matrícula a servidor militar ou aos seus dependentes, consolidando o Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Regional Federal da 1ª Região o entendimento de que inexistente tal exigência. São vários os precedentes do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto. Tomo por paradigma o seguinte acórdão:

Administrativo. Transferência de estudante. Servidor militar. 1. Entre as restrições à transferência, uma delas desgarra-se da Lei 9.536/97 para sedimentar-se na Lei 8.112/90. 2. A lei que disciplina a situação jurídica do servidor público, permitindo a transferência do mesmo quando estudante na hipótese de mudança de domicílio em razão do serviço, exige que sejam os estabelecimentos congêneres. 3. Não estando os servidores militares sujeitos ao regime da Lei 8.112/90, mas sim ao Estatuto dos Militares, não se pode estender a norma restritiva do art. 99 para atingi-los. 4. Os militares e seus dependentes, em matéria de transferência de estabelecimento de ensino, sujeitam-se exclusivamente às restrições da Lei 9.536/97. 5. Atendidas as

exigências legais, deve ser deferida a transferência. 6. Recurso especial improvido.⁴

Recentemente, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por meio de sua Terceira Seção, pacificou a questão na linha já traçada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme julgamento proferido no Agravo de Instrumento 2003.01.00.0033468-1/DF⁵, que resultou na edição da Súmula 48 desse Tribunal, com o seguinte teor:

Não se aplica aos servidores militares transferidos *ex officio* e a seus dependentes a exigência de congneridade entre a instituição de ensino superior de origem e a de destino, prevista no art. 99 da Lei 8.112/90.

O raciocínio traçado em ambos os julgados se revela claro pela simples leitura dos precedentes transcritos. Não há que se estender norma restritiva, dirigida apenas aos servidores públicos civis e seus dependentes, aos militares e seus dependentes, quando a lei de regência desses nenhuma referência faz à restrição realizada em desfavor daqueles. Trata-se da aplicação de singela regra de hermenêutica, traduzida pelo brocardo “*odiosa restringenda, favorabilia amplianda*”. No vernáculo: restrinja-se o odioso; amplie-se o favorável.

Ocorre que a interpretação restritiva adotada pelos Tribunais sobre a matéria, à primeira vista correta e adequada, choca-se com as disposições constitucionais sobre o tema. A Constituição Federal trata da *Educação* em seus arts. 205 a 214. Destaco o disposto no art. 206, inciso I, que afirma que um dos princípios pelos quais o ensino será ministrado é o da “*igualdade de condições para o acesso e permanência na escola*”. Reafirma-se aqui o princípio geral de igualdade, estatuído no art. 5º, *caput*, da Carta Magna, a ser aplicado ao ensino fundamental, médio e superior.

Sem adentrar, por ora, na análise da constitucionalidade da exceção prevista em favor dos servidores civis e militares, e respectivos dependentes, em face do princípio da igualdade previsto no texto constitucional, verifico que as tradicionais regras de hermenêutica bastariam para conferir à Lei 9.536/97 interpretação que exigisse a incidência da regra da congneridade também aos militares, nos casos de transferências entre instituições de ensino superior. O direito conferido a servidores civis e militares, de serem matriculados em instituições de ensino independentemente da existência de vagas ou de processo seletivo, constitui-se num privilégio. Essa conclusão resulta da simples constatação de que se trata de uma exceção à regra geral da igualdade, estabelecida pela Constituição Federal. Ora, se a regra geral não se aplica a uma determinada categoria de indivíduos, a essa categoria foi concedido um privilégio, ainda que por motivos justos e razoáveis.

Conforme vetusta lição de Carlos Maximiliano, “*consideram-se excepcionais as disposições que asseguram privilégio*”⁶, devendo tais normas jurídicas ser interpreta-

das “*estritissimamente*”, lembrando-nos o mesmo autor da disposição constante do art. 6º da antiga Lei de Introdução ao Código Civil (Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916), segundo a qual “*A lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica*”, dispositivo esse que positivou norma geral de interpretação de Direito.

Assim, mediante aplicação dessa regra de hermenêutica, é de se conferir interpretação absolutamente estrita sobre o que dispõem as Leis 8.112/90 e 9.536/97 quanto ao direito de transferência dos servidores civis e militares, de forma a não alargar privilégio ali concedido, qual seja, obtenção de matrícula independentemente da existência de vagas. Havendo duas interpretações possíveis para o que dispõe a Lei 9.536/97, uma que estenda o privilégio conferido aos militares, de forma a não lhes aplicar a regra da congeneridade, e outra que, de forma oposta, lhe atribua interpretação restritiva, é de se adotar a segunda interpretação, por estar em conformidade com o princípio geral de interpretação a respeito das normas que veiculem privilégios.

No entanto, a mera aplicação das normas tradicionais de hermenêutica, sem lançar mão de argumentos relativos à hermenêutica constitucional, pode não satisfazer quanto ao acerto da interpretação restritiva da Lei 9.536/97, em especial para os que defendem que o princípio da igualdade de acesso ao ensino superior deve ceder em favor dos militares transferidos, ante as peculiaridades da carreira dessa categoria de servidores.

Necessário, então, abordar a questão sob o aspecto da constitucionalidade dos dispositivos legais que asseguram o direito de transferência de curso superior a servidores civis ou militares, ainda que na inexistência de vagas.

Essa questão comporta diversos matizes. Há os que não admitem exceções ao princípio geral de igualdade no acesso ao ensino superior, como o faz Celso Bastos, que em seus comentários à Constituição Federal afirma a total impossibilidade de prever a lei fatores de discriminação no que tange ao acesso ao ensino. Transcrevo trecho de seus comentários sobre o referido inciso:

O princípio da igualdade de acesso e permanência na escola, contido no inciso I do art. 206, sob comento, funciona também como proibição à edição de normas infraconstitucionais que estabeleçam privilégios em razão de uma classe social. Se essas normas fossem editadas nesses termos entrariam em contradição com a norma constitucional sob análise, tornando-se, portanto, inconstitucionais.⁸

Não verifico tão longo alcance nesse dispositivo constitucional. Interpretação dessa natureza constituiria obstáculo intransponível para a consolidação da igualdade material em área tão delicada, objeto atual de políticas públicas destinadas a minorar as desigualdades que lhes são inerentes. Ademais, a Constituição é uma,

e tem de ser interpretada de forma sistematizada, tendo sido consagrada pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, a idéia de que os princípios e direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal não possuem caráter absoluto, merecendo ser relativizados ante a preponderância de outros interesses também constitucionalmente assegurados.

Nesse ínterim, observo que a colisão entre princípios ou direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e outros interesses também assegurados pelo texto constitucional tem sido solucionada pela jurisprudência, com frequência, mediante a aplicação do *princípio da proporcionalidade*.

Sem adentrar a fundo sobre a conceituação do princípio da proporcionalidade, valho-me da exposição de Gilmar Mendes Ferreira, feita em sua obra *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, sobre o tema. Segundo esse autor, o princípio da proporcionalidade tem sido utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para aferir hipóteses de inconstitucionalidade material derivada do excesso de poder legislativo. Assim, “*o excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade legislativa (...)*”.⁹ Em outras palavras, o excesso no uso da discricionariedade legislativa, por ofensa ao princípio da proporcionalidade, configuraria hipótese de inconstitucionalidade substancial, passível de reconhecimento pelo Poder Judiciário.

Adverte Gilmar Mendes Ferreira, contudo, que “um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador”, sendo possível que a “própria ordem constitucional forneça um indicador sobre os critérios de avaliação ou ponderação que devem ser adotados”, mas que “nem sempre, a doutrina e a jurisprudência se contentam com essas indicações fornecidas pela Lei Fundamental, incorrendo no risco ou na tentação de substituir a decisão legislativa pela avaliação subjetiva do juiz”.¹⁰

Propõe esse mesmo doutrinador, para a aferição da obediência do princípio da proporcionalidade pelo legislador, de forma a obter uma sintonia mais fina do que se entenda por tal princípio, sem que se incida num subjetivismo desmesurado, devam ser apreciadas a necessidade e adequação da providência legislativa. Cita julgado do Tribunal Constitucional alemão sobre o tema: “*os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais*”.¹¹

Gizados, de forma breve, os contornos do princípio da proporcionalidade,

cumprir, por primeiro, a regra de exceção estabelecida em favor dos servidores públicos civis, nos casos de transferência entre instituições de ensino superior independentemente da existência de vagas, *mesmo quando respeitado o requisito da congneridade*, passa pelo crivo da constitucionalidade material.

Nessa específica hipótese, a violação ao princípio da igualdade se pautou por motivo razoável, qual seja, impedir que o servidor, removido a bem da Administração Pública, por interesse público, restasse, seja ele, sejam seus familiares, prejudicados além do necessário pela mudança, lhes sendo concedida a garantia da continuidade de seus estudos. Afinal, a permanência na escola também é um interesse constitucionalmente assegurado, havendo a possibilidade de o servidor público, com sua transferência a bem do serviço público, ter afetado esse seu interesse. Assim, no embate entre o princípio maior da igualdade, e o interesse, também de índole constitucional, da continuidade dos estudos do servidor, atenua-se aquele princípio, revelando-se razoável a discriminação legal quando a transferência do servidor ocorrer em prol da coletividade, e não por seu exclusivo interesse particular. Busca-se impor, então, ao servidor público que muda de domicílio em favor da coletividade, o menor sacrifício possível.

Além de razoável, a exceção revela-se proporcional aos fins almejados – preservação da continuidade dos estudos do servidor removido por interesse da Administração. Essa relação de proporcionalidade se verifica pelo fato de a situação escolar do servidor removido permanecer a mesma após a remoção: se estudava numa instituição pública, estaria garantido o mesmo privilégio; estudando anteriormente numa instituição privada, sua situação não restaria prejudicada ao lhe ser conferida matrícula em instituição da mesma natureza.

Há, portanto, um conflito entre o interesse do servidor público em não se ver prejudicado em seus estudos ao ser transferido a bem do serviço público e o princípio da igualdade. Esse conflito, atenuado por um juízo positivo de necessidade e adequação quanto à medida legislativa adotada, termina, dentro da ótica do princípio da proporcionalidade, em ser resolvido mediante a emissão de igual juízo positivo de constitucionalidade do art. 99 da Lei 8.112/90.

Indo além da disposição legal, a jurisprudência, ao analisar as hipóteses em que o servidor, oriundo de uma instituição privada, não encontra instituição congênere no local de destino, interpretou o dispositivo legal de forma a assegurar ao servidor, nesses casos, matrícula em instituição pública. Nesse sentido, a Súmula 43 do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

A transferência compulsória para instituição de ensino congênere, a que se refere o art. 99 da Lei 8.112/90, somente poderá ser efetivada de estabelecimento público para público ou de privado para privado, salvo a inexistência, no local de destino, de instituição de ensino da mesma natureza.

Tampouco considero padecer de inconstitucionalidade essa interpretação jurisprudencial, apesar de atenuar ainda mais o princípio da igualdade de acesso ao ensino em favor dos servidores públicos, novamente por se revelar necessária e adequada aos fins colimados, pois interpretação diversa importaria em negar ao servidor público a continuidade de seus estudos, tendo fulminado seu interesse particular que encontra guarida da Constituição Federal, quando transferido a bem do interesse público.

Solução contrária há de ser adotada quanto à interpretação conferida pelos Tribunais à Lei 9.536/97. Aqui, é claramente imperioso que se realize um juízo negativo de constitucionalidade frente ao princípio da proporcionalidade.

Com efeito, a inexigência de congeneridade entre instituições de ensino na transferência de militares não se revela adequada e necessária aos fins pretendidos pela lei. Se o objetivo da norma é preservar um legítimo interesse do servidor militar, ao lhe garantir a continuidade de seus estudos junto ao local de destino nos mesmos termos em que se dava no local de origem, não observo *adequação*, interpretada essa no sentido de obter o resultado pretendido com a medida adotada, ao se permitir que o servidor militar venha a ser posto numa situação melhor que a anterior, qual seja, a de obter matrícula em instituição de ensino superior pública quando oriundo de instituição privada. Tampouco é *necessária* a interpretação em comento, pois dispõe o intérprete de meio eficaz para a obtenção dos fins pretendidos pela legislação, continuidade dos estudos do servidor militar, consistente em considerar como incidente a regra da congeneridade também para esses. Nesse caso, o militar não ficará em situação pior que a anterior, senão igual.

Essa interpretação, realizada à luz do princípio da proporcionalidade, é pautada pela indeclinável incidência do princípio constitucional da igualdade quanto ao acesso ao ensino público, a qual não pode ser olvidada por força de argumentos estranhos aos fins pretendidos pela norma. É que tem-se defendido a inexigência de congeneridade quanto aos militares, invocando-se a impossibilidade de se lhes conferir tratamento isonômico com os servidores civis nessa matéria, haja vista serem os militares submetidos a regime jurídico próprio, estando sujeitos a transferências periódicas e impositivas de localidade. Em síntese, pela peculiaridade de sua carreira, estaria o militar mais sujeito a remoções *ex officio*, o que não se verificaria no caso dos servidores civis, fato que teria o condão de afastar a equivalência entre ambas as categorias de servidores quanto ao tema aqui tratado.

Mesmo com o acréscimo desse argumento, não se consolida a posição de que o privilégio concedido aos servidores militares e dependentes passe pelo crivo do princípio da proporcionalidade. Eventuais dificuldades inerentes à carreira militar devem ser compensadas pelas regras da própria carreira, e não mediante a concessão indiscriminada de privilégios. Assim, se a carreira militar se revela, *prima*

facie, mais gravosa que a do servidor civil quando se trata da questão das remoções *ex officio*, o mesmo não se dá em outras áreas, em especial a previdenciária, na qual se verifica que o rol de dependentes dos militares é mais extenso que o dos servidores civis, os valores por eles pagos a título de contribuição previdenciária são, em termos percentuais, inferiores aos dos demais servidores, bem como lhes foi assegurada aposentadoria integral na última reforma constitucional sobre o assunto, em detrimento da aposentadoria proporcional reservada aos servidores civis. De qualquer forma, a discussão sobre qual carreira prevê mais benefícios ou gravames revela-se estéril, pois não se pode, a pretexto de se conceder compensações a gravames pontuais relativos a uma das carreiras, se olvidar o princípio constitucional da igualdade, sem que haja relação direta de proporcionalidade entre os fins colimados e a atenuação da disposição constitucional.

Assim, a continuidade dos estudos dos militares nos casos de transferências *ex officio* é garantida pela norma que lhes concede, obrigatoriamente, vaga em instituição de ensino superior no local de destino. A inexigência de congeneridade, possibilitando aos militares e dependentes o acesso à instituição pública de ensino superior quando oriundos de instituição privada, constitui-se em matéria estranha à finalidade da norma, não possuindo relação de necessidade e adequação com a garantia constitucional da continuidade dos estudos, caracterizando-se, apenas e tão-somente, numa concessão de privilégio em confronto com o que dispõe o texto constitucional. Não se justifica a atribuição do privilégio como compensação às supostas condições mais duras da carreira militar, as quais devem ser objeto de compensação dentro da estrutura da própria carreira militar.

A par dos aspectos exclusivamente jurídicos até aqui abordados, questões outras, voltadas às políticas públicas governamentais de democratização do acesso ao ensino superior, merecem consideração. Ante o princípio da igualdade, para se legitimar o acesso ao ensino superior público há de se estabelecer o critério pelo qual os indivíduos serão desiguados. Tradicionalmente, o critério adotado é o do quociente de inteligência, ou seja, serão aceitos ao ensino superior aqueles que se destacarem nos exames vestibulares estabelecidos para esse fim. Esse critério encontra respaldo na Constituição Federal, que, em seu art. 208, V, estabelece como dever do Estado garantir que o acesso aos níveis mais elevados de ensino se dê segundo “*a capacidade de cada um*”. É a consagração da “meritocracia”, pela qual o acesso ao ensino superior, em especial o público, para o qual converge o maior número de candidatos, dê-se de acordo com os méritos intelectuais individuais.

Ocorre que o critério meritório não pode desprezar o fato de que num País como o nosso, em que a desigualdade social é tão evidente, os indivíduos não possuem o mesmo grau de oportunidades para desenvolver suas capacidades intelectuais.

tuais. Por gerações, os afro-brasileiros carregam o fardo do passado escravagista do Brasil, situando-se, em termos gerais, nas classes sociais mais baixas. Há, ainda, uma multidão de indivíduos que, mesmo não sendo afro-brasileiros, padecem dos males da injusta distribuição de renda em vigor no nosso País. A essa categoria de indivíduos é negado, de forma geral, o acesso ao ensino superior, principalmente em razão de não possuírem, ao longo de sua formação educacional, iguais oportunidades de estudo, de tempo disponível (haja vista que normalmente precisam conciliar trabalho e estudo), e até mesmo, nos casos mais extremos, de alimentação adequada, que os indivíduos de classes mais favorecidas possuem. Assim, terminam por não competir em pé de igualdade com esses últimos, tornando-se o acesso a uma instituição pública de ensino superior uma quimera.

Para minorar essa distorção, tem sido realizada ampla discussão na sociedade a respeito da conveniência da adoção das denominadas ações afirmativas, tanto em favor dos afro-brasileiros, como dos alunos oriundos da escola pública, independentemente de sua cor de pele, por meio de cotas a eles destinadas nas instituições públicas de ensino superior. Há argumentos a favor, outros contra, merecendo o assunto aprofundada discussão. O certo é que a adoção de cotas em favor desses indivíduos possui amparo constitucional, pois, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, encontram-se a construção de uma sociedade justa e solidária e a redução das desigualdades sociais (CF, art. 3º, I e III).

Ora, num momento em que a sociedade civil discute a adoção do sistema de reserva de vagas para os alunos afro-brasileiros e para aqueles oriundos das classes sociais mais desfavorecidas, com o objetivo de minorar tão grave problema, revela-se inadequada a posição governamental de, por meio do parecer AGU/RA-02/04, estabelecer verdadeira cota nas universidades públicas em favor dos militares, não se podendo olvidar que o principal aspecto controvertido do parecer é o do acesso desses servidores ao ensino público superior sem a devida aprovação nos concursos vestibulares. A manutenção dessa posição de governo é contraditória com as demais políticas públicas para a mesma questão e causa estranheza ter sido aprovada sem maiores discussões, sendo de todo conveniente que seja revista, independentemente da posição dos Tribunais sobre o assunto.

De todo o exposto, firmam-se as seguintes conclusões: a) a garantia de vaga em universidade para servidores públicos civis e militares, nos casos de remoção por interesse da Administração, é constitucional, sendo necessária e adequada a atenuação do princípio do acesso igualitário ao ensino superior em face da garantia constitucional da permanência na escola e continuidade dos estudos dos servidores e dependentes; b) a mesma garantia de vaga não prescinde do requisito da congeneridade entre as instituições de ensino de origem e destino, sob pena de

ofensa ao princípio da proporcionalidade; e c) a Lei 9.536/97 deve ser interpretada conforme a Constituição, excluindo-se a interpretação segundo a qual a congeneridade não prevalece em relação aos servidores militares e seus dependentes.

Notas:

- ¹ *Diário Oficial da União* de 15/09/04, Seção 1, p. 7.
- ² *Jornal Folha de São Paulo* de 18/09/04, caderno Cotidiano, p. C1.
- ³ Conforme notícia colhida no sítio da internet *folha.com.uol.br*, de 24/09/04.
- ⁴ RESP 400057/ PR, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª T., j. 08/10/02, DJ de 04/11/02, p. 189.
- ⁵ Rel. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, 3ª Seção, j. 11/05/04, DJ 2 de 30/06/04.
- ⁶ Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: 1992, Forense, 12ª edição, p. 232.
- ⁷ Ob. cit., p. 225.
- ⁸ Celso Ribeiro Bastos. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: 1998, Saraiva, 8º v., p. 432.
- ⁹ *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 246.
- ¹⁰ Ob. cit., p. 251.
- ¹¹ Ob. cit., p. 248.

Fundef: Aspectos Legais e Jurisprudenciais

Eduardo Henrique Gauer Filho*

1. Ensino fundamental na Constituição Federal

Em setembro de 1996, foi promulgada a Emenda Constitucional – EC 14/96, que, além de alterar dispositivos constitucionais referentes à educação (v. g., arts. 34, 208, 211 e 212 da Constituição Federal – CF), deu nova redação, ainda atual, ao art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

As disposições do referido art. 60 do ADCT destinam-se, especificamente, “à manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental” (“obrigatório” e “gratuito”, nos termos do inciso I do art. 208, CF), tendo como objetivo “assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério”.

Para tanto, nos dez primeiros anos seguintes à promulgação da EC 14/96, “os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão não menos de 60% (sessenta

* Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Advogado da União em Minas Gerais.