

ABUSO DE PODER — PRINCÍPIO DA FINALIDADE — MATRÍCULA

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mandado de Segurança nº 5.698

Mandado de Segurança nº 5.698 — Distrito Federal (1998/0016002-7)

Relator: Min. Nancy Andrighi

Impte.: Paulo Franca Bandel (Menor)

Assit por: Gerhard Bandel

Advogado: Antonio Carlos Mendes e outro

Impdo.: Ministro de Estado da Aeronáutica

Sust. Oral.: Dr. Pedro Gordilho, pelo Impte. e Dr. Edmundo Theobaldo

Muller Neto, pela União.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO CONCURSO DO ITA. OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS NORMAS. ABUSO DE PODER.

A portaria que instituiu as normas para o Concurso, deu vigência integral ao caput do artigo 6º, do Decreto nº 76.323/75, mas ignorou o disposto em seu parágrafo 1º. Uma portaria, por ser norma de hierarquia inferior e de cunho meramente complementar, não tem o condão de alterar disposições emanadas de Decreto-Lei (princípio da hierarquia das normas).

Se a Administração, mesmo no exercício de seu poder discricionário, não atende ao fim legal, a que está obrigada, entende-se que abusou do poder. Quando o administrador indeferiu o pedido de efetivação de matrícula do impetrante, tendo este sido considerado apto para ingresso no ITA, em certame que seguiu as normas estabelecidas no Decreto nº 76.323/75, agiu ilegalmente, violando direito líquido e certo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por maioria, conceder a segurança, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora, vencido, em parte, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins. Votaram com a Sra. Ministra-Relatora os Srs. Ministros Garcia Vieira, Milton Luiz Pereira, José Delgado, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão e Franciulli Netto.

Brasília, 26 de abril de 2000. (data do julgamento).

Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Presidente

Ministra NANCY ANDRIGHI, Relatora

EXPOSIÇÃO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI:

Cuida-se de Mandado de Segurança ajuizado por Paulo França Bandel contra ato do Exmo. Sr. Ministro da Aeronáutica, que indeferiu pedido, em recurso administrativo, de efetivação de matrícula no Instituto Tecnológico da Aeronáutica (ITA).

Consta dos autos que o impetrante foi aprovado e classificado no concurso de admissão, realizado no período de 09 a 12 de dezembro de 1997, do ITA. Entretanto, tendo sido considerado, em exame médico realizado pela junta regular de saúde do ITA, incapaz para efeito de alistamento no serviço militar — CPORAer-SJ, teve sua matrícula definitivamente indeferida. O diagnóstico indica sofrer o impetrante das moléstias: H52.2 e D69-3, que, conforme Classificação Estatística de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10 Código Internacional de Doenças), correspondem ao Astigmatismo e a Púrpura Trombocitopênica Idiopática (Síndrome de Evans), respectivamente.

A decisão do Diretor do instituto supracitado fundamentou-se, primordialmente, no disposto nas Instruções para Admissão de candidatos civis nos cursos fundamental e profissional do ITA, art. 4º, item 6, aprovada pela Portaria nº 194/GM3 (março de 1989).

Em suas razões, alega o impetrante ofensa ao Decreto nº 76.323 (22.09.75), art. 6º, § 1º, ressaltando ser norma hierarquicamente superior à portaria *supra*, e, ainda, incorreta motivação do ato coator e ausência de tratamento isonômico.

O Ministério da Aeronáutica prestou informações noticiando que o impetrante não desconhecia as Instruções do Concurso de Ad-

missão para o Curso de Graduação em Engenharia do ITA, bem como estava a par da necessidade de aptidão física para matrícula no CPORAer-SJ. Aduz, também, que o indeferimento se procedeu de acordo com o disposto no art. 6º, do Decreto nº 76.323/75 e colaciona acórdãos deste Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido da obediência ao princípio da vinculação ao edital.

Restou deferido o pedido de liminar, às fls. 128, por despacho do I. Min. Vicente Cernicchiaro.

A União Federal, na qualidade de litisconsorte passivo, alega que a manutenção da liminar implicaria em ofensa à ordem pública, ao tratamento isonômico entre candidatos ao ITA e, ainda, o fato do impetrante estar 100 dias de aula defasado em relação aos demais alunos, o que não pode ser recuperado.

Parecer da Doutra Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 121 e segs., no sentido da concessão da liminar e, conseqüentemente, do mérito.

É a exposição.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (RELATORA):—

Primeiramente faz-se necessário esclarecer que o impetrante insurge-se contra ato administrativo de caráter vinculado, nos quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização, estas, no caso dos autos foram objeto do Decreto nº 76.323/75. Tanto nos atos de caráter vinculado como naqueles em que a Administração faz uso de seu poder discricionário, terá esta que decidir sobre a conveniência da prática do ato, escolhendo a melhor oportunidade e, ainda, atendendo a todas as circunstâncias que conduzam a atividade administrativa a seu verdadeiro fim, o bem comum¹.

No que se refere a competência do Judiciário para revisão dos atos administrativos, esta é restrita ao controle da legalidade da legitimidade. A primeira, refere-se ao respaldo jurídico, conformidade do ato com a norma que o rege, e a Segunda, ao controle da moralidade e finalidade do ato administrativo. É certo que ao Judiciário não cabe discorrer sobre conveniência ou oportunidade da atividade administrativa, caso em que estaria substituindo o pronunciamento administrativo, entretanto, dentro das tendências modernas do Direito, tem-se que no exame da legalidade, é dever do Poder Judiciário analisar, sob todos os ângulos, a possibilidade de haver ilegalidade, onde quer que esta se encontre, evitando que a administração se desvie de sua finalidade. “Dentre as conclusões legalmente admissíveis, a Administração escolhe a que melhor atenda o interesse público. Resta ao Judiciário julgar a conformidade do ato com o direito”²

Examinando-se, pois, a legalidade do ato coator, precisamente a ofensa ao art. 6º, § 1º, do Decreto nº 76.323/75, esta sim da competência desta C. Corte, é de se concordar com o Doutror representante da Subprocuradoria-Geral da República quando afirma que o direito líquido e certo do impetrante ressalta da própria leitura dos termos da impetração. As Instruções para o Concurso de Admissão no Curso de Graduação em Engenharia do ITA dispõem aquém do Decreto nº 76.323/75 — que regulamentou a Lei nº 6.165/74 — onde, no § 1º, do seu art. 6º, lê-se que o desligamento definitivo do ITA não ocorrerá, quando o aluno for desligado do CPORAAer-SJ, por incapacidade física para o Serviço Militar, da qual não decorra incompatibilidade para o desempenho das atividades escolares daquele instituído. A portaria que instituiu as normas para o concurso, deu vigência integral ao caput do artigo acima, mas ignorou o disposto em seu parágrafo 1º. Uma portaria, por ser norma de hierarquia infe-

1 MEIRELLES, Hely Lopes Direito Administrativo Brasileiro, 22ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1997, pg. 150.

2 Superior Tribunal de Justiça — ROMS nº 129-PR. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro DJU 02/04/90.

rior e de cunho meramente complementar, não tem o condão de alterar disposições emanadas de Decreto-Lei (princípio da hierarquia das normas).

Neste sentido: REsp nº 52900/RS, Rel. Min. José de Jesus Filho, DJ 21/11/94; REsp nº 60644/PR, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 13/05/96. REsp nº 153628/SP, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 16/11/98.

O erro do administrador está em ignorar que as moléstias que atingem o impetrante não o incapacitam para o desempenho de atividades escolares no ITA, conforme atestados médicos juntado aos autos (fls. 23-24 e 26), sendo a situação protegida pelo próprio ordenamento jurídico do instituto. O diretor do ITA poderia proceder como fez no caso dos autos, em situações não abrangidas pelo permissivo legal (§ 1º, art. 6º, do Decreto nº 76.323/75), nas quais a incapacidade física que atinja o candidato represente, para ele próprio e para as pessoas que com ele eventualmente convivam, risco insalutar, caso freqüente as aulas.

Como ensina Victor Nunes Leal¹, *se a Administração, mesmo no exercício de seu poder discricionário, não atende ao fim legal — entendido como aquilo que vem expresso ou subentendido na lei — a que está obrigada, entende-se que abusou do poder. Logo, quando indeferiu o pedido de efetivação de matrícula do impetrante, tendo este sido considerado apto para ingresso no ITA, em certame que seguiu as normas estabelecidas no Decreto nº 76.323/75, o administrador agiu ilegalmente, violando direito líquido e certo.*

Forte nestas razões, JULGO PROCEDENTE o pedido para conceder a segurança pleiteada, confirmando a liminar deferida, e garantir a matrícula definitiva e a freqüência ao curso.

Sem honorários (Súmulas nº 105/STJ e nº 512/STF)

Sem custas.

É o voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCIULLI NETTO: Sr. Presidente, se o CPOR fosse absolutamente necessário, o aluno deveria ser desligado mesmo nas hipóteses de incapacidade superveniente. Das duas uma: o CPOR é necessário ou não o é. A Portaria faz uma distinção que não poderia fazer. Além de ofensa à hierarquia de normas, matéria muito bem estudada, dentre outros por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, há uma incongruência, uma contradição entre a Portaria e normas que lhe são hierarquicamente superiores, distinguindo entre duas questões sem logicidade.

No mais, o impetrante só não está regularmente matriculado, em decorrência de uma resistência indevida da autoridade coatora. É de sabença comum que a liminar, enquanto persistir, produz todos os efeitos como se decisão final fosse. Por força da liminar, o aluno, ora impetrante, está de direito regularmente matriculado. A distinção entre matrícula e matrícula provisória é absolutamente inócua e despiccienda.

Sr. Presidente, não é fácil vencer um vestibular no ITA. Só pessoas realmente muito bem dotadas conseguem lograr êxito. Agora nesta altura dos acontecimentos, não há como frustrar os ideais do impetrante, deixando-o ao léu. Nem há como possibilitar-lhe a escolha de outra faculdade. Se assim fosse de seu desejo, certamente teria o impetrante prestado vestibular na Politécnica ou em qualquer outra faculdade, ainda que conceituada. Prepondera que ele escolheu o ITA, venceu o obstáculo do vestibular e está demonstrando pelas suas notas que se encontra apto e capaz para sair diplomado pelo ITA.

Mais a mais, o CPOR é um sucedâneo da prestação do serviço militar do Exército, na prestação comum. Temos reservistas de terceira categoria por excesso de contingente ou por incapacidade física, pessoas que, não obstante, não deixam de ser cidadãos de primeira

1 LEAL, Victor Nunes. "Comentário", RDA 14/66. in MEIRELLES, Hely Lopes Direito Administrativo Brasileiro 22ª ed São Paulo, Malheiros Editores, 1997, pg. 152.

categoria. Não se pode conceder a criação de cidadãos de terceira categoria.

Por essas e outras considerações, fazendo minhas as palavras da ilustre Relatora, que no meu entender bem colocou tecnicamente a questão, supro as limitações deste pronunciamento com as bem elaboradas considerações tecidas pelo ilustre Ministro Milton Luiz Pereira, a quem rogo que declare nos autos seu brilhante voto, dada a profundidade e sensibilidade dos ensinamentos que nos legou, como acontece amiudadamente, pedindo a devida vênia ao ilustre Ministro Financeiro Peçanha Martins.

Em suma, acompanho integralmente o voto da Relatora.

É como voto.

Ministro FRANCIULLI NETTO

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: Sr. Presidente, entendo que o ITA não é só para militares. Temos exemplos de civis que lá estudam, formam-se e exercem as suas funções. Um candidato que se submete a concurso e é aprovado no vestibular — julgado incapaz para a vida militar, mas, como disse o advogado, capaz para a vida civil — pode perfeitamente fazer o curso, tanto que vem tirando excelentes notas. Por que impedir o impetrante de continuar seu curso? Esse fato não modificará o caráter da escola por que criada para militar. Não foi criada só para militares; foi criada também para civis.

Sr. Presidente, entendo que a Eminente Ministra-Relatora examinou bem a questão e vou acompanhá-la.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS: — Senhor Presidente, todos sabem que sou um defensor intransigente do direito ao estudo, amparando inclusive as transferências de estudantes.

No que diz respeito, porém, à formação de Oficiais de Nível Superior, as Forças Arma-

das fazem manter cursos de Formação de Engenharia na área da Aeronáutica, do Exército e da Marinha, — e são afamados os cursos do Exército e da Aeronáutica, dentre eles, o ITA. Quando o jovem ingressa no ITA, ou no INTES, Instituto Tecnológico também do Exército no Rio de Janeiro, ou em outro qualquer, não o faz apenas para ser um engenheiro, mas sim para ser um engenheiro militar; não terá só uma formação acadêmica, mas uma formação acadêmica militar. Os estatutos militares exigem determinados pré-requisitos ao ingresso para a formação desses militares também da reserva. Assim para o NPOR, antigo CPOR — não fiz o CPOR, mas meu filho cursou-o, sendo convidado, em seguida, a ingressar no Curso Superior de Formação de Engenharia Militar, no Rio de Janeiro; mas isso a partir do curso de formação do oficialato da reserva. No curso do ITA a formação é concomitante.

A Portaria, a meu ver, em nada se choca com o decreto, porque o que o decreto prevê é aquela hipótese normal de permanência das pessoas, quando, ingressando em determinadas carreiras, sofrem uma infelicidade qualquer que os incapacite para o exercício pleno da profissão. No caso resguardo a continuidade do curso. Mas, quanto ao ingresso na carreira, a Portaria poderia exigir como faz, que se obedecesse a determinadas condições de hígidez física e, no particular, essas exigências disse-nos o ilustre Advogado da União — constavam inclusive do edital de concurso vestibular e valem para todos os estudantes.

Por isso, Sr. Presidente, Senhores Ministros, entendo que, no caso, não se poderia concretizar a matrícula desse jovem estudante; mas, uma vez concretizada por força de liminar, penso que poderíamos agora — e também o faço — determinar que se lhe conceda a transferência para qualquer outra Faculdade de Engenharia do País.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS: — Senhor Presidente, quero assinalar que quanto à desobediência

à ordem liminar, o que este Tribunal precisa fazer é oficiar ao Ministério Público para processar quem não cumprir as suas decisões.

No que diz respeito ao julgamento da matéria, penso que o fiz dentro das regras clássicas do Direito Administrativo. Não vejo incompatibilidade entre a Portaria e o Decreto. Entendo que disciplinam coisas diversas.

Quanto ao direito do jovem de formar-se engenheiro, entendo que, com o aproveitamento que está demonstrando no curso, terá ingresso em qualquer faculdade. Por isso é que, além disso, faço constar no meu voto que se lhe dê a transferência, ou seja, assegurando-lhe a transferência. Continuo, porém, entendendo que ele não poderia ser um militar das Forças Armadas Brasileiras, formado no ITA, por força das regras gerais estabelecidas na Portaria e no edital de concurso vestibular. A liminar, a meu ver, não lhe poderia conceder privilégio, e, por isso mesmo, pedindo vênias não posso ratificá-la.

“Data venia”, continuo assim entendendo.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Sr. Presidente, observo que a cada sessão de julgamento, na realidade, coloco-me como um verdadeiro discípulo da vida, nos seus fatos, nos seus acontecimentos cotidianos, atento ao do Direito oferecendo soluções aos acontecimentos previsíveis e aos inesperados. Ao ler a súmula fornecida pela eminente Ministra-Relatora, dos pontos controvertidos, a princípio pareceu-me mais um dos Mandados de Segurança na esteira de questões administrativas ordinárias, sem a exigência de atenção maior, porque temos precedentes com a diretriz maior, ou seja, da obrigatoriedade de atenção à hierarquia das normas. Mas, seja pelos apontamentos na memória que fiz — ou que nelas guardei — da leitura do relatório, das sustentações orais, todas elas de conteúdo que exigem reflexão, do voto-mérito, das observações do Sr. Ministro Garcia Vieira e da divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, que ao seu final — até penso com a devida vênias, tocado pela

equidade jurídica, propôs o direito à matrícula em qualquer estabelecimento, espécie de alforria comemorativa dos 500 anos do Descobrimento do Brasil. Todavia, é próprio do coração do Juiz que, na verdade, na angústia de dar solução aos casos concretos para que não fiquem órfãos — não da coração —, solução à vicissitude de um cidadão.

Sr. Presidente, fiz este prólogo, por certo desnecessário, mas para mim conveniente, até para que o meu próprio coração não caia no pecado cometido pelo eminente Ministro Francisco Peçanha Martins, de abrir o ingresso nas faculdades.

Outrossim, assinala-se que, nos estabelecimentos de ensino, orientados por militares, são desenvolvidas as chamadas atividades híbridas de formação, quer dizer, não só informam, como também formam no sentido curricular e nas ordenanças do militar. E a exemplo do ITA — caso concreto —, ele informa quanto aos conhecimentos intelectuais, e profissionais especializados e, também, forma o aluno para o serviço institucional das Forças Armadas. Com esse ensinamentos híbridos, igualmente, podem ser lembrados os Colégios Militares. Ditos estabelecimentos formam o cidadão profissionalmente e para os seus deveres cívicos nos superiores interesses da Pátria; enfim, da defesa institucional. Assim, informam e formam conforme o disciplinamento curricular e profissional, e, com curriculum *especial, preparam o militar. Todavia, os currículos não são por todo o tempo.*

De conseguinte, devem estar aprimoradas as condições de higidez da saúde, e a capacidade intelectual.

Nessa lida de considerações gerais, analisando a legislação de regência, estão com a razão a Sr^a Ministra-Relatora e o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, porque S. Ex.as fizeram interpretação lógico-jurídica. Mas, quanto à finalidade, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins e a Sr^a Ministra-Relatora, lendo o mesmo texto, ou ambos, lendo as mesmas disposições, interpretaram de modo diverso, porque a perspectiva de análise do Juiz é diferente daquela do advogado. É evidente que a perspectiva do advogado do impetrante está lineada — e deve obrigatória-

mente estar lineada — no interesse do direito que se diz violado do cidadão e o da parte controversa na perspectiva do direito que procura sintonizar a demonstração da legalidade na interpretação da mesma lei.

Nessas linhas de finalidade ou da teleologia, o que se verifica é que, na realidade, o direito não pode ser estático, embora deva ser estável. Ele tem que ter as suas variações a cada caso concreto, porque, se não fosse para interpretar as disposições a cada caso concreto, bastaria um computador: o chamamento, da lei ou a invocação dos precedentes, mudando-se o nome das partes, e a solução seria sempre a mesma. Mas é que cada caso tem as suas “nuances”; diria, tem o anima, *a alma própria*. Cada caso tem a sua própria alma e o seu próprio perfil gera apreciação distinta. Não é sem razão que, se o julgador não tiver a sensibilidade à cada caso, ele se tornará o crupiê dos tribunais — aquele que simplesmente julga mais um caso. Não é julgador. Torna-se um profissional frio, insensível, um distribuidor e contador de autos. Se ele só contar no final do mês quantos recursos julgou, tem significação de produção, mas não de conteúdo. Então, o julgador precisa comungar com o caso. As mesmas disposições podem levar a soluções diversas.

Sr. Presidente, não se trata de proselitismo e muito menos de uma prolixidade censurável. É que, para se julgar, precisa se falar. Temos um processo de oralidade e, não fosse assim, distribuiríamos o voto escrito à cada parte e o julgamento ficaria concluído com concordância ou a divergência. Também é preciso se dar alma ao que se pensa.

Sr. Presidente, depois de me explicar, referentemente à natureza das instituições de ensino militares de diretrizes híbridas, formando o profissional e o militar, vale lembrar que, onde se cumpre o serviço militar paralelo, se o aluno foi indicado por incapacitação, por astigmatismo, não é desligado, concluindo o período colegial. É evidente que se ele for para as academias militares, a exigência será outra. Parece-me que, no ITA, não é diferente, porque não se destina, à formação strictu sensu do militar.

Demais, o ingresso no ITA é na via do

concurso público. É evidente que tem as suas regras, as suas estipulações editalícias. O exame de saúde é *a posteriori do intelectual*. Desse modo, na espécie, aprovado no exame geral dos conhecimentos exigidos, sem a demonstração de que as deficiências visuais que travaram a matrícula não são incompatíveis ou impeditivas do aprendizado ou Currículo escalar, somente impedirão o serviço militar paralelo e não a frequência no curso.

Soma-se que o Impetrante somente não foi aprovado no exame de saúde física, seguindo-se o Código Internacional de Doenças e os laudos e cônsono o relatório da eminente Relatora, por enfermidades que não o tornam incapaz para o curso da sua atividade profissional. Logo, deve ser matriculado. À mão de ilustrar, lembra-se que o autor da “Teoria do Big Bang”, explicando que o mundo nasceu de uma grande explosão, é tetraplégico, Stephen Hawking é conhecido hoje como o cérebro da universidade, desvendando o nascimento do universo. Esse homem não poderia se matricular no ITA, apesar de ter uma capacitação universal. Ellen Keller: muda, cega e surda, ensinou ao mundo. Seria reprovada para fazer o CPOR do ITA. Moshe Dayan, o herói da Guerra dos Seis Dias, era cego de uma vista e não simplesmente astigmatismo, ficaria impedido de cursar o ITA.

O direito é a vivência da vida. O direito não pode ser, única e exclusivamente, a interpretação fria de um texto. Cada caso é um novo caso e merece a sua própria solução.

Anota-se, mais, que o Impetrante está no terceiro ano com louváveis notas de aproveitamento no aprendizado. Poderá ser um outro Hawking.

Esta Corte, desde o antigo Tribunal Federal de Recursos, tem sustentado o fato consumado. O que será desse moço, primeiro da turma, agora eliminado do ITA? A alforria proposta pelo Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins ou a sugestão de para procurar outra faculdade brasileira e ingressar no seu curso de engenharia, não se prestam à solução porque não se equiparam à excelência do ensino ministrado no ITA. O sonho dele não é ingressar em outras faculdades. O seu sonho é cursar no ITA. E realizou-se. Não é mais um sonho,

é uma realidade. Não sei se repetirá Hawking, Moshe Dayan ou o exemplo vivo da Ellen Keller. Só sei que não é tetraplégico, não é cego, não é surdo e não é mudo. Tem QI altamente desenvolvido para ser o primeiro da turma do ITA.

A preocupação ou receio do precedente, não é óbice, porque estará amoldado ao caso concreto. Certamente não servirá para concessão de segurança em caso que não seja igual. Os precedentes não são espelhos, não são cópias. O precedente não é uma instrumento de conveniência. É guia do convencimento para cada caso de acordo com os elementos de informação do processo pertinente.

Sr. Presidente, nesta conclusão da exposição feita, acompanho o voto da eminente Ministra-Relatora neste caso concreto, tal como ele se põe, ou seja, concedendo a segurança para que a matrícula se torne definitiva.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (PRESIDENTE): Sr. Presidente, concedo a segurança. Filio-me à corrente de que todo ato administrativo tem que se revestir de proporcionalidade e razoabilidade.

Apenas discordo da eminente Ministra Relatora quando entende que a portaria extravasava os princípios postos no Decreto nº 76.323/75. Para assim se pensar, teria que afastar essa portaria ou por ilegalidade ou até por inconstitucionalidade, caso evoluísse para tanto. Penso que se se aplicar, atualmente, os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, com que os atos administrativos devem ser praticados, esses princípios são suficientes para a concessão da segurança.

Quanto à exigência do art. 6º do Decreto nº 76.323 para o concurso vestibular, entendo que persiste, não violando qualquer regra hierárquica do ordenamento jurídico, segundo o confronto que aqui fiz das normas. Temos que compatibilizar essa exigência do art. 6º com a razoabilidade e a proporcionalidade do ato em si praticado. É desarrazoável, desproporcional, a exigência feita pela autoridade imputada para desligar o candidato do curso que

está realizando. Não me impressionou a argumentação feita pelo nobre advogado da União quando S. Exa. disse que faria uma distinção entre matrícula efetuada por força de liminar ou matrícula não efetuada por força liminar. Essa distinção não tem nenhuma razão de influir no julgamento do mandado de segurança em exame. De qualquer modo, o candidato impetrante está vinculado ao ITA. Essa vinculação, hoje, se torna mais sólida, porque está protegida por uma liminar do Poder Judiciário quando ela produz todos os seus efeitos, devendo ser rigorosamente obedecida.

Sr. Presidente, com esses fundamentos, acompanho o voto da eminente Ministra Relatora e dos demais votos que se lhe seguiram, pedindo vênias à divergência.

VOTO

O SENHOR MINISTRO PAULO GALLOTTI: Senhor Presidente, também acompanho o voto da Ministra Relatora, reportando-me às considerações expedidas pelo Ministro Milton Luiz Pereira.

A meu ver, não é possível deixar de considerar as peculiaridades do caso concreto, porque, na verdade, tenho certa dúvida se realmente a portaria teria ou não omitido ou deixado de tratar daquilo que era objeto do decreto em referência.

Considerando as observações do Ministro Milton Luiz Pereira, dadas as peculiaridades e a circunstância de o impetrante já estar cursando o terceiro ano, com todas aquelas virtudes pelo Ministro Milton Luiz Pereira apontadas, e pedindo vênias ao Ministro Francisco Peçanha Martins, acompanho a Ministra Relatora.

VOTO

A SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: Sr. Presidente, dentro de um juízo eminentemente técnico, sem tecer outras considerações, acompanho inteiramente o voto da Mi-

nistra-Relatora por entender que a portaria ministerial dissociou-se ou olvidou o § 1º do art. 6º do Decreto nº 76.323, de 22 de setembro de 1975. É o meu entendimento.

Pedi os autos, li atentamente todo o Decreto, e verifico que a Portaria efetivamente olvidou o que está aqui neste dispositivo legal ao qual me reportei.

ADITAMENTO AO VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Sr. Presidente, faço duas observações muito interessantes na linha do que o Sr. Ministro Franciulli Netto acaba de expressar.

Os daltônicos eram eliminados dos exames de saúde — higidez física — para servir o Exército. Hoje eles são prestigiados, principalmente na Aeronáutica, porque o daltonismo ajuda a identificar os pontos disfarçados. Os “pés chatos” eram sumariamente eliminados do Exército, o que não acontece hoje, porque também as Forças Armadas têm serviços de provisão, de escrituração. Não precisam marchar. Não são combatentes e são capazes para outras atividades militares.

Enfim, quero dizer, é que o rigorismo, evidentemente, como salientou o Sr. Ministro Franciulli Netto, não pode servir de obstáculo à solução exigida pela “natureza das coisas”.

Penso e desejo que o Sr. Advogado da União saia convencido.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Nro. Registro: 1998/0016002-7 MS
5698/DF

Pauta: 22/03/2000 JULGADO: 26/04/2000

Relator: Exmo. Sra. Min. Nancy Andrighi
Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Min. Humberto Gomes de Barros

Subprocurador-Geral da República: Exmo.
Sr. Dr. Miguel Guskow

Secretária: Maria Auxiliadora Ramalho da
Rocha

AUTUAÇÃO

Impte.: *Paulo Franca Bandel (menor)*

Assist por: *Gerhard Bandel*

Advogado: *Antonio Carlos Mendes e outro*

Impdo.: *Ministro de Estado da Aeronáutica*

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentaram, oralmente, os Drs. Pedro Gordilho, pelo impetrante e o Dr. Edmundo Theobaldo Muller Neto, pela união.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Seção, por maioria, concedeu a segurança, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencido, em parte, o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins.”

Os Srs. Ministros Garcia Vieira, Milton Luiz Pereira, José Delgado, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão e Franciulli Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 26 de abril de 2000

Secretária(a)

Maria Auxiliadora Ramalho da Rocha

COMENTÁRIO

1. O impetrante fora classificado para o curso de Engenharia Eletrônica, mas ao ser examinado pela junta regular de saúde do ITA foi reprovado, por ser portador de Astigmatismo e Púrpura Trombocitopênica Idiopática, doença mais conhecida como Síndrome de Evans.

2. O ITA negou-se a matricular o candidato, argumentando que o Edital para concurso estava expressa a exigência do aprovado gozar de plena saúde física para seguir carreira. Isso porque, ao ingressar no Instituto, o aprovado entra automaticamente para o Centro de

Preparação de Oficiais da Reserva (CPOR). Depois de formados, os engenheiros que não quiserem seguir carreira militar tornam-se oficiais da reserva.

3. Por força da liminar concedida pelo STJ, o impetrante pôde iniciar o curso. Estava no terceiro ano e, segundo prova anexada aos autos, ano a ano apresentou modelar desempenho. Sua defesa baseou-se em artigo do Decreto nº 76.323/75, segundo o qual o desligamento definitivo do ITA não ocorrerá quando o aluno for desligado do CPOR por incapacidade física para o serviço militar, desde que não acarrete incompatibilidade para o desempenho das atividades escolares.

4. O ato impugnado, de seu turno, teve apoio no art. 4º, item 6, das Instruções para Admissão de Candidatos Civis, aprovadas pela Portaria nº 194/GM3, com o seguinte teor:

“O candidato à admissão ao Curso Fundamental do ITA deverá satisfazer às seguintes exigências:

(...)

6 — ter condições de saúde e aptidão física para matrícula no CPORR-SJ”.

5. A portaria quer, pois, o candidato ao ITA apto fisicamente para o CPOR.

6. O descompasso é manifesto com o § 1º do art. 6º do Decreto nº 76.323, de 22 de setembro de 1975, que prescreve:

“O desligamento definitivo do ITA não ocorrerá, quando o aluno for desligado do CPOR-SJ, por incapacidade física para o Serviço Militar, da qual não decorra incompatibilidade para o desempenho das atividades escolares daquele Instituto.”

7. Como se vê, mesmo desligado do CPOR, por incapacidade física, o decreto garante a continuidade escolar no ITA. Ou, por outra, o Decreto mostra aquilo que pertence ao senso comum: ser apto para o CPOR não pode ser requisito para o ITA. Uma coisa é serviço militar. Outra, o curso de engenharia.

8. O dispositivo do Decreto é norma jurídica superior ao art. 4º, item 6, das Instruções, submetendo-as, e tornando-as nulas, porque o conteúdo jurídico das Instruções viola o Decreto regulamentar.

9. Certo, o Impetrante estava inabilitado para o serviço militar. Mas se encontrava habilitado “para o desempenho das atividades escolares” *do Instituto Tecnológico de Aeronáutica. Portanto, o impetrante não podia ser desligado do ITA, por estar sob a proteção do art. 6º, § 1º, do Decreto. Não podendo prestar serviço militar, não estava impedido de cursar o ITA.*

10. Faça-se a decomposição do Decreto. O dispositivo regulamentar estipula: (a) “O desligamento definitivo do ITA não ocorrerá, (b) quando o aluno for desligado do CPORAER-SJ, (c) por incapacidade física para o Serviço Militar, (d) da qual não decorra incompatibilidade para o desempenho das atividades escolares daquele Instituto.”

11. O Decreto prescreve de maneira impositiva e cogente: “O desligamento definitivo do ITA não ocorrerá (...)”, dizendo em que situações a garantia deverá ser observada. E, no caso, não estava sendo. A garantia não estava sendo resguardada, porque o impetrante não era aceito no ITA com base em Portaria que desafiava o texto do Decreto, como o acórdão comentado ressaltou.

12. O ato coator, além de violar o dispositivo regulamentar, safragou fator discriminador não instituído por lei, afrontando, por igual, o princípio da legalidade inscrito no art. 5º, II, da Constituição, e desafiando o princípio da isonomia.

13. Daí a concessão da segurança para assegurar ao impetrante o direito a obter a matrícula definitiva e frequentar o curso de Engenharia Eletrônica da Instituto Tecnológico da Aeronáutica, anulando-se o ato coator.

(Pedro Gordilho, advogado em Brasília).