

Publicações da
Escola da AGU

Direito Militar

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia Geral da União

SBN – Quadra 01 – Edifício Palácio do Desenvolvimento – 4º andar –
CEP 70057-900 – Brasília – DF Telefones (61) 3105-9970 e 3105-9968
e-mail: escoladaagu@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque	Substituto do Advogado-Geral da União
Hélia Maria Betero	Procuradora-Geral da União
Marcelo Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Ronaldo Jorge Araújo Vieira Junior	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretaria-Geral de Contencioso

ESCOLA DA AGU

Jefferson Carús Guedes	Diretor
Juliana Sahione Mayrink Neiva	Coordenadora-Geral

Procuradoria Regional da União - PRU - 2ª REGIÃO

Daniel Levy de Alvarenga	Procurador Regional
Jeronymo Pacheco Pereira Neto	Procurador Regional Substituto

Núcleo de Assessoramento Jurídico - NAJ - RJ

Maria Isabel Evangelista Rocha	Coordenadora-Geral
Romilson de Almeida Volotão	Coordenador-Geral Substituto

COORDENADOR

Romilson de Almeida Volotão

COLABORADORES: Cláudio Geoffroy Granzotto; Claudio Roberto Miguel da Silva Vicentino; Evando Luiz Rodrigues; Hélio de Almeida Domingues; Jurema Santos Rozsanyi; Paulo Kusano bucalen Ferrai; Reis Friede; Roberto Carlos Rocha Kayat; Romilson de Almeida Volotão

Apoio Institucional: Escola da AGU
Coordenação (Série Publicações da Escola da AGU): Jefferson Carús Guedes
Juliana Sahione Mayrink Neiva
Secretaria Editorial: Antonio Barbosa da Silva; Niuza G. B. Lima
Planejamento Visual e Capa: Niuza Gomes Barbosa de Lima

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

P976 Publicações da Escola da AGU: Direito Militar. Coletânea de artigos/Coordenação de Jefferson Carús Guedes; Juliana Sahione Mayrink Neiva.
Brasília: Advocacia-Geral da União, 2010.
192 p.
(Série Publicações da Escola da AGU, 5)
ISBN xxxx
1.Direito público – artigos – Brasil I. Título. II. Série

CDD 341 (81)

SUMÁRIO

Apresentação.....	5
Análise Crítica da Incorporação do Médico ao Serviço Militar Obrigatório, já Tendo Havido sua Dispensa por Excesso de Contingente <i>Claudio Geoffroy Granzotto</i>	7
Dispensa de Licitação: Hipóteses aplicáveis às atividades das Forças Armadas <i>Cláudio Roberto Miguel da Silva Vicentino</i> <i>Paulo Kusano Bucalen Ferrari</i> <i>Romilson de Almeida Volotão</i>	15
Regime Jurídico dos Agentes Públicos das Forças Armadas <i>Evandro Luiz Rodrigues</i>	53
A Relação de Especial Sujeição dos Militares e a Constitucionalidade do Regulamento Disciplinar do Exército (Decreto nº 4.346, de 26/08/2002) <i>Farlei Martins Riccio de Oliveira</i>	77
Do Atendimento Médico-Hospitalar aos Ex-combatentes: uma sucessão de equívocos <i>Reis Friede</i>	105
O Sempre Presente Questionamento da Limitação de Idade para Ingresso nas Forças Armadas <i>Hélio de Almeida Domingues</i>	131
O Papel da Mulher nas Forças Armadas <i>Jurema Santos Rozsanyi Nunes</i>	147
Forças Armadas: Reforma, Licenciamento e Reserva Remunerada <i>Roberto Carlos Rocha Kayat</i>	161



EDITORIAL

Com grande satisfação apresento esta edição das Publicações da Escola da AGU cujo ineditismo salta aos olhos por ser a primeira publicação temática da Advocacia-Geral da União abordando exclusivamente questões ligadas ao chamado Direito Administrativo Militar.

A publicação do presente trabalho torna-se ainda mais importante se levarmos em conta que o Direito Administrativo Militar, a despeito de sua relevância, mormente no âmbito da Administração Castrense, ainda é um ramo do direito pouco explorado pela doutrina pátria.

Os artigos que compõem esta edição foram elaborados por membros da Advocacia-Geral da União com atuação no Grupo Militar da Procuradoria Regional da União da 2ª Região, na Procuradoria Seccional da União de Guaratinguetá, no Núcleo de Assessoramento Jurídico do Rio de Janeiro e nas Consultorias Jurídicas da Marinha e Aeronáutica, congregando assim pontos de vista tanto do contencioso quanto do consultivo.

Foi convidado a participar desta obra coletiva um membro do Tribunal Regional Federal da 2ª Região com larga experiência no campo do Direito Administrativo Militar.

No mais, tenho certeza de que os futuros leitores desta publicação terão a oportunidade de extrair de textos claros e concisos - qualidades inerentes ao brilhantismo de seus autores-, informações relevantes, que serão muito úteis para aqueles que venham a se dedicar ao estudo do Direito Administrativo Militar.

Romilson de Almeida Volotão

Advogado da União



ANÁLISE CRÍTICA DA INCORPORAÇÃO DO MÉDICO AO SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO, JÁ TENDO HAVIDO SUA DISPENSA POR EXCESSO DE CONTINGENTE

Claudio Geoffroy Granzotto

*Advogado da União – Coordenador do Grupo Militar da Procuradoria Regional da 2ª
Região – Professor de Direito Penal da Universidade Cândido Mendes – Especialista
em Direito do Estado e Direito Penal.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Das Disposições Legais Sobre o Tema; 2 Do Entendimento Predominante nos Tribunais; 3 Da Diversidade de Regimes do Serviço Obrigatório; 4 Da Impossibilidade Física e não Meramente Jurídica de Adiamento de Incorporação em Algumas Situações; 5 Da Violação do Princípio da Isonomia; 6 Da Função Social Exercida pelos Profissionais de Saúde; 7 Conclusão.



INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo demonstrar que as várias maneiras de ingresso compulsório no serviço militar se completam e não se excluem, sendo que a isenção do serviço militar por um meio, não exclui eventual prestação de serviço castrense por outro motivo, desde que preenchidos os requisitos legais.

Em outros termos, discorreremos sobre a possibilidade de convocação do médico recém-formado para o serviço militar, não obstante o mesmo já tenha sido dispensado do serviço castrense por excesso de contingente.

Para tanto, nos ateremos menos à legislação infraconstitucional, e mais a interpretação *constitucional*, para fundamentarmos que, não obstante tenha havido dispensa do serviço militar de caráter geral, o cidadão não perde o vínculo com o serviço militar.

Para tanto, deverá surgir algum fato novo que enseje a nova convocação, agora, claro, com fundamento diverso, ou, se à época da dispensa, não houve por parte da administração militar *falha* em dispensá-lo, em vez de adiar sua incorporação.

Por fim, faremos uma breve explanação acerca da função social dos médicos incorporados ao serviço militar, para atuar em regiões de difícil acesso e com serviços de saúde precários.

1 DAS DISPOSIÇÕES LEGAIS SOBRE O TEMA

Inicialmente, a Carta Magna em seu artigo 143 assevera que o serviço militar é obrigatório nos termos da lei.

A Lei 4.375/64 dispõe que os brasileiros com 18 anos de idade prestarão serviço militar obrigatório. Esse serviço é o de caráter geral, não exigindo nenhuma especificidade, conforme podemos verificar, *in verbis*:

Art 1º O Serviço Militar consiste no exercício de atividades específicas desempenhadas nas Fôrças Armadas - Exército, Marinha e Aeronáutica - e compreenderá, na mobilização, todos os encargos relacionados com a defesa nacional.

Art 3º O Serviço Militar inicial será prestado por classes constituídas de brasileiros nascidos entre 1º de janeiro e 31 de dezembro, no ano em que completarem 19 (dezenove) anos de idade.

Por outro lado, alguns brasileiros poderão ser submetidos a um regime especial de serviço militar, no caso, os médicos, dentistas, farmacêuticos e veterinários (MFDV).

Para estes, na data do alistamento obrigatório, será permitido o adiamento da incorporação, casos os mesmos estejam matriculados ou se candidatando aos cursos, referidos no artigo 29, alínea e da Lei, abaixo transcrito.

Art 29. Poderão ter a incorporação adiada:

[...]

e) os que estiverem matriculados ou que se candidatem à matrícula em Institutos de Ensino destinados à formação de médicos, dentistas, farmacêuticos e veterinários, até o término ou interrupção do curso.

2 DO ENTENDIMENTO PREDOMINANTE NOS TRIBUNAIS

O entendimento ainda predominante, quanto à questão suscitada no presente artigo, é no sentido de que o cidadão, uma vez dispensado por excesso de contingente, não poderá ser mais convocado para o serviço militar de natureza especial¹.

As respeitáveis decisões partem do pressuposto que o comando militar não deveria ter dispensado o cidadão que cursava a faculdade de medicina, mas sim adiado sua incorporação nos termos do art. 29 da Lei 4375/64, que fora regulamentada pela Lei 5.292/67.

Veja que o fundamento busca preservar a segurança jurídica, eis que, tendo sido o cidadão dispensado por excesso de contingente, em tempo de paz, estaria quite com suas obrigações militares.

1 AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 1.143.388 - RS (2009/0002483-5)

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIÇO MILITAR. DISPENSA. EXCESSO. CONTINGENTE. CONVOCAÇÃO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. "O art. 4º, § 2º, da Lei nº 5.292/67, que trata de adiamento de incorporação, é inaplicável aos médicos que são dispensados do serviço

militar, seja por excesso de contingente ou por residir em município não-tributário" (AgRg no REsp 1.098.837/RS, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 1º/6/09).

2. Agravo regimental improvido.

3 DA DIVERSIDADE DE REGIMES DO SERVIÇO OBRIGATÓRIO

Não obstante o entendimento majoritário acima apontado, os médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários deverão prestar o serviço militar obrigatório especial em razão de conclusão dos seus cursos superiores (Lei 5.292/67), ainda que tenham sido anteriormente dispensados por excesso de contingente (Lei 4.375/64).

Na verdade, trata-se do princípio básico segundo o qual situações aparentemente iguais, porém com algumas diversidades, são regidas por lei especial, se existente.

No caso em tela, a dispensa por excesso de contingente, baseada em lei geral, não afasta a aplicação da Lei especial, se houver fato novo. Nesse caso, o fato futuro é a conclusão do curso (MFDV), *aliada à necessidade militar*, após a dispensa por excesso de contingente.

A própria lei que alude o serviço obrigatório dos MFDV traz essa distinção, ao mencionar que, em caso de excedentes, terá prioridade na incorporação, dentre outros, o já dispensado de incorporação, *in verbis*:

Art 19. Sempre que as disponibilidades de MFDV excederem às necessidades ou possibilidades das Organizações Militares, terão prioridade de incorporação, dentro das RM, satisfeitas as condições de seleção:

[...]

§ 3º Os portadores do Certificado de Reservista de 3ª categoria ou de Dispensa de Incorporação.

Isso prova que os dois regimes se completam e não se excluem, podendo um cidadão já dispensado por excesso de contingente, em razão de critérios administrativos, ser, agora, incorporado em razão de conclusão em curso de medicina.

4 DA IMPOSSIBILIDADE FÍSICA E NÃO MERAMENTE JURÍDICA DE ADIAMENTO DE INCORPORAÇÃO EM ALGUMAS SITUAÇÕES

Nos casos de adiamento de incorporação dos MFDV, para que possa haver essa situação, que afastaria eventual dispensa por outra, como, por ex. dispensa por excesso de contingente, é necessário que o comando militar seja informado pelo candidato da sua situação.

No caso de já haver matrícula do cidadão em cursos de MFDV, fica fácil para as instituições militares verificarem essa situação e adiarem a incorporação do alistado.

Todavia, nos casos de candidatos aos citados cursos ou até mesmo de futuros pretendentes, fica materialmente impossível ao órgão militar verificar essa situação.

Pensemos na situação, não rara, do cidadão somente completar o ensino médio após os 18 anos, e somente com 19 anos pretender cursar medicina, por exemplo.

Como adiar a incorporação nessa situação? Como poderíamos imputar alguma falha administrativa, se nem ao menos ao tempo do alistamento o cidadão já possuía matrícula em algum curso para MFDV?

Nessas hipóteses, caso não haja interesse no serviço militar de natureza geral, a dispensa por excesso de contingente se impõe, não havendo óbice para futura incorporação.

5 DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

O entendimento no sentido de que o cidadão, uma vez dispensado por excesso de contingente e que, posteriormente, ingressa numa faculdade de medicina, não poderá ter sua incorporação adiada, gera um conflito na ordem jurídica.

Inicialmente, o fato de que a dispensa por excesso de contingente é vinculada ao serviço militar de natureza geral, nada tendo a ver com o serviço militar de natureza especial.

Ainda assim, ultrapassada a questão da diversidade dos regimes do serviço obrigatório, poderia haver, por outro lado, clara violação ao princípio da isonomia, senão vejamos.

O vestibulando que ingressou na faculdade de Medicina com 17 anos terá sua incorporação adiada e deverá prestar serviço militar especial após a conclusão do curso.

Já o cidadão que somente ingressou na faculdade após completar 18 anos de idade, tendo anteriormente sido dispensado por excesso de contingente, não terá que prestar futuro serviço obrigatório de natureza especial, por já ter sido dispensado por aquele motivo.

Nada mais injusto e anti-isonômico. Estar-se-ia privilegiando o cidadão que ingressasse na faculdade após 18 anos, em detrimento daquele que terminou seu ensino médio na forma comum, aos 17 anos de idade.

Para sanar tal violação, somente no caso concreto poderíamos verificar se houve desídia da administração em não adiar a incorporação ou se, por outro lado, ocorreu mera impossibilidade física de análise quanto ao adiamento.

No primeiro caso, aceitável o entendimento de futura convocação do médico. Já no segundo exemplo, a convocação do médico, anteriormente dispensado, é medida salutar à ordem jurídica.

6 DA FUNÇÃO SOCIAL EXERCIDA PELOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE

Em alguns lugares do Brasil, o acesso ao serviço público essencial é carente, seja por falta de recursos empregados seja por ser a localidade de difícil acesso.

Enquanto esta realidade não se altera, os militares da área de saúde (MFDV) terão um papel importantíssimo nessas regiões.

Com suas estruturas, os comandos militares poderão adentrar em localidades em que um civil teria muita dificuldade, como por exemplo, numa região isolada, habitada por índios, ou até mesmo em locais onde somente de barco ou avião há acesso.

Assim, resta evidente a contribuição castrense na implementação da universalidade do direito à saúde.

7 CONCLUSÃO

Entendemos que *as diversidades de regimes de serviço militar obrigatório autorizam convocações posteriores, mesmo quando haja dispensa por excesso de contingente*, não obstante as decisões predominantes em sentido contrário.

Porém, a questão ventilada acerca da não isonomia de tratamento a cidadãos em situações análogas, ressalvado o momento de ingresso na faculdade, esgotaria o tema em torno da possibilidade do militar ser convocado, mesmo que antes tenha sido dispensado.

Derradeiramente, cabe ressaltar que habitamos num país onde há muita desigualdade na distribuição dos serviços públicos, quer por impossibilidade de ordem geográfica, quer por escassez de verbas destinadas à saúde.

Assim, o serviço obrigatório de natureza especial se torna uma verdadeira medida de justiça social.



DISPENSA DE LICITAÇÃO: HIPÓTESES APLICÁVEIS ÀS ATIVIDADES DAS FORÇAS ARMADAS

Cláudio Roberto Miguel da Silva Vicentino
Advogado da União em exercício no NAI/RJ

Paulo Kusano Bucalen Ferrari
Advogado da União em exercício no NAI/RJ
Especialista em Direito da Administração
Pública pela Universidade Federal
Fluminense

Romilson de Almeida Volotão
Advogado da União, Especialista em Direito
do Estado e Regulatório pela Fundação
Getúlio Vargas. Coordenador-Geral
Substituto do NAI/RJ

Sumário: Introdução. 1 Previsão constitucional do princípio licitatório; 1.2 Princípio licitatório enquanto subprincípio dos princípios da isonomia, impessoalidade e eficiência; 1.3 Significado e alcance do princípio licitatório; 1.4 Limitações ao princípio licitatório: inexigibilidade de licitação, licitação dispensada e dispensa de licitação; 2 Inexigibilidade de licitação: quando o processo licitatório é imprestável à realização da isonomia, da impessoalidade e da eficiência; 3 Dispensa de licitação: quando outros princípios, valores ou bens jurídicos, em hipóteses previamente estabelecidas pela lei, se sobrepõem ao princípio licitatório; 4 Dispensa de licitação: hipóteses aplicáveis às Forças Armadas previstas na Lei 8.666/1993; 4.1 Dispensa de licitação nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem; 4.2 Dispensa de licitação na hipótese de comprometimento da segurança nacional; 4.3 Dispensa de licitação para abastecimento durante operações ou exercícios militares; 4.4 Dispensa de licitação na hipótese de padronização de materiais de uso das Forças Armadas; 4.5 Dispensa de Licitação para bens e serviços produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional; 4.6 Dispensa de licitação na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior; 5 Conclusões.; Referências.

RESUMO: As Forças Armadas, para o cumprimento de suas atribuições constitucionais, precisam contratar obras, bens e serviços perante os fornecedores do mercado. Tais contratações devem observância aos ditames do princípio licitatório. Assim, este artigo parte de uma abordagem do que é o princípio licitatório e sua previsão constitucional. Tal princípio é apresentado como corolário dos princípios da isonomia, da impessoalidade e da eficiência. Em seguida, o significado, o alcance e as limitações ao princípio são apresentados. O princípio licitatório é classificado em razão de sua destinatária por excelência: a Administração Pública, direta e indireta. A natureza instrumental da licitação é explicitada, demonstrando-se não se tratar de procedimento que se esgota em si mesmo. Busca-se coadunar o princípio licitatório com outros valores e bens jurídicos constitucionalmente protegidos, cujo exercício foi conferido às Forças Armadas. Faz-se uma breve conceituação da inexigibilidade de licitação e da dispensa de licitação. Passa-se, então ao estudo das hipóteses específicas de dispensa de licitação aplicáveis às Forças Armadas previstas na Lei 8.666/1993.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio licitatório. Licitação. Contratação direta. Inexigibilidade de licitação. Dispensa de licitação. Lei 8.666/1993. Forças Armadas.

INTRODUÇÃO

“Si vis pacem, para bellum”

Com a clássica citação latina, cuja tradução é: “*Se queres paz, prepara-te para a guerra*”, inicia-se este artigo. A expressão não significa um chamamento à guerra. Pelo contrário, apenas um alerta aos povos de que a paz não é uma dádiva, mas, uma conquista, segundo Levi Bucalem Ferrari:

A paz, como a democracia, nunca serão estágios definitivos a que chegam as sociedades e daí a passarem a ser considerados como naturais, imutáveis. Ao contrário, tanto uma como outra são conquistas históricas a serem mantidas institucionalmente por sobre o intenso jogo de interesses concretos de indivíduos, classes e nações. Interesses em torno dos quais se forjam alianças, coalizões, conspirações, tiranias e guerras, todas e quaisquer, enfim formas sociais de dominação, violentas ou não. São assim, democracia e paz, flores tão sofisticadas quanto frágeis a exigirem cuidados constantes.¹

É preciso estar preparado para a guerra para se atingir a paz, ou mesmo para evitar a própria guerra.

Por mais românticos que sejam os ideais pacifistas, para que uma nação viva em paz, ela não pode prescindir da preocupação com segurança e defesa. O Estado-Nação moderno pressupõe a existência de forças armadas profissionais para a preservação: do povo; da soberania; do território; das riquezas naturais; do espaço aéreo, marítimo e fluvial; da infraestrutura econômica, energética e logística; do próprio Estado; e dos poderes públicos.

Mesmo para o Brasil, que tradicionalmente busca a solução pacífica de controvérsias com outros países, a preocupação com segurança e defesa não pode ser ignorada. Até o exercício da diplomacia pressupõe a necessidade de uma política de defesa:

É interessante ressaltar, também, ao se abordar o binômio política externa e política de defesa, que as conquistas ou a defesa de interesses vitais pela diplomacia só se viabilizam quando há, por trás dela, um força capaz de respaldá-la.²

1 FERRARI, Levi Bucalem. A Guerra do Brasil. In: LUCAS, Fábio e BELLUZO, Luiz Gonzaga (Org.). *A Guerra do Brasil*. São Paulo: 2000. p. 201.

2 COSTA, Darc. *Fundamentos para o Estudo da Estratégia Nacional*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009. p. 483.

A segurança, conforme o estudioso em estratégia Darc Costa:

[...] envolve tanto a prevenção à choques intraestatais, defesa interna – algo que se processa no âmbito das soberanias dos estados envolvidos –, quando à prevenção a ação dos choques interestatais, que visam defender soberanias e vontades nacionais e que se conceituam como defesa externa.³

As Forças Armadas do Brasil não detém a capacidade de produzir e executar todos os bens, obras e serviços de que necessitam. Assim, tais instituições, para o cumprimento de suas atribuições constitucionais, precisam se valer de fornecedores do mercado, através de contratações públicas. Por sua vez, o direito administrativo contratual é, em regra, precedido de um processo denominado *licitação*.

Assim, este artigo parte de uma abordagem do que é o princípio licitatório e sua previsão constitucional. Tal princípio é apresentado como corolário dos princípios da isonomia, da impessoalidade e da eficiência. Em seguida, o significado, o alcance e as limitações a tal princípio são apresentados.

O princípio licitatório é classificado em razão de sua destinatária por excelência: a Administração Pública, direta e indireta. Assim, as Forças Armadas brasileiras, como órgãos da estrutura administrativa pública, são também destinatárias do princípio licitatório.

A natureza instrumental da licitação é explicitada, demonstrando-se não se tratar de procedimento que se esgota em si mesmo. Deste modo, busca-se coadunar o princípio licitatório com outros valores e bens jurídicos constitucionalmente protegidos, cujo exercício foi conferido às Forças Armadas, em caráter privativo, ou concorrente com as forças de segurança. Faz-se uma breve conceituação da inexigibilidade de licitação e da dispensa de licitação. Passa-se, então ao estudo das hipóteses de dispensa de licitação potencialmente aplicáveis às Forças Armadas, previstas na Lei 8.666/1993.

A ciência jurídica que tem a finalidade de interpretar as normas de regência da sociedade, do Estado e dos agentes públicos não pode atuar isoladamente. As normas jurídicas provêm dos representantes dos mais diversos setores da sociedade e se destinam, igualmente, à regulação dos mais diferentes ramos de atividades, públicas ou privadas. Em que pese caber ao exegeta a função interpretativa da norma, não é ele depositário do conhecimento enciclopédico humano a ponto de pronunciar-se sobre todas as definições, conceitos e noções de outras ciências do conhecimento.

3 COSTA, op. cit., p. 482.

O diferencial que se busca neste estudo em relação às respeitadas opiniões da doutrina nacional é o enriquecimento da interpretação das hipóteses de dispensa de licitação com conceitos e lições extraídas das lições da história e da ciência estratégica.

Neste sentido, o trabalho ousará discordar de determinados entendimentos consolidados, sem que isso, contudo, implique em menosprezo por eminentes juristas.

1 PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO LICITATÓRIO

A importância do princípio licitatório é tamanha que o legislador constituinte, na esteira de diversos outros ordenamentos jurídicos, entendeu relevante sua inserção expressa no texto constitucional em capítulo destinado a traçar os princípios basilares da Administração Pública brasileira, estampando-o no inciso XXI do Art. 37:

XXI – ressalvados os casos específicos na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A necessidade de se assegurar igualdade de condições aos particulares interessados na formação de vínculo contratual com a Administração Pública não guarda relação direta apenas com a isonomia prestigiada no *caput* do Art. 5º da Constituição. Um conjunto de princípios constitucionais, insculpidos na Carta Política de 1988, harmoniza-se para formar o princípio licitatório como se verá mais adiante.

1.1 PRINCÍPIO LICITATÓRIO ENQUANTO SUBPRINCÍPIO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, IMPESSOALIDADE E EFICIÊNCIA

Uma leitura rápida do dispositivo do inciso XXI do Art. 37 da Constituição da República levaria à idéia de dele se extrair tão somente uma regra e não um princípio.

As normas jurídicas (princípios ou regras) não se confundem com os respectivos dispositivos normativos em que se encontram insertas.

As normas consistem no sentido extraído dos dispositivos. São variados os critérios de distinção entre princípios e regras.

Na fascinante obra *Teoria dos Princípios*, o Professor Humberto Ávila aborda todas as teorias dissociativas para propor seus próprios conceitos sobre as espécies normativas. Para o jurista, as regras são normas imediatamente descritivas⁴, posto que sua função é descrever condutas a serem adotadas ou evitadas. Os princípios são normas imediatamente finalísticas⁵, uma vez que determinam fins a serem almejados pelo direito para promoção de valores juridicamente relevantes.

O Professor Humberto Ávila rejeita alternativas exclusivas entre as espécies. Ao contrário, propõe alternativas inclusivas, nos quais os dispositivos podem gerar, simultaneamente, mais de uma espécie normativa⁶. Assim, um mesmo dispositivo pode dar ensejo tanto a uma regra, quanto a um princípio.

Afinal, o dispositivo do inciso XXI do Art. 37 da Constituição Federal comportaria um princípio ou uma regra?

O dispositivo comporta diversas regras e princípios relativos a valores jurídicos distintos entre si, mas, aplicáveis à relação administrativa contratual. Em relação à obrigatoriedade de licitação, do aludido dispositivo extrai-se, simultaneamente, tanto uma regra, quanto um princípio.

A regra de conduta direcionada à Administração Pública para a contratação de obras, serviços ou compras consiste na utilização do processo licitatório, cujo objetivo maior é a busca pela proposta mais vantajosa. As exceções à regra, disciplinadas pela lei, admitem a contratação sem que se leve a termo o certame.

Ao mesmo tempo, do dispositivo extrai-se um princípio, que propugna que a escolha dos contratantes de Administração Pública deve ser norteadada pela isonomia, pela impessoalidade e pela eficiência, a serem atingidas, em tese, através do regular processo licitatório. Este princípio é dirigido não somente ao administrador, mas ao legislador, aos órgãos de controle e a todos os operadores do direito.

Não se está a asseverar uma pretensa hierarquia entre princípios e regras. Na verdade, ambos possuem a mesma hierarquia (no caso de normas constitucionais). Ocorre que a concepção da licitação enquanto princípio permite ao intérprete uma visão muito mais enriquecedora do assunto, porquanto revela os valores jurídicos a serem perseguidos

4 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios; da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 71

5 Ibid. p. 71.

6 Ibid. p. 69.

e a articulação com outros valores e princípios jurídicos também consagrados na Constituição da República.

O princípio licitatório decorre dos sobreprincípios da isonomia, da impessoalidade e da eficiência. Os princípios de caráter mais específico exercem uma função definitória relativamente aos sobreprincípios mais amplos:

[...] delimitam, com maior especificação, o comando mais amplo estabelecido pelo sobreprincípio axiologicamente superior. Por exemplo, os subprincípios da proteção da confiança e da boa-fé objetiva deverão especificar, para situações mais concretas, a abrangências do sobreprincípio da segurança jurídica.⁷

O sobreprincípio da isonomia pressupõe uma igualdade de condições entre os participantes do certame licitatório que se encontrem numa mesma situação jurídica⁸. Assim, discriminações são admitidas, desde que os licitantes sejam desiguais, como, por exemplo, no tratamento privilegiado às microempresas e empresas de pequeno porte.⁹

O princípio da impessoalidade veda o estabelecimento de “... privilégios ou favorecimentos a qualquer pessoa ou grupo específico”¹⁰.

O princípio da eficiência, em conceituação livre e bem concisa, consiste na busca pela melhor relação de custo-benefício entre os fins a serem atingidos pela Administração e os meios e recursos adotados.

Assim, nas situações mais específicas que se relacionam às contratações públicas, os sobreprincípios da isonomia, da impessoalidade e da eficiência adquirem contornos mais específicos através do princípio licitatório.

O princípio licitatório relaciona-se com o princípio da legalidade, muito embora deste último não derive. O princípio da legalidade, para a Administração Pública, implica na possibilidade de fazer apenas aquilo que a lei permite¹¹.

Não obstante isto, nenhum princípio é absoluto. Outros princípios, bens e valores jurídicos também constitucionalmente protegidos devem ser levados em consideração quando das contratações públicas.

7 ÁVILA, op. cit., p. 98.

8 GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos* (Casos e Polêmicas), ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007. p. 6.

9 BRASIL. Lei Complementar 123/2007.

10 GARCIA, Flávio Amaral. Op. Cit. p 5.

11 BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.101.

1.3 SIGNIFICADO E ALCANCE DO PRINCÍPIO LICITATÓRIO

O princípio licitatório não se caracteriza como princípio geral de direito, com larga amplitude e generalidade. Sua aplicação é dirigida e setORIZADA para a Administração Pública. Ou seja, consiste em princípio setorial, se adotada a classificação por Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹². Conforme já dito, as Forças Armadas brasileiras, como órgãos da estrutura administrativa pública, são destinatárias do princípio licitatório.

Segundo Marçal Justen Filho, a Constituição de República estabeleceu uma presunção absoluta em favor do processo licitatório como meio que precede a contratação¹³.

Ousa-se, aqui discordar do Autor, porquanto, em seguida ele mesmo assevera que o texto constitucional trata de limitar a presunção, facultando a contratação direta, nos termos da lei¹⁴. Ora, ou se trata de uma presunção absoluta, que não admite exceções, ou a Constituição tratou de instituir uma presunção relativa em favor do processo licitatório, como forma de escolha da melhor proposta.

De fato, trata-se de presunção relativa, seja, pelo franqueamento da contratação direta, nos casos excepcionais em que a lei permitir, seja, pelo caráter meramente instrumental da licitação¹⁵. Melhor dizendo, a licitação não é um processo que se esgota em si mesmo. Segundo Flávio Amaral Garcia: “a licitação é um meio e não um fim em si mesmo”¹⁶. Serve à escolha da melhor proposta. Portanto, a licitação é um processo, ou instrumento cujo objetivo que lhe é extrínseco, daí seu caráter instrumental.

1.4 LIMITAÇÕES AO PRINCÍPIO LICITATÓRIO: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, LICITAÇÃO DISPENSADA E DISPENSA DE LICITAÇÃO

A pluralidade de hipóteses de atuação administrativa para a consecução das finalidades públicas, no entanto, impõe o reconhecimento de que nem sempre a instauração de um procedimento licitatório se apresenta como a melhor solução ou mesmo como uma solução viável. Em razão da natureza instrumental da licitação verifica-se a possibilidade

12 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 90.

13 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 281.

14 Ibid.

15 Ibid. p. 57.

16 GARCIA, op. cit., p. 31.

de seu afastamento, quando não há possibilidade de realizá-la, ou nos casos em que a licitação não se mostrar como a melhor e única forma de atender aos interesses públicos¹⁷.

O próprio texto constitucional concede autorização para que lei venha a estabelecer exceções à regra da licitação.

Trata-se, por vezes, do resultado de um necessário exercício de ponderação entre princípios ou bens jurídicos que se apresentam em conflito e que autorizam o legislador ordinário a legitimar o afastamento de uns em detrimento de outros, como forma de viabilizar a atuação indispensável para a salvaguarda do elemento preponderante albergado no ordenamento pátrio.

Precisa a lição do ilustre Ministro Benjamin Zymler sobre a existência de limitações a tais exceções legais delegadas ao legislador ordinário:

Em que pese a CF não ter especificado as exceções à regra geral, isso não significa que o legislador ordinário possa, a seu alvedrio, estabelecer as mais diversas hipóteses. Pelo contrário. As situações a serem açambarcadas pela legislação devem buscar sua validade no cumprimento de princípios ou paradigmas constitucionais, sob pena de inconstitucionalidade, por violação dos princípios da isonomia e da impessoalidade.

Tome-se como exemplo os casos de emergência ou calamidade pública. A realização do certame licitatório, em que pese prestigiar o princípio da isonomia, poderia, pela demora inerente aos procedimentos administrativos, colocar em risco a incolumidade pública. Entre assegurar o princípio da isonomia (em relação às pessoas passíveis de contratar com o Poder Público) e a vida humana, evidente que deve o administrador optar por esta última.¹⁸

A Lei nº 8.666/1993 dispõe três categorias para as chamadas contratações diretas, a saber:

- a) Licitação dispensada (artigos. 17, I e II): são hipóteses relacionadas à alienação de bens imóveis e móveis em que seria vedado ao administrador licitar pois o certame poderia inviabilizar o atingimento da finalidade da norma;
- b) Licitação dispensável (Art. 24): são as conhecidas “dispensas de licitação” que conferem ao administrador discricionariedade

17 GARCIA, op. cit., p. 31.

18 ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p.121-122.

para optar entre licitar ou contratar diretamente em hipóteses exaustivas definidas em lei, tendo sempre em foco o melhor atuar para atendimento ao interesse público;

- c) Inexigibilidade de licitação (Art. 25): hipóteses em que a licitação não se afigura viável por limitações do mercado ou inerentes à própria natureza do objeto, condições estas genericamente reconhecidas pela lei e, portanto, meramente exemplificativas ou indicativas de parâmetros para seu reconhecimento em concreto pelo administrador.

No caso concreto, faz-se necessário harmonizar o princípio licitatório com outros valores e bens jurídicos constitucionalmente protegidos, cujo exercício foi conferido às Forças Armadas. Assim, a defesa do território, da soberania e do desenvolvimento nacionais, das riquezas naturais, da ordem pública, dos poderes constituídos também são valores constitucionalmente protegidos e que, em determinadas circunstâncias, implicam em limitação ao princípio licitatório.

Deixar-se-á de aprofundar o estudo da licitação dispensada por fugir ao escopo do estudo, promovendo-se a breve conceituação da inexigibilidade de licitação e, finalmente, as hipóteses de dispensa de licitação relacionadas às atividades das Forças Armadas brasileiras.

2 INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO: QUANDO O PROCESSO LICITATÓRIO É IMPRESTÁVEL À REALIZAÇÃO DA ISONOMIA, DA IMPESSOALIDADE E DA EFICIÊNCIA;

Nem sempre a Administração, para o exato desempenho de suas atividades, se vê diante de um cenário que lhe permita promover a salutar competição com vistas à obtenção de vantajoso ajuste. Em certas situações peculiares o atuar do gestor encontra limites no próprio mercado ou na natureza da própria pretensão administrativa. É o que ocorre, por exemplo, na aquisição de um bem ou na prestação de um serviço oferecidos por único fornecedor ou prestador de serviços.

Em tais casos, em que a inviabilidade de competição é passível de segura justificativa, o processo licitatório é afastado validamente, pois não se apresenta apto a alcançar seus objetivos maiores, quais sejam: a promoção da isonomia, da impessoalidade e da eficiência na utilização de recursos públicos. A imposição do certame certamente não conduz à seleção da mais vantajosa proposta para o interesse estatal.

A inexigibilidade de licitação encontra-se disciplinada no Art. 25 da Lei 8.666/1993, que assim dispõe:

Art.25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

O pressuposto lógico da inexigibilidade de licitação é a inviabilidade de competição. Ou seja, a ausência de competidores torna o processo licitatório (de cunho nitidamente competitivo) impossível e inútil.

Ante a inviabilidade de competição, a instauração de certame licitatório se mostra completamente imprestável à isonomia, porquanto inexiste uma pluralidade de interessados aptos a receber igualdade de tratamento.

A impessoalidade também não se concretiza na ausência de competidores, pois, se apenas um deles é capaz de atender a demanda administrativa, sua escolha não significa favorecimento ou privilégio em favor do escolhido.

Por fim, se uma única proposta atende a uma necessidade administrativa, a realização de certame não atende à finalidade de escolha da melhor relação custo-benefício. Todavia, não se infere a possibilidade de contratação à margem de qualquer fundamentação do valor a ser pactuado. A inviabilidade de competição torna impossível o julgamento de preços, porém, não afasta a necessidade de justificação. O inciso III do Art. 26 da Lei 8.666/1993 preconiza como um dos elementos essenciais, tanto à dispensa, quanto à inexigibilidade de licitação a “justificativa do preço”. A expressão foi bem empregada pelo legislador. De fato, a “justificativa do preço” não se confunde à comparação com preços de outros fornecedores ou prestadores de obras, serviços ou bens que não atendam à demanda administrativa. Na verdade, consiste no dever inafastável, frise-se, de comprovação de que a contratação direta se faz nos mesmos valores e condições praticados pelo particular escolhido no mercado em geral, em situações análogas. Trata-se do entendimento institucional da Advocacia-Geral da União, emanado através da Orientação Normativa nº 17, de 1º de abril de 2009:

É obrigatória a justificativa de preço na inexigibilidade de licitação, que deverá ser realizada mediante a comparação da proposta apresentada com preços praticados pela futura contratada junto a outros órgãos públicos ou pessoas privadas¹⁹.

A inviabilidade de competição é uma condição extranormativa²⁰, ou seja, reside no mundo dos fatos.

As hipóteses de inexigibilidade, que surgem em meio à complexidade crescente do mundo real, são tão abrangentes que impedem sua ampla descrição pelo legislador, restando a este apenas a indicação de parâmetros para seu reconhecimento por parte do aplicador da norma no desempenho diário de suas atribuições. Ao contrário das hipóteses de dispensa de licitação, taxativas, as hipóteses de inexigibilidade são meramente exemplificativas. Por tal razão, a doutrina é assente em considerar as hipóteses dos incisos do Art. 25 do Diploma Federal de Licitações como meramente exemplificativos²¹.

19 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Orientação Normativa nº 17, de 1º de abril de 2009. Publicada no Diário Oficial da União. Ano CXLVI, Nº 66, de 7 de abril de 2009. Seção 1. p. 14.

20 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 340.

21 Cf. JURUENA, Marcos Juruena Villela Souto. *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2004. p. 128; GARCIA, Flávio Amaral. op. cit., p. 37; JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit., p.

Assim, mostra-se possível conceituar a inexigibilidade de licitação como a espécie de contratação direta que decorre da inviabilidade de competição constatada no mundo fenomênico, que esvazia a razão e o propósito da realização de um certame licitatório, tornando-o um meio imprestável à realização da isonomia, da impessoalidade e da eficiência.

3 DISPENSA DE LICITAÇÃO: QUANDO OUTROS PRINCÍPIOS, VALORES OU BENS JURÍDICOS, EM HIPÓTESES PREVIAMENTE ESTABELECIDAS PELA LEI, SE SOBREPÕEM AO PRINCÍPIO LICITATÓRIO

A dispensa de licitação encontra-se disciplinada pelas hipóteses taxativas dos incisos do Art. 24 da Lei 8.666/1993.

Na dispensa de licitação a competição é viável. Assim, em tese, mostra-se possível a instauração de procedimento licitatório. Porém, a legislação infraconstitucional, em determinadas e exaustivas situações confere ao administrador uma “margem de discricionariedade para afastar o procedimento seletivo, com vistas ao atendimento do interesse público”²².

A dispensa de licitação permite a contratação direta em favor do atendimento de finalidades públicas, ou da proteção de outros interesses, princípios, valores e bens jurídicos tutelados pelo Estado:

Assim, em alguns casos previamente estabelecidos pelo legislador, o princípio da licitação cede espaço ao princípio da economicidade ou ao primado da segurança nacional, ou ainda para garantir o interesse público maior, concernente à necessidade de o Estado intervir na economia. Em todos os casos delineados pela Lei 8.666/1993, em que a licitação foi dispensada ou considerada inexigível, pelo menos no plano teórico, entendeu o legislador estar em confronto o princípio jurídico da licitação e outros valores igualmente tutelados pela ordem jurídica, tendo sido aquele subjugado por um destes.²³

Novamente, aqui, vale a lição de que o princípio licitatório não possui caráter absoluto e de nada adiantaria ao Estado proceder à

343; NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública*. 2 ed. Belo Horizonte. Fórum. 2008. p. 248 e TORRES, Ronny Charles Lopes. *Leis de Licitações Públicas Comentadas*. Salvador. Jus Podivm. 2008. p. 120

22 GARCIA, op. cit, p. 34.

23 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 195.

licitação em detrimento de outros interesses públicos que deve curar. Neste sentido, as hipóteses legislativas de dispensa de licitação são fruto de uma ponderação entre o princípio licitatório e outros valores, princípios, interesses e bens jurídicos, de igual, ou maior relevância. Tal ponderação é realizada, com fundamento constitucional, pelo Poder Legislativo, o qual é detentor de soberania popular e legitimidade para inovar o direito.

4 DISPENSA DE LICITAÇÃO: HIPÓTESES APLICÁVEIS ÀS FORÇAS ARMADAS PREVISTAS NA LEI 8.666/1993

Marçal Justen sistematiza as hipóteses de dispensa nos seguintes termos:

As hipóteses de dispensa de licitação podem ser sistematizadas segundo o ângulo de manifestação de desequilíbrio na relação custo/benefício, do seguinte modo:

- a. custo econômico da licitação: quando o custo econômico da licitação for superior ao benefício dela extraível (incs. I e II);
- b. custo temporal da licitação: quando a demora na realização da licitação puder acarretar a ineficácia da contratação (incs. III, IV, XII e XVIII);
- c. ausência de potencialidade de benefício: quando inexistir potencialidade de benefício em decorrência da licitação (incis. V, VII, XI, XIV, XVII, XXIII, XXVI e XXVIII);
- d. função extraeconômica da contratação: quando a contratação não for norteada pelo crivo da vantagem econômica, porque o Estado busca realizar outros fins (incs. VI, IX, X, XIII, XV, XVI, XIX, XX, XXI, XXIV, XXV e XXVII).²⁴

O presente trabalho não pretende estabelecer uma nova classificação das hipóteses de dispensa de licitação, com vistas a concluir pela existência de normas voltadas exclusivamente às Forças Armadas.

A rigor, apenas o inciso XIX do Art. 24 da Lei 8.666/1993 menciona expressamente as Forças Armadas. Porém uma série de

²⁴ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 288.

normas extraídas de outros incisos do Art. 24 coaduna-se (ainda que não exclusivamente) com as atribuições constitucionais das Forças Armadas. Algumas hipóteses de contratação direta por dispensa de licitação se destinam ao atendimento de situações e circunstâncias relacionadas às atividades desempenhadas pelas Forças Armadas, algumas também extensíveis às forças policiais e corpos de bombeiro dos Estados e do Distrito Federal.

Fundamental se ter em mente que em qualquer destas hipóteses, a presença de todos os variados requisitos exigidos em cada dispositivo deve ser minuciosamente demonstrada pela autoridade competente no âmbito da justificativa de trata o Art. 26 da Lei, por certo acompanhada dos documentos que se fizerem necessários. Trata-se de medida indispensável para a segurança do gestor e para a eficiente atuação dos órgãos de controle.

Não se pode restringir a análise das hipóteses de dispensa de licitação à interpretação lógico-formal que lhe têm feito a quase totalidade dos administrativistas. Daí a insistência em caracterizar a licitação não apenas como regra, mas, como princípio, que se relaciona com outros bens jurídicos, valores e princípios constitucionais. As compras e contratações governamentais não se subsumem exclusivamente a uma lógica de mercado e à busca do menor preço. Não se pode restringir a atuação estatal a uma estratégia tão simplória e de curto prazo, retirando-se do Estado a função indutora de desenvolvimento e emancipação, social, econômica e tecnológica. São notórias as opções legislativas extraeconômicas, ou econômicas, de médio e longo prazos, ao estabelecer preferências e privilégios, por exemplo: por bens ou serviços produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional; por bens produzidos no País; por bens ou serviços produzidos ou prestados por empresas brasileiras; por bens produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País (incisos I a IV do § 2º do Art. 3º da Lei 8.666/1993); por microempresas e empresas de pequeno porte (Lei Complementar 123/2006).

Cada hipótese de dispensa de licitação, objeto deste trabalho, será explicitada, nos termos da classificação de Marçal Justen Filho (ainda que se façam críticas ao pensamento do renomado Autor), bem como, demonstrado qual o princípio, valor ou bem jurídico sopesado pelo legislador para fins de dispensar o certame licitatório.

Precipuaente, interesses extraeconômicos ditam as hipóteses de dispensa de licitação aplicáveis às Forças Armadas. Interesses relacionados à soberania, à defesa, à segurança, à estratégia e ao desenvolvimento tecnológico, por exemplo, foram sopesados pelo

legislador. Não é possível que o debate jurídico se faça sem que se tragam à baila as lições dos especialistas em segurança, defesa e estratégia nacional.

4.1 DISPENSA DE LICITAÇÃO NOS CASOS DE GUERRA OU GRAVE PERTURBAÇÃO DA ORDEM

O inciso III do Art. 24 da Lei 8.666/1993 franqueia a possibilidade de dispensa de licitação nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem.

Evidentemente, a mobilização e o esforço de guerra têm nas Forças Armadas o seu foco principal. Assim, há de se imaginar a utilização do dispositivo para a compra e contratação de obras, serviços e bens para fins militares. Porém, não se trata, a rigor, de uma espécie de dispensa de licitação privativa às Forças Armadas. Outras atividades estatais, relacionadas à saúde, à defesa civil, à segurança pública e à infraestrutura, por exemplo, são passíveis de contratação por dispensa, com fulcro na norma do dispositivo, se necessárias à preservação da população, do Estado e das atividades econômicas.

Na classificação retrocitada de Marçal Justen Filho, trata-se de hipótese de dispensa de licitação na qual se vislumbra um custo temporal da licitação, ou seja, a demora na realização da licitação pode acarretar na ineficácia da contratação. Os autores deste trabalho entendem que, além do custo temporal, verificam-se fatores extraeconômicos à contratação. Neste sentido, a contratação deixa de buscar a mera vantagem econômica, cumprindo ao Estado a proteção de outras finalidades, como a defesa, a soberania, a integridade do povo, do território e da infraestrutura.

A declaração de guerra compete ao Presidente da República, com autorização prévia, ou referendo posterior, do Congresso Nacional, nos termos do inciso XIX do Art. 84 da Constituição da República.

Parte da doutrina confere um entendimento restritivo ao dispositivo, reduzindo o alcance da norma. Para Marçal Justen Filho quando a demora para realização do certame em nada comprometer a segurança nacional aplica-se normalmente a licitação²⁵. Por sua vez, Joel de Menezes Niebuhr exige a demonstração de um nexo de causalidade entre a necessidade da dispensa (no plano dos fatos) e o estado de guerra para concluir que: “Nem todos os contratos devem ser firmados mediante dispensa: apenas os afetados pelo estado de guerra, cuja realização da licitação pública daria azo ao perecimento de interesse público”²⁶. Em seu turno, Carlos Ari Sundfeld impõe a demonstração

25 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 291.

26 NIEBUHR, op. cit., p. 441.

do perigo ao território nacional, ponderando que operações bélicas em locais distantes, como ocorrido na 2ª Guerra Mundial não inviabilizam as licitações²⁷.

Ousa-se discordar dessa parcela da doutrina. Tais entendimentos partem da premissa da licitação como regra e não como um princípio, que se relaciona com outros valores e bens jurídicos constitucionais. Em razão da regra licitatória, as hipóteses de exceção são interpretadas restritivamente a partir de raciocínios lógico-formais isolados dos dispositivos. Por ser o Brasil um País de tradição pacifista custa a parcela da doutrina imaginar os desdobramentos de um conflito, ou da mera ameaça de conflito. Se falta ao exegeta a vivência para compreender os impactos do estado beligerante, a ponderação do princípio licitatório com valores supremos de nossa Carta Política, tais como a soberania e a integridade nacionais, não pode prescindir das lições históricas e estratégicas.

Concorda-se que no cenário de guerra o fator temporal, apoiado no valor jurídico da celeridade, seja um dos motes da referida hipótese de dispensa de licitação, a fim de que o Poder Público possa promover uma rápida contratação que atenda as finalidades que deve prover. Discorda-se, contudo, da simplicidade como é posta a obrigação de licitar, quando “existir tempo hábil” para tanto. Difícil é a avaliação fática de tal aspecto. Segundo Darc Costa:

O binômio espaço e tempo sempre foi o elemento determinante para a condução da guerra. Hoje o fator tempo está maximizado, ele é fundamental, tanto para quem defende como para quem ataca. A luta também é contra o relógio.²⁸

Com a facilidade tecnológica com a qual um país pode sofrer uma agressão, como é possível prever à priori, quando há, ou não, tempo hábil para realizar um certame? Uma eventual avaliação equivocada colocaria em risco bens jurídicos de igual ou maior relevância que o princípio licitatório.

O fator temporal também é maximizado para fins de não apenas do conflito, mas, para o exercício do poder de dissuasão. A dissuasão, no conceito do estrategista inglês Liddell consiste na estratégia “em que o país visado procura evitar a ação bélica impondo uma ameaça

27 SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 50 *apud* NIEBUHR, Joel de Menezes. op. cit., p. 441-442.

28 COSTA, Darc. op. cit., p. 486.

que o agressor não possa ou não esteja disposto a pagar²⁹. Trata-se da clássica lição de Sun Tzu:

Por isto, os que ganham todas as batalhas não são realmente profissionais; os que conseguem que se rendam impotentes os exércitos alheios sem lutar, são os melhores mestres do Arte da Guerra.³⁰

Aqui também se faz necessária a existência de mecanismos rápidos de aparelhamento do Estado para demonstrar poder dissuasório ao inimigo.

Ademais, o tempo não consiste no único fator determinante da escolha administrativa. Primeiramente, a celeridade é um mero meio, para a proteção da população, do Estado e de sua soberania, ameaçados, no contexto de guerra. Não obstante, o estado beligerante traz outras gravidades além do fator temporal. O estado de guerra talvez seja um dos cenários que mais acarrete alterações e incertezas no curso das atividades político-administrativas, econômicas e sociais. O simples risco à integridade do povo, do território, da infraestrutura, altera de maneira profunda o investimento em produção, a oferta e circulação de bens e serviços, tornando o abastecimento muito mais custoso e difícil.

Concorda-se, parcialmente, com Niebuhr acerca da necessidade de demonstração de umnexo causal entre o estado de guerra e a necessidade da dispensa. Adota-se, entretanto, o entendimento de que a mera ameaça, a potencialidade de agressão, típica do estado beligerante já é o suficiente para que as diligências sejam tomadas no sentido de afastá-la, pela força, ou pela persuasão.

Discorda-se da limitação territorial de Sundfeld. Primeiramente, há equívoco histórico do exemplo citado. Na verdade, a participação do Brasil na 2ª Guerra não foi adstrita ao cenário europeu. Embarcações mercantis brasileiras sofreram hostilidades nas proximidades da própria costa brasileira, o que acarretou a necessidade de pronta resposta das Forças Armadas no sentido de estabelecer o patrulhamento naval e aéreo da costa, do qual resultou o afundamento de diversos submarinos alemães³¹. Em segundo lugar, restou comprovado, desde aquele grande conflito mundial, que ainda que o foco dos combates fosse os cenários europeus e asiáticos, nenhuma parte do Mundo encontrava-se livre de ameaças.

29 Ibid. p. 487.

30 TZU, Sun. *A Arte da Guerra*. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/zip/artedaguerra.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2010.

31 FERRARI, Marcello de. *Submarinos alemães naufragados no Brasil*. Disponível em: <<http://www.naufragios.com.br/subbra.htm>>. Acesso em: 11 jul. 2010.

Por todos estes motivos, prefere-se a doutrina de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, para quem basta o simples estado de guerra formalmente declarada, quando do comentário do inciso III do Art. 24 da Lei 8.666/1993:

Pode, contudo, seja por qualquer razão, não advir o conflito armado, invasão ou expedição de tropas militares; basta, porém a declaração formal para autorizar o uso do dispositivo, porque até o estado de guerra, ainda que sem efetivo conflito, já é suficiente para alterar de modo extraordinário a atividade administrativa. Além disso, postergar a dispensa para o início do conflito é ignorar a relevância da mobilização e planejamento.

Há correlação entre a pretensa e futura contratação e a necessidade de se dispensar a licitação, podendo exsurgir vários fatores determinantes:

- a) alteração do mercado, em razão da decretação do estado de guerra, inviabilizando a credibilidade como fator de contratação, como, por exemplo, determinados bens terem se tornado escassos ou raros, ou as relações entre fornecedores e vendedores terem se tornado inviáveis, podendo haver, nesse caso, correlação com as autorizações de dispensa expostas, *v.g.*, nos incisos V, VI, X, XVII e XVIII do mesmo art. 24;
- b) urgência de atendimentos imprevistos e inadiáveis, caso correlato ao do inciso IV;
- c) necessidade de se proceder à dispensa por motivo de segurança nacional, correlacionando-se este inciso com o IX do mesmo artigo;
- d) outros motivos, entre os quais até o fato da declaração de dispensa que possa comprometer a segurança, circunstância que leva a acolher apenas em termos a necessidade de publicação do despacho previsto no art. 26 da Lei de Licitações.³²

Eventual declaração de guerra vazia de motivos, ou com o intuito deliberado de burlar o processo licitatório, caracterizaria crime de

³² FERNANDES, op. cit., p. 325.

responsabilidade do Presidente da República, nos termos do inciso V do Art. 4º da Lei 1.079/1950.

Em relação à grave perturbação da ordem, vale o conceito de Hely Lopes Meirelles; “grave perturbação da ordem é a comoção interna generalizada ou circunscrita a uma região, provocada por atos humanos, tais como revolução, motim, greve que paralisa ou retarda atividades ou serviços essenciais à comunidade”³³.

Adota-se aqui a interpretação estrita a afastar a aplicação da norma em perturbações ordinárias da ordem. É imperiosa a caracterização de anormalidade e excepcionalidade de situação e da extensão deletéria de seus efeitos à sociedade.

Em relação à situação de guerra, conclui-se não se tratar de uma hipótese de dispensa de licitação privativa às Forças Armadas. Trata-se de hipótese de dispensa de licitação fundada no custo temporal da licitação e em fatores extraeconômicos. Criticam-se as interpretações restritivas da norma, adotando-se o entendimento de que basta a declaração formal de guerra para a utilização de tal hipótese de dispensa. Concorde-se com a necessidade de demonstração de nexo causal entre o objeto de contratação pretendido e o atendimento a uma necessidade oriunda do estado beligerante. Adota-se, entretanto, o entendimento de que a mera ameaça, a potencialidade de agressão, típica do estado beligerante já é o suficiente para que as diligências sejam tomadas no sentido de afastá-la, pela força, ou pela persuasão. Discorda-se da restrição da norma à guerra no espaço territorial brasileiro, ante a possibilidade de agressões e hostilidades ao nosso território, infraestrutura, ou embarcações, mesmo que o cerne do conflito seja distante.

No que concerne à grave perturbação da ordem, adota-se o entendimento estrito da norma, afastando sua caracterização em circunstâncias ordinárias, exigindo-se a demonstração da anormalidade e excepcionalidade da situação e da extensão deletéria de seus efeitos à sociedade.

4.2 DISPENSA DE LICITAÇÃO NA HIPÓTESE DE COMPROMETIMENTO DA SEGURANÇA NACIONAL

O inciso IX do artigo 24 da Lei nº 8.666/93 trata da hipótese de dispensa de licitação “quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional”.

33 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 32 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006. p. 279-280 *apud* FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Op. Cit. p. 326.

Trata-se de hipótese de dispensa de licitação que se lastreia, segundo a retrocrida sistematização de Marçal Justen Filho, em uma função extraeconômica da contratação.

Indubitavelmente o termo “segurança nacional” constitui um conceito jurídico indeterminado. Nas palavras do professor Marçal Justen Filho:

O assunto de segurança nacional é aquele que envolve interesses permanentes e superiores da sobrevivência do Estado brasileiro. A ‘segurança nacional’ reporta-se exclusivamente ao relacionamento do Estado brasileiro perante a comunidade internacional. A alteração do enfoque da ‘segurança nacional’ verificou-se na ‘exteriorização’ do conceito. Os eventuais interesses do ocupante do cargo público não envolvem ‘segurança nacional’.³⁴

Para o mestre Manoel de Oliveira Franco Sobrinho:

A razão política da segurança nacional reside na verdade de que os acontecimentos externos influem nas sociedades nacionais e nos indivíduos, tornando precárias certas linhas de defesa que mantêm certas nações soberanas e independentes, passando a justificar a autodefesa dos Estados modernos através das medidas de segurança de seu povo e de suas instituições, mas em nenhum ponto conceitua a segurança nacional, limitando-se a caracterizar a segurança interna, como um dos ‘direitos do Estado’ para a preservação das instituições quando ameaçadas por inimigos internos ou externos.³⁵

A interpretação que deve ser dada a essa hipótese de dispensa de licitação é no sentido de que não basta à contratação servir ao atendimento da segurança nacional. É preciso que seja verificado um pouco mais que isso. Em outras palavras, é necessário que haja comprovação de que a mera publicidade da futura realização da contratação venha a acarretar um prejuízo, seja efetivo ou potencial, à segurança nacional.

Não há dúvida de que há fatos e informações ligados à aquisição de recursos bélicos, pesquisas científicas e tecnológicas e atividades relacionadas à área da inteligência que não devam ser trazidos ao conhecimento irrestrito do público em geral, sob pena de causar sérios

³⁴ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 307.

³⁵ OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel. A Segurança Interna nas Cartas Constitucionais do Brasil. In: *RDJ*, v. 10, 1969. p.25 e segs.

riscos à sobrevivência do Estado e da Nação. Nessas hipóteses, não há dúvida de que a utilização do permissivo legal em tela, como fundamento para a contratação direta de negócio jurídico pretendido preserva não só a eficácia das estratégias de defesa do País, como também vidas humanas.

Não obstante, há de ser reconhecido que o requisito da ocorrência de risco à segurança nacional não é facilmente sindicável pelo operador do direito encarregado de analisar o enquadramento da contratação direta com a norma extraída do citado dispositivo legal.

O Decreto nº 2.295/1997, editado com fundamento no art.84, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil para regulamentar o dispositivo legal *sub examen*, estabelece que:

Art. 1º Ficam dispensadas de licitação as compras e contratações de obras ou serviços quando a revelação de sua localização, necessidade, característica do seu objeto, especificação ou quantidade coloque em risco objetivos da segurança nacional, e forem relativas à:

I - aquisição de recursos bélicos navais, terrestres e aeroespaciais;

II - contratação de serviços técnicos especializados na área de projetos, pesquisas e desenvolvimento científico e tecnológico;

III - aquisição de equipamentos e contratação de serviços técnicos especializados para a área de inteligência.

Parágrafo único. As dispensas de licitação serão necessariamente justificadas, notadamente quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante, cabendo sua ratificação ao titular da pasta ou órgão que tenha prerrogativa de Ministro de Estado.

Art. 2º Outros casos que possam comprometer a segurança nacional, não previstos no art. 1º deste Decreto, serão submetidos à apreciação do Conselho de Defesa Nacional, para o fim de dispensa de licitação.

O regulamento leva à conclusão de não ser esta uma hipótese de licitação privativa das Forças Armadas. Os três incisos do Art. 1º preconizam circunstâncias que podem ser afetas às Forças Armadas, mas, também a órgãos de pesquisa científica e tecnológica e de inteligência.

Em suma, trata-se de dispensa de licitação que tem por escopo o atendimento de uma função extraeconômica da contratação. Mostra-

se necessária a comprovação de que a mera publicidade da futura contratação venha a acarretar um prejuízo, seja efetivo ou potencial, à segurança nacional. Tal hipótese de dispensa é regulamentada pelo Decreto nº 2.295/1997. Não é hipótese de dispensa de licitação privativa às Forças Armadas, aplicando-se a órgãos ou entidades de pesquisa científica e tecnológica e de inteligência.

4.3 DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA ABASTECIMENTO DURANTE OPERAÇÕES OU EXERCÍCIOS MILITARES

Estipula o inc. XVIII do art. 24 que:

nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento, quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exigüidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea “a” do inciso II do art. 23 desta Lei.

Trata-se de hipótese de dispensa de licitação fulcrada no custo temporal do certame, de acordo com a retrocitada sistematização de Marçal Justen Filho.

Os múltiplos requisitos legais limitam sobremodo a contratação por este fundamento, em especial ao se considerar que as grandes operações militares acabam por ser precedidas de planejamento que comporta a realização prévia de certames para o necessário apoio.

A redação do dispositivo autoriza a conclusão de que forças policiais estaduais e federais, como a Guarda Nacional e a Polícia Federal, também podem utilizá-lo em seus deslocamentos. Verifica-se equívoco redacional ao se mencionar exigüidade de prazos legais como causa do comprometimento da normalidade e propósitos das operações. Em verdade, a delonga nos prazos previstos para os procedimentos licitatórios é que pode inviabilizar a célere atuação administrativa no abastecimento ou reparo de meios de locomoção ou de tropas. Isso implica na conclusão de que o abastecimento se presta a estadas de curta duração, que devem se balizar no prazo necessário à modalidade licitatória de convite.

A eventualidade do deslocamento e o limite do valor das contratações são questões de relevo que merecem especial atenção do gestor encarregado do abastecimento. Nas palavras de Jorge Ulisses

Jacoby Fernandes, eventual é aquele que “depende de acontecimento incerto, casual, fortuito, acidental, opondo-se à noção de periódico, mas que pode ser até razoavelmente previsível.”³⁶. Dessa forma, deslocamentos rotineiros com a ocorrência de paradas atípicas, imprevisíveis, podem dar ensejo à contratação direta. Por outro lado, a plena previsibilidade do itinerário e de suas dificuldades exige amplo planejamento, com a realização dos necessários certames licitatórios com antecedência devida, por parte dos órgãos encarregados de apoio.

O legislador entendeu por bem equiparar o limite de valor da contratação direta àquele fixado para a modalidade convite, ou seja, oitenta mil reais. Este valor, objeto de crítica por alguns doutrinadores, não deve ser ultrapassado e se refere a cada etapa do deslocamento em que se faça necessário o abastecimento. A eventual necessidade de extrapolação na mesma etapa deve ensejar contratação com base em outro fundamento, como aquele constante do inciso IV do Art. 24, relativo à dispensa emergencial, desde que presentes todos os requisitos específicos.

Neste sentido, referida hipótese de dispensa de licitação funda-se no custo temporal da licitação. Não é hipótese privativa das Forças Armadas. Aplica-se a estadas incertas, casuais, fortuitas, acidentais, ou razoavelmente previsíveis, restando inviabilizada a aplicação em eventos plenamente previsíveis. Limita-se ao montante correspondente à modalidade licitatória do convite.

4.4 DISPENSA DE LICITAÇÃO NA HIPÓTESE DE PADRONIZAÇÃO DE MATERIAIS DE USO DAS FORÇAS ARMADAS

O inciso XIX, também do artigo 24 da Lei 8.666/93, trata da dispensa de licitação:

para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto.

Para boa parte da doutrina essa disposição legal específica seria totalmente desnecessária, uma vez que o princípio da padronização já estaria positivado no Art. 15, inciso I, combinado com o Art. 25 caput, ambos do Estatuto Licitatório³⁷.

³⁶ FERNANDES, op. cit. p. 477.

³⁷ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 319; NIEBUHR, Joel de Menezes. op. cit., p. 497-499.

Para o professor Marçal Justen Filho:

A introdução do inc. XIX era desnecessária, pois o caso é de inexigibilidade de licitação. O art.25 seria suficiente para autorizar o resultado preconizado pelos dispositivos. Aliás, o inc. XIX não disciplina propriamente a contratação direta. Dispõe, isto sim, sobre a padronização de materiais no âmbito das Forças Armadas. Porém e quanto a isso, o art.15, inc.I, já regulava a matéria. Assim, verifica-se a necessidade de padronização e constatando-se existir um único fornecedor para determinados bens, aplicar-se-ia o art.15, inc.I, com o art.25, inc.I.

A previsão de parecer de uma comissão a ser instituída por decreto, assim como a exclusão de materiais de uso pessoal e administrativo também são desnecessários.³⁸

Contudo, curiosamente, Marçal Justen Filho, nos termos da sistematização retrocitada considera basear-se tal hipótese de dispensa de licitação em função extraeconômica da contratação.

Na realidade, com respeito às opiniões retrocitadas, prefere-se a doutrina da Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Segundo o festejado Autor, a finalidade histórica a ser a ser almejada com a referida hipótese de afastamento do certame era:

a preparação da indústria nacional para o “esforço de guerra”, desenvolvendo a capacidade de mobilização nacional. Assim, por exemplo, projetado e definido determinado tipo de veículo blindado, seria conveniente que algumas unidades fossem encomendadas em um fábrica do sul do País e outras em regiões diversas, de modo que, em caso de conflito, houvesse no território nacional mais de uma indústria apta a fabricar aquele veículo com o nível de padronização necessário.³⁹

Neste sentido é que o Autor conclui:

não se acolhe a idéia comungada por alguns autores no sentido de que, havendo viabilidade de competição, ou seja, mais de um fornecedor com capacidade de oferecer o produto padronizado, seria obrigatória a realização da licitação, invariavelmente. O

³⁸ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 319.

³⁹ FERNANDES, op. cit., p. 481.

que deve nortear a escolha do fornecedor é uma causa legítima, amparada em interesse público e impessoal. A preparação da indústria nacional para a mobilização de guerra – que deve ser preocupação permanente das Forças Armadas, mesmo em tempo de paz – é uma justificativa legítima para a escolha do fornecedor, nos termos do art. 26 da Lei 8.666/93.⁴⁰

O valor jurídico que ampara a dispensa de licitação consiste na soberania nacional, prevista nos incisos I do Art. 1º e inciso I do Art. 170, ambos da Constituição da República.

Busca-se, preventivamente, resguardar a soberania através de uma política industrial de defesa para fomento a uma pluralidade de produtores nacionais de materiais bélicos. Desta maneira, o Estado visa atingir sua independência em relação a materiais importados. Além disso, uma pluralidade de produtores significa “reserva” de infraestrutura produtiva. No caso de destruição de uma planta industrial, restariam outras como alternativas de suprimento.

A política industrial de defesa é descrita por Darc Costa como:

A prioridade em termos de política industrial para a área de defesa deve, por um lado, estruturar múltiplas indústrias voltadas para as necessidades do campo, nos pequenos centros urbanos imersos na área rural; e, por outro, de indústrias que desenvolvam atividades civis e militares vinculadas a mísseis guiados, como miniaturização eletrônica e mecânica, propelentes, explosivos, cartografia digitalizada e outras tecnologias, nas áreas urbanas mais desenvolvidas do país. Só com esta autonomia estratégica, ou seja, com capacidade de produzirmos o necessário para nos defender é que tem sentido falar-se em política de defesa.⁴¹

Mais adiante o Autor ao discorre sobre a autonomia estratégica nos seguintes termos:

Autonomia estratégica. O armamento e o equipamento destinados a esta força dissuasória deverão ser fabricados no Brasil, tanto quanto possível, dentro de um planejamento e logística, a fim de evitar embargos internacionais ao cumprimento de sua missão de defesa. A força dissuasória, para ser efetiva e durar na luta,

40 Ibid. p. 482.

41 COSTA, op. cit., p. 489.

precisará dispor de autonomia estratégica, isto é, de capacidade operativa e autonomia logística.⁴²

O objeto da contratação envolve apenas compras de materiais de uso das Forças Armadas. Obras e serviços não são abarcados pela norma.

A previsão expressa do dispositivo refere-se apenas às Forças Armadas. A doutrina diverge quanto à possibilidade de aplicação para polícias militares, que consistem, constitucionalmente em forças auxiliares das Forças Armadas. Jacoby admite que a dispensa seja aplicada pelas polícias militares e outras organizações, sob controle das Forças Armadas⁴³. Por sua vez, Jessé Torres e Lucia Valle Figueiredo entendem que a norma tem aplicação privativa às Forças Armadas⁴⁴.

Inclina-se este trabalho para a posição de Jacoby, ou seja, pela viabilidade do emprego da dispensa não apenas pelas Forças Armadas. Funda-se a posição na inexistência de referência à exclusividade ou privatividade da hipótese de dispensa em favor das Forças Armadas. Ademais, o dispositivo alude a “materiais de uso pelas Forças Armadas”. Não se trata, portanto, de materiais “para uso das Forças Armadas”.

A padronização a ser promovida em situação lógica e cronologicamente anterior à dispensa, deve ser oriunda de processo administrativo próprio para este fim, cujo parecer caiba a comissão regularmente instituída por decreto.

Neste sentido, conclui-se que tal hipótese de dispensa de licitação funda-se em função extraeconômica da contratação. O valor jurídico visado pelo legislador é a soberania nacional, através de uma política industrial de defesa para fomento a uma pluralidade de produtores nacionais de materiais bélicos, com vistas a garantir a autonomia estratégica do País para com materiais bélicos. O objeto da contratação é restrito às compras de materiais de uso das Forças Armadas, todavia, tal hipótese de dispensa é aplicável a outras organizações. A padronização depende de parecer prévio de comissão instituída por decreto.

42 Ibid. p. 492.

43 FERNANDES, op. cit. p. 483.

44 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e contratações da administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 166; e FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*. São Paulo: Malheiros. 1994. P. 67 *apud* FERNANDES, op. cit., p. 483.

4.5 DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA BENS E SERVIÇOS PRODUZIDOS OU PRESTADOS NO PAÍS, QUE ENVOLVAM, CUMULATIVAMENTE, ALTA COMPLEXIDADE TECNOLÓGICA E DEFESA NACIONAL

A hipótese de dispensa de licitação encontra-se inserta no inciso XXVIII do Art. 24 da Lei 8.666/1993.

Na sistematização de Marçal Justen Filho, retrocitada, o fundamento para a contratação direta incide na ausência de potencialidade de benefício na instauração de um certame. Mais adiante, quando do comentário do supracitado dispositivo, o Autor ao considera: “A defesa nacional somente se configura quando houver risco de comprometimento dos bens e valores essenciais à Nação brasileira”⁴⁵.

Ousa-se apontar um duplo-equívoco na concepção do festejado jurista. Primeiramente, se o escopo da hipótese de dispensa relaciona-se à defesa nacional, afigura-se uma razão extraeconômica a justificar o afastamento do certame, ao contrário da ausência de potencialidade de benefício em utilizar-se o certame. Em segundo lugar, o conceito apresentado de “defesa nacional” na verdade coaduna-se muito mais com o de “segurança nacional” e com a hipótese do inciso IX do Art. 24 da Lei 8.666/1993. Ocorre que a avaliação do risco de comprometimento dos bens e valores essenciais à Nação brasileira é atividade muito mais abrangente, a envolver ato político-jurídico do Presidente da República, após oitiva do Conselho de Defesa Nacional. Não seria a comissão especial de um único órgão a proceder tal espécie de avaliação.

Niebuhr não vislumbra na citada norma qualquer interesse público a ser protegido. Assim, ausente razão jurídica para afastar o certame, a regra insculpida no dispositivo seria inconstitucional⁴⁶.

Na verdade, a norma, com a vigente redação introduzida pela Lei nº 11.484/2007, tem por intuito o fomento às atividades desenvolvidas no Brasil de pesquisa na área tecnológica que tenham repercussão direta na defesa nacional, tanto que os dois mais significativos requisitos descritos na norma – alta complexidade tecnológica e defesa nacional se apresentam cumulativos e sua associação deve ser atestada por parecer prévio de comissão especialmente designada pela máxima autoridade do órgão.

Os valores jurídicos que amparam tal dispensa de licitação consistem na soberania e no desenvolvimento nacionais (Art. 1º, inciso I, Art. 3º, inciso II e Art. 170, inciso I, todos da Constituição da República).

45 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 337.

46 NIEBUHR, op. cit. p. 510.

Trata-se aqui também de uma ferramenta de atuação estatal com fins à promoção de política industrial de defesa e desenvolvimento nacionais. Como já dito anteriormente, as contratações públicas não podem se resumir apenas à lógica do menor preço e a uma estratégia de curto prazo. Tal entendimento acarreta na completa alienação do Estado como indutor do desenvolvimento nacional, frise-se um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, segundo a Carta Política de 1988. A atuação estatal deve mirar-se no médio e longo prazos. Ademais, o desenvolvimento tecnológico na área militar é aproveitado no parque industrial civil. Sobre tal opção estratégica vale a magistral lição do Tenente Brigadeiro do Ar Sérgio Xavier Ferolla:

Como alternativa possível, nesse complexo ambiente que o mundo nos apresenta, resta-nos priorizar aqueles setores ainda sob controle nacional e buscar investir em segmentos estratégicos, que de forma direta e, ou indireta gerarão subsídios para a participação da tecnologia e da empresa brasileira em produtos mais elaborados, além de maximizar os incentivos aos laboratórios dos Institutos de Pesquisa e das Universidades, com vistas ao aumento da produção científica doméstica.

Contrariamente às indústrias que visam o grande público, nas quais se buscam grandes quantidades a baixos custos, quando um país investe em áreas de interesse estratégico enfoca qualidade e confiabilidade, não tendo significado quantificar as pequenas séries e suas aplicações (aviões, foguetes, satélites, supercomputadores, radares etc.) e cabendo ao Estado, de forma clara ou dissimulada, arcar com o suporte financeiro para tais Programas, como ocorre, geralmente, nos países industrialmente desenvolvidos.

Esse modelo foi aplicado na Europa, na década dos 60, quando os países da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)...

[...]

Dessa forma, os componentes e materiais obtidos deixam no parque industrial um resíduo tecnológico totalmente subsidiado, que possibilitará o surgimento de equipamentos profissionais de elevada qualidade e a custos competitivos, atendendo aos reais anseios

da sociedade e aumentando o espectro de opções para o mercado externo, com um valor agregado local bastante acentuado.⁴⁷

Considerando a competência privativa da União para assuntos inerentes à defesa nacional, delineada no inc. III do art. 21 da Constituição Federal, a citada Comissão deverá ser constituída apenas no âmbito dos Comandos Militares ou do Ministério da Defesa. Trata-se, então, de espécie de dispensa de licitação privativa das Forças Armadas, por não se vislumbrar quaisquer outras instituições que sejam dotadas da mesma atribuição administrativo-constitucional.

A hipótese de licitação admite o sigilo, para tratar de defesa nacional⁴⁸.

No tocante aos preços, entende Jacoby Fernandes no sentido de que:

deverá haver a demonstração inequívoca da vantagem que a dispensa, nesta hipótese de contratação pública proporcionará, quando ponderada com a realização de um processo licitatório normal, avaliada segundo os aspectos da economicidade, eficiência e eficácia.⁴⁹

Ousa-se discordar do referido entendimento.

Se uma hipótese de dispensa envolve uma complexidade de interesses também exige uma complexa justificativa dos preços e dos fins esperados com a contratação de determinado objeto, para fins de controle prévio. Em seu turno uma complexa aferição dos resultados obtidos com o objeto deve ser levada em consideração para fins do controle posterior. Exigem-se, pois, novos paradigmas de motivação e justificação das finalidades da contratação, dos preços e da verificação dos resultados à *posteriori*.

Se a dispensa de licitação funda-se em motivos extraeconômicos, então, a justificativa dos preços não pode se basear no cotejamento simples com o preço que seria obtido através de eventual certame. Evidentemente, se o Estado atua com o escopo do fomento à indústria nacional, então, a eventualidade de produtos ou serviços domésticos terem preços superiores aos similares estrangeiros não consubstancia fator impeditivo da contratação. Ocorre que a sociedade não pode arcar com qualquer ônus, indefinido ou injustificado. Na verdade, uma boa

47 FEROLLA, Sérgio Xavier. A Guerra do Brasil. In: LUCAS, Fábio e BELLUZO, Luiz Gonzaga (Org.). A Guerra do Brasil. São Paulo: Textonovo, 2000. p. 77-78.

48 TORRES, op. cit., p. 118.

49 FERNANDES, op. cit. p. 528.

opção consiste na exigência de demonstração analítica dos custos do fornecedor ou do prestador de serviços, com a respectiva apresentação dos comprovantes dos custos dos insumos. Neste sentido, atende-se à justificativa dos preços nos custos da produção ou da execução do serviço, conferindo-se transparência ao procedimento. Assim, a sociedade passa a custear um fomento justificado e não uma proposta fechada e não transparente passível de conter margens de lucro exorbitantes.

Por sua vez, no que concerne à justificativa da contratação através da dispensa, incumbirá à comissão designada explicitar os objetivos a serem atingidos com a aquisição do bem ou contratação do serviço, bem como, se aqueles bens ou serviços inserem-se em um projeto tecnológico maior. Assim, o controle posterior poderá verificar se a contratação foi adequada aos objetivos e se estes últimos foram, ou não atingidos.

Assim, suponha-se, por exemplo, que o Comando da Aeronáutica desenvolva um projeto de veículo lançador de satélites e, no âmbito do projeto, necessite encomendar propelentes para o referido veículo. A estratégia de defesa nacional pode levar à opção pela aludida dispensa de licitação, com intuito de fomentar a indústria interna e evitar a dependência de fornecedores externos. Assim, a justificativa deve mencionar todos estes detalhes, bem como, os resultados esperados com o produto. Caberá ao controle externo verificar se há adequação entre a escolha e os resultados efetivamente alcançados.

Em suma, considera-se uma hipótese de dispensa de licitação fundada em razões extraeconômicas ou econômicas sob o prisma de uma estratégia de médio e longo prazos. O objetivo a ser alcançado pela norma é o fomento às atividades desenvolvidas no Brasil de pesquisa na área tecnológica que tenham repercussão direta na defesa nacional. Os valores jurídicos que amparam tal dispensa de licitação consistem na soberania e no desenvolvimento nacionais. Necessita-se de parecer prévio de comissão especialmente designada pela máxima autoridade do órgão. Trata-se de hipótese de dispensa privativa das Forças Armadas. Admite-se o sigilo do objeto da contratação. A complexidade da hipótese de dispensa também exige uma complexa justificativa dos preços e dos fins esperados com a contratação de determinado objeto para fins de controle prévio. Em seu turno uma complexa aferição dos resultados obtidos com o objeto deve ser levada em consideração para fins do controle posterior. Exigem-se, pois, novos paradigmas de motivação e justificação das finalidades da contratação, dos preços e da verificação dos resultados à *posteriori*, afastando-se a lógica da vantajosidade pelo simples cotejamento dos preços de mercado.

4.6 DISPENSA DE LICITAÇÃO NA AQUISIÇÃO DE BENS E CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS PARA ATENDER AOS CONTINGENTES MILITARES DAS FORÇAS SINGULARES BRASILEIRAS EMPREGADAS EM OPERAÇÕES DE PAZ NO EXTERIOR

Trata-se de hipótese prevista no inciso XXIX do Art. 24 da Lei 8.666/1993. A hipótese de dispensa de licitação foi inserida pela Lei 11.783/2008. Tal Lei foi oriunda do Projeto de Lei 5939/2005, de autoria do Poder Executivo.

Não foram encontradas referências sobre a citada hipótese de dispensa de licitação na doutrina pátria.

Se adotada a mesma lógica da sistematização de Marçal Justen Filho, a hipótese se fundaria tanto no custo temporal da licitação, quanto na eventual ausência de potencialidade de benefício da licitação. Estas conclusões podem ser extraídas da exposição de motivos do Projeto de Lei⁵⁰, que alude à necessidade de mobilizações rápidas, eventuais conflitos armados, na impossibilidade de contratação de todos os bens e serviços no Brasil para suprimento das tropas no estrangeiro tendo em vista eventuais dificuldades de acesso, necessidade de contratação local em condições adversas etc.

Consiste em fato notório a participação cada vez mais frequente do Brasil em operações de paz em países estrangeiros. São exemplos amplamente noticiados as missões em Angola e, mais recentemente, no Haiti. A participação do Brasil neste tipo de operação tende a aumentar em razão dos compromissos do País com a ONU e a OEA⁵¹.

A hipótese em comento é de aplicação privativa das Forças Armadas, seja pela menção expressa no dispositivo ao “Comandante da Força”, seja, pela privatividade das Forças Armadas na participação de operações de paz, nos termos do *caput* do Art. 15 da Lei Complementar 97/1999.

Trata-se de hipótese muito semelhante àquela do inciso XVIII do Art. 24 da Lei 8.666/1993, comentado no item 5.3 deste trabalho. Todavia, não se subsume ao limite de valor da modalidade convite.

Aplica-se tanto às compras, quanto às contratações de serviços. Sua utilização deve ser adstrita ao atendimento aos contingentes militares empregados em operações de paz no exterior.

A exigência expressa de justificativa de preço e da escolha do fornecedor, presente no dispositivo seria dispensável, porquanto, trata-

50 BRASIL. Exposição de Motivos nº 276/Ministério da Defesa. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/MostrarIntegra.asp?CodTeor=341670>. Acessado em: 13.07.2010.

51 COSTA, op. cit., p. 491.

se de obrigação comum a qualquer inexigibilidade ou dispensa de licitação, nos termos dos incisos do Art. 26 da Lei 8.666/1993.

O ato de ratificação é privativo do Comandante da Força e não da autoridade superior, tal como a regra geral do *caput* do Art. 26 do Diploma Federal de Licitações.

Em que pese a inexistência quaisquer limitações expressas à norma permissiva da dispensa de licitação, sua interpretação deve conferir-se de caráter restritivo. Questão tormentosa atine à imposição de limites à referida hipótese de dispensa de licitação. Se o custo temporal e a eventual ausência de potencialidade de benefício na licitação são fatores preponderantes para afastar o certame, então, tais circunstâncias devem ser comprovadas caso a caso. Há de se considerar as dificuldades impostas às tropas de paz em locais estrangeiros, muitas vezes assolados por guerras civis, ou graves perturbações institucionais, com infraestrutura precária e outros problemas. Por outro lado, se os contingentes se encontrarem em circunstâncias de normalidade, em que o suprimento das necessidades possa ser objeto de regular planejamento, então perde sentido a hipótese de dispensa de licitação, impondo-se a realização de certame.

Neste sentido, a referida hipótese de dispensa de licitação tem por fundamento tanto custo temporal da licitação, quanto a eventual ausência de potencialidade de benefício da licitação. A aplicação é privativa às Forças Armadas, ou mais precisamente, ao atendimento do contingente em missão de paz no exterior. Aplica-se para compras e contratações de serviços. O ato de ratificação é privativo do Comandante da Força. Propugna-se pela demonstração caso a caso das circunstâncias adversas impeditivas do certame de forma a justificar a adoção da aludida dispensa de licitação.

5 CONCLUSÕES

Ante as discussões realizadas no bojo deste trabalho, mostra-se possível atingir as seguintes conclusões:

1. O princípio licitatório encontra-se insculpido no inciso XXI do art. 37 da Constituição da República;
2. Em relação ao dispositivo do inciso XXI do Art. 37 da Carta Política se extrai, simultaneamente, tanto uma regra, quanto um princípio;
3. O princípio licitatório propugna que a escolha dos contratantes de Administração Pública deve ser norteada pela isonomia, pela impessoalidade e pela eficiência, a serem atingidas, em tese, através do regular processo licitatório. Este princípio

é dirigido não somente ao administrador, mas ao legislador, aos órgãos de controle e a todos os operadores do direito;

4. Nenhum princípio é absoluto. Outros princípios, bens e valores jurídicos também constitucionalmente protegidos devem ser levados em consideração quando das contratações públicas;
5. A licitação é um meio e não um fim em si mesmo. Serve à escolha da melhor proposta. Portanto, a licitação é um processo, ou instrumento cujo objetivo que lhe é extrínseco, daí seu caráter instrumental;
6. Faz-se necessário ponderar o princípio licitatório com outros valores e bens jurídicos constitucionalmente protegidos, cujo exercício foi conferido às Forças Armadas. Assim, a defesa do território, da soberania e do desenvolvimento nacionais, das riquezas naturais, da ordem pública, dos poderes constituídos também são valores constitucionalmente protegidos e que, em determinadas circunstâncias, implicam em limitação ao princípio licitatório;
7. A inexigibilidade de licitação é espécie de contratação direta que decorre da inviabilidade de competição constatada no mundo fenomênico, que esvazia a razão e o propósito da realização de um certame licitatório, tornando-o um meio imprestável à realização da isonomia, da impessoalidade e da eficiência;
8. Na dispensa de licitação a competição é viável. Assim, em tese, mostra-se possível a instauração de procedimento licitatório. Porém, a legislação infraconstitucional, em determinadas e exaustivas situações confere ao administrador uma margem de discricionariedade para afastar o procedimento seletivo, com vistas ao atendimento do interesse público;
9. De nada adiantaria ao Estado proceder à licitação em detrimento de outros interesses públicos que deve curar. Neste sentido, as hipóteses legislativas de dispensa de licitação são fruto de uma ponderação entre o princípio licitatório e outros valores, princípios, interesses e bens jurídicos, de igual, ou maior relevância. Tal ponderação é realizada, com fundamento constitucional, pelo Poder Legislativo, o qual é detentor de soberania popular e legitimidade para inovar o direito;
10. Marçal Justen sistematiza as hipóteses de dispensa conforme: custo econômico da licitação, custo temporal da

licitação, ausência de potencialidade de benefício e função extraeconômica da contratação;

11. O presente trabalho não pretende estabelecer uma nova classificação das hipóteses de dispensa de licitação, com vistas a concluir pela existência de normas voltadas exclusivamente às Forças Armadas. Visa-se aprofundar algumas hipóteses de dispensa de licitação que se destinam ao atendimento de situações e circunstâncias relacionadas às atividades desempenhadas pelas Forças Armadas, algumas também extensíveis às forças policiais e corpos de bombeiro dos Estados e do Distrito Federal;
12. Precipuamente, interesses extraeconômicos ditam as hipóteses de dispensa de licitação aplicáveis às Forças Armadas. Interesses relacionados à soberania, à defesa, à segurança, à estratégia e ao desenvolvimento tecnológico, por exemplo, foram sopesados pelo legislador. Não é possível que o debate jurídico se faça sem que se tragam à baila as lições dos especialistas em segurança, defesa e estratégia nacional;
13. Na dispensa de licitação por situação de guerra ou grave perturbação da ordem, conclui-se não se tratar de uma hipótese de dispensa de licitação privativa às Forças Armadas. Trata-se de hipótese de dispensa de licitação fundada no custo temporal da licitação e em fatores extraeconômicos. Criticam-se as interpretações restritivas da norma, adotando-se o entendimento de que basta a declaração formal de guerra para a utilização de tal hipótese de dispensa. Concorde-se com a necessidade de demonstração denexo causal entre o objeto de contratação pretendido e o atendimento a uma necessidade oriunda do estado beligerante. Adota-se, entretanto, o entendimento de que a mera ameaça, a potencialidade de agressão, típica do estado beligerante já é o suficiente para que as diligências sejam tomadas no sentido de afastá-la, pela força, ou pela persuasão. Discorda-se da restrição da norma à guerra no espaço territorial brasileiro, ante a possibilidade de agressões e hostilidades ao nosso território, infraestrutura, ou embarcações, mesmo que o cerne do conflito seja distante. No que concerne à grave perturbação da ordem, adota-se o entendimento estrito da norma, afastando sua caracterização em circunstâncias ordinárias, exigindo-se a demonstração da anormalidade e excepcionalidade da situação e da extensão deletéria de seus efeitos à sociedade;

14. A dispensa de licitação na hipótese de comprometimento da segurança nacional tem por escopo o atendimento de uma função extraeconômica da contratação. Mostra-se necessária a comprovação de que a mera publicidade da futura contratação venha a acarretar um prejuízo, seja efetivo ou potencial, à segurança nacional. Tal hipótese de dispensa é regulamentada pelo Decreto nº 2.295/1997. Não é hipótese de dispensa de licitação privativa às Forças Armadas, aplicando-se a órgãos ou entidades de pesquisa científica e tecnológica e de inteligência;
15. A dispensa de licitação para abastecimento durante operações ou exercícios militares funda-se no custo temporal da licitação. Não é hipótese privativa das Forças Armadas. Aplica-se a estadas incertas, casuais, fortuitas, acidentais, ou razoavelmente previsíveis, restando inviabilizada a aplicação em eventos plenamente previsíveis. Limita-se ao montante correspondente à modalidade licitatória do convite;
16. A dispensa de licitação na hipótese de padronização de materiais de uso das Forças Armadas funda-se em função extraeconômica da contratação. O valor jurídico visado pelo legislador é a soberania nacional, através de uma política industrial de defesa para fomento a uma pluralidade de produtores nacionais de materiais bélicos, com vistas a garantir a autonomia estratégica do País. O objeto da contratação é restrito às compras de materiais de uso das Forças Armadas, todavia, tal hipótese de dispensa é aplicável a outras organizações. A padronização depende de parecer prévio de comissão instituída por decreto;
17. A dispensa de Licitação para bens e serviços produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional consiste em hipótese de dispensa de licitação fundada em razões extraeconômicas ou econômicas sob o prisma de uma estratégia de médio e longo prazos. O objetivo a ser alcançado pela norma é o fomento às atividades desenvolvidas no Brasil de pesquisa na área tecnológica que tenham repercussão direta na defesa nacional. Os valores jurídicos que amparam tal dispensa de licitação consistem na soberania e no desenvolvimento nacionais. Necessita-se de parecer prévio de comissão especialmente designada pela máxima autoridade do órgão. Trata-se de hipótese de dispensa privativa das Forças Armadas. Admite-se o sigilo do objeto da contratação.

A complexidade da hipótese de dispensa também exige uma complexa justificativa dos preços e dos fins esperados com a contratação de determinado objeto para fins de controle prévio. Em seu turno uma complexa aferição dos resultados obtidos com o objeto deve ser levada em consideração para fins do controle posterior. Exigem-se, pois, novos paradigmas de motivação e justificação das finalidades da contratação, dos preços e da verificação dos resultados à *posteriori*, afastando-se a lógica da vantajosidade pelo simples cotejamento dos preços de mercado;

18. A dispensa de licitação na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior temporfundamentotantoocustotemporal dalicitação, quanto a eventual ausência de potencialidade de benefício da licitação. A aplicação é privativa às Forças Armadas, ou mais precisamente, ao atendimento do contingente em missão de paz no exterior. Aplica-se para compras e contratações de serviços. O ato de ratificação é privativo do Comandante da Força. Propugna-se pela demonstração caso a caso das circunstâncias adversas impeditivas do certame de forma a justificar a adoção da aludida dispensa de licitação.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Orientação Normativa nº 17, de 1º de abril de 2009. Publicada no Diário Oficial da União. Ano CXLVI, Nº 66, de 7 de abril de 2009. Seção 1. p. 14

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios; da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Exposição de Motivos nº 276/Ministério da Defesa. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/MostrarIntegra.asp?CodTeor=341670>>. Acesso em: 13 jul. 2010.

COSTA, Darc. *Fundamentos para o Estudo da Estratégia Nacional*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009.

- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação*. 7 ed. Belo Horizonte. Fórum. 2008.
- FEROLLA, Sérgio Xavier. A Guerra do Brasil. In: LUCAS, Fábio e BELLUZO, Luiz Gonzaga (Org.). *A Guerra do Brasil*. São Paulo: Textonovo, 2000.
- FERRARI, Levi Bucalem. A Guerra do Brasil. In: LUCAS, Fábio e BELLUZO, Luiz Gonzaga (Org.). *A Guerra do Brasil*. São Paulo: Textonovo, 2000
- FERRARI, Marcello de. Submarinos alemães naufragados no Brasil. Disponível em: <<http://www.naufragios.com.br/subbra.htm>>. Acesso em: 11 JUL. 2010.
- GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos. Casos e Polêmicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.
- JURUENA, Marcos Juruena Villela Souto. *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12 ed. São Paulo: Dialética. 2008.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do Direitos Administrativo Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2008.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2008.
- OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, Manoel. A Segurança Interna nas Cartas Constitucionais do Brasil. In: *RDP*, vol. 10, 1969.
- TORRES, Ronny Charles Lopes. *Leis de Licitações Públicas Comentadas*. Salvador: *Jus Podivm*. 2008.
- TZU, Sun. *A Arte da Guerra*. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/zip/artedaguerra.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2010.
- ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

REGIME JURÍDICO DOS AGENTES PÚBLICOS DAS FORÇAS ARMADAS

*Evandro Luiz Rodrigues,
Advogado da União;
Especialista em Administração Militar, Direito Penal e
Processual Penal Militar pela Escola de Administração do Exército.*

SUMÁRIO: 1 Preâmbulo Necessário; 2 Aspectos Gerais sobre o Regime Jurídico dos Militares das Forças Armadas; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O objetivo deste artigo é realçar as particularidades do arcabouço jurídico vigente na seara das Forças Armadas. Consideramos importante a análise do tema, visto que no âmbito do Estado de Direito, os integrantes da Marinha, o Exército e da Aeronáutica gozam de prerrogativas e deveres específicos. Entender a razão de ser das características castrenses é crucial para o trabalho dos intérpretes das normas militares, resguardando a coerência na aplicação das legislações. Como resultado, garantiremos o bom funcionamento da Instituição, em prol do interesse público e do desenvolvimento do Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Forças Armadas. Administrativo. Regime Jurídico. Hierarquia e Disciplina. Ética. Defesa do Estado. Estratégia Nacional de Defesa. Relação de Trabalho Especial.

1 PREÂMBULO NECESSÁRIO

A Constituição determina que a República Federativa do Brasil tenha por objetivo formar uma sociedade livre justa e solidária. É imprescindível que o Estado, por meio de suas instituições, trabalhe para a felicidade da população. Para atingir esse desiderato, as instituições do Estado Democrático de Direito devem funcionar como um sistema harmônico.

Nessa esteira de raciocínio, a Carta da República de 1988 também se preocupou com a segurança do pleno funcionamento dos poderes constituídos, no intuito de garantir que o Estado Brasileiro preserve e proteja a aplicação da lei. Registre-se, desde já, que a manutenção da paz social quando os órgãos de segurança pública não funcionem de forma plena é missão das Forças Armadas.

A Organização das Nações Unidas (ONU) defini segurança como uma condição onde os Estados consideram que não existe perigo de uma agressão militar, pressões políticas ou coerção econômica, de maneira que podem dedicar-se livremente a seu próprio desenvolvimento e progresso.

A importância das Forças Armadas foi retratada na Estratégia Nacional de Defesa, considerada como uma política de defesa nacional, interligada com o desenvolvimento nacional, inserida no mundo jurídico por meio do Decreto nº 6.703, de 18 de dezembro de 2008.

Nesse documento, se afirma que, apesar de o Brasil ser um país pacífico, a sua consolidação no cenário internacional não permite que desprezemos as questões de defesa nacional. Esta é a redação do Decreto:

O Brasil é pacífico por tradição e por convicção. Vive em paz com seus vizinhos. Reges suas relações internacionais, dentre outros, pelos princípios constitucionais da não intervenção, defesa da paz e solução pacífica dos conflitos. Esse traço de pacifismo é parte da identidade nacional e um valor a ser conservado pelo povo brasileiro.

[...]

Porém, se o Brasil quiser ocupar o lugar que lhe cabe no mundo, precisará estar preparado para defender-se não somente das agressões, mas também das ameaças.

Vive-se em um mundo em que a intimidação tripudia sobre a boa fé. Nada substitui o envolvimento do povo brasileiro no debate e na construção da sua própria defesa.

[...]

Difícil – e necessário – é, para as Forças Armadas de um País tão pacífico como o Brasil, manter, em meio à paz, o impulso de se preparar para o combate e de cultivar, em prol desse preparo, o hábito da transformação.

Aliás, como bem ressaltou a Estratégia Nacional, as ações de defesa não são exclusividades das forças Armadas. A sociedade como um todo tem responsabilidade nesse processo. Trago à baila o texto da Estratégia:

[...]

a atual iniciativa do governo de Vossa Excelência, de colocar as questões de defesa na agenda nacional e de formular um planejamento de longo prazo para a defesa do País é fato inédito no Estado brasileiro.

Marca uma nova etapa no tratamento de tema tão relevante, intrinsecamente associado ao desenvolvimento nacional. *Reafirma o compromisso de todos nós, cidadãos brasileiros, civis e militares, com os valores maiores da soberania, da integridade do patrimônio e do território e da unidade nacionais*, dentro de um amplo contexto de plenitude democrática e de absoluto respeito aos nossos vizinhos, com os quais mantemos e manteremos uma relação cada vez mais sólida de amizade e cooperação” (grifo nosso).

Além da noção de Estado, existe no âmago do sentimento dos brasileiros o sentimento patriótico, como refúgio seguro. Importa dizer: acima do Estado como território, pairam outras sensações nobilíssimas.

A expressão *Patria* (do latim “*patris*”, terra paterna) indica a terra natal ou adotiva de um ser humano, que se sente ligado por vínculos afetivos, culturais, valores e história.

Se a expressão *nação* começou por significar aqueles que nascem da mesma raiz, já a expressão *pátria* vem do latim *patrius*, isto é, terra dos antepassados. Se a primeira tem uma conotação sanguínea e biológica, a segunda tem uma origem claramente telúrica.

Nas felizes palavras de Miguel Torga, “uma pátria é o espaço telúrico e moral, cultural e afectivo, onde cada natural se cumpre humana e civicamente. Só nele a sua respiração é plena, o seu instinto

sossega, a sua inteligência fulgura, o seu passado tem sentido e o seu presente tem futuro.”¹

Iluminada por essas questões históricas e culturais, a Constituição estabeleceu o art. 142 da CF/88:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, *organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.* (grifo nosso)

A defesa da soberania, bem como a preservação do território do país, faz com que os militares façam parte de um setor especial no gênero denominado “agentes públicos”, compromissados com Pátria, mantendo certa distância das questões político-partidárias. O Estatuto dos Militares, a Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980, deixa claro:

Art. 3º Os membros das Forças Armadas, em razão de sua destinação constitucional, formam uma categoria especial de servidores da Pátria e são denominados militares.

De mais a mais, não podemos esquecer que somos donos da Amazônia. Ninguém duvida que essa área desperta cobiças internacionais. A presente preocupação foi alvo, igualmente, da Estratégia, *in verbis*:

A Amazônia representa um dos focos de maior interesse para a defesa. A defesa da Amazônia exige avanço de projeto de desenvolvimento sustentável e passa pelo trinômio monitoramento/controle, mobilidade e presença.

O Brasil será vigilante na reafirmação incondicional de sua soberania sobre a Amazônia brasileira. Repudiará, pela prática de atos de desenvolvimento e de defesa, qualquer tentativa de tutela sobre as suas decisões a respeito de preservação, de desenvolvimento e de defesa da Amazônia. Não permitirá que organizações ou indivíduos sirvam de instrumentos para interesses estrangeiros – políticos ou econômicos – que queiram enfraquecer a soberania brasileira. Quem cuida da Amazônia brasileira, a serviço da humanidade e de si mesmo, é o Brasil.

1 In O Dia de 11 de Setembro de 1976.

Por tudo isso, participar das Forças Armadas significa estar mergulhado em um regime jurídico diferenciado, em face das peculiaridades de suas atividades.

Sob essa ótica, abordaremos os aspectos gerais do regime jurídico dos militares, no que se refere aos seus princípios basilares, a ética militar, as características das relações de trabalho, em suas diversas facetas, culminando com a conclusão.

2 ASPECTOS GERAIS SOBRE O REGIME JURÍDICO DOS MILITARES DAS FORÇAS ARMADAS

2.1 DOS PRINCÍPIOS BASILARES DAS FORÇAS ARMADAS – HIERARQUIA E DISCIPLINA

Segundo a melhor doutrina, princípio é o núcleo de um sistema de normas. Sua função é revelar o espírito e a inteligência os mandamentos jurídicos.

A razão de ser da hierarquia e disciplina está baseada na atividade-fim das Forças Armadas. Enfrentar o inimigo em nome da defesa da pátria está relacionado com o manejo e emprego de tropa nos mais variados terrenos. Trata-se de operação complexa, envolvendo milhares de homens e mulheres, portando e operando armamento dos mais diversos calibres.

Esses fatos atinentes à vida militar não podem ser esquecidos. Aliás, os fatos são importantes nas relações jurídicas. O insuperável e saudoso Professor Miguel Reale, advertindo para o fato de que o fenômeno jurídico deve ser avaliado sob a concepção tridimensional do direito, assevera que os operadores do direito não devem levar em consideração apenas a norma jurídica, mas também os fatos e valores que a envolvem. Vejamos:

[...]

parece-me lícito afirmar que o tridimensionalismo jurídico tem o mérito de evitar a redução da Ciência do Direito a uma vaga Axiologia Jurídica, pelo reconhecimento de que não são menos relevantes os aspectos inerentes ao plano dos fatos ou à ordenação das normas, o que implica, penso eu, uma compreensão dialética e complementar dos três fatores operantes na unidade dinâmica da experiência jurídica. Adotada essa posição, o problema da ‘concreção jurídica’ adquire mais seguros pressupostos metodológicos, permitindo-nos apreciar, de maneira complementar, a interdisciplinaridade

das diversas pesquisas relativas à realidade jurídica sob os prismas distintos da Filosofia do Direito, da Sociologia Jurídica, da Ciência do Direito, da Etnologia Jurídica, etc. A compreensão unitária e orgânica dessas perspectivas implica o reconhecimento de que, não obstante a alta relevância dos estudos lógicos - lingüísticos, tudo somado, o que há de essencial no Direito é o problema de seu conteúdo existencial.²

Ora, coordenador as manobras no teatro de operações, efetivando manobras em conjunto, no ar, no mar ou na terra, exige alto grau de planejamento, sob pena de surgirem mortes pelo tiro amigo. O estrito respeito às ordens emanadas das autoridades competentes, aliada à aplicação de sanções disciplinares, nos casos de desvios de conduta, determinará o sucesso do engajamento.

Não podemos olvidar que no atual estágio da história mundial, onde as operações bélicas estão intimamente ligadas à tecnologia, mais do que nunca, é imperioso o rígido controle das atividades, por meio de um sistema hierárquico e disciplinar eficaz. Aliás, esse novel perfil das guerras foi lembrado, mais uma vez, pela Estratégia Nacional de Defesa, ao enumerar as características que devem estar presentes nos Soldados:

[...]

13. Desenvolver, para atender aos requisitos de monitoramento/ controle, mobilidade e presença, o repertório de práticas e de capacitações operacionais dos combatentes.

Cada homem e mulher a serviço das Forças Armadas há de dispor de três ordens de meios e de habilitações.

Em primeiro lugar, cada combatente deve contar com meios e habilitações para atuar em rede, não só com outros combatentes e contingentes de sua própria Força, mas também com combatentes e contingentes das outras Forças. As tecnologias de comunicações, inclusive com os veículos que monitorem a superfície da terra e do mar, a partir do espaço, devem ser encaradas como instrumentos potencializadores de iniciativas de defesa e de combate. Esse é o sentido do requisito de monitoramento e controle e de sua relação com as exigências de mobilidade e de presença.

2 Miguel Reale, *Teoria tridimensional do direito*, prefácio à 2. ed. p. XV.

Em segundo lugar, cada combatente deve dispor de tecnologias e de conhecimentos que permitam radicalizar, em qualquer teatro de operações, terrestre ou marítimo, o imperativo de mobilidade. É a esse imperativo, combinado com a capacidade de combate, que devem servir as plataformas e os sistemas de armas à disposição do combatente.

[...]

Em terceiro lugar, cada combatente deve ser treinado para abordar o combate de modo a atenuar as formas rígidas e tradicionais de comando e controle, em prol da flexibilidade, da adaptabilidade, da audácia e da surpresa no campo de batalha. Esse combatente será, ao mesmo tempo, um comandado que sabe obedecer, exercer a iniciativa na ausência de ordens específicas e orientar-se em meio às incertezas e aos sobressaltos do combate – e uma fonte de iniciativas – capaz de adaptar suas ordens à realidade da situação mutável em que se encontra.

Nesse passo, é importante frisar que, como as Forças Armadas devem garantir a própria existência do Estado Democrático de Direito, defendendo suas instituições, a lei e a ordem, seus integrantes estão sujeitos à defesa da pátria, inclusive com o sacrifício da vida. Assim sendo, mais uma vez, notamos a importância da hierarquia e da disciplina. Afinal, indubitavelmente, trata-se de situação extremamente significativa em homenagem ao solo em que pisamos.

No que concerne à importância das Forças Armadas, Norberto Bobbio asseverou:

No âmbito de um Estado, que é o único legitimado a usar a força, a maioria dos cidadãos não considera necessário possuir armas, ao passo que no sistema internacional, no qual até agora não foi possível, (e talvez jamais seja possível) constituir uma força exclusiva acima das partes, todos os Estados sem exceção são armados. Só que, se um Estado não possui um exército, não é um Estado, enquanto um cidadão inerte não só é um cidadão, mas pelo menos até agora, é considerado um bom cidadão.³

De igual forma, sobre as Forças Armadas, o renomado José Afonso da Silva aduz:

³ BOBBIO, Norberto. *O problema da guerra e as vias da paz*. Tradução Álvaro Lorencini. São Paulo: UNESP, 2003. p.13.

Constituem, assim elemento fundamental da organização coercitiva a serviço do Direito e da Paz Social. Esta nelas repousa pela afirmação da ordem na órbita interna e do prestígio estatal na sociedade das nações. São, portanto, os garantes materiais da subsistência do Estado e da perfeita realização de seus fins.⁴

Prossegue o notável mestre sobre a hierarquia e disciplina:

Hierarquia é vínculo de subordinação escalonada e graduada de inferior a superior. Ao dizer-se que as Forças Armadas são organizadas com base na hierarquia sob a autoridade suprema do Presidente da República, quer-se afirmar que elas, além da relação hierárquica interna a cada uma das armas, subordinam-se em conjunto ao Chefe do Poder Executivo federal, que delas é o comandante supremo (art. 84, XIII).

Disciplina é o poder que têm os superiores hierárquicos de impor condutas e dar ordens aos inferiores. Correlativamente, significa o *dever de obediência dos inferiores em relação aos superiores*. Declarar-se que as Forças Armadas são organizadas com base na disciplina vale dizer que são essencialmente obedientes, dentro dos limites da lei, a seus superiores hierárquicos [...].

‘Onde há hierarquia, com superposição de vontades, há, correlativamente, uma relação de sujeição objetiva, que se traduz na disciplina, isto é, no *rigoroso acatamento pelos elementos dos graus inferiores da pirâmide hierárquica, às ordens, normativas e individuais*, emanadas dos órgãos superiores. A disciplina é, assim, um corolário de toda organização hierárquica⁵. (grifos nossos)

A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas (art. 14 da Lei nº 6.880/80). É a hierarquia que legitima a autoridade que manda, devendo a que obedece ter a consciência deste direito. A não observância, portanto, de uma ordem legítima dissolve a autoridade e quebra a hierarquia. É curial analisarmos a visão lúcida de HANNAH ARENDT:

A relação autoritária entre o que manda e o que obedece não se assenta nem na razão comum nem no poder do que manda; o

4 DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17. ed. São Paulo: Forense, 1999. p.745.

5 Ibid., p. 747.s

que eles possuem em comum é a própria hierarquia, cujo direito e legitimidade ambos reconhecem e na qual ambos têm seu lugar estável predeterminado⁶

2.2 APONTAMENTOS SOBRE A ÉTICA MILITAR

A expressão ética significa estudos dos juízos de apreciação referente à conduta humana ou o conjunto de normas e princípios que norteiam a boa conduta.

É lugar comum dizer que a hierarquia e disciplina são os pilares das Forças Armadas. Noutra giro, não menos correto é afirmar que a ética militar é a viga-mestra que oferece liga às relações castrenses.

Consoante noção cediça, o militar faz parte de uma categoria especial de agente público. A especificidade da carreira foi corretamente destacada pelo Manual de Deveres e ética do Comando do Exército:

A carreira militar não é uma atividade inespecífica e descartável, um simples emprego, uma ocupação, mas um ofício absorvente e exclusivista, que nos condiciona e autolimita até o fim. Ela não nos exige as horas de trabalho da lei, mas todas as horas da vida, nos impondo também nossos destinos. A farda não é uma veste, que se despe com facilidade e até com indiferença, mas uma outra pele, que adere à própria alma, irreversivelmente para sempre.

Defender a pátria significa demonstrar um amor inabalável pelo território onde vive. Isso não importa em dizer que os cidadãos comuns não o tenham. Entretanto, as Forças Armadas são, em essência, a instituição permanentemente voltada para essa nobre missão.

Posta assim a questão, sob dos temperos culturais militares, o Estatuto dos Militares, a Lei nº 6.880/80, prestigiou a ética, juntamente com a idoneidade moral.

Esta é a literalidade da legislação em tela:

Art. 27. São manifestações essenciais do valor militar:

I - o patriotismo, traduzido pela vontade inabalável de cumprir o dever militar e pelo *solene juramento de fidelidade à Pátria até com o sacrifício da própria vida*.

⁶ ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Tradução Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 129.

[...]

Art. 28. O sentimento do dever, o pundonor militar e o decoro da classe impõem, a cada um dos integrantes das Forças Armadas, *conduta moral e profissional irrepreensíveis*, com a observância dos seguintes preceitos de ética militar:

I - *amar a verdade e a responsabilidade como fundamento de dignidade pessoal;*

[...]

III - respeitar a dignidade da pessoa humana;

IV - cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos, as instruções e as ordens das autoridades competentes;

[...]

XIII - *proceder de maneira ilibada na vida pública e na particular;*

[...]

Art. 31. Os deveres militares emanam de um conjunto de vínculos racionais, bem como morais, que ligam o militar à Pátria e ao seu serviço, e compreendem, essencialmente:

I - a dedicação e a fidelidade à Pátria, cuja honra, integridade e instituições devem ser defendidas mesmo com o sacrifício da própria vida;

[...]

III - *a probidade e a lealdade em todas as circunstâncias* (grifo nosso)

Com efeito, algum leitor poderia asseverar que em outros grupos sociais também existem seus códigos de ética. Certamente. Porém, a singularidade da vida militar, e as incertezas das operações em situação de guerra, onde o convívio constante com companheiros armados, aliado ao rígido acatamento à cadeia de comando, em nome de nossa soberania, faz com que o sentimento de cumprimento do

dever e a ética tenham relevância diferenciada no âmago das três Forças Singulares.

O trabalho extremamente coordenado e articulado, desde a menor fração, até o alto comando, na seara das incontáveis variantes que a guerra oferece, erige a ética, a confiança e a probidade em patamar privilegiado.

No jargão da Infantaria: *Não somos melhores, somos apenas diferentes.*

Esse apego incondicionado à pátria é fator que impulsiona os militares a respeitarem as instituições e as autoridades do Brasil, desempenhando suas funções com base em aparato moral e profissional exemplar. Não é por acaso que as Forças Armadas estão entre as instituições com maior índice de respeitabilidade no Brasil.

2.3 AS CARACTERÍSTICAS DA RELAÇÃO DE TRABALHO NA SEARA DAS FORÇAS ARMADAS

De acordo com os livros de história, o trabalho foi concebido, nos primórdios, como um castigo ou dor. O termo grego que significa trabalho, tem a mesma raiz que a palavra latina “*poena*”.

A etimologia é a do latim *trabs, trabis*, viga, de onde se originou em primeiro lugar um tipo *trabare*, que deu no castelhano *trabar*, *equivalente* a obstruir o caminho por meio de uma viga (como embaraçar de barra); e logo depois outro tipo diminutivo de *trabaculare*, que produziu trabalhar.

O que se depreende é que o trabalho, como atividade humana, representava um esforço, até mesmo um castigo.

No campo das relações internacionais, a Convenção da OIT sobre Trabalho Forçado assim se manifesta:

CONVENÇÃO (29)

SOBRE O TRABALHO FORÇADO OU OBRIGATÓRIO*

Convocada em Genebra pelo Conselho de Administração do Secretariado da Organização Internacional do Trabalho e reunida, em 10 de junho de 1930

Artigo 2º

1. Para fins desta Convenção, a expressão “trabalho forçado ou obrigatório” compreenderá todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente.

2. A expressão “trabalho forçado ou obrigatório” não compreenderá, entretanto, para os fins desta Convenção: a) qualquer trabalho ou serviço exigido em virtude de leis do serviço militar obrigatório com referência a trabalhos de natureza puramente militar; (grifo nosso).

Verificando a redação da Convenção, resta claro que no âmbito internacional é reconhecida a natureza *sui generis* dos trabalhos militares.

A exposição de motivos nº 152, de 25 de março de 1997, da EC 18/98, que alterou o regime constitucional dos Militares, subscrita pelos Ministros de Estado da Justiça, da Marinha, do Exército, da Aeronáutica, do Estado-Maior das Forças Armadas e da Administração Federal e Reforma do Estado, deixou explícita:

[...]

A Proposta pretende dar aos membros das Forças Armadas e das polícias militares e corpos de bombeiros militares um tratamento distinto no que concerne a deveres, direitos e outras prerrogativas, “visto que os militares não são servidores dos Ministérios militares; eles pertencem às instituições nacionais permanentes que são a Marinha, o Exército e a Aeronáutica. E complementam os insígnias Ministros de Estado: *o perfil da profissão militar é a defesa da Pátria, tendo por isso peculiaridades inigualáveis com outras categorias*”. *E concluem: “esta condição institucional (nacional e permanente) vincula primordialmente as Forças Armadas ao Estado e transcende o plano público, que está mais vinculado e identificado com as atividades e os serviços prestados pela administração pública.”* (grifo nosso).

É sabido por todos que a Constituição irradia seus comandos sobre todas as instituições. Não menos correto é dizer que em face da gama de direitos, garantias e obrigações previstas em seu texto, as aparentes contradições devem ser harmonizadas, sob pena de reconhecermos a existência de normas constitucionais inconstitucionais.

A preparação para guerra, bem como para a defesa do próprio Estado Democrático de Direito, reserva para os integrantes das Forças Armadas abnegação de alguns direitos. Conclui-se que a Instituição é o último guardião da Nação.

Há que se indagar: até que ponto a imitação do combate agride a dignidade e direitos dos militares? Noutro giro, deixamos a pergunta:

o treinamento longe da realidade do combate e das situações extremas garante que a tropa seja eficaz quando empregada? As respostas devem ser baseadas no princípio da razoabilidade.

Não tenho dúvidas de que os Comandantes Militares, ancorados na exemplar formação proporcionada por suas Escolas encontram a medida certa de treinamento. Atente-se, por necessário, que nas Forças Armadas a experiência de vida, conjugada com a vivência profissional, são determinantes para a assunção das funções com elevado grau de responsabilidade (vide a idade e tempo de serviço militar dos Oficiais Gerais). De qualquer forma, uma coisa é certa, nos atos manejados na formação e aperfeiçoamento dos militares, o grau de discricionariedade é delicado e especialíssimo.

Em uma palavra: Nesse espaço de atuação deve ser privilegiada a razoabilidade, juntamente com a proporcionalidade. Trata-se de ideia de justiça, medida justa, ponderação, vedação de excesso, vale dizer: prudência.

Sobre a proporcionalidade, Celso Antônio nos ensina:

[...]

as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade correspondentes ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas.

[...]

Donde, atos desproporcionais são ilegais e, por isso, fulmináveis pelo Poder Judiciário, que, sendo provocado, deverá invalidá-los quando impossível anular unicamente a demasia, o excesso detectado.⁷

Aos operadores do direito resta a lição dos doutrinadores alemães ao afirmar que o princípio da proporcionalidade se desdobra em verificar a sintonia fina entre pertinência ou adequação e necessidade. Analisando a proporcionalidade, Humberto Ávila adverte:

Se a proporcionalidade em sentido estrito for compreendida como amplo dever de ponderação de bens, princípios e valores, em que a promoção de um não pode implicar a aniquilação de outro, a

7 MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.110.

proibição de excesso será incluída no exame da proporcionalidade. Se a proporcionalidade em sentido estrito compreender a ponderação dos vários interesses pessoais dos titulares dos direitos fundamentais restringidos, a razoabilidade como equidade será incluída no exame da proporcionalidade. Isso significa que um mesmo problema teórico pode ser analisado sob diferentes enfoques e com diversas finalidades, todas com igual dignidade teórica. Não se pode, portanto, afirmar que esse ou aquele modo de explicar a proporcionalidade seja correto, e outros equivocados.⁸

A unidade da Constituição tem por objetivo evitar que a interpretação destrua o conjunto único de regras e princípios idealizado pelo Constituinte. É interessante lembrarmos que a CF/88 garante, de forma concomitante, direitos individuais, e permite a pena de morte em caso de guerra (art. 5º, XLVII, a). Assim, a Constituição dispensa tratamento jurídico diferenciado aos grupos que têm a possibilidade de participar de evento tão trágico. Infelizmente, às vezes necessário para se atingir a almejada paz.

O especial regramento jurídico dos militares foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, de forma unânime, no RE nº 570.177/MG (DJE nº 117/2008), onde se discutia a aplicação do salário mínimo aos militares do serviço militar inicial, *in verbis*:

Aliás, como se sabe, *os militares, em geral, submetem-se a regime próprio, que não se confunde com o dos servidores públicos civis*, motivo pelo qual não se mostra possível aplicar-se àqueles as normas a que estes estão jungidos. Sim, porque, nas palavras de Lucas Rocha Furtado:

A aprovação da EC nº 18/98, que suprimiu dos militares a qualificação de servidores públicos, não teve caráter exclusivamente terminológico. Ao fazer essa separação, ou seja, ao dispor que os militares não são servidores públicos, *as regras pertinentes ao regime jurídico destes últimos (servidores públicos) somente passam a ser aplicados aos militares se houver expressa referência no texto constitucional*. Assim, por exemplo, a regra do teto remuneratório prevista no art. 37, XI é aplicável aos militares em razão do disposto nos artigos 42, § 1º, e 142, § 3º, VIII. Este último dispositivo, o art. 142, § 3º, VII, determina as regras pertinentes aos trabalhadores (art. 7º, VIII, XII,

8 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 111-113.

XVII, XVIII, XIX e XXV) e aos servidores públicos (art. 37, XI, XIII, XIV e XV aplicáveis aos militares. (grifo nosso).

Tendo como pano de fundo os argumentos acima expendidos, verificaremos um pouco o arcabouço constitucional dos militares das Forças Armadas.

2.3.1 No Campo dos Direitos Individuais Fundamentais, estabelecidos no art. 5º:

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

Nesse ponto existe uma flexibilização das regras da prisão em flagrante aplicável aos militares. A resposta rápida e eficaz, nos casos de graves desvios de conduta, preservam a disciplina.

2.3.2 NA SEARA DOS DIREITOS POLÍTICOS, ART. 14:

2º - Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos;

[...]

§ 8º - O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições:

I - se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade;

II - se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

Nesses dispositivos estão previstos a importância do proporcional distanciamento que os militares devem guardar das atividades político-partidárias. A razão de ser do dispositivo reside no fato de que a defesa da Pátria está ligada ao Estado e não aos governos transitórios.

2.3.3 QUANTO AO PODER JUDICIÁRIO

Art. 122. São órgãos da Justiça Militar:

I - o Superior Tribunal Militar;

II - os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei.

Art. 123. O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis.

Parágrafo único. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo:

I - três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional;

II - dois, por escolha paritária, dentre juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar.

Art. 124. à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.

A Constituição estabeleceu uma justiça especializada, formada por militares e civis, tendo como objetivo assegurar que os julgamentos produzam decisões legítimas e consentâneas com a realidade do ambiente na caserna.

2.3.4 NO CAPÍTULO DAS FORÇAS ARMADAS

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina,

sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

§ 1º - Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas.

§ 2º - Não caberá “habeas-corpus” em relação a punições disciplinares militares

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

[...]

IV - ao militar são proibidas a sindicalização e a greve;

V - o militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos

[...]

VIII - aplica-se aos militares o disposto no art. 7º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV e no art. 37, incisos XI, XIII, XIV e XV

Diante desse quadro normativo constitucional, salta aos olhos a extrema preocupação com a disciplina. Assim, proíbem-se as reivindicações fora da cadeia de comando, sem as participações dos superiores hierárquicos, afastando-se a possibilidade de sindicalização e greves. É importante notar o caráter diferenciado reservado ao *habeas corpus*, no que tange ao mérito do ato.

No que tange aos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, verificamos que os militares não têm acesso às seguintes prerrogativas:

- remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
- repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
- remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

- duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

A dedicação exclusiva às atividades militares, em prol do Estado Brasileiro, impede a fixação de um horário regular de trabalho. Assim, é de fácil dedução que a defesa da Pátria consome todas as energias desses cidadãos fardados. É lógico que no decorrer das operações os líderes providenciam o mínimo de descanso à tropa, em sistema de revezamento. Vale dizer: Não são máquinas. São seres humanos.

2.3.5 OS MILITARES E O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

O meio ambiente do trabalho, de acordo com Liliana Allodi Rossit, *“é a parte do direito ambiental que cuida das condições de saúde e vida no trabalho, local onde o ser humano desenvolve suas potencialidades, provendo o necessário ao seu desenvolvimento e sobrevivência”*⁹.

No que atine ao meio ambiente do trabalho das Forças Armadas, cabe deixar consignado que os militares estão preparados para atuar em qualquer tipo de terreno (selva, montanhoso, caatinga, pântano, dentre outros). De mais a mais, não contraproducente afirmar que o risco de morte é inerente à profissão das Armas. Por conseguinte, o diploma normativo constitucional não direcionou aos militares os seguintes direitos:

- redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;
- adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; (CF/88, art.142, § 3º, VIII).

Advirta-se, por necessário, à luz do princípio da unidade da Constituição, que durante as operações militares de treinamento (até mesmo no teatro de operações real), é de fundamental importância que as autoridades dispensem especial atenção às questões de segurança da tropa. Afinal, o bem maior do cidadão-militar é a sua vida, maior direito individual amparado pela Carta Política.

9 ROSSIT, Liliana Allodi, *O Meio Ambiente de trabalho no Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: LTR, 2001, p. 27.

Se assim é, os direitos trabalhistas do art. 7º da CF/88, no que se refere ao meio ambiente de trabalho dos militares, deverão ser interpretados em consonância com o art. 225 da CF/88, que prevê que todos têm direito à sadia qualidade de vida.

Assim, à luz dessa interpretação teleológica e sistemática, podemos concluir que sendo o meio ambiente do trabalho uma concepção mais específica do meio ambiente, os militares possuem direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho. Com efeito, sem prejuízo do adestramento dos combatentes, a saúde, a higiene e segurança dos homens e mulheres das Forças Armadas devem ser sempre preservados.

2.3.6 DOS DIREITOS TRABALHISTAS EXPRESSAMENTE GARANTIDOS

Entretanto, é interessante ressaltar que o Constituinte entendeu, em franca homenagem ao princípio da razoabilidade, que os seguintes direitos trabalhistas se aplicam aos militares:

- décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;
- salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;
- gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
- licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;
- licença-paternidade, nos termos fixados em lei;
- assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas.

Mesmo pertencendo à categoria especial, os militares são trabalhadores como todos os valorosos integrantes de nossa sociedade. Se porventura houvesse diferenciação de tratamento referente aos direitos supramencionados, em relação aos servidores civis, a discriminação não seria razoável.

2.3.7 DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PARA INGRESSO E PROSSEGUIMENTO NA CARREIRA

Por derradeiro, a Carta da República/88 deixa explícito que as Forças Armadas devem dispor de uma legislação específica que regule seu ingresso, bem como o desenvolvimento da carreira militar. Transcrevo as partes que interessam:

“Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

[...]

X - 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.

Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.

§ 1º - às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.

§ 2º - As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir.

2.3.8 NA ESFERA DA RELAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No bojo das atividades administrativas, aos militares são aplicáveis os dispositivos que versam sobre o teto salarial, a vedação de vinculação ou equiparação das espécies remuneratórias, bem

como a irredutibilidade de vencimentos, na forma do art. 37 da Constituição, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

[...]

XIII - é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público

XIV - os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores;

XV - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

3 DA CONCLUSÃO

Ao colocar ponto final nessa reflexão, devemos destacar que as Forças Armadas são de vital importância para o desenvolvimento do Estado, na medida em que, além de defender a Pátria, têm a missão de garantir os poderes constitucionais, a lei e a ordem. Essas relevantes missões têm por escopo dar sustentáculo ao Estado Democrático de Direito, sendo essencial para que o Brasil continue sua trajetória de desenvolvimento.

É imperioso deixar explícito que os rígidos princípios da hierarquia e disciplina, são as bases fundamentais da Instituição Militar. Por isso, sem desprezo da Constituição e das Leis, por óbvio, devem sempre ser valorizadas.

As relações jurídicas no seio das Forças Armadas são específicas, em face das especiais tarefas que a própria Constituição lhes outorgou. A consequência inarredável é que, na interpretação das normas voltadas ao meio militar, o intérprete tem que levar em consideração a razão de ser do braço armado da Nação.

Não podemos olvidar que aplicar cegamente a legislação militar tendo como supedâneo o cabedal jurídico da esfera dos servidores civis, certamente, arranha a essência do direito administrativo militar.

Por derradeiro, é sobremodo importante assinalar a relação entre a estratégia de Defesa e a de Desenvolvimento, patenteada pelo Decreto nº 6.703/2008: Em ambas se desperta para a nacionalidade e constrói-se a Nação. Defendido, o Brasil terá como dizer não, quando tiver que dizer não. Terá capacidade para construir seu próprio modelo de desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

ÀVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Norberto. *O problema da guerra e as vias da paz*. Tradução Álvaro Lorencini. São Paulo: Unesp, 2003.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17. Ed. São Paulo: Forense, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10 ed. São Paulo: Atlas 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*, prefácio à 2ª edição.

ROSSIT, Liliana Allodi, *O Meio Ambiente de trabalho no Direito Ambiental Brasileiro*. São São Paulo: LTR, 2001.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social*. São Paulo: LTR, 2000.

A RELAÇÃO DE ESPECIAL SUJEIÇÃO DOS MILITARES E A CONSTITUCIONALIDADE DO REGULAMENTO DISCIPLINAR DO EXÉRCITO (DECRETO Nº 4.346, DE 26/08/2002)

Farlei Martins Riccio de Oliveira

Advogado da União em exercício na Procuradoria Regional da União – 2ª Região.

Professor de Direito Administrativo na Universidade Candido Mendes – Centro.

Doutorando em Direito do Estado (PUC-Rio).

SUMÁRIO: Introdução; 1 A função militar; 1.1 Conceito de função militar; 1.2 A natureza institucional das Forças Armadas; 1.3 Destinações específicas das Forças Armadas; 1.4 Princípios de organização e funcionamento; 1.5 Características da atividade militar; 1.6 A natureza do vínculo funcional; 2 A relação de especial sujeição dos militares; 3 Regime jurídico da transgressão e da punição militar; 3.1 Transgressão disciplinar (ilícito administrativo disciplinar); 3.2 Punição disciplinar (sanção administrativa disciplinar); 4 A mitigação do princípio da legalidade e da tipicidade na transgressão e na punição disciplinar; 4.1 O princípio da legalidade na função militar; 4.2 O princípio da tipicidade na função militar; Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente artigo demonstra a constitucionalidade do atual Regulamento Disciplinar do Exército (Decreto nº 4.346, de 26/08/2002). Para tanto, analisa as principais características e peculiaridades da função militar, delimitando os seus princípios norteadores e a natureza do vínculo funcional, a fim de caracterizar a relação de especial sujeição em que se encontram os militares, bem como investiga o regime jurídico da sanção disciplinar militar, com o intuito de demonstrar a inexistência de uma unidade de pretensão punitiva estatal, o que acarreta, em última análise, a aplicação dos princípios que regem o poder sancionador, com conteúdo e alcance diversos daqueles aplicáveis ao sistema penal, especialmente no que tange aos princípios da legalidade e da tipicidade.

PALAVRAS-CHAVE: Regulamento Disciplinar do Exército. Decreto nº 4.346, de 26/08/2002. Função militar. Relação de especial sujeição. Sanção disciplinar militar. Constitucionalidade.

INTRODUÇÃO

Os militares integrantes das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica) e das Forças Auxiliares (Polícia Militar e Corpo de Bombeiros), no exercício das funções militares, encontram-se subordinados a um conjunto de deveres e obrigações, baseados nos princípios da hierarquia e da disciplina. A inobservância desses deveres e obrigações confere à Administração Militar o poder-dever de sancionar a conduta do transgressor, inclusive, com restrição ao direito de ir e vir.

O regime disciplinar dos membros das Forças Armadas passou a ser o centro do debate no direito administrativo militar em razão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3340/2004. Nesta ação o Ministério Público Federal argumentou que a transgressão disciplinar militar (ilícito administrativo) e a punição disciplinar (sanção administrativa) precisam estar estabelecidas em lei (formal e material) para ter validade, a teor do artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal de 1988. Por via de consequência, tendo sido o atual Regulamento Disciplinar do Exército (RDE) – Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002, e o respectivo Anexo I, editado por Decreto do Presidente da República (ato administrativo), qualquer punição imposta ao militar transgressor, especialmente as penas de prisão, com base em suas disposições, seria írrito e nulo de pleno direito.¹

No entanto, o problema evidenciado pelo Ministério Público Federal e sustentado por parte da doutrina especializada², parte de uma elaboração dogmática equivocada do regime jurídico do poder sancionador disciplinar, especialmente, na aplicação dos princípios da legalidade e tipicidade que deve reger o ilícito e a sanção.

Com efeito, a sanção disciplinar militar, espécie do qual é gênero a sanção administrativa, inobstante a identidade ontológica com a sanção penal, possui natureza jurídica diversa, decorrente de características indissociáveis da manifestação estatal dessa espécie, quais sejam: (i) as prerrogativas do exercício da função militar, baseada nos princípios da hierarquia e da disciplina; (ii) o regime jurídico a que está submetida – direito administrativo sancionador; e, (iii) a relação de especial sujeição que se estabelece entre o Estado e o militar. Neste contexto, os princípios

1 Em novembro de 2005, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, não conheceu o mérito da ADI 3340, uma vez que a petição inicial não detalhou quais os dispositivos do RDE violariam o regime da reserva legal estrita, o que não impede, por óbvio, que outra ação com idêntico objeto seja proposta futuramente.

2 Consultem-se, por todos, ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Direito Administrativo Militar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003 e FREYESLEBEN, Mário Luís Chila. *A prisão provisória no CPPM*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

que regem o poder sancionador disciplinar possuem alcance e conteúdo diversos daqueles aplicáveis ao sistema penal.

Nessa esteira, o presente artigo propõe-se a analisar as principais características e peculiaridades da função militar, delimitando os seus princípios norteadores e a natureza do vínculo funcional, a fim de caracterizar a relação de especial sujeição em que se encontram os militares.

Por outro lado, pretende-se investigar o regime jurídico da sanção disciplinar militar, com o intuito de demonstrar a inexistência de uma unidade de pretensão punitiva estatal, o que acarreta, em última análise, a aplicação dos princípios que regem o poder sancionador, com conteúdo e alcance diversos daqueles aplicáveis ao sistema penal, especialmente no que tange aos princípios da legalidade e da tipicidade.

1 A FUNÇÃO MILITAR

Como é sabido, o poder do Estado embora seja uno e indelegável, desdobra-se em três funções básicas: normativa, jurisdicional e administrativa. E cada uma dessas funções é atribuída a um poder político do Estado: Legislativo, Judiciário e Executivo.³

De acordo com o critério residual ou negativo, a função administrativa do Estado pode ser entendida como toda aquela que não seja destinada à formulação da regra legal nem à expressão da decisão jurisdicional, em seus respectivos sentidos formais, compreendendo todas as atividades voltadas ao atendimento da gestão e dos interesses da coletividade.⁴

1.1 – Conceito de função militar

Dentre as diversas funções administrativas genericamente atribuídas ao Poder Executivo, destaca-se a função militar, que poder ser conceituada como aquela exercida por instituições militares e pelos diversos órgãos que as integram, estabelecidas nos respectivos cargos públicos, para o desempenho de atribuições constitucionais e legais, de segurança pública interna e externa.

Nesse quadro, o artigo 12 da Constituição Federal de 1988, regulamentado pela Lei Complementar nº 97, de 09 de junho de 1999, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 117, de 02 de setembro de 2004, atribui às Forças Armadas a função militar de defesa

3 A divisão de poderes, como princípio institucional, é fenômeno que se opera no século XVIII, especialmente com a obra de Montesquieu, intitulada *Do Espírito das Leis*. Coleção Os pensadores. São Paulo: Abril, 1973. Atente-se para o fato de que os princípios apresentados por Montesquieu encontram-se, também, na obra de John Locke intitulada *Segundo Tratado sobre o Governo*. Coleção Os pensadores. São Paulo: Abril, 1973.

4 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 24.

da pátria, de garantidora dos poderes constitucionais, da lei e da ordem. Já a função militar de segurança pública, exercida para a preservação da ordem pública, a Constituição atribui às Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares (artigo 42 e 144 § 5º), consideradas forças auxiliares do Exército (artigo 144 § 6º).⁵

1.2 A NATUREZA INSTITUCIONAL DAS FORÇAS ARMADAS

No Brasil, o Ministério da Defesa é o órgão que integra o Exército, a Marinha e a Aeronáutica, instituições que a Constituição Federal teve o cuidado de designar como nacionais, permanentes e regulares.⁶

5 Ensina Pinto Ferreira: *“Qualquer nação necessita de um dispositivo de segurança a fim de manter a ordem e a paz pública interna, bem como garantir a defesa externa nas relações com outros países. Daí a necessidade da instituição de Forças Armadas para efeito de conseguir esse objetivo. Os orçamentos consignam somas fabulosas para permitir a realização desse fim, em face do receio de guerra que ainda agita o mundo moderno, não obstante os anseios de paz mundial. Muitos países, que a princípio não tinham Constituição, como a Rússia czarista, iniciaram a sua organização através de regulamentos militares. Assim aconteceu com Pedro, o Grande, que se afirmou na Rússia com o regulamento Militar de 1716 e com o Regulamento Naval de 1720, como assinala Linares Quintana no livro Direito Constitucional Soviético (Buenos Aires, 1946, p. 21). Os primeiros bills ingleses se referiam às Forças Armadas. Disposições análogas surgiram na Declaração de Direitos de 1776 da Virgínia e na Declaração de Direitos da França de 1789. Constituições atuais se referem às Forças Armadas, recrutadas de todos os cantos do país e que se estruturam como um elemento orgânico decisivo para a unidade nacional”*. apud MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. 5, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 163.

6 No Brasil, até o ano de 1999, as três Forças Armadas mantinham-se em Ministérios independentes. Porém as discussões sobre a criação de um Ministério da Defesa, integrando a Marinha, o Exército e a Aeronáutica são antigas. A Constituição de 1946 já citava a criação de um Ministério único, que resultou na instituição do Estado Maior das Forças Armadas - EMFA, à época chamado de Estado-Maior Geral. O ex-presidente da República Marechal Castelo Branco defendia a tese da criação de um Ministério da Defesa. Ele assinou o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que previa a promoção de estudos para elaborar o projeto de lei criando o Ministério das Forças Armadas. No entanto, a proposta foi abandonada. Durante a Assembleia Constituinte de 1988, o assunto voltou à discussão e mais uma vez foi arquivado. Finalmente em 1992, o Presidente Fernando Henrique Cardoso, então candidato à Presidência, declarou que em seu plano de governo estava prevista a discussão para criação do Ministério da Defesa. O Presidente da República pretendia criar o Ministério ainda no primeiro mandato. A ideia era otimizar o sistema de defesa nacional, formalizar uma política de defesa sustentável e integrar as três Forças, racionalizando as suas atividades. Durante os anos de 1995/96 o EMFA, responsável pelos estudos sobre o Ministério da Defesa, constatou que, dentre 179 países, apenas 23 não possuíam Forças Armadas integradas por um único Ministério. Desses 23 apenas três, entre eles o Brasil, possuíam dimensões políticas para justificar sua criação, como por exemplo, extensão territorial e Forças Armadas treinadas e estruturadas. Os Ministérios da Defesa da Alemanha, da Argentina, do Chile, da Espanha, dos EUA, da França, da Grã-Bretanha, da Itália e de Portugal foram escolhidos para análise aprofundada porque possuíam algum tipo de identificação com o Brasil, como extensão territorial, população, efetivo das Forças Armadas, dentre outras. Para dar continuidade aos estudos de criação, o Presidente Fernando Henrique criou o Grupo de Trabalho Interministerial que definiu as diretrizes para implantação do Ministério da Defesa. Em 10 de junho de 1999, o Ministério da Defesa foi oficialmente criado, o Estado-Maior das Forças Armadas extinto e os Ministérios da Marinha, do Exército e da Aeronáutica foram transformados em Comandos. As competências do Ministério estão previstas no artigo 14, inciso V

O legislador constituinte ao atribuir às Forças Armadas a característica de instituições “nacionais” teve dois objetivos: proibir os Estados de terem instituições dessa espécie e, embora integradas ao Poder Executivo, o dever de servir à Nação. Por outro lado, a afirmação do caráter “permanente” veda a supressão de qualquer uma delas, bem como impede a sua transitoriedade. Por sua vez, o atributo da “regularidade” foi com o intuito de impedir que fossem assimiladas às Forças Armadas quaisquer tropas irregulares, ou seja, que não estejam previstas em seu quadro de efetivos.

Ainda pela disposição constitucional, a autoridade suprema das Forças Armadas é atribuída ao Presidente da República. Essa autoridade, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho,⁷ “*significa apenas que cabe ao Presidente da República a direção política das Forças Armadas, decidindo sobre seu emprego quando conveniente o oportuno*”. Ao revés, a direção estratégica da guerra (direção técnica) é atribuída aos comandantes militares.

1.3 DESTINAÇÕES ESPECÍFICAS DAS FORÇAS ARMADAS

A Constituição Federal de 1988 e a Lei Complementar nº 97/99, conferem às Forças Armadas três destinações específicas que poderiam ser agrupadas em: primárias, secundárias e subsidiárias.

Primariamente, as Forças Armadas destinam-se a defesa da pátria, resguardando o território nacional contra qualquer inimigo estrangeiro, garantido assim a sua independência, integridade e soberania. Secundariamente, é a garantidora dos poderes constituídos, necessária para que estes possam realizar livremente suas funções. Subsidiariamente, cabe às Forças Armadas assegurar o respeito à lei e à ordem, por iniciativa de qualquer dos poderes constituídos. Adverte-se que essa competência, além de subsidiária, é transitória, porque a tarefa de defesa da ordem interna cabe inicialmente às polícias militares e, quando estas são insuficientes para conter a desordem, as Forças Armadas só podem atuar o tempo necessário para o restabelecimento da ordem rompida.⁸

da Lei nº 9.649/98, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios. Cf. *Conheça suas Forças Armadas*. Presidência da República – Estado Maior das Forças Armadas, Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.defesa.gov.br>

7 *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 77/78.

8 Vide Decreto nº 3.897, de 24 de agosto de 2001, que fixa as diretrizes para o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem. Sobre o tema, consultem-se por todos: BARROSO, Luis Roberto. *Forças Armadas e ações de segurança pública: possibilidades e limites à luz da Constituição*. Revista de Direito do Estado. Ano 2, nº 7: 43-68, jul/set 2007 e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A segurança pública na*

Restam ainda às Forças Armadas atribuições subsidiárias particulares caracterizadas, de um lado, por estarem voltadas a áreas ainda não atraentes à iniciativa privada. De outro, por ocorrerem dentro da estratégia governamental, que visa a melhorar a qualidade de vida da população e a colocar o País em um nível de desenvolvimento tal que lhe permita ser respeitado em importantes foros internacionais. Essa atuação é preponderantemente voltada para as áreas de ciência e tecnologia, construção, indústria, transporte, assistência social, saúde, educação, preservação do meio ambiente e defesa civil.⁹

1.4 PRINCÍPIOS DE ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO

Outro aspecto importante da função militar que cabe ser destacado é que o legislador constituinte, assim como o fez nas constituições anteriores, determinou que no desempenho da função militar, as Forças Armadas encontram-se vinculadas a dois princípios de organização que serão as pedras angulares de sua atuação: a hierarquia e a disciplina.¹⁰

Cabe anotar que a hierarquia e a disciplina militar não podem ser caracterizadas como meras potestades de organização e atuação da Administração Pública, mas sim verdadeiros princípios de direito. Primeiro, porque a Constituição fez girar e fundar todo o regime jurídico instituído no Título V sob esses dois postulados. Segundo, a hierarquia e a disciplina militar possuem natureza axiológica e finalística características próprias dos princípios de direito.¹²

Pode-se, portanto, conceituar a hierarquia militar como sendo um princípio de distribuição escalonada e gradativa existente entre os vários órgãos militares ou entre os vários postos (patentes) e graduações existentes numa corporação.

De seu turno, a disciplina pode ser entendida como a competência, conferida por lei, ao superior hierárquico de punir, internamente, as infrações funcionais dos militares e demais subalternos sujeitos à

Constituição Federal de 1988: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas. Revista de Direito do Estado. Ano 2, n° 8:19-73, out/dez 2007.

9 Vide artigos 16 a 18 da Lei Complementar n° 97/99.

10 Nas palavras de Antônio Pereira Duarte, “*desde épocas mais remotas, passando pela Fortaleza de Castro, em Roma, até os nossos dias, qualquer Força Armada necessita estar alicerçada nestes dois pilares fundamentais: hierarquia e disciplina*”. *Direito Administrativo Militar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.46.

11 Segundo o publicista espanhol Ramón Parada, potestade organizatória da Administração, em sentido estrito, seria “*la facultad de la Administración para configurar dentro de los límites de las leyes constitucionales y ordinarias su propia estructura*”. *Derecho Administrativo*, vol. II, Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 16.

12 Acerca dessa distinção dogmática entre regras (potestades) e princípios de direito, consulte-se, por todos, ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

disciplina dos órgãos, instituições e corporações da Administração Pública Militar.¹³

1.5 – Características da atividade militar

Além da vinculação aos princípios da disciplina e da hierarquia, a atividade militar possui outras características específicas, inexistentes em qualquer atividade civil, que reforçam a existência de um regime jurídico-funcional diferenciado.

Nesse sentido destaca-se o constante risco de vida a que está sujeito o militar durante toda a sua carreira, tanto nos treinamentos quanto na sua vida diária ou na guerra. A possibilidade iminente de um dano físico ou da morte é um fato permanente de sua profissão. Assim, o exercício da atividade militar, por natureza, exige o comprometimento da própria vida.¹⁴

De igual modo, ao ingressar nas Forças Armadas o militar não pode exercer qualquer outra atividade profissional, o que o torna dependente de seus vencimentos, conforme dispõe o artigo 142 § 3o, inciso II, da Constituição Federal. A acumulação de cargos públicos somente será tolerada se o cargo for temporário, conforme permite o inciso III do mesmo preceito constitucional.

A disponibilidade permanente é outra característica inerente à atividade castrense, o que torna o militar disponível para o serviço ao longo das 24 horas do dia, sem direito a reivindicar qualquer remuneração extra, compensação de qualquer ordem ou cômputo de serviço especial. Essa disponibilidade acarreta uma mobilidade geográfica para o desempenho de suas funções, em qualquer época do ano, para qualquer região do país, indo residir, em alguns casos, em locais inóspitos e destituídos de infraestrutura de apoio à família.

A disponibilidade e a mobilidade do militar afetam, inclusive, a vida familiar, acarretando prejuízos das mais diversas ordens, tais como: dificuldade de formação do patrimônio familiar; prejuízo para a educação

13 Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *“a hierarquia e a disciplina são caracteres indelevelmente associados às Forças Armadas. Dada a natureza das operações em que se empenham, é essencial para as Forças Armadas a definição do comando. Realmente, não podem elas atuar eficientemente se cada soldado não souber quem comanda e qual o âmbito de comando de cada um. Por isso a hierarquia é inerente a qualquer das Forças Armadas. A disciplina por sua vez, decorre necessariamente da hierarquia. Esta não existiria se os subordinados não obedecessem aos superiores, se o comando não correspondesse a obediência.”* Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1999, p.142. Com razão observa Antônio Pereira Duarte que, *“o contingente de servidores militares é muito grande. As três Forças Singulares são organizadas em vários níveis de Comando e Direção, de modo que a ordenação da convivência entre os diferentes níveis hierárquicos exige o rigor da disciplina e a obediência irrestrita às ordens superiores. Desde o círculo de Graduados até o Círculo de Oficiais-Generais, prevalece o signo da hierarquia e da disciplina. O respeito a tais princípios é a base de sustentação das instituições militares.”* Direito Administrativo Militar. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 45.

14 Vide artigo 31, inciso I, da Lei nº 6.880/80.

dos filhos; impossibilidade do exercício de atividades remuneradas por cônjuge do militar; e impossibilidade do núcleo familiar estabelecer relações duradouras e permanentes na cidade em que reside.

Tendo em vista as atribuições que o militar desempenha, não só por ocasião de eventuais conflitos, para os quais deve estar sempre preparado, mas, também, no tempo de paz, a atividade militar exige-lhe elevado nível de saúde física e mental. O militar é submetido, durante toda a sua carreira, a periódicos exames médicos e testes de aptidão física (TAF), que condicionam a sua permanência no serviço ativo.¹⁵

Além da higidez física e mental, o exercício da atividade militar exige uma rigorosa e diferenciada formação. Ao longo de sua vida profissional, o militar de carreira passa por um sistema de educação continuada, que lhe permite adquirir as capacitações específicas dos diversos níveis de exercício da atividade militar e realiza reciclagens periódicas para fins de atualização e manutenção dos padrões de desempenho.¹⁶

Por fim, mesmo quando na inatividade, o militar permanece vinculado à sua profissão. Os militares na inatividade, quando não reformados, constituem a “reserva” de primeira linha das Forças Armadas, devendo se manter prontos para eventuais convocações e retorno ao serviço ativo, independente de estarem exercendo outra atividade, não podendo por tal motivo se eximir dessa convocação.¹⁷

Há que se mencionar ainda que as diversas normas que regem o vínculo estatutário do militar preceituam a necessidade de observação constante de um valor e de uma ética castrense, traduzida por atos de patriotismo, civismo, fé na missão das Forças Armadas, espírito de união e apego à instituição a que serve. Ao lado desse valor, deve o militar possuir uma irrepreensível conduta moral e profissional, manifestados no sentimento do dever, do pundonor e do decoro de classe.¹⁸

1.6 A NATUREZA DO VÍNCULO FUNCIONAL

O vínculo funcional do militar é de natureza estatutária, ou seja, imposto unilateralmente pelo Estado. No estatuto dos militares os deveres e obrigações são mais rígidos do que no estatuto dos servidores civis, uma vez que estão baseados nos princípios da hierarquia e

15 Vide artigo 28, inciso VI da Lei nº 8.660/80.

16 Vide artigo 27, inciso VI e artigo 36 da Lei nº 8.660/80.

17 Vide artigo 3º § 1º, alínea 'b', inciso I e artigo 8º da Lei nº 6880/80.

18 Vide artigos 27 e 28 da Lei nº 6.880/80.

disciplina, bem como em razão da própria atividade diária, que lhe impõe o manuseio e a utilização constante de equipamento bélico.

Por conta dessa especificidade, a Emenda Constitucional nº 18/98, alterando a redação original da Constituição Federal de 1988, reservou um capítulo específico às Forças Armadas,¹⁹ desvinculando-o do regime jurídico do servidor público civil.²⁰

No tocante aos membros das Forças Auxiliares, a Constituição regulou-os no artigo 42, preceituando, ainda, que em relação aos militares do Distrito Federal seriam os mesmos organizados e mantidos pela União (artigo 21, inciso XIV).

Assim sendo, o militar, em sentido amplo, pode ser caracterizado como toda pessoa física integrante das Forças Armadas (Exército, Marinha ou Aeronáutica) e das Forças Auxiliares (Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios), ocupante de cargo ou função pública militar previsto em lei, na respectiva graduação ou posto,²¹ conforme a escala contida nos diversos círculos hierárquicos.

Do acima exposto, denota-se que a função militar possui uma especificidade própria, distinta de qualquer vínculo funcional que se estabeleça entre o servidor civil e o Estado.

2 – A RELAÇÃO DE ESPECIAL SUJEIÇÃO DOS MILITARES

19 No que diz respeito à tutela constitucional dos corolários castrenses manifestados através dos valores regentes da caserna, estes são de tal modo especiais e específicos que justificam a alocação das Forças Armadas e dos Militares em estratificações distintas das que regulam a Administração Pública, tomada em seu sentido genérico, estando assim expresso o apartamento das Forças Armadas na topografia constitucional. Nesse sentido, Ivan Barbosa Rigolin comenta a posição do militar na Constituição de 1988, após o advento da Emenda Constitucional nº 19/98: *"A Constituição em boa técnica reservou seções separadas para os servidores civis e para os militares, uma vez que inúmeras características, muitas vezes essenciais, de uma categoria são por completo estranhas e inaplicáveis à outra, o que é facilmente explicável se se atentar à natureza dos serviços prestados em um quartel, ou em um campo de treinamento e manobras de guerra, quando comparados àqueles desenvolvidos em uma repartição pública". O servidor público na Constituição de 1988.* São Paulo: Saraiva, 1989, p. 194/195.

20 Em palestra proferida na Câmara dos Deputados em novembro de 1996 e que serviu de subsídio para a Emenda Constitucional nº 18/98, asseverou Álvaro Lazzarini que a transferência do conteúdo do artigo 42 para o artigo 142, no caso dos militares federais, não tem significado inovador. Tal forma é semelhante à de constituições anteriores, onde os direitos e deveres dos militares alojavam-se no capítulo constitucional que lhes definia as finalidades e não modificará o entendimento que os juristas têm do status do militar. Alertou, contudo, para a inconveniência dos militares isolarem-se em um determinado capítulo constitucional, porque as remissões aos dispositivos que tratam dos civis são inevitáveis, sob pena de perderem-se direitos comuns às carreiras. *Temas de Direito Administrativo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 220.

21 Graduação é o grau hierárquico da praça, conferido pela autoridade militar e Posto é o grau hierárquico do oficial, conferido por ato do Presidente da República ou de Ministro Militar e confirmado em Carta Patente. Vide artigos 3º § 1º e 16 §1º § 3º, da Lei nº 6.880/80.

Diante do fato de que determinadas pessoas físicas vinculam-se ao Estado de maneira mais estreita, surge no direito alemão a noção da relação de especial sujeição estatal. Otto Mayer esclarecia ser sujeição o vínculo de duas pessoas desiguais do ponto de vista do direito, cujo conteúdo é determinado pela vontade da pessoa superior.²²

Com efeito, o regime de especial sujeição abrange as pessoas que mantêm com o ente estatal uma especial vinculação jurídica, que dá ensejo a um regime específico, caracterizado por uma sujeição mais estreita do particular frente ao Estado. Ao contrário do regime de sujeição geral, decorrente do poder de império estatal, atingindo a todos os indivíduos que se encontram no território do Estado, indiscriminadamente.

Para a doutrina italiana o entendimento é idêntico. Com propriedade assevera Renato Alessi²³ que o regime de sujeição geral é aquele no qual se encontra todo e qualquer um sem um particular vínculo com a Administração Pública. Adiante, acentua que o regime de sujeição especial é o que coloca a pessoa física ou jurídica em posição peculiar frente ao Estado, em função de um específico elo. Na primeira situação, o comportamento pessoal dos cidadãos seria administrativamente ajustado à moldura normativa pelo regular exercício do poder de polícia; na outra, competiria ao poder disciplinar desempenhar tal função.

Conclui o publicista italiano:

En conclusión, por lo tanto, el problema relativo a la identificación de las relaciones administrativas a las que puede unirse, como relación accesorio, una especial supremacía de la Administración que constituya fuente de derechos y obligaciones particulares, con la correlativa especial sujeción de los particulares, se resuelve en sentido de considerar que tal supremacía especial puede existir siempre que la relación implique un contacto personal directo, con cierto carácter de permanencia y contibuidad, entre el individuo titular de la relación y la esfera de la Administración, de manera que surja la necesidad de regular el comportamiento personal del administrado a fin de asegurar el mayor ejercicio de la propia relación.²⁴

²² *Derecho Administrativo Alemán*, tomo I, Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 144.

²³ *Instituciones de Derecho Administrativo*. Barcelona: Bosh, 1970, p.226/227. Anota o autor: "Al lado de la posición general de supremacía de que goza la Administración Pública, según se há visto, como expresión del Estado y, por tanto, como titular del poder de imperio, pueden existir posiciones especiales de supremacía de la Administración frente a los administrados (supremacía más acentuada que la general) las cuales, por lo tanto, tienen un fundamento distinto al de la simple titularidad del poder de imperio."

²⁴ Op. cit, p. 230.

Na doutrina brasileira destaca-se a posição de Heraldo Garcia Vitta²⁵ que distingue o regime de sujeição especial pelo seu conteúdo. Quanto a esse aspecto, tem-se, primeiro, o poder de emanar preceitos normativos, destinados a regular a relação – são as normas internas, os regulamentos de serviço, que têm a incumbência de disciplinar a aplicação dos serviços públicos, ditando prescrições aos usuários, depois de sua admissão (os regulamentos internos de uma escola, de uma biblioteca e outros). Em segundo lugar, o poder de dar ordens individuais aos particulares; depois, o poder de vigiar para verificar o cumprimento da norma interna e para assegurar o bom andamento dos serviços públicos. Finalmente, o poder de atingir, com sanção administrativa, o comportamento dos particulares, que resulte danoso, para o andamento dos serviços públicos.

As precedentes considerações doutrinárias demonstram, a toda evidência, que o militar encontra-se na categoria de especial sujeição Estatal, com a agravante dos deveres de obediência aos princípios da disciplina e da hierarquia, das vedações constitucionais, e dos deveres e obrigações previstas no seu estatuto funcional.

A partir desse regime jurídico de vinculação especial dos militares, os princípios decorrentes do poder sancionador estatal, especialmente a legalidade e a tipicidade, poderão ser mitigados por ocasião da aplicação das punições disciplinares, como adiante se demonstrará.

3 – Regime jurídico da transgressão e da punição militar

O direito positivo, em todos os sistemas jurídicos, compõe-se de normas jurídicas, que podem ser entendidas como padrões de conduta social imposta pelo Estado, para que seja possível a convivência dos homens em sociedade. Essas normas são fórmulas de agir, determinações que fixam as pautas do comportamento interindividual.²⁶

Herbert Hart distinguia duas categorias de normas jurídicas: as normas de estrutura e as normas de conduta. As primeiras disciplinam a produção das próprias normas jurídicas; as segundas, as condutas que as pessoas devem ou não adotar.²⁷

Importa para o desiderato do presente tópico as normas de conduta. Estas possuem duas partes em sua estrutura lógica: a norma primária e a norma secundária. A norma primária prescreve uma conduta às pessoas que se enquadrem na situação de fato nela descrita;

25 *A Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 72.

26 NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 99/100.

27 HART, Herbert L. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p.89/109.

a secundária impõe uma consequência ao descumprimento da conduta devida.²⁸

A conduta (ação ou omissão) contrária ao mandamento da norma jurídica é o ilícito.²⁹

A sanção jurídica pode ser caracterizada como a consequência, prevista na norma secundária, da inobservância da conduta prescrita na norma primária. É a direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, determinada pela norma jurídica a um comportamento proibido nela previsto, comissivo ou omissivo, dos seus destinatários.³⁰

Partindo-se desse referencial de natureza dogmática, cabe verificar em que se constitui a transgressão disciplinar (espécie de ilícito administrativo disciplinar) e a punição militar (espécie de sanção administrativa disciplinar).

3.1 TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR (ILÍCITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR)

Dado o fato de ser o ilícito uma categoria jurídica, ou seja, noção da teoria geral do Direito, não resta válido o reconhecimento de diferenças ontológicas entre as suas várias espécies.³¹

No entanto, o ilícito administrativo pode ser diferenciado do ilícito penal pelo regime jurídico aplicável. Nesse sentido, o manifesto entendimento de Régis Fernandes de Oliveira:

Inexistindo diferença ontológica entre crime, contravenção e infração e entre pena e sanção, deve o jurista buscar, em dado formal, o critério diferenciador. Crime e contravenção são julgados por órgão jurisdicional, enquanto a infração, por órgão administrativo. A decisão jurisdicional tem eficácia própria de coisa julgada, enquanto que a decisão administrativa tem caráter tão-só de estabilidade, é presumidamente legal, imperativa, exigível e executória. Crime e contravenção são perquiríveis através da polícia judiciária e devem submeter-

28 BOBBIO, Norberto. *O positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 156.

29 VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 29.

30 FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 25.

31 Nelson Hungria afirmava que "a ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência é o dever jurídico. Assim, não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critérios de conveniência ou de oportunidade, afeitos à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço". *Ilícito administrativo e ilícito penal*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, nº 01, p 24.

se a processo próprio previsto pela legislação processual; a infração é apurável por qualquer forma de direito, desde que prevista em lei, independentemente de rigorismo formal, à maneira do processo civil ou penal. Em suma, o fundamental para distinção é o regime jurídico e, em especial, a eficácia jurídica do ato produzido.³²

No mesmo critério de distinção – regime jurídico – segue Daniel Ferreira³³ anotando que “*o fator de discriminação entre os ilícitos penal e administrativo está no específico regime jurídico a que se subordina a sanção correspondente. Sendo esta uma pena, configurará um delito a conduta efetivamente praticada; ao contrário, sendo sanção administrativa, uma anterior infração ter-lhe-á dado ensejo*”. Na concepção desse autor, ilícito administrativo é “*o comportamento voluntário, violador da norma de conduta que o contempla, que enseja a aplicação, no exercício da função administrativa, de uma direta e imediata consequência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo*”.

Júlio Fabrini Mirabete chega à mesma conclusão ao diferenciar o ilícito penal do ilícito civil:

Não existe diferença de natureza, ontológico, entre crime (ilícito penal) e ilícito civil, pois ambos ferem o ordenamento jurídico. Ocorre que, entendendo o legislador que determinados fatos antijurídicos não atingem bens jurídicos tão relevantes que devem ser protegidos pela lei penal, não os eleva à categoria de ilícito penal. Resulta, pois, que a única diferença entre o ilícito penal e o ilícito civil é meramente formal, ou seja, aquela estabelecida pela lei penal. Estabelece o legislador, através das figuras penais, quais os ilícitos que devem ser reprimidos através de sanções penais, prevendo-os como ilícitos penais, enquanto os demais estarão sujeitos apenas às sanções civis (indenização, restituição, multa civil etc.), administrativas (suspensão e demissão de funcionário etc.), tributárias (multa tributária, acréscimos etc.) etc. Estes serão então ilícitos civis, administrativos, tributários etc.³⁴

No âmbito do direito militar, o Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80) dispõe no artigo 42, que a violação das obrigações ou dos

32 *Infrações e Sanções Administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 32.

33 *Sanção Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 60/63.

34 *Manual de Direito Penal*. vol. I, São Paulo: Atlas, 1998, p. 97.

deveres militares, poderá constituir crime, contravenção ou transgressão disciplinar, de acordo com o previsto nos regulamentos e leis militares.

De seu turno, o artigo 46 do mesmo diploma legal estipula que cabe ao Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001/69, atualizado pela Lei nº 6.544/78) relacionar e classificar os crimes militares em tempo de paz e em tempo de guerra; e o artigo 47 determina que cabe aos regulamentos disciplinares das Forças Armadas especificar e classificar as contravenções ou transgressões disciplinares.

Com fundamento nos dispositivos acima referidos, o Poder Executivo elaborou diversos regulamentos, em linhas gerais iguais e em determinadas situações muito diferentes, em razão da natureza da atividade desempenhada por cada Força Militar: o Regulamento Disciplinar do Exército - RDE (aprovado pelo Decreto nº 4.346, de 26/08/2002), o Regulamento Disciplinar da Marinha - RDM (aprovado pelo Decreto nº 88.545, de 26/07/1983), o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica - RDAer (aprovado pelo Decreto nº 76.322, de 22/09/1975) e outros específicos para as Forças Auxiliares.

Segundo o artigo 14 do RDE, a transgressão disciplinar caracteriza-se como “*toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe*”.

Em resumo, com o cometimento de uma transgressão disciplinar surge para a Administração Pública Militar o poder-dever de punir o transgressor, aplicando-lhe uma punição, para que este não volte a violar os princípios da hierarquia e da disciplina.

3.2 – Punição disciplinar (sanção administrativa disciplinar)

De igual modo, muito embora sejam ontologicamente idênticas, a sanção penal e a sanção administrativa possuem regime jurídico próprio, divergindo a doutrina apenas quanto ao fundamento da distinção.

Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello³⁵ e Marcelo Caetano,³⁶ a sanção administrativa e a sanção penal não se confundem. Na opinião destes autores, a sanção penal visa punir atos contrários aos interesses sociais, enquanto a sanção administrativa visa os atos da atividade administrativa. A distinção, portanto, estaria no fundamento da responsabilidade, tendo em vista o bem jurídico ofendido.

Por outro lado, a sanção administrativa pode ter uma finalidade disciplinar, atingindo o comportamento de indivíduos sujeitos a especial relação de submissão com o Estado, que resulte danosa ao

35 *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 501.

36 *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 388/389.

bom andamento das atividades administrativas, surgindo, assim, a denominada sanção disciplinar.³⁷

No direito militar, a sanção administrativa disciplinar recebe a denominação de punição disciplinar. Pelo disposto no artigo 24 do RDE, as punições disciplinares a que estão sujeitos os militares são, em ordem de gravidade crescente: i) advertência; ii) impedimento disciplinar; iii) repreensão; iv) detenção disciplinar; v) prisão disciplinar; e vi) licenciamento e a exclusão a bem da disciplina.

Denota-se, portanto, que ao contrário do que ocorre com o servidor civil, o militar, dependendo do grau da transgressão disciplinar praticada, poderá ter o seu direito de liberdade restringido, ficando detido em cela existente na Organização militar na qual se encontra subordinado.

4 A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA TIPICIDADE NA TRANSGRESSÃO E NA PUNIÇÃO DISCIPLINAR

A diversidade de regimes jurídicos penais e administrativos em seu aspecto formal e substancial demonstra a inexistência de um unitário *ius puniendi* estatal. Por essa razão, considera-se um erro grave simplesmente transportar princípios de direito penal para o âmbito dos ilícitos e sanções administrativas sem as devidas adaptações. Nesse sentido, destaca-se a lição de Fábio Medina Osório estampada nos seguintes termos:

“O direito administrativo veicula suas normas com finalidades e objetivos restritos ao campo de incidência que lhe é próprio. O direito penal tem um campo de incidência teoricamente mais amplo. O direito administrativo pode ser aplicado por autoridades administrativas ou judiciais, sendo estas pertencentes à esfera extrapenal. Já o direito penal depende dos Juízes com jurisdição penal. O elemento formal da sanção administrativa é o processo, judicial ou administrativo, extrapenal. O elemento formal das sanções penais é o processo penal. Esses veículos processuais são substancialmente distintos. A interpretação penal é distinta da interpretação administrativa. Distintos são os princípios que presidem uma e outra política repressiva, tendo em conta a radicalidade maior do direito penal, que possui a potencialidade de privar o ser humano de sua liberdade. O princípio da intervenção mínima

37 Para Marcelo Caetano, as sanções disciplinares têm por fim imediato defender o serviço da indisciplina e melhorar o seu funcionamento e eficiência, mantendo-se fiel aos seus fins. Op. cit., p. 402.

é mais acentuado no direito penal. O interesse público possui alcance e uma importância radicalmente maior no Direito Administrativo do que no direito penal”.³⁸

Para Rafael Munhoz de Mello,³⁹ há uma diferença crucial entre o fenômeno punitivo penal e o administrativo: o primeiro decorre do exercício da função jurisdicional, enquanto o segundo é praticado no exercício da função administrativa. As peculiaridades de cada qual, conclui o referido autor, impede que seja dado o mesmo tratamento jurídico à manifestação do *ius puniendi* no âmbito do direito penal e no do direito administrativo.

A doutrina clássica do direito administrativo corrobora esse entendimento, tendo em vista, notadamente, o conteúdo finalístico de ambas. Segundo Hely Lopes Meirelles,⁴⁰ não se deve confundir o poder disciplinar da Administração Pública como o poder punitivo do Estado, realizado através da Justiça Penal. O poder disciplinar é exercido como faculdade punitiva interna da Administração e, por isso mesmo, só abrange as infrações relacionadas com o serviço; a punição criminal é aplicada com finalidade social, visando à repressão de crimes e contravenções definidas nas leis penais, e por esse motivo é realizada fora da Administração ativa, pelo Poder Judiciário.

Decerto que essas diferenças não podem significar uma total ausência de submissão a certos princípios gerais de direito público punitivo decorrentes do Estado Democrático de Direito.⁴¹ Esclareça-se, porém, que esses princípios do regime jurídico sancionador devem ser aplicados de modo peculiar, com certa relativização, no âmbito das relações de especial sujeição, ante a necessidade de proteção de uma ordem administrativa interna, de valores de hierarquia, subordinação, coordenação entre os múltiplos funcionários públicos ou tutela de peculiares deveres profissionais.

38 *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 117.

39 *Sanção Administrativa e princípio da legalidade*. In FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.), *Devido Processo Legal na Administração Pública*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 157.

40 *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 116.

41 Nesse sentido Daniel Ferreira consigna: “O que não se pode logicamente negar, pois, é a existência de um mínimo regime jurídico sancionador, afeto à própria Teoria Geral do Direito e à noção de função pública, através do qual, independentemente da natureza da sanção (penal ou administrativa), reconhecem-se alguns princípios como sendo de congente aplicação”. *Sanções Administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 86. Anote-se em abono a esse entendimento, a lição de Rafael Munhoz de Mello: “Os princípios que regem o poder punitivo do Estado, que devem ser observados quando da aplicação das sanções penais e administrativas, não são os do direito penal, mas sim os que decorrem do Estado de Direito.” *Sanção Administrativa e princípio da legalidade*. In FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.), *Devido Processo Legal na Administração Pública*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 157.

Com efeito, na função militar, particularmente, a relativização dos princípios sancionadores se acentua, por conta da proteção a valores morais e cívicos, próprios da atividade militar, e em razão dos rígidos princípios da hierarquia e da disciplina a que estão submetidos os membros das Forças Armadas e Forças Auxiliares.

4.1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA FUNÇÃO MILITAR

O princípio da legalidade no Estado Democrático de Direito, garante que a ninguém será imposta uma obrigação (fazer ou não fazer) sem prévia cominação legal – artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal.

No regime jurídico penal, somente uma lei formal, ou seja, aquela decorrente de um processo legislativo próprio pode estipular, a princípio, quais serão as condutas proibidas ou obrigatórias impostas ao particular.

No regime jurídico administrativo, o princípio da legalidade encontra-se expressamente previsto no artigo 37 da Constituição Federal, significando que a Administração Pública é uma atividade que se desenvolve debaixo da lei, na forma da lei, nos limites da lei e para atingir fins assinalados pela lei. Em outras palavras, a Administração Pública só pode fazer o que a lei autoriza, diferentemente do particular que pode fazer tudo o que a lei permite e o que ela não proíbe.⁴²

A adstrição da legalidade ao campo do regime disciplinar consiste em saber se há necessidade ou não de reserva de lei em sentido estrito (formal e material) para a definição de infrações e respectivas sanções, especialmente aquelas decorrentes da relação de especial sujeição Estatal.

A esse respeito, a doutrina clássica alemã do início do século XX, refutava a aplicação do princípio da legalidade nas relações de especial sujeição. Segundo Ernest Forsthoff,⁴³ nas relações externas aplica-se o princípio da legalidade na hipótese de atingir a liberdade ou propriedade do administrado, podendo ocorrer a complementação da lei por meio de atos regulamentares. Por outra parte, na relação interna (considerada aquela em que o particular se encontra no interior da Administração),

42 Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari recordam que “*existe uma enorme e, até mesmo, paradoxal diferença entre as relações jurídicas de direito público e as relações jurídicas de direito privado: os particulares agem com ampla liberdade, mas são desprovidos de poderes e prerrogativas; a Administração Pública é detentora de poderes e prerrogativas, mas não tem liberdade. Enquanto os particulares podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração Pública somente pode fazer o que a lei determina*”. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 55.

43 *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 185/191.

como o próprio administrado, voluntariamente, renuncia ao seu *status* geral de liberdade e submete-se às obrigações e às limitações das relações especiais, o problema não se põe, podendo o Estado regular a relação por meio de atos subalternos da lei.

Posteriormente, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha reconheceu, em decisão de 14/03/72, a necessidade da aplicação do princípio da reserva legal nas relações de especial sujeição. Porém, o Tribunal ressaltou expressamente as peculiaridades que esse vínculo apresenta em determinados casos, podendo as restrições existirem independentemente da reserva legal, desde que indispensáveis e proporcionais aos fins públicos visados: “*as restrições a direitos de titulares que se inserem em relações de sujeição especial devem ser indispensáveis e adequadas a promover a finalidade a que se destinam.*”⁴⁴

Recorde-se que desse entendimento surgiu a classificação dos regulamentos, quanto à matéria que tratam, em regulamentos administrativos e regulamentos jurídicos. Regulamentos administrativos são os que regulam a organização administrativa e, por conseguinte, os que se aplicam dentro do âmbito de uma especial relação de poder. Regulamentos jurídicos são, pelo contrário, os que regulam ou estabelecem direitos ou impõem deveres no âmbito de uma relação de supremacia geral, ou seja, a estabelecida entre a Administração Pública e o conjunto de cidadãos.

A respeito dessa distinção entre regulamento administrativo e regulamento jurídico, bem como a sua relação com o princípio da reserva legal, com pertinência ensina o publicista hispânico Ramón Parada:⁴⁵

esta distinción reveste importancia con el principio de reserva de Ley: mientras que los reglamentos jurídicos, por afectar en último término a la propiedad y libertad o a los contemidos tradicionales del Derecho privado, sólo se admitem en desarrollo de una ley previa, o do que es lo mismo, necesitan de una ley habilitante, los reglamentos administrativos, por el contrario, se entiende que inciden en un ámbito doméstico de la Administración y por ello sólo tienen que respectar el principio da reserva formal de ley, esto es, no contradicer su regulación, si existe esta norma superior.

Em outros países do continente europeu, de tradição jurídica romano-germânica, o entendimento é semelhante. Na Espanha, por exemplo, o artigo 25 da Constituição Federal de 1978 impõe a

⁴⁴ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos, 2006, p. 226.

⁴⁵ *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 65/66.

observância do princípio da legalidade em matéria penal e administrativa, nos seguintes termos: *“nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente.”*

No entanto, Ramón Parada⁴⁶ e Alejandro Nieto⁴⁷ recordam que o Tribunal Constitucional interpretou o termo “legislação” em matéria de sanções administrativas, com um distinto alcance. Entendeu o Tribunal Constitucional que no âmbito administrativo não é necessária uma reserva absoluta de lei, bastando uma “cobertura legal”. A diferença entre princípio de reserva absoluta de lei – que opera em matéria penal – e de cobertura legal – aplicável às sanções administrativas – é que, no primeiro caso, a lei legitimadora tem de cobrir por inteiro tanto a previsão da penalidade como a descrição da conduta ilícita (tipicidade) sem possibilidade de completar essa descrição por um regulamento; enquanto que o princípio da cobertura legal das sanções administrativas somente exige cobrir com lei formal uma descrição genérica das condutas sancionáveis, as classes e os limites das sanções, mas com possibilidade de remeter à potestade regulamentar a descrição pormenorizada das condutas ilícitas.

No Brasil, o entendimento teórico-doutrinário sobre o tema segue a mesma orientação do direito comparado.

Rafael Munhoz de Mello admite o “afrouxamento” do princípio da legalidade na imposição de infrações administrativas, quando seja *“impossível ao legislador esgotar a disciplina legal de uma determinada matéria, pela absoluta imprevisibilidade de todas as obrigações que se podem impor aos particulares, ou em que tal esgotamento seja prejudicial às atividades da Administração Pública”*.⁴⁸

Na opinião de Heraldo Garcia Vitta⁴⁹ e Edilson Pereira Nobre Júnior,⁵⁰ deve-se verificar a intensidade do liame que liga o particular à Administração Pública. Apenas nos casos cuja ligação se dá “intimamente” à ordem administrativa, teremos a mitigação do princípio da legalidade. Assevera Vitta, que em relação aos militares, além da relação de grande intensidade que os liga ao Estado, o regime peculiar, rígido, organizativo, de sacrifícios incomensuráveis em prol do

46 Op. cit., p. 499/504.

47 *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos, 2006, p. 229-230.

48 *Sanção Administrativa e princípio da legalidade*. In FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.), *Devido Processo Legal na Administração Pública*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 174 e ss.

49 *A Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 78/79.

50 *Sanções administrativas e princípios de direito penal*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n° 219, jan./mar., p. 135.

país, indica a necessária liberdade da Administração para, mesmo sem lei formal, definir as infrações e impor penalidades administrativas.

No mesmo sentido, a doutrina especializada de José da Silva Loureiro Neto, que ao apontar as diferenças entre o crime militar e as infrações disciplinares, assevera que:

enquanto no ilícito penal, em virtude do princípio da reserva legal consubstanciado no *nulum crimen, nulla poena sine lege* é de interpretação restritiva, rigorosamente prevista em lei, cujas sanções são manifestações do poder jurisdicional visando o interesse social, o ilícito disciplinar, ao contrário, não está sujeito ao princípio da legalidade, pois seus dispositivos são até imprecisos, flexíveis, permitindo à autoridade militar maior discricionarismo no apreciar o comportamento do subordinado, a fim de melhor atender os princípios de oportunidade e conveniência da sanção a ser aplicada, inspirada não só no interesse da disciplina, como também administrativo.⁵¹

Conclui-se, portanto, que no âmbito das relações que se travam entre Administração Pública e militar, a aplicação do princípio da legalidade pode e deve ser mitigado, tendo em conta a natureza de suas funções.

4.2 - O princípio da tipicidade na função militar

A teoria da tipicidade, normalmente estudada pela doutrina penalista, é considerada um corolário e uma garantia da legalidade. Pode ser definida como a qualidade da norma de estabelecer, previamente, a conduta taxativa a respeito do qual se atribuirá uma determinada sanção, de maneira a permitir ao transgressor saber qual a específica consequência de seu comportamento. Contudo, tal e qual na legalidade, a tipicidade penal não se equipara à tipicidade das infrações administrativas.

A base constitucional da tipicidade penal está prevista no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, prevendo que “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”. Observa-se inicialmente que a norma constitucional nada menciona a respeito de sanções administrativas disciplinares. Trata a norma apenas de crime (ilícito penal) e pena (sanção penal).

51 *Direito Penal Militar*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 26.

A esse respeito, assevera Hely Lopes Meirelles⁵² que não se aplica no poder disciplinar o princípio da pena específica que domina inteiramente o Direito Criminal comum, ao afirmar a inexistência da infração penal sem prévia lei que a defina e opere. Segundo o publicista, esse princípio não vigora em matéria disciplinar, razão pela qual o administrador, no seu prudente critério, tendo em vista os deveres do infrator em relação ao serviço e verificando a falta, aplicará a sanção que julgar cabível, oportuna e conveniente, dentre as que estiverem enumeradas em lei ou regulamento para a generalidade das infrações administrativas.

Com similar entendimento, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello conclui que:

não se pode aplicar sanção aos particulares, em geral, sem previsão legal; ao contrário, independem dela as impostas aos servidores públicos, sejam agentes públicos integrados na organização administrativa, sejam particulares colaborando com a Administração Pública, nos termos legais, como delegados ou prestacionistas de serviço.⁵³

Ainda sobre o assunto Marcelo Caetano assim pontifica:

Enquanto o ilícito criminal se traduz na formulação exata e precisa da conduta proibida, originando tipos legais de infração fora de cujo esquema não é admissível a punibilidade, é disciplinarmente ilícita qualquer conduta do agente que transgrida a concepção dos deveres funcionais válida para as circunstâncias concretas da sua posição e atuação. Pode normalmente ser qualificada como infração disciplinar qualquer conduta de um agente que caiba na definição legal: a infração disciplinar é atípica. Só em certos casos a lei define as condições de existência da infração, criando então um tipo.⁵⁴

Inobstante as referidas considerações, não seria adequada a existência de absoluta atipicidade em matéria administrativa, em decorrência do novo modelo Estatal inaugurado com a Constituição Federal de 1988. Admite-se, isso sim, um “abrandamento” do tipo

52 *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 117.

53 *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 501.

54 *Princípios fundamentais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 395.

administrativo em razão da natureza do vínculo que une a Administração Pública ao militar.

Dessa forma, verifica-se que no regime de sujeição especial, a tipicidade administrativa opera de modo peculiar. Neste regime, haverá um espaço maior para estipulação de ilícitos, como bem adverte Daniel Ferreira nos seguintes termos:

Conquanto no regime de sujeição geral exige-se lei formal estipulando as infrações e cominando as respectivas sanções, não nos parece que tamanho rigor seja de se exigir para a imposição de sanções decorrentes de um peculiar regime de sujeição. Em ambos, entretanto, sempre haveria a imprescindibilidade de lei para estipulação de infrações e das respectivas sanções. No caso de haver um especial liame firmado com o particular a obrigatoriedade reportar-se-ia apenas a uma lei autorizando referida possibilidade, e não necessariamente a uma tipificação legal.⁵⁵

Heraldo Garcia Vitta⁵⁶ caminha no mesmo passo, reconhecendo um abrandamento no tipo administrativo na relação especial de sujeição, com a utilização de conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais, desde que observados alguns limites, a fim de adequar o interesse público com a liberdade dos indivíduos.

Pode ocorrer, por outro lado, o que García de Enterría e Tomás-Ramon⁵⁷ denominam de deslegalização em matéria reservada. Essa técnica legislativa significa que o legislador abre mão de sua própria competência, possibilitando uma regulação administrativa independente e desvinculada da lei. Contudo, asseveram os doutrinadores espanhóis que em matéria sacionadora administrativa não cabe uma deslegalização completa, de modo que a lei possa abrir espaço para uma atuação administrativa inferior arbitrária e ilimitada, sem o necessário suporte para restringir liberdades individuais.

55 *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 96.

56 *A Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 94. Os limites referidos pelo autor podem ser assim resumidos: a) utilização dos conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais, apenas quando houver a impossibilidade de o legislador prever todos os comportamentos que possam ser sancionados; b) somente a lei formal, editada pelo Legislativo, poderá conter conceitos indeterminados e cláusulas gerais, a fim de garantir um mínimo de segurança aos indivíduos ligados à Administração; c) a lei, ao utilizar conceitos abertos ou indeterminados, ou cláusulas gerais, deverá determinar, taxativamente, as sanções correlatas; e por fim, d) a lei deverá restringir o alcance das palavras plurissignificativas. Op. cit., p. 93.

57 *Curso de Derecho Administrativo*. Vol I. Madrid: Civitas Ediciones, 2000, p. 273.

Conclui-se, portanto, que a tipicidade da transgressão e da punição militar comporta legítima outorga legislativa, explícita ou implícita, de certa parcela de discricionariedade, manifestada por conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, conferindo amplos espaços à autoridade julgadora. Nessa medida, os regulamentos funcionam como atos integradores das “normas em branco”, permitindo a autoridade administrativa uma dinâmica própria.⁵⁸

Assim sendo, no âmbito da relação de especial sujeição estatal em que se encontram os militares, admite-se uma tipicidade proibitiva mais ampla e genérica para a transgressão e a punição disciplinar. O erro é tratado com maior rigor, os princípios são aplicados de forma mitigada, sem que isso implique violação ao seu núcleo básico. Daí que a relativização do alcance da reserva de lei em matéria disciplinar militar encontra-se plenamente justificada.

Reconhece-se essa opção do legislador brasileiro quando, mediante lei formal (Lei nº 6.880/80 - Estatuto dos Militares) conferiu à autoridade militar uma ampla margem de discricionariedade, na medida em que utilizou na estatuição das transgressões disciplinares, conceitos jurídicos altamente indeterminados e cláusulas gerais amplas, *v.g.*, honra, pudor e decoro.⁵⁹

De igual modo, percebe-se que o legislador procedeu a uma deslegalização parcial, ao determinar no artigo 47 do referido Estatuto, que a estatuição e classificação das transgressões disciplinares e aplicação das sanções ficaria a cargo de cada Força Singular. Observe-se que a deslegalização não foi completa, uma vez que a tipificação das condutas ilícitas foi genericamente prevista em lei. Ao assim proceder, o legislador atentou para as complexidades técnicas de cada Força Singular e as especificidades do vínculo que se estabelece entre cada uma delas com os seus respectivos integrantes.

5 CONCLUSÃO

Diante das precedentes considerações dogmáticas e legais, pode-se constatar que o atual Regulamento Disciplinar do Exército (Decreto

58 OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 206. Segundo o mesmo autor, não é possível e, tampouco recomendável, permitir ou ordenar comportamentos administrativos com suporte em normas de elevada indeterminação e grande generalidade, pois se assim fosse se estaria burlando exigência material de submissão do administrador público aos limites do legislador. De modo diverso, o sancionamento e a tipificação das condutas socialmente patológicas e atentatórias aos princípios que regem a administração pública são admissíveis através da utilização adequada das cláusulas gerais. *Op. cit.*, p. 216/127.

59 Vide artigos 27 a 41 da Lei nº 6.880/80.

nº 4.346, de 26 de agosto de 2002) encontra-se perfeitamente compatível com a ordem constitucional inaugurada em 1988.

A uma, pelas características da função militar, destacando especialmente a vinculação de toda atividade aos princípios da hierarquia e disciplina, bem como a necessidade, decorrentes destes princípios, do aplicador do direito realizar uma interpretação sistemática da Constituição de modo a ponderar de modo racional os diversos valores consagrados no ordenamento jurídico, tais como os expressos nos artigos artigos 5º, inciso LXI, inciso XXXIX; 84, inciso VI, alínea 'a' e inciso XIII; e 142, *caput*, e § 2º.

A duas, em razão do vínculo de especial sujeição que se estabelece entre a Administração e os militares, agravado pelos deveres de obediência aos princípios da disciplina e da hierarquia, das vedações constitucionais, e dos deveres e obrigações previstas no seu estatuto funcional, admitindo-se com isso uma legalidade e tipicidade proibitiva mais flexível para a transgressão e a punição disciplinar.

A três, pela existência no ordenamento jurídico brasileiro da “cobertura legal” de que fala a Corte Constitucional espanhola, conforme se infere do artigo 47 da Lei nº 6.880/80 – Estatuto dos Militares.

A quatro, pelos precedentes jurisprudenciais que trataram de hipóteses semelhantes no controle incidental de constitucionalidade, podendo-se indicar os seguintes: STF AgRegAg 402.493-1 Rel. Min. Sepúlveda Pertence; STJ MS 9710/DF, Rel. Min. Laurita Vaz; TRF2 HC 172/RJ, Rel. Des. Paulo Espírito Santo.

E, ao final, por uma questão lógica e prática: o atual Regulamento Disciplinar do Exército é mais consentâneo com os direitos e garantias fundamentais do militar do que o anterior regulamento.⁶⁰

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Barcelona: Bosh, 1970.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, 5º vol. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

60 ASSIS, Jorge César de. *Curso de Direito Disciplinar Militar*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 104-105.

- CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- DUARTE, Antônio Pereira. *Direito Administrativo Militar*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996.
- FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Vol. 2. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I. Madrid: Civitas Ediciones, 2000.
- HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- HUNGRIA, Nelson. *Ilícito Administrativo e Ilícito penal*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, nº 1, pp. 24-31.
- LAZZARINI, Álvaro. *Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito Penal Militar*. São Paulo: Atlas, 2001.
- MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires: Depalma, 1949.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Sanção Administrativa e o Princípio da Legalidade*. In FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.), *Devido Processo Legal na Administração Pública*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. Vol. 1. 14ª Edição. São Paulo: Atlas, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos, 2006.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Sanções Administrativas e princípios de direito penal*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, nº 219, jan./mar., pp. 127-151, 2000.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo*. vol. I e II. Madrid: Marcial Pons, 2000.

Presidência da República – Estado Maior das Forças Armadas. *Conheça suas Forças Armadas*. Brasília, 1996. Disponível em: <<http://www.defesa.gov.br>>

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O servidor público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

VITTA, Heraldo Garcia. *A Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.



DO ATENDIMENTO MÉDICO-HOSPITALAR AOS EX-COMBATENTES: UMA SUCESSÃO DE EQUÍVOCOS

Reis Friede¹

Desembargador Federal

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFRJ

Mestre e Doutor em Direito.

SUMÁRIO: 1 Do Conceito Jurídico de “Ex-Combatente”; 2 Dos Pedidos Autorais de Assistência Médico-Hospitalar Gratuita Relativa A Ex-Combatentes (Incluindo Pensionistas e Dependentes); 3 Dos Benefícios (Excepcionais) Concedidos aos Ex-Combatentes; 3.1 Da Auto-Applicabilidade do Regramento Normativo-Constitucional Esculpido no Art. 53 do Adct.; 4 Dos Conceitos Básicos Relacionados à Assistência Médico-Hospitalar Prestada aos Militares e seus Dependentes; 4.1 Do Estatuto dos Militares. 4.2 Do Decreto nº 92.512/86. 4.3 Da Lei nº 5.315/67; 5 Da Síntese Legislativa Pertinente À Matéria; 6 Dos Benefícios Concedidos aos “Combatentes”; 6.1 Dos Recursos Financeiros; 7 Da Umbilical Relação entre os Recursos Financeiros Orçamentários e Extra-Orçamentários; 8 Da Necessária Efetividade das Decisões Sentenciais do Poder Judiciário; 9 Da Síntese Conclusiva.

¹ Autor de 34 livros jurídicos e de segurança internacional, destacando-se “Curso de Ciência Política e de Teoria Geral do Estado” 3ª ed., FU, RJ, 2006.

RESUMO: garantia da assistência médico-hospitalar absolutamente gratuita aos denominados ex-combatentes da Segunda Grande Guerra (incluindo seus dependentes e pensionistas), concedida por decisões judiciais genéricas, é um dos mais sérios e persistentes equívocos jurisprudenciais construídos pelo Poder Judiciário em razão do notório descompasso interpretativo em relação à correta exegese dos dispositivos constitucionais (e também infraconstitucionais) que regulam a matéria, a qual pode vir a acarretar futuramente a inviabilidade do próprio sistema de saúde das Forças Armadas, tornando-o, em última análise, totalmente ineficaz, sob a ótica econômico-financeira, para o seu fim precípua, ou seja, a prestação do atendimento médico-hospitalar, não somente para os próprios militares da ativa e da inatividade (seus pensionistas e dependentes), mas como bem assim para os próprios ex-combatentes e seus respectivos pensionistas e dependentes, em prejuízo final de toda a Sociedade brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Ex-combatente. Assistência médico-hospitalar gratuita. Art. 53 do ADCT. Lei n. 5.315/67. Equívoco jurisprudencial. Incorreta Interpretação da legislação.

Um dos mais sérios e persistentes equívocos jurisprudenciais construídos pelo Poder Judiciário, em nosso particular entender, tem sido, data máxima vênia, o persistente tratamento jurídico *anti-isonômico* e, mesmo *ilegal* (no que concerne à correta hermenêutica normativa), que as mais variadas instâncias do Judiciário Federal insistem em outorgar aos denominados *ex-combatentes* da Segunda Grande Guerra (incluindo seus dependentes e pensionistas), em notório descompasso interpretativo em relação à correta exegese dos dispositivos constitucionais (e também infraconstitucionais) que regulam a matéria *sub examen*.

1 DO CONCEITO JURÍDICO DE "EX-COMBATENTE"

Para a melhor compreensão do assunto epigrafiado, - permitindo a necessária reflexão de tão importante tema -, oportuno se faz esclarecer, inicialmente, que três diferentes categorias de cidadãos brasileiros tiveram o privilégio de lutar pela defesa da liberdade (bem como da dignidade humana relativa à cidadania), representando o Brasil nos campos de batalha, na Europa, por ocasião da Segunda Guerra Mundial:

- a) *militares de carreira* que já ostentavam tal condição, anteriormente à eclosão do conflito bélico;
- b) *civis* que, convocados para a defesa da Pátria, no contexto da aliança democrática ocidental, resolveram, ao término das operações, *permanecer nas Forças Armadas*, tornando-se *militares* para todos os efeitos legais; e
- c) *civis* que, igualmente convocados para a sublime missão de proteger os interesses nacionais no exterior, retornaram à vida civil, imediatamente após a vitória aliada nos campos de batalha.

As duas primeiras categorias constituem-se no que se convencionou definir por "*combatentes*" (no primeiro caso, *combatentes originários* e, na segunda hipótese, *combatentes derivados*), considerando, sobretudo, o fato de que, - mesmo após o término das hostilidades -, esses brasileiros continuaram à disposição do Estado (e, por consequência, da sociedade brasileira) para pronto-emprego em eventuais novos conflitos bélicos, ao passo que a terceira categoria de cidadãos brasileiros é definida como *ex-combatentes*, sendo certo, por obra do óbvio, que apenas esta específica parcela de cidadãos pode corretamente ser enquadrada na precisa (e restritiva) definição técnico-jurídica de *ex-combatentes*.

Destarte, apenas e tão-somente esta mencionada terceira categoria de patrícios, denominada *ex-combatentes*, pode, assim

considerada, ser enquadrada no contexto restritivo dos excepcionais direitos conferidos pelo art. 53 do ADCT da CRFB/88, considerando, particularmente, que a correta hermenêutica constitucional preleciona a insuperável impossibilidade de se conferir interpretação extensiva a regras que estipulam direitos especiais e excepcionais.

Tal observação se faz necessária, porquanto diversos Julgadores, e mesmo alguns Tribunais, vêm, *data maxima venia*, aplicando o mencionado dispositivo constitucional, outorgante de direitos especiais aos *ex-combatentes*, para também beneficiar os chamados *combatentes derivados*, ou seja, os cidadãos civis que, convocados e participantes efetivos das operações bélicas em solo italiano, resolveram permanecer nas fileiras das Forças Armadas até a sua correspondente passagem para a reserva remunerada e posterior reforma.

Ainda que tais decisões estejam sendo rapidamente reformadas pelas instâncias superiores, como demonstram os mais diversos julgados, *verbis*:

[...] *O ADCT/88, art. 53, caput, não conceitua o ex-combatente, deixando para a Lei 5.315/67 defini-lo. É na Lei 5.315/67, portanto, que se deve buscar o conceito de ex-combatente que fará jus aos benefícios inscritos nos incisos do citado art. 53, ADCT. A questão, pois, de índole infraconstitucional, não integra o contencioso constitucional. [...]* (STF, AI-AgR/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 03/12/2004)

[...] *Nos termos do artigo 1º da Lei 5.315, de 12 de setembro de 1967, o militar insere-se no conceito de ex-combatente para fins de percepção da pensão especial, tão-somente na hipótese em que tenha licenciado do serviço ativo e retornado à vida civil de forma definitiva. Se permaneceu na vida castrense, seguindo carreira até a reserva remunerada, não há direito ao benefício previsto no art. 53, inciso II, do ADCT.* (STJ, 5ª Turma, REsp 628.314/RS, Rel. Min. Felix Fisher, unânime, DJ 28.06.2004, p. 416.)

[...] *Nos termos do artigo 1º da Lei nº 5.315, de 12 de setembro de 1967, o militar insere-se no conceito de ex-combatente para fins de percepção da pensão especial tão-somente na hipótese em que tenha licenciado do serviço ativo e retornado à vida civil de forma definitiva; caso tenha permanecido na vida castrense, seguindo carreira até a reserva remunerada, não há direito ao benefício previsto no art. 53, inciso II, do ADCT.*

Ademais, os artigos 1º e 6º da Lei nº 288, de 8 de Junho de 1948, com redação dada pela Lei nº 616/49, por si só, já justificariam a impossibilidade do recebimento de pensão especial de ex-combatente por militares e pensionistas de militares que não retornaram definitivamente à vida civil após o término da Segunda Guerra Mundial, pois, quando de sua transferência para a reserva remunerada ou de sua reforma, os mesmos têm direito aos benefícios garantidos nos artigos acima transcritos. [...] (TRF 2ª Região, AGT 47795/RJ, Sétima Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Sergio Schwaitzer, DJ de 15/10/2007)

[...] Nos termos do artigo 1º da Lei nº 5.315, de 12 de setembro de 1997, *o militar insere-se no conceito de ex-combatente para fins de percepção da pensão especial, tão-somente na hipótese em que tenha licenciado do serviço ativo e retornado à vida civil de forma definitiva.* (TRF 4ª Região, EIAC 200672000005997/SC, Segunda Seção, Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, DJ de 28/09/2007);

O fato por si só demonstra claramente a reduzida compreensão, pelos diversos órgãos julgadores da Justiça Federal, quanto aos inerentes meandros e, mesmo, complexidades associados à temática militar (ou ainda indiretamente relacionada com esta), permitindo, por vias transversas, constituir direitos não previstos pelo legislador constitucional ou infraconstitucional ou, em outros termos, também determinar a aplicação de reconhecidos direitos com equivocado direcionamento no que concerne ao suporte dos ônus jurídico-financeiros, como é exatamente o caso da efetivação prática da outorga do direito, aos ex-combatentes, quanto à plena gratuidade de atendimento médico-hospitalar (aos mesmos e seus dependentes) em hospitais e policlínicas das Forças Armadas.

Neste especial aspecto, resta fundamental consignar, de forma inequívoca, que as diversas conclusões sentenciais que julgaram favoravelmente as correspondentes pretensões autorais merecem ser plenamente *confirmadas*; todavia, resta esclarecer, - necessariamente -, sob fundamento diverso, com o intuito de aclarar de modo derradeiro, segundo abordado em sede dos mais variados recursos eventualmente interpostos, a responsabilidade última (e seu conseqüente suporte econômico-financeiro) pelo custeio da assistência médico-hospitalar gratuita, expressa pelo art. 53, inciso IV, do ADCT.

2 DOS PEDIDOS AUTORAIS DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR GRATUITA RELATIVA A EX-COMBATENTES (INCLUINDO PENSIONISTAS E DEPENDENTES)

Não obstante a aparente simplicidade da questão, posto que jurisprudencialmente assentada em nossos Tribunais, imperativo se faz, entretanto, pontuar algumas especificidades – e mesmo complexidades – inerentes à questão, que têm sido, *data maxima venia*, ao longo do tempo, deixadas de ser enfrentadas, em sinérgico prejuízo à necessária preservação da exata exegese interpretativa dos ditames legais envolvidos no deslinde das mais diversas lides (relativas ao tema) ainda *sub judice*.

3 DOS BENEFÍCIOS (EXCEPCIONAIS) CONCEDIDOS AOS EX-COMBATENTES

Preliminarmente, uma detalhada e aprofundada análise do art. 53, inciso IV, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da CRFB/88, se faz imprescindível *para uma correta e precisa compreensão dos excepcionais benefícios concedidos aos cidadãos brasileiros categorizados juridicamente como ex-combatentes, verbis:*

Art. 53. Ao ex-combatente que *tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial*, nos termos da Lei nº 5.315, de 12 de setembro de 1967, serão assegurados os seguintes direitos:

I - aproveitamento no serviço público, sem a exigência de concurso, com estabilidade;

II - pensão especial correspondente à deixada por segundo-tenente das Forças Armadas, que poderá ser requerida a qualquer tempo, sendo inacumulável com quaisquer rendimentos recebidos dos cofres públicos, exceto os benefícios previdenciários, ressalvado o direito de opção;

III - em caso de morte, pensão à viúva ou companheira ou dependente, de forma proporcional, de valor igual à do inciso anterior;

IV - *assistência médica, hospitalar e educacional gratuita, extensiva aos dependentes;*

V - aposentadoria com proventos integrais aos vinte e cinco anos de serviço efetivo, em qualquer regime jurídico;

VI - prioridade na aquisição da casa própria, para os que não a possuem ou para suas viúvas ou companheiras.

Parágrafo único. A concessão da pensão especial do inciso II substitui, para todos os efeitos legais, qualquer outra pensão já concedida ao ex-combatente. (grifo nosso)

Desta forma, verifica-se, à luz da cristalina interpretação do mencionado dispositivo constitucional combinado com o art. 1º da Lei nº 5.315/1967, que a intenção do legislador brasileiro foi, em última análise, “*buscar recompensar quem, enfrentando o perigo de guerra, expôs a vida em homenagem à Pátria*” (STJ – 6ª T. Recurso Especial nº 87.511/PE Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ, Seção I, 17 fev.1997, p. 2.179). Desta análise, sem muito esforço, conclui-se que o Constituinte de 1988 (mais do que os legisladores pretéritos) contemplou *os ex-combatentes e seus dependentes* com uma série de *benefícios excepcionais* que só a eles podem e devem ser aplicados, sendo certo que dentre tais benefícios, se inclui, inexoravelmente, *a concessão de assistência médica, hospitalar e educacional gratuita*, cujas duas primeiras *concessões* são objeto das mais variadas ações judiciais em curso nas diversas instâncias do Poder Judiciário Federal.

Antes de qualquer decisão precipitada, contudo, mister se faz oportuno pontuar que, da correta interpretação dos dispositivos suscitados em análise, emerge necessariamente uma consequência lógica e insuperável, - também -, que advinda, vale ressaltar, da mesma aplicação do mencionado diploma legal se traduz, em última instância, pela insuperável *vinculação do pagamento da aludida pensão especial ao correspondente recurso orçamentário destinado ao Ministério da Defesa*. Na prática, resta concluir, esta ação resultou na indireta vinculação da categoria especial de cidadão denominada ex-combatente, - *categoria composta por não militares* -, às Forças Armadas.

Vale frisar, em necessária adição, que esta *vinculação* ensejou, inicialmente, uma compreensão conclusiva, apressada e superficial, segundo a qual os *ex-combatentes*, seus dependentes e pensionistas *ostentavam efetivo direito ao benefício da assistência médico-hospitalar, quando atendidos nos hospitais e policlínicas militares* e, especialmente, *de forma plena e absolutamente gratuita*. Ou seja, *ensejou um direito que nem*

os militares, e tampouco os seus dependentes, possuem originariamente. Este benefício, por via de consequência, aplicado aos ex-combatentes, seus dependentes e pensionistas, como não poderia deixar de ser, ocasionou, e continua a ocasionar, irreversível impacto negativo aos serviços de saúde prestados aos militares, seus dependentes e pensionistas (além de outros beneficiários legais), os quais, frise-se, foram criados originariamente para atender a estas pessoas, exclusivamente.

O primeiro aspecto a ser levantado para o perfeito entendimento da sinérgica negatividade deste impacto, no ténue equilíbrio orçamentário do próprio planejamento do serviço, diz respeito à definição de “*beneficiários dos fundos de saúde*”. Por esta definição, o direito à gratuidade à assistência médico-hospitalar não torna os ex-combatentes e seus dependentes automaticamente “beneficiários” da prestação do serviço. É óbvio que o espírito da lei foi outorgar uma merecida recompensa àqueles que, convocados à defesa da Pátria, responderam prontamente a este chamado cívico. Todavia, ao conceder o benefício da gratuidade a este universo (sem a necessária contraprestação, ainda que parcial), os custos da assistência médico-hospitalar resultantes *passaram a ser implicitamente repassados (de modo absolutamente desproporcional) para todos os usuários considerados beneficiários legais (e tradicionais) dos Fundos de Saúde das Forças Armadas.*

É certo, por outro prisma, que o art. 53, inciso IV, dos ADCT, por seu turno, determina, de forma imperativa, *a gratuidade da assistência médica e hospitalar*, sem que qualquer outro ato legislativo indique a fonte dos recursos destinados ao custeio dos serviços advindos de tal gratuidade, o que nos remete ao segundo aspecto a ser necessariamente observado.

Este segundo aspecto, resume-se, em última instância, na perceptível ausência de expressa e inequívoca previsão de dotação orçamentária (ou, mesmo, de receita extra-orçamentária) para custear os casos de atendimento aos ex-combatentes, seus dependentes e pensionistas, ainda mais quando se considera a existência de crescente demanda para a inclusão de todo universo de ex-combatentes, dependentes e pensionistas.

Para ampliar a perspectiva de necessária justiça e isonomia sobre a questão, o precitado benefício deve ser, igualmente, *comparado* aos benefícios concedidos aos militares, que também tenham *efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial e optado, após o fim das hostilidades, por seguirem na carreira militar*; categoria esta, como já mencionado, denominada “*combatentes derivados*”.

Ainda que reste indiscutível, - no atual estágio de desenvolvimento jurisprudencial sobre a questão -, *a auto-aplicabilidade do dispositivo*

constitucional, concessivo de direito à *gratuidade especial* epigrafada, não se pode deixar de ter em mente que é condição insuperável da própria *eficácia jurídica sentencial* que o Poder Judiciário aponte, - em respeito à própria normatividade relativa ao tema -, as exatas fontes de custeio, no sentido de se permitir tornar *sinérgica realidade* as eventuais condenações sentenciais que, de outra forma, poderão vir a representar tão somente (e de forma indesejável) uma “*simples declaração genérica de direitos*”.

3.1 DA AUTO-APLICABILIDADE DO REGRAMENTO NORMATIVO-CONSTITUCIONAL ESCULPIDO NO ART. 53 DO ADCT

O dispositivo constitucional previsto no art. 53 do ADCT constitui-se em *norma de eficácia plena*, conforme já decidiram (e vem decidindo à unanimidade) nossos Tribunais

[...] Auto-aplicabilidade do art. 53, IV da Constituição. *Concessão de assistência médico-hospitalar gratuita prevista no Dispositivo Transitório, a dependentes de ex-combatentes da 2ª Guerra Mundial.* [...] O art. 53, IV, do ADCT, é *norma de eficácia plena* e aplicabilidade imediata. (STF, RE-AgR 417871/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 11/03/2005)

[...] *Não há se falar em eficácia limitada do art. 53, IV, do ADCT* da Constituição de 1988, eis que se trata de *norma auto-aplicável, de eficácia plena e aplicabilidade imediata*, pois o constituinte não condicionou sua aplicabilidade a legislação superveniente, consoante entendimento pacificado nos Tribunais.

Também, em nenhum momento *ficou estabelecido na Lei Maior que a utilização do sistema de saúde da Marinha do Brasil pelo ex-combatente e seus dependentes dependeria de qualquer prévia contribuição pecuniária dos mesmos*, até porque se trata de retribuição pelos serviços já prestados por aquele.

Inolvide-se que, embora o art. 53, IV, do ADCT da CF/88 não mencione expressamente que a assistência médica e hospitalar gratuita se dará nas instituições militares, tal assistência gratuita deve ser prestada pelo hospital militar ao qual se vincula o ex-combatente, haja vista a natureza militar dos serviços prestados por ele à Pátria durante a Segunda Guerra Mundial.

Assim, não limitou o constituinte a espécie de unidade hospitalar em que o beneficiário obterá a efetivação do seu direito nem estipulou

qualquer contraprestação por parte do beneficiário para ser a assistência em tela auferida, de modo que *a gratuidade desse tratamento de caráter especial e diferenciado não se confunde com a regra geral de gratuidade daquele atendimento médico, deferida a qualquer pessoa, através do Sistema Único de Saúde – SUS*, garantido pela Constituição em seus arts. 6º, 194 e 196. (TRF 2ª Região, AMS 66217/RJ, Sétima Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Sergio Schwaitzer, DJ de 08/03/2007)

[...] O art. 17 da Lei nº 8059/90, garante aos pensionistas beneficiados com o Art. 30 da Lei nº 4242/63, de 17 de julho de 1963, que não se encontrarem entre os beneficiários da pensão especial de que trata esta Lei, a continuidade do recebimento dos benefícios assegurados pelo art. 30 da Lei nº 4242/63, até sua extinção, sendo vedada a transmissão.

A Portaria Interministerial nº 2826/94, (PRT/Interministerial 2826/94), não tem o condão de afastar a auto-aplicabilidade do art. 40, § 5º da CF-88 e as diferenças porventura existentes, deverão ser calculadas a partir da vigência daquela norma constitucional. (TRF 4ª Região, AC 9704097379/SC, Terceira Turma, Rel. Des. Fed. Luiza Dias Cassales, DJ de 03/03/1999);

sendo certo, portanto, que não há mais espaço, na jurisprudência pátria, para se rediscutir a matéria vertente, relativa à *auto-aplicabilidade* (ou não) do Regramento constitucional (e mesmo infraconstitucional) relativo à concessão *de direito à gratuidade de atendimento médico-hospitalar aos ex-combatentes e seus dependentes*.

Ainda que tal entendimento, - já consolidado pela Suprema Corte (Precedentes: RE-AgR 414.256/PE, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 20/05/2005 p. 26; e RE-AgR 417.871/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, 1ª Turma, DJ 11/03/2005, p. 31) -, possa ser, *data maxima venia*, objeto de eventuais críticas (particularmente doutrinárias), tendo em vista que o dispositivo constitucional ao conceder a mencionada gratuidade, não expressamente apontou, -conforme já afirmado -, as fontes de recursos para seu pleno atendimento, - ensejando a aparente necessidade de expedição de lei complementar esclarecedora da questão -, forçoso concluir que, superada a controvérsia vertente, é obrigação indelegável do Poder Judiciário *apontar*, em suas decisões sentenças condenatórias, e com absoluta precisão, *exatamente de que forma (e por quem) serão suportadas as despesas* decorrentes da sinérgica aplicação do preceito legal-constitucional, uma vez que resta impossível, fática e juridicamente, por insuperável vício de ilegalidade e mesmo de

inconstitucionalidade, que *verbas privadas e de destinação específica, oriundas de contribuições individuais de militares, para os respectivos Fundos de Saúde das Forças Armadas, possam ser legitimamente utilizadas para custear despesas de cidadãos (ex-combatentes ou qualquer outra categoria de brasileiros) estranhos ao conceito jurídico de dependentes diretos dos militares contribuintes da ativa ou da inatividade*, mormente em um momento temporal específico em que tais despesas apresentam-se em patamares agigantados, conforme bem esclarece, - ainda que a guisa de exemplificação para a hipótese -, o Exército Brasileiro, através do Ofício nº 70 - A.2.3, de 15 de fevereiro de 2008, dirigido à Presidência do Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que, de forma taxativa, consigna expressamente que o Sistema de Saúde do Exército abriga 132.546 militares da ativa, 60.000 inativos, 61.022 militares do efetivo variável, 15.163 alunos de Tiros de Guerra e 366.977 dependentes e pensionistas, sendo que atualmente os valores básicos unitários do Fator de Custos de Atendimento Médico-Hospitalar citado são de R\$229,63 por militar e de R\$92,41 por dependente e pensionista, o que ensejaria a necessidade de um aporte no valor aproximando de R\$95.621.045,00 (noventa e cinco milhões, seiscentos e vinte e um mil e quarenta e cinco reais). Este montante representa apertado orçamento para atender os contribuintes, sendo, portanto, absolutamente *insuficiente para suportar o universo de ex-combatentes e seus dependentes de forma plenamente gratuita, conforme insuperável determinação legal-constitucional*, sob a ótica jurisprudencial interpretativa praticamente unânime na atualidade.

4 DOS CONCEITOS BÁSICOS RELACIONADOS À ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR PRESTADA AOS MILITARES E SEUS DEPENDENTES

A esta altura, resta, a toda evidência, imperativo expor, de forma precisa e detalhada, portanto, as definições legais pertinentes à resolução da questão em análise, principalmente os conceitos utilizados no cotidiano da vida militar, que, muitas vezes, não se apresentam perfeitamente compreendidos em todos os seus inerentes detalhes, e mesmo amplitude, no âmbito civil e, particularmente, por parte de expressiva parcela de integrantes do Poder Judiciário.

Portanto, imperiosa se faz uma detida análise do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80), do Decreto Regulamentador da Remuneração dos Militares (Decreto nº 92.512/86), bem como da Lei dos ex-combatentes (Lei nº 5.315/67), com o propósito último de que se compreenda plenamente os meandros associados ao tema e, especialmente, o âmago da questão.

4.1 DO ESTATUTO DOS MILITARES

O Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980) apresenta em seu art. 50, inciso IV, alínea “e”, a exata (e restritiva) descrição legal de um dos *direitos expressos dos militares e seus dependentes* que se constitui, desta feita, em uma primeira referência conceitual atinente à presente análise, *verbis*:

Art. 50. São direitos dos militares:

[...]

IV - nas condições ou nas limitações impostas na legislação e regulamentação específicas:

[...]

e) a assistência médico-hospitalar para si e seus dependentes, assim entendida como o conjunto de atividades relacionadas com a prevenção, conservação ou recuperação da saúde, abrangendo serviços profissionais médicos, farmacêuticos e odontológicos, bem como o fornecimento, a aplicação de meios e os cuidados e demais atos médicos e paramédicos necessários; (grifo nosso)

Desta feita, pode-se, inicialmente e sem maiores dificuldades hermenêuticas, inferir, de forma incontestável, que a mencionada Lei estabelece, expressa e inequivocadamente, que *os militares e seus dependentes* têm incontestemente direito à *assistência médico-hospitalar* nos hospitais e policlínicas militares, ainda que, - frise-se -, *não estabeleça, de igual forma, qualquer gratuidade (plena) relacionada à mencionada assistência*. Por efeito conseqüente, - e considerando, sobretudo, que tal dispositivo legal não foi revogado pela edição posterior do Regramento constitucional de 1988 (uma vez que perfeitamente compatível com o mesmo) -, resta absolutamente lícito concluir pela reconhecida existência de insuperáveis requisitos para a plena observância e efetiva aplicação deste direito.

4.2 DO DECRETO Nº 92.512/86

Da imperiosa necessidade pretérita de regular o contido no precitado art. 50 do Estatuto dos Militares, resta oportuno consignar, que foi editado, posteriormente àquela normatividade legal, o Decreto nº 92.512, de 02 de abril de 1986, que expressamente “*Estabelece*

normas, condições de atendimento e indenizações para a assistência médico-hospitalar ao militar e seus dependentes, e dá outras providências". O citado ato administrativo regulamentar apresenta, dentre outras, importante conceituação para o melhor entendimento deste complexo tema, notadamente nos incisos de seu art. 3º, *verbis*:

Art. 3º Para os efeitos deste decreto, serão adotadas as seguintes conceituações:

[...]

III - *Assistência Médico-Hospitalar* - é o conjunto de atividades relacionadas com a prevenção de doenças, com a conservação ou recuperação da saúde e com a reabilitação dos pacientes, abrangendo os serviços profissionais médicos, odontológicos e farmacêuticos, o fornecimento e a aplicação de meios, os cuidados e os demais atos médicos e paramédicos necessários;

[...]

V - *Beneficiários da Assistência Médico-Hospitalar* - são os militares da ativa ou na inatividade, bem como seus respectivos dependentes definidos no Estatuto dos Militares;

VI - *Beneficiários dos Fundos de Saúde* - são os beneficiários da assistência médico-hospitalar que *contribuem para os Fundos de Saúde* e os dependentes dos militares que, a critério de cada Força, sejam enquadrados nos regulamentos dos respectivos Fundos;

[...]

X - *Contribuintes* - são os militares da ativa, na inatividade e os pensionistas que *contribuem para os Fundos de Saúde das respectivas Forças*;

[...]

XIX - *Fator de Custos de Atendimento Médico-Hospitalar* é o valor estipulado por militar das Forças Armadas da ativa ou da inatividade e por dependente dos militares, fixado pelo Ministro-Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, que servirá de base para o cálculo de dotação orçamentária destinada à assistência médico-hospitalar

XX - *Fundo de Saúde* - é o recurso extra-orçamentário oriundo de contribuições obrigatórias dos militares, da ativa e na inatividade, e dos pensionistas dos militares, destinado a cobrir parte das despesas com a assistência médico-hospitalar dos beneficiários do Fundo, segundo regulamentação específica de cada Força Singular;”

[...]

XXXIV - *Usuários* - são os beneficiários da assistência médico-hospitalar.” (grifos nossos)

Conclui-se, assim, sem muito esforço, as seguintes premissas lógico-jurídicas:

- a) O *Fundo de Saúde* das Forças Armadas traduz-se, necessariamente, por se constituir em um *recurso extra-orçamentário*, destinado a cobrir parte das despesas com a assistência médico-hospitalar dos beneficiários do aludido Fundo;
- b) O mencionado *Fundo de Saúde* é formado pelas *contribuições obrigatórias, individuais - e de natureza privada -, dos militares*, da ativa e na inatividade, e dos pensionistas dos militares. Por conseguinte, todos os militares e pensionistas, - sem qualquer exceção -, são contribuintes, necessários e compulsórios do Fundo epigrafado;
- c) Apenas porque todos os militares e pensionistas são contribuintes obrigatórios do Fundo, - em umbilical relação lógica de causa e consequência -, todos são, igualmente, beneficiários necessários do Fundo de Saúde e, também, pelas mesmas razões, beneficiários da correspondente assistência médico-hospitalar;
- d) A *indispensável efetividade*, bem como a necessária qualidade, da *assistência médico-hospitalar* em questão *dependem diretamente das receitas provenientes do Fundo*, considerando, sobremaneira, que estas são responsáveis pela cobertura, ainda que parcial, das despesas decorrentes da prestação do serviço de assistência médico-hospitalar dos militares, seus dependentes e pensionistas.

Por efeito conclusivo, é lícito afirmar, em tom de sublime advertência, que *a contribuição obrigatória, - de natureza individual e privada -, para os Fundos de Saúde das Forças Armadas revela-se como inafastável requisito necessário aos militares e seus pensionistas para que os mesmos possam usufruir*, plenamente, o seu correspondente direito à saúde,

consoante estabelecido pelo art. 50, inciso IV, alínea “e”, traduzindo-se, neste sentido, na qualidade de inafastável e insuperável condição impositiva.

4.3 DA LEI Nº 5.315/67

Para a melhor compreensão do assunto *sub examen*, também se faz necessário interpretar o disposto no art. 1º da Lei nº 5.315, de 12 de setembro de 1967, que, em sua redação original, regulamentava anterior regramento constitucional previsto no art. 178 da Constituição Federal de 1967, *verbis*:

Art. 1º Considera-se *ex-combatente*, para efeito da aplicação do artigo 178 da Constituição do Brasil, *todo aquele que tenha participado efetivamente de operações bélicas*, na Segunda Guerra Mundial, como integrante da Força do Exército, da Força Expedicionária Brasileira, da Força Aérea Brasileira, da Marinha de Guerra e da Marinha Mercante, e que, *no caso de militar, haja sido licenciado do serviço ativo e com isso retornado à vida civil definitivamente*. (grifos nosso)

Da leitura do precitado art. 1º, - que se encontra em perfeita harmonia com a nova ordem político-jurídica inaugurada com o advento da Constituição de 1988 -, conclui-se, sem muito esforço, que *o universo de ex-combatentes é composto por civis e militares*, ainda que, no caso dos militares, inexoravelmente, limitados àqueles que, ao fim da Guerra, tenham sido licenciados do serviço ativo e retornado à vida civil definitivamente. Por via de consequência, o universo jurídico que se convencionou denominar de *ex-combatentes* é, na realidade, formado exclusivamente por uma categoria de cidadãos que não podem ser classificados, para efeito de aplicação do Decreto nº 92.512/86, como verdadeiros militares, posto que, por óbvias razões, *militares*, sob a específica ótica jurídica, são todos aqueles *combatentes*, que, envolvidos ou não em operações bélicas ao longo de suas carreiras, permaneceram nesta insuperável condição, mesmo que após a passagem para a reserva e até a posterior reforma.

Destarte, do conceito de *ex-combatente*, expresso no dispositivo supra, emerge óbvia conclusão de que, por não serem militares, os *ex-combatentes e seus pensionistas não contribuem para os Fundos de Saúde das Forças Armadas*, (ainda que não estejam legalmente impedidos de fazê-lo), não satisfazendo, por conseguinte, a insuperável condição necessária para, - pelo menos em tese -, poder usufruir, plenamente, do direito

à saúde, por intransponíveis obstáculos no que concerne à disciplina expressamente estabelecida no Estatuto dos Militares.

5 DA SÍNTESE LEGISLATIVA PERTINENTE À MATÉRIA

Da precisa análise das três legislações comentadas, verifica-se, à evidência, portanto, que o *ex-combatente* enquadra-se, - sem maiores possibilidades de razoáveis dúvidas -, em uma categoria *sui generis*, considerando tratar-se de um *civil* que, em uma situação atípica, foi alçado a uma condição, excepcional e temporária, de *combatente*, passando, desta feita, a se enquadrar em uma terceira categoria (especial e excepcional) de *cidadão civil com pensão militar*.

Neste diapasão analítico, o ordenamento constitucional vigente em suas disposições transitórias (ADCT), bem como a Lei nº 5.315/67, - como não poderia deixar de ser -, buscaram definir, por inexorável necessidade jurídica, esta nova categoria especial de cidadãos que percebem *pensão militar* e, igualmente, ostentam vantagens excepcionais (constitucionalmente impostas), absolutamente divorciadas daqueles direitos usualmente assegurados aos cidadãos civis e militares de modo geral.

6 DOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS AOS "COMBATENTES"

Consoante exposto, e buscando suprir a inafastável necessidade quanto à perfeita compreensão da amplitude dos benefícios concedidos aos chamados *ex-combatentes*, imperativa se faz analisar, conforme já consignado, os benefícios também concedidos a um conjunto de pessoas enquadradas como *militares*, as quais, com o objetivo de facilitar o raciocínio, no caso concreto, serão denominadas simplesmente como *combatentes*.

Assim, é cediço inferir, como já assinalado, a denominação de *militar combatente* a todo aquele que participou das atividades inerentes à Segunda Guerra Mundial e, com o fim do conflito bélico, *optou por permanecer na vida ativa, no posto/graduação que lhe cabia, cumprindo os deveres inerentes à atividade militar*.

Destarte, é importante ter-se em mente que, do universo de cidadãos brasileiros participantes da Segunda Guerra Mundial e que, portanto, viveram as mesmas situações de perigo ou iminência de ataque inimigo, *uma substancial parcela resolveu retornar à vida civil definitivamente*, sendo agora conhecidas como *ex-combatentes*, ao passo que *outra resolveu, de forma diversa, permanecer no serviço ativo das Forças Armadas*. Esta parcela de brasileiros, ao optar por permanecer nas

fileiras das Forças Armadas, como não podia deixar de ser, continuou categorizada como *militar*, mantendo-se, conseqüentemente, sobre a égide do Estatuto dos Militares, sendo promovida em conformidade com a lei e *realizando as contribuições pertinentes*.

A determinação legal quanto a essas mencionadas contribuições encontra-se abrigada expressamente na Medida Provisória nº 2.215-10 de 31 de agosto de 2001, que “*dispõe sobre a reestruturação da remuneração dos militares das Forças Armadas, altera as Leis nº 3.765, de 4 de maio de 1960, e 6.880, de 9 de dezembro de 1980, e dá outras providências*”, apresentando em seus arts. 14,15 e 16, definições fundamentais para o melhor entendimento relativo ao tema, *verbis*:

Art. 14. *Descontos são os abatimentos que podem sofrer a remuneração ou os proventos do militar para cumprimento de obrigações assumidas ou impostas em virtude de disposição de lei ou de regulamento.*

§ 1º Os descontos podem ser *obrigatórios* ou autorizados.

§ 2º Os descontos obrigatórios têm prioridade sobre os autorizados.

§ 3º Na aplicação dos descontos, o militar não pode receber quantia inferior a trinta por cento da sua remuneração ou proventos.

Art. 15. *São descontos obrigatórios do militar:*

I - contribuição para a pensão militar;

II - contribuição para a assistência médico-hospitalar e social do militar;

III - *indenização pela prestação de assistência médico-hospitalar, por intermédio de organização militar;*

IV - impostos incidentes sobre a remuneração ou os proventos, de acordo com a lei;

V - indenização à Fazenda Nacional em decorrência de dívida;

VI - pensão alimentícia ou judicial;

VII - taxa de uso por ocupação de próprio nacional residencial, conforme regulamentação;

VIII - multa por ocupação irregular de próprio nacional residencial, conforme regulamentação.

Art. 16. Descontos autorizados são os efetuados em favor de entidades consignatárias ou de terceiros, conforme regulamentação de cada Força.(grifos nosso)

Como facilmente pode-se depreender, o art. 14 e seus incisos conceituam os *descontos*, determinando quais são *obrigatórios* e quais são autorizados. Contudo, é a expressa menção do art. 15, principalmente nos incisos II e III, que preconiza, de forma imperativa e insuperável, que, apesar do *militar* e seus dependentes terem direito à saúde e assistência médica providas pelas Forças Armadas (art. 50, inciso IV, alínea 'e' do Estatuto dos Militares), este deve, obrigatoriamente, *contribuir para a assistência médico-hospitalar*.

Ademais, o legislador também especificou a destinação da contribuição prevista no inciso II do art. 15, da mencionada Medida Provisória. Tal destinação é, como já mencionado, o denominado *Fundo de Saúde* (art. 3º, inciso XX, do Decreto nº 92.512/86) da respectiva Força Armada Singular. Desta forma, *os militares* que contribuem para o Fundo de Saúde, sejam do Exército, da Aeronáutica ou da Marinha, *arcam, - na qualidade de indivíduos e de forma privada -, com substancial parcela das despesas resultantes da assistência médico-hospitalar a que têm direito*.

Por via de conseqüência, os convocados que, ao término da Segunda Guerra Mundial, optaram por permanecer na vida ativa, na qualidade de militares (combatentes), continuaram sendo regidos pelas precitadas leis, tendo como conseqüência *os descontos obrigatórios em suas remunerações*. Ou, em outros termos, sem qualquer usufruto relativo aos benefícios atribuídos aos *ex-combatentes*, nos exatos termos do art. 53 e respectivos incisos do ADCT, especialmente no que concerne à gratuidade (plena e absoluta) à assistência médico-hospitalar.

A título de oportuno reforço a todos os argumentos já expedidos, vale também registrar, – seja pela simplicidade elucidativa do texto, seja pelo caráter didático-pedagógico do mesmo –, as *informações* prestadas pela Marinha do Brasil nos Autos do Mandado de Segurança nº 2007.51.01.017671-1 (fls 24/27), as quais a 7ª Turma Especializada, do Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, do qual este Autor é membro titular, considerou, em sua apertada síntese, julgando, ao final,

à unanimidade, a imperiosa e inafastável necessidade de *contraprestação financeira* (repasse da União Federal para **com** as Forças Armadas) como condição lógica de inclusão plena dos ex-combatentes e dependentes no sistema de saúde das Forças Armadas, *verbis*:

- o Sistema de Saúde da Marinha é custeado, em parte, pelos próprios militares e inativos, por meio de desconto obrigatório em bilhete de pagamento, correspondente a 1,8% do rendimento bruto, por militar, mais 0,15% para cada dependente até um total máximo de 3,5%;

- este desconto é denominado de contribuição para assistência médico-hospitalar e social do militar, conforme disposto nos arts. 15, inciso II e art. 25 da Medida Provisória nº 2215-10, de 31 de agosto de 2001, e suas sucessivas reedições regulamentado, no âmbito da Marinha do Brasil, por meio da Portaria nº 181, de 16 de julho de 2001;

[...]

- em que pese o desconto, os beneficiários do FUSMA ainda indenizam 20% das despesas com a assistência médico-hospitalar que por ventura venham a utilizar junto ao Sistema de Saúde da Marinha, como por exemplo, atendimentos médicos, paramédicos ou de outra natureza;

- a Marinha do Brasil, por intermédio de seus órgãos, procura administrar os recursos humanos e financeiros existentes da melhor forma, de modo a fornecer ao seu pessoal a melhor assistência médico-hospitalar possível; recursos estes que, infelizmente, não correspondem a todas as expectativas, mas que, basicamente, sustentam o Sistema.

- pelo dito até então, *pode-se afirmar que a inclusão de ex-Combatentes e dependentes no Sistema de Saúde da Marinha, sem a devida contraprestação financeira estaria comprometendo a eficácia do referido Sistema;* (grifo nosso)

Por efeito conclusivo, a correta interpretação jurisprudencial quanto à absoluta e irrestrita gratuidade do atendimento médico-hospitalar para os *ex-combatentes*, - sem qualquer contraprestação pecuniária -, inaugura, em nosso ordenamento jurídico, em última análise, duas situações distintas para um mesmo fato gerador, ou seja, dois indivíduos, o *ex-combatente* e o *combatente*, recebem tratamento diverso para situações absolutamente idênticas, ensejando, por conseqüência, *inexorável violação ao princípio da isonomia*, pelo que imperativo se faz

necessário, - a esta altura -, que o *Poder Judiciário*, responsável último pelas determinações sentenciais, aponte a exata fonte econômico-financeira que terá que, necessariamente, suportar o ônus derivado de tal *excepcionalidade* constitucional anti-isonômica, já consagrada jurisprudencialmente ao longo dos últimos 15 (quinze) anos.

6.1 DOS RECURSOS FINANCEIROS

Resta evidente, por outro lado, que o espírito da lei que buscou recompensar o *ex-combatente*, também não esqueceu a importância do *combatente*.

Por esta razão, imprescindível se apresenta a análise da questão orçamentária, ou, em outros termos, dos recursos financeiros destinados a concretizar o direito à saúde, que abriga tanto os *militares*, estejam eles no serviço ativo ou na inatividade, quanto os seus *dependentes e pensionistas*.

Nesse sentido, é a própria Constituição Federal, no contexto de seus dispositivos normativos, que expressamente determina a necessidade do Poder Público zelar pelo *direito à saúde*, mormente em seus arts. 196 e seguintes. Para tanto, todavia, a ação deste Poder necessita, em primeiro lugar, *prover recursos que materializem tal direito*. As Forças Armadas, neste diapasão analítico, não se constituem em qualquer exceção, visto que o Poder Público necessariamente precisa especificar a origem dos recursos financeiros destinados à assistência médico-hospitalar dos seus integrantes e dependentes.

Para o caso em comento, o art. 11 do Decreto nº 92.512/96 não apenas confirma este pressuposto, como igualmente o consolida como regra normativa impositiva, *verbis*:

Art. 11. Os Ministérios Militares contarão, para a assistência médico-hospitalar aos militares e seus dependentes, com recursos financeiros oriundos de:

I - *Dotações orçamentárias, consignadas no Orçamento da União* através de propostas anuais dos Ministérios Militares, constituídas de:

a) recursos financeiros previstos com base no produto do fator de custos de atendimento médico-hospitalar pelo número de militares, da ativa e na inatividade, e de seus dependentes;

b) recursos financeiros específicos para o custeio de convênios e contratos;

c) outros recursos que visem à assistência médico-hospitalar.

II - *Receitas extra-orçamentárias provenientes de:*

contribuições mensais para os fundos de saúde;

b) *indenizações de atos médicos, paramédicos e serviços afins;*

c) *receitas provenientes da prestação de serviços médico-hospitalares através de convênios e/ou contratos;*

d) *receitas provenientes de outras fontes.*

Parágrafo único. Os recursos financeiros, consignados anualmente no Orçamento da União para cada Ministério Militar, destinados a atender às despesas *correntes e de capital das organizações de saúde, independem das dotações orçamentárias especificadas neste artigo e não constituem objeto deste decreto.* (grifo nosso)

Por conseguinte, é fato incontestável que “*as contribuições mensais para os Fundos de Saúde*” das Forças Armadas, como também (e de igual forma) “*as indenizações de atos médicos, paramédicos e serviços afins*” compõem a *receita extra-orçamentária*, assim considerada como indispensável recurso financeiro necessário para cobrir parte das despesas com a assistência médico-hospitalar em questão. Em outras palavras, *as contribuições mensais e as indenizações dos diversos serviços prestados são advindas do próprio usuário do benefício, dentre eles, o denominado combatente.*

Observa-se, por outro lado, que a *dotação orçamentária, cujos recursos provêm especificamente da União*, restringem-se, por força de imperativo legal, na qualidade de previsão financeiro-valorativa, *apenas e tão somente ao quantitativo de militares, da ativa e da inatividade, e seus dependentes.*

Parece claro, portanto, que os *ex-combatentes* e seus dependentes não pertencem a este conjunto estrutural, propiciando, - de forma insuperável -, um efetivo (e insustentável ao longo do tempo) *desequilíbrio no que concerne ao produto do fator de custos de atendimento médico-hospitalar pelo número de pessoas* contidas no precitado universo em relação à dotação orçamentária prevista que, desta feita, sempre ficará

alguém do necessário para cobrir as despesas advindas do atendimento pleno a esse novo universo, sinergicamente ampliado com a adição dos *ex-combatentes*. Tal situação não só acarretará, como sabidamente vem acarretando, indesejável *queda na qualidade do atendimento e na própria eficácia do serviço prestado*, como ainda, invencível diminuição dos insumos necessários, comprometendo, por fim, a própria efetividade do mandamento constitucional relativo ao atendimento médico-hospitalar dos *ex-combatentes* e de seus dependentes.

7 DA UMBILICAL RELAÇÃO ENTRE OS RECURSOS FINANCEIROS ORÇAMENTÁRIOS E EXTRA-ORÇAMENTÁRIOS

Outro ponto nevrálgico a ressaltar, - em necessária adição reforçativa a todos os argumentos já expedidos -, encontra-se numa característica singular do Sistema de Saúde Militar que consiste no direcionamento da aplicação dos recursos originários do Fator de Custos e do Fundo de Saúde das Forças Armadas.

Com efeito, apesar de existir uma fonte mista de custeio, os recursos orçamentários (Fator de Custos) são direcionados aos não beneficiários/não contribuintes (militares do Efetivo Variável, Serviço Militar Inicial e Acidentes em Serviço).

Portanto, na verdade, os beneficiários contribuintes do Sistema de Saúde Militar sofrem duplo revés, que é o de contribuírem e indenizarem o Sistema e o de não serem atendidos com os recursos originários da União, pois se faz necessário cobrir as despesas daqueles que não contribuem (especificamente, os ex-combatentes). Ainda que se possa afirmar que o Fator de Custos - FC - é que arcaria com essas despesas extras, a verdade é que os atuais valores orçamentários nem ao menos asseguram o mínimo previsto aos beneficiários especiais não contribuintes e seus dependentes.

Some-se a isso o fato de que o total de *ex-combatentes* e pensionistas enquadrados na Lei nº 5.315, de 12 de novembro de 1967, - apenas no Exército, a título de exemplificação -, é de 27.785 cidadãos. Estimando-se que o número de dependentes gire em torno de 1,5 por *ex-combatente* ou pensionista, *temos que o total de novos beneficiários especiais (não contribuintes) estaria em torno de 41.677 indivíduos a serem absorvidos pela estrutura de apoio à saúde do Exército, em particular. Extrapolando para o contexto das três Forças Singulares (Marinha, Exército e Força Aérea), temos simplesmente uma realidade insustentável sob o aspecto econômico-financeiro que, em curto espaço de tempo, irá comprometer a própria eficácia sentencial de todos os Pronunciamentos Judiciais que apenas limitam-se a determinar (sem*

uma maior e necessária reflexão de seus efeitos práticos) a imediata inclusão dos ex-combatentes e de seus dependentes no sistema de saúde das Forças Armadas.

Importante, ainda, salientar que esse acréscimo é representado, na sua maioria, por um grupo relativamente homogêneo de cidadãos, todos pertencentes a uma faixa etária bastante elevada que, por conseguinte, se utiliza com maior freqüência do Sistema de Saúde.

Convém reafirmar, em tom de necessária ênfase, que os denominados *combatentes* possuem o direito à saúde, a ser prestado pelos Hospitais e Policlínicas das Forças Armadas, condicionalmente à necessária e imprescindível *contraprestação dos descontos obrigatórios* inseridos em seus vencimentos ou pensões. Estes descontos constituem parte integrante (e indispensável) dos *recursos financeiros* que sustentam a assistência médico-hospitalar e, caso não haja a contribuição por parte do *combatente*, este *perde (resta oportuno frisar) a condição de beneficiário dos fundos de saúde e é, conseqüentemente, impedido de usufruir a assistência médico-hospitalar.*

Desta feita e considerando os fatos apresentados, pode-se facilmente concluir que a atual dotação orçamentária para o Sistema de Saúde dos Militares não tem sido suficiente nem para cobrir os custos relativos aos atuais beneficiários do Sistema de Saúde Militar, o que permite antever que a inclusão gratuita de mais beneficiários (sem uma correspondente fonte de custeio) acarretaria inúmeras conseqüências indesejáveis, uma vez que as despesas dos ex-combatentes e seus dependentes, na prática deixariam de ser suportadas pelo Tesouro Nacional e passariam a ser responsabilidade, quase que total, dos atuais militares e pensionistas contribuintes para com os Fundos de Saúde das Forças Armadas, o que redundaria numa flagrante inconstitucionalidade, pois a União estaria, na prática efetiva, apenas repassando um ônus para determinado grupo de cidadãos, em uma situação que visivelmente afronta o próprio direito e sua correta exegese.

Esta condição legal e factual, resta registrar, por si só, invalida qualquer tese jurídica a sustentar *a absoluta e incontestada gratuidade na prestação de idênticos serviços aos ex-combatentes*, seja pela insuperável questão financeira, seja pelo insustentável desafio ao preceito constitucional da isonomia, exceto se tal direito especial, excepcionalmente concedido, possua fonte própria de custeio e que tal fonte seja suportada, exclusivamente, com verbas de natureza rigorosamente pública (o que à toda evidência excluiria as verbas extra-orçamentárias dos Fundos de Saúde das Forças Armadas que possuem incontestada natureza individual privada).

8 DA NECESSÁRIA EFETIVIDADE DAS DECISÕES SENTENCIAIS DO PODER JUDICIÁRIO

Por efeito conclusivo, - e a par de todas as detalhadas considerações expostas -, apenas dois possíveis raciocínios lógico-jurídicos podem legitimamente emergir, em nosso particular entendimento, sobre o tema vertente.

O primeiro criaria um direito de opção aos *ex-combatentes*. Determinar-se-ia aos ex-combatentes ou pensionistas que optassem por contribuir com o Sistema de Saúde da Força Armada a que estiver vinculado, sob as mesmas condições dos militares da ativa, inatividade e pensionistas, nos termos do art. 15, incisos II e III da Medida Provisória nº 2.215-10, de 31 de agosto de 2001, através da aplicação do fenômeno jurídico hermenêutico da *analogia integrativa* -, com o pressuposto de que estes sejam considerados "*beneficiários dos Fundos de Saúde*" nos idênticos termos do Decreto nº 92.512 de 02 de abril de 1986, e, em não optando pela contribuição, sejam, sumariamente, excluídos, em definitivo, do Sistema de Saúde, a idêntico exemplo do que ocorre, por imperativo legal, com os militares da ativa e da inatividade.

O segundo raciocínio simplesmente *obrigaria a União Federal a criar uma dotação orçamentária (contraprestação financeira)*, a fim de se determinar que haja o imprescindível repasse das verbas que custeiem a assistência médico-hospitalar dos ex-combatentes e pensionistas, aos Fundos de Saúde das Forças Armadas.

A mencionada determinação imporia, neste caso, a manutenção dos *ex-combatentes* e pensionistas incluídos no Sistema de Saúde das Forças Armadas, gozando da *gratuidade absoluta (especial e excepcional)* constitucionalmente assegurada (segundo entendimento jurisprudencial já consagrado). Esta gratuidade seria custeada pela União Federal, sem que se impusesse, aos ex-combatentes e pensionistas, a opção a uma individual e privada contraprestação pecuniária (ainda que parcial). Desta sorte, mantê-los-ia como beneficiários do Sistema -, como determina a jurisprudência pacificada a propósito do tema -, mas com o *conseqüente e necessário repasse dos recursos - demonstradamente despendidos pelo Sistema de Saúde das Forças Armadas - pela União Federal*. Com isto, a inadmissível lacuna decorrente da fonte de custeio seria suprida, viabilizando, inclusive no sentido prático-efetivo, e ao longo do tempo, a gratuidade absoluta que a Constituição supostamente outorgou aos *ex-combatentes*.

Como a efetivação do primeiro raciocínio não nos parece ser mais possível de ser aplicada, face a consolidação jurisprudencial já mencionada (e também factual pelo transcurso do tempo), resta

imperativo que se consolide a segunda vertente hermenêutica para que, de fato, o direito especial e excepcional concedido aos *ex-combatentes*, possa ser plenamente satisfeito, sem qualquer prejuízo de qualidade aos próprios ou a terceiros e, igualmente, sem os riscos de inviabilização futura do próprio Sistema de Saúde das Forças Armadas, conforme já decidiu esta 7ª Turma Especializada deste Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, da qual este autor é membro titular, *verbis*:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MILITAR. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR GRATUITA A PENSIONISTA DE EX-COMBATENTE. ANÁLISE DO ART. 53, INCISO IV, DO ADCT. DECRETO Nº 92.512/86. LEI Nº 5.315/67. ESTATUTO DOS MILITARES. BENEFÍCIOS EXCEPCIONAIS CONCEDIDOS AOS EX-COMBATENTES. NECESSIDADE DE FONTE DE CUSTEIO. RESPONSABILIDADE PELO REPASSE DA UNIÃO FEDERAL. SENTENÇA MANTIDA POR FUNDAMENTO DIVERSO. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA NÃO PROVIDAS.

1. O ADCT da CRFB/88 concedeu excepcionais benefícios aos cidadãos brasileiros categorizados juridicamente como *ex-combatentes*. A cristalina interpretação do art. 53, do ADCT combinado com o art. 1º da Lei nº 5.315/1967, demonstra a intenção do legislador de “*buscar recompensar quem, enfrentando o perigo de guerra, expôs a vida em homenagem à Pátria*” (STJ – 6ª T. Recurso Especial nº 87.511/PE Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ, Seção I, 17 fev.1997, p. 2.179).

2. Os conceitos básicos relacionados à assistência médico-hospitalar prestada aos militares e seus dependentes estão determinados no art. 50, inciso IV, alínea ‘e’ da Lei nº 6.880/80; no art. 3º do Decreto nº 92.512/86 e, ainda, na Lei nº 5.315/67. Da precisa análise das três legislações comentadas, verifica-se, que o *ex-combatente* enquadra-se, em uma categoria *sui generis*, considerando tratar-se de um *civil* que, em uma situação atípica, foi alçado a uma condição, excepcional e temporária, de *combatente*, passando, ao final da guerra, a se enquadrar em uma terceira categoria (especial e excepcional) de *cidadão civil com pensão militar*. Trata-se de nova categoria especial de cidadãos que percebem *pensão militar* e, igualmente, ostentam vantagens excepcionais (constitucionalmente impostas), absolutamente divorciadas daqueles direitos usualmente assegurados aos cidadãos civis e militares de modo geral.

3. Como conseqüência, deve ser provida a manutenção dos *ex-combatentes* como beneficiários do Sistema, mas com o *conseqüente e necessário repasse dos recursos necessários realizados pela União Federal direto aos Fundos de Saúde das Forças Armadas*. Com isto, a lacuna decorrente da inexistência de fonte de custeio seria suprida, viabilizando, inclusive no sentido prático-efetivo, a gratuidade absoluta que a Constituição outorgou excepcionalmente aos *ex-combatentes*.

4. *Remessa Necessária e Apelação em Mandado de Segurança interposta pela União Federal desprovidas.*

(TRF/2ªR; 7ª Turma Esp., Mandado de Segurança nº 2007.51.01.017671-1, Relator Des. Fed. Reis Friede. Julgado em 04.06.08)

9 DA SÍNTESE CONCLUSIVA

Esperemos, portanto, que os mais diversos Julgadores, com competência jurisdicional para o deslinde dessas questões relativas aos *ex-combatentes*, possam, no presente e no futuro, melhor refletir sobre a ampla complexidade do tema, evitando que, através de persistentes decisões condenatórias “genéricas”, acabem por inviabilizar o próprio sistema de saúde das Forças Armadas, tornando-o, em última análise, totalmente ineficaz, sob a ótica econômico-financeira, e igualmente efetiva para o seu fim precípua, ou seja, a prestação do atendimento médico-hospitalar, não somente para os próprios militares da ativa e da inatividade (seus pensionistas e dependentes), mas como bem assim para os próprios *ex-combatentes* e seus respectivos pensionistas e dependentes, em prejuízo final de toda a Sociedade brasileira.

O SEMPRE PRESENTE QUESTIONAMENTO DA LIMITAÇÃO DE IDADE PARA INGRESSO NAS FORÇAS ARMADAS

Hélio de Almeida Domingues
Consultor Jurídico-Adjunto do Comando da Marinha

1 Entendimento Doutrinário; 2 Entendimento Jurisprudencial; 3 Profissão Militar – Carreira Militar – Características e Peculiaridades; 4 Legislação Constitucional e Infraconstitucional; 5 Conclusão.

RESUMO: Edital de concurso para inscrição em processo seletivo para admissão à Escola Naval estabeleceu idade limite.

Candidato que ostentava, à época da inscrição, treze dias acima da idade limite fixada no edital, e que, por tal razão, não conseguiu efetivar sua inscrição para o processo seletivo, sentindo-se prejudicado no seu direito de ingressar nas fileiras das Forças Armadas, ajuizou ação mandamental, cuja segurança veio a ser, afinal, denegada 1.

Entendimento jurisprudencial sobre a imposição de limites, por meio de editais, nos certames para ingresso nas Forças.

As condições de ingresso nas Forças Armadas são decorrentes das especificidades das suas atividades.

A legislação constitucional e infraconstitucional sobre o tema.

O presente estudo objetiva, com fundamentos doutrinários, jurisprudenciais e conceituais, apresentar a questão quando o ingresso diz respeito a cargo militar.

PALAVRAS-CHAVE: Limite de idade. Edital de certame para ingresso nas Forças Armadas. Jurisprudência. Legislação.

1 Mandado de Segurança nº 2008.51.01.008187-0, 3ª Vara Federal/RJ, do qual se extrai o seguinte trecho: “Em princípio, pode-se ter a impressão de que não se afigura razoável o indeferimento da inscrição por uma diferença de 23 dias. Todavia, confirmando-se o autor como inscrito, com que base seria indeferida a inscrição de um candidato apenas um dia mais novo que ele? E, assim, caso fosse seguido o mesmo raciocínio indefinidamente, percebe-se que, na prática, não haveria limite algum. Por tal razão, assim como acontece – por exemplo – nas competições esportivas das categorias de base, impõe-se a rigidez absoluta do limite.”

1 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, in “Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta, ed RT, 1990, p. 51:

Como regra, a idade não mais pode ser exigida em fator obstativo da acessibilidade, excetuados, evidentemente, o limite mínimo para o trabalho adulto e o máximo, que coincide com o estabelecido para aposentadoria compulsória. Isto porque, para os admitidos em regime de emprego, o art. 7º, XXX, o impediria, já que ali se dispõe ser proibida a adoção de critério de admissão por motivo de idade. A mesma vedação se impõe para os admitidos no regime de cargo, “ex vi” do art. 39, par. 2º, de acordo com o qual aos servidores da administração direta, autarquias e fundações públicas aplicam-se, entre outros incisos do art. 7º, o mencionado inciso XXX.

Observou-se que tal requisito como regra não pode ser exigido. Isto porque haverá hipóteses nas quais do fator idade pode resultar uma *específica incompatibilidade com algum determinado cargo ou emprego*, cujo satisfatório desempenho demanda grande esforço físico ou acarrete desgaste excessivo, inadequados ou impossíveis a partir de certa fase da vida. Não se tratará, pois, de uma pretendida limitação indiscriminada e inespecífica - inadmitida pelo Texto Constitucional - mas, pelo contrário, da inadaptação física, para o satisfatório desempenho de *certas funções* como consequência natural da idade.

Tais hipóteses serão raras e excepcionais, mas não são de Excluir. (grifo do autor)

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, in Direito Administrativo, Ed. Atlas, 7a ed., p. 365, quanto ao tema deixa consignado:

O que está gerando maior polêmica é a proibição de discriminação em razão de idade. Entenda-se, com esse dispositivo, que não mais pode ser estabelecido limite de idade para ingresso no serviço público. A resistência à observância dessa norma já se fez sentir pela Administração Pública, que continua a aplicar os limites de idade previstos na legislação ordinária. Embora o objetivo do constituinte seja o de proibir o limite de idade, a proibição não pode ser interpretado de modo absoluto; primeiro porque, o art. 37, I, deixa para a lei

ordinária a fixação dos requisitos de acesso aos cargos, empregos e funções; segundo, porque, para determinados tipos de cargo seria inconcebível a inexistência de uma limitação, quer em relação a sexo, quer em relação a idade. Não se poderia conceber que, para o cargo de guarda de presídio masculino, fossem admitidas candidatas do sexo feminino, ou que para certos cargos policiais fossem aceitas pessoas de idade mais avançada. Como diz Celso Antonio Bandeira de Mello (1978:24), 'as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida, por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida'. E acrescenta que, 'por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas.

Cabe ao legislador, portanto, estabelecer critérios para admissão com obediência ao princípio da isonomia, só estabelecendo exigências específicas quando necessárias em razão das atribuições a serem exercidas.

ADILSON ABREU DALLARI, in Regime Constitucional dos Servidores Públicos, 2ª ed. RT, p. 32, assim se expressa:

A questão dos requisitos que a lei poderá estabelecer como condição de provimento de cargos, funções e empregos públicos fica um pouco mais complicada diante da proibição expressa da utilização do sexo, idade, cor ou estado civil como critério de admissão, conforme consta do art. 7º, XXX, aplicável aos servidores públicos por determinação do art. 39, par. 2º da CF.

Assim sendo, tanto o estabelecimento de condições referentes à altura, à idade, bem como ao sexo, poderão ser lícitos ou não, caso respeitem ou violem o princípio da isonomia, isto é, caso seja ou não pertinentes, o que se verificará em cada caso concreto. Condição pertinente será somente aquela ditada pela natureza da função a ser exercida, ou seja, circunstância, fator ou requisito indispensável para que a função possa ser bem exercida, o que não se confunde com a mera conveniência da administração, nem com preferências pessoais de quem quer que seja.

Assim nos manifestamos e assim entenderam, por unanimidade, os demais participantes da mesa que conduziu os debates

sobre o assunto durante o 11º Curso de Especialização em Direito Administrativo, realizado na Pontifícia Universidade Católica, em 1973, quais sejam o Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello (coordenador), o Prof. Celso Bastos e o Prof. Michel Temer. A conclusão final, formulada pela coordenação, acompanhando quase literalmente o que havia sido proposto por um dos grupos de trabalho, foi assim redigida: “pode ser estabelecida limitação para inscrição em concurso público, em razão do sexo ou idade, por lei, desde que atendido o princípio da correlação lógica entre o elemento discriminador e o discrimen estabelecido.

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, in *Manual de Direito Administrativo*. 9. ed. Lúmen Júris, 2002. p. 509:

Sexo e Idade. Os fatores pertinentes ao sexo e à idade de candidatos ao provimento de cargos públicos têm provocado funda controvérsia entre os estudiosos e nos Tribunais.

Segundo pensamos, a análise de tais requisitos deve ser efetuada levando em conta tão-somente a natureza das funções a serem exercidas pelo futuro servidor. Podemos, no entanto, considerar que a regra geral consiste na impossibilidade de eleger esses fatores como requisitos de acesso aos cargos e empregos públicos. Homens e mulheres, independentemente de sua idade, devem desfrutar normalmente as vagas reservadas para candidatos em concurso público.

É forçoso reconhecer, porém, a existência de certas situações e de certas funções públicas que permitiriam a fixação de determinada idade ou determinado sexo. O que é certo, diga-se por oportuno, é que tais situações devem revestir-se de caráter de excepcionalidade para não haver ofensa aos postulados constitucionais aplicáveis. Não obstante, se ocorrerem, será lícito estabelecer o requisito.

No que toca à idade, entendemos acertada a observação de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, segundo o qual ‘não é inconstitucional estabelecer limite de idade quando o concurso destinar-se a determinados cargos ou empregos cujo desempenho requeira esforços físicos ou cause acentuados desgastes intoleráveis a partir de faixas etárias mais elevadas.

[...]

No que diz respeito à idade mínima, deve aplicar-se a mesma linha de pensamento adotada para o limite máximo de idade. O ponto central da legitimidade ou não dessa fixação, repita-se, é a natureza das funções a serem exercidas. Se a Administração institui limite mínimo ofendendo o princípio da razoabilidade, o requisito é inconstitucional. Caso demonstre, de forma fundamentada, a razão por que é fixada a idade mínima, a restrição é legítima e não merece qualquer impugnação.

ODETE MEDAUAR, in *Direito Administrativo Moderno*, 5. ed. Revista dos Tribunais. p. 315:

No tema do concurso público também surgiu controvérsia em torno do *limite de idade*, em especial o limite máximo. Isto porque o inc. XXX do art. 7º da Constituição Federal, aplicável aos servidores públicos por força do art. 39, par. 3º, veda, entre outras, diferenças de critério de admissão por motivo de idade. Essas controvérsias predominaram no atinente a concursos públicos para cargos na Magistratura e no Ministério Público. Duas correntes se formaram: uma no sentido da vedação absoluto de limite de idade (v. acórdãos TRF Ia Reg., Rem. Ex. off. 9001.01895-5 DF, DJU 06.08.1990 e TRF 5aReg. Rem., Ex. off. 1.781-RN, DJU 13.08.1991); outra, admitindo a fixação de limite por lei, ante a natureza das atividades do cargo, sendo a limitação razoável e pertinente (v. acórdãos RMS 21.033, STF, RTJ 135, p. 961, e TRF 5ª Reg., Rem. Ex. off. 1.784 - RN, DJU 13.08.1990). A segunda corrente veio a prevalecer, porque a Emenda Constitucional 19/98, ao manter a aplicação do inc. XXX do art. 7º aos servidores, acrescentou que a lei pode estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

2 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL editou a Súmula nº 683 com os seguintes dizeres:

O limite de idade para inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

A Súmula em questão foi aprovada em sessão plenária, de 24 de setembro de 2003, tendo sido publicada no DJ de 9/10/2003, p. 5; DJ de 10/10/2003, p. 5, e DJ de 13/10/2003, p. 5.

Além do que já foi fixado pela mencionada Súmula, podemos mencionar, da Colenda Corte, as seguintes decisões:

a) Recurso Extraordinário n° 165.305, Relator Ministro ILMAR GALVÃO, RTJ 156/331, com a seguinte ementa:

Administrativo. Concurso Público para a categoria de médico, do quadro de pessoal do município. Acórdão que concluiu pela legitimidade da exigência da idade máxima de 45 anos. Alegada violação às normas dos arts. 7º, XXX, e 39, par. 2º, da Constituição Federal. Inadmissibilidade do discrimine, face ao princípio da igualdade que, em vista das normas em referência, aplica-se ao sistema de pessoal civil do Município, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas na Constituição e aquelas em que a limitação de idade constitua requisito necessário em razão da natureza e das atribuições do cargo a preencher. Orientação assentada pela jurisprudência do STF, de que se desviou a decisão recorrida.

b) Recurso no Mandado de Segurança n° 21.046-0-RJ, Relator Ministro SEPULVEDA PERTENCE, DJU de 14/11/91, p. 16356, com a ementa:

EMENTA: Concurso público: indeferimento de inscrição fundada em imposição legal de limite de idade. que configura, nas circunstancias do caso. discriminação inconstitucional (CF, arts. 5º e 7º, XXX): segurança concedida.

A vedação constitucional de diferença de critério de admissão por motivo de idade (CF, art. 7º, XXX) é corolário, na esfera das relações de Trabalho, do princípio fundamental de igualdade (CF, art. 5º, caput), que se estende, a falta de exclusão constitucional inequívoca (como ocorre em relação aos militares - CF, art. 42, § 11), a todo o sistema do pessoal civil. É ponderável, não obstante, a ressalva das hipóteses em que a limitação de idade se possa legitimar como imposição da natureza e das atribuições do cargo a preencher.

Esse não é o caso, porém, quando, como se dá na espécie, a lei dispensa do limite os que já sejam servidores públicos, a evidenciar que não se cuida de discriminação ditada por exigências etárias das funções do cargo considerado.

c) Agravo em Agravo de Instrumento nº 157.644-9, Relator Ministro MOREIRA ALVES, DJU de 10/2/95, p. 1879, assim ementado:

Agravo regimental. Limite de idade para admissão no serviço público. Esta Corte tem entendido que, nesse caso, o critério estabelecido para se verificar se ocorre, ou não, discriminação por idade é o de que só se admite essa limitação se ela for razoável em face da natureza e das atribuições do cargo a preencher. Na hipótese sob julgamento, essa razoabilidade inexistente - Acórdão completo na RT 717/301.

d) Recurso Extraordinário nº 177.570-0 Bahia, Relator Ministro CARLOS VELLOSO, com a ementa:

Constitucional. Administrativo. Servidor Público. Concurso Público. Limite de Idade. Técnico do Tesouro Nacional. CF., art. 7º, XXX, art. 39, par. 2º.

I - Pode a lei, desde que o faça de modo razoável, estabelecer limites mínimo e máximo de idade para ingresso em funções, emprego e cargos públicos. Interpretação harmônica dos artigos 7, XXX, 39, par. 2º, 37, I, da Constituição Federal.

II- O limite de idade, no caso, para inscrição em concurso público e ingresso na carreira de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, não se assenta em exigência etária ditada pela natureza das funções do cargo, dado que o edital excetua da discriminação os ocupantes de cargo ou emprego da Administração Federal Direta e Autarquias. A limitação, portanto, é ofensiva à Constituição, art. 7º, XXX, “*ex vi*” do art. 39, par. 2º.

III - Precedentes do STF: RMS 21.033-DF, RT J 135/958; RMS - 21.046; RE 156.404-BA; RE 157.863-DF; RE 175.548-AC; RE 136.237- AC; RE 146.934-PR; RE 156.972-PA.

e) Recurso em Mandado de Segurança nº 00210338/160, Relator Ministro CARLOS VELLOSO, DJ de 11/10/91:

EMENTA - Constitucional. Administrativo. Funcionário. Concurso. Público. Limite de idade. Advogado de Ofício da Justiça Militar. Lei nº 7.384/85, art. 4º, 11.CF., artigo 7º, XXX, *ex vi* do artigo 39, par. 2º.

1. O limite de idade, no caso, para inscrição em concurso, inscrito no arte 4º, 11, da Lei nº 7.384/85, não é razoável. Precedentes do STF: RMS nº 21.046-RJ. Inteligência do disposto nos artigos 7, XXX, e 39, par. 2º da Constituição.

No SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, o entendimento é o mesmo:

a) Recurso em Mandado de Segurança nº 2.341-2, Relator Ministro ADHEMAR MACIEL, DJU de 20/2/05, p. 3212:

EMENTA. A impetrante, por ter 44 anos de idade, foi impedida de inscrever-se em concurso público para o cargo de arquiteto: a Lei Estadual 7.357/80 fixou como limite máximo a idade de 40 anos. A evidência, cabe a lei ordinária fixar, em princípio, os limites – mínimo e máximo – para a inscrição em cargo público. Essa limitação etária, todavia, deve lastrear-se numa certa razoabilidade de acordo com a exigência do serviço, sob pena de resvalar para um autêntico *abusus legis*, configurando discriminação pela idade, o que é defeso pela Constituição Federal (art. 7º, XXX e 37, I). No caso concreto, o cargo de arquiteto não exige grande esforço físico de seu ocupante – Acórdão completo na RT 715/265.

b) Recurso Ordinário em MS nº 6.159-RS, Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, DJ de 25/02/2002.

EMENTA. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança.

Concurso Público Magistério Estadual. Limitação da idade.

Impossibilidade. Ausência de critério razoável. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

[...]

4. O Plenário do Excelso Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento dos recursos ordinários em mandado de segurança 21.033/DF e 21.046/RJ, firmou entendimento no sentido de que, salvo nos casos em que a limitação de idade possa ser justificada pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido, não pode a lei, em face do disposto nos artigos 7º, inciso XXX, 37, inciso I, e 39, parágrafo 2º, da Constituição da República, impor limite de idade para a inscrição em concurso público.

5. Da análise dos deveres e responsabilidades impostos ao membro do Magistério Público Estadual do Rio Grande do Sul (artigo 120 da Lei nº 6.672/74), não se mostra razoável a exigência do limite de 45 anos de idade para provimento no cargo.

c) Ação Rescisória nº 1.114-RS, Relator Ministro FÉLIX FISCHER, DJ de 21/10/2002:

EMENTA. Ação rescisória. Acórdão rescindendo proferido em recurso em mandado de segurança. Administrativo. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343/STF. Concurso público. Requisitos. Limite de idade, CF, Art. 7º,XXX.

I - Não se aplica a Súmula nº 343 do STF, pois a “*quaestio*” envolve violação a artigo da “*Lex Maxima*”.

II - A CF/88 em seu art. 7º, XXX, aplicável aos servidores públicos por força do art. 39, par. 2º, proíbe a infundada diferenciação na admissão para o serviço público por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Hipótese em que o limite máximo de idade de 35 anos, fixado para o concurso público para Fiscal de Tributos Estaduais, é ilegal, por falta de razoável amparo jurídico. Tal exigência não se justifica por não ser indispensável para o bom cumprimento da função a ser exercida. Precedentes. Pedido rescisório procedente.

d) Recurso Especial nº 642.008-RS, Relator Ministro CASTRO MEIRA, DJ de 14/2/2005 :

EMENTA. Administrativo. Recurso Especial. Responsabilidade civil do Estado. Concurso público. Edital. Exigência de idade mínima. Ilegalidade reconhecida por decisão judicial. Indenização. Danos materiais. Cabimento. Danos morais. Súmula 07/STJ.

[...]

3. Não há dúvida quanto ao dano material experimentado pela recorrente. Em razão da exigência de idade mínima, somente afastada por decisão judicial definitiva, teve sua nomeação deferida ao trânsito em julgado do processo, o que lhe rendeu um longo período sem receber os vencimento que lhe competiriam se tivesse sido oportunamente empossada.

4. Presente, no caso, o nexo de causalidade. A recorrente não foi nomeada com os outros aprovados no concurso, exclusivamente em razão de idade mínima veiculada no edital e, posteriormente, afastada por decisão judicial definitiva.

3 PROFISSÃO MILITAR – CARREIRA MILITAR – CARACTERÍSTICAS E PECULIARIDADES

A condição de militar submete o profissional a exigências peculiares que não são impostas, na sua totalidade, a nenhuma outra carreira.

Assim, podemos destacar:

- a. risco de vida permanente;
- b. sujeição a preceitos rígidos de disciplina e hierarquia;
- c. disponibilidade permanente;
- d. mobilidade geográfica;
- e. vigor físico;
- f. formação específica e aperfeiçoamento constante;
- g. proibição de participar de atividades políticas;
- h. proibição de sindicalizar-se e de participação em greves ou qualquer movimento reivindicatório;
- i. restrições a direitos sociais; e
- j. processo de ascensão profissional.

O exercício da atividade militar, por sua própria natureza, exige o comprometimento da própria vida. O convívio com o risco é constante, seja nos treinamentos, seja na guerra, com a possibilidade, sempre presente, de dano físico ou do evento morte.

Ao ingressar nas Forças Armadas, o militar tem que obedecer a severas normas disciplinares e a estritos princípios hierárquicos, que condicionam toda a sua vida pessoal e profissional.

O Estatuto dos Militares – Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, prescreve, no seu artigo 27, as manifestações essenciais do valor militar, no artigo 28, os princípios da ética militar, e, no artigo 31, os deveres militares aos quais estão indissolavelmente submetidos todos os militares, quer os da ativa, quer os da inatividade.

Ao militar é exigido dedicação exclusiva, não podendo exercer qualquer outra atividade profissional, à exceção dos oficiais dos Quadros de Saúde, aos quais é permitido o exercício de atividade técnico-profissional no meio civil, com o intuito de desenvolver a prática profissional, mas desde que tal prática não prejudique o serviço.

O militar não é militar apenas durante sua permanência nas Organizações Militares. Ele se mantém disponível para o serviço ao longo das 24 horas do dia, sem direito a reivindicar qualquer remuneração extra, compensação de qualquer ordem ou cômputo de serviço especial.

Por outro lado, pode ser movimentado em qualquer época do ano, para qualquer região do País, indo, como acontece em alguns casos, residir em locais inóspitos e destituídos de infra-estrutura de apoio à família.

As atribuições que o militar desempenha, não só por ocasião de eventuais conflitos para os quais deve estar sempre preparado, mas, também, em tempo de paz, exigem-lhe elevado nível de saúde física e mental, razão pela qual é submetido, durante toda a sua carreira, a periódicos exames médicos e testes de aptidão física que condicionam a sua permanência no serviço ativo.

O exercício da profissão militar exige uma rigorosa e diferenciada formação. Ao longo de sua vida profissional o militar de carreira passa por um sistema de educação continuada, que lhe permite adquirir as capacitações específicas dos diversos níveis de exercício da profissão, realizando reciclagens periódicas para fins de atualização e manutenção dos padrões de desempenho.

Deve-se ressaltar, ainda, que o militar não usufrui de alguns direitos sociais, de caráter universal, que são assegurados aos trabalhadores, dentre os quais incluem-se a remuneração do trabalho noturno superior à do trabalho diurno, a jornada de trabalho diário limitada a oito horas, a obrigatoriedade de repouso semanal remunerado e a remuneração de serviço extraordinário, devido a trabalho superior a oito horas diárias.

As exigências da profissão não se restringem à pessoa do militar, mas afetam, também, a vida familiar, a educação dos filhos pelas mudanças constantes de cidade, impedindo o estabelecimento de relações duradouras pelo núcleo familiar, pela razão de hoje estar aqui, amanhã em outro lugar durante toda sua vida profissional.

O processo de ascensão funcional na carreira militar difere das práticas existentes nas diversas instituições.

Os postos e as graduações dos militares são indispensáveis, não só na guerra, mas também em tempo de paz, pois traduzem, dentro de uma faixa etária específica, responsabilidade e habilitação necessária para o exercício dos cargos e das atribuições que lhe são correspondentes.

A exemplo do que ocorre em todo o mundo, não é só uma temeridade, como também uma irresponsabilidade, com relação a operacionalidade da Força, exigir exercício pleno das atividades militares de oficiais e praças em idade avançada.

O militar exerce, ao longo da sua carreira, cargos e funções em graus de complexidade crescente, o que faz da liderança fator imprescindível à instituição. Esses aspectos determinam a existência de um fluxo de carreira planejado, obediente a critérios definidos, que incluem a higidez, a capacitação profissional e os limites de idade, tudo isso influenciando nas promoções aos postos e graduações subsequentes. Sem esse fluxo, a renovação permanente, possibilitada pela rotatividade dos cargos, ficará extremamente prejudicada e a operacionalidade atingida.

O Estatuto dos Militares estabelece as condições para a transferência do militar para a inatividade e, em seu art. 98, prevê as idades-limites de permanência dos militares nos postos e graduações. No mesmo intuito, dispõe a Lei nº 5.821/1972 sobre as promoções de Oficiais das Forças Armadas, prescrevendo que para o desenvolvimento do fluxo de carreira é necessário, entre outras condições, o cumprimento de interstício em cada Posto.

Os critérios e as circunstâncias que asseguram o acesso à hierarquia mediante promoções, de forma seletiva, gradual e sucessiva, resultam de um planejamento a ser realizado por cada Força Armada, de acordo com as respectivas peculiaridades, consoante o art. 2º da mesma Lei. Encontra-se prevista no Estatuto, para tanto, a possibilidade de o militar ser transferido para a reserva remunerada, compulsoriamente, por atingir as idades-limites previstas nas alíneas “a”, “b” e “c”, do inciso I, do art. 98, em consonância com o preceito constitucional previsto no art. 142, inciso X, acima transcrito (v. item 2).

Por essa razão, o limite de idade para ingresso nos diversos Corpos e Quadros da Marinha é fixado com base em estudos de planos de carreira, respaldados pelas referidas legislações.

Ressalte-se que, caso não ocorra uma adequação entre a idade para o ingresso e o tempo de permanência do militar em cada posto ou graduação, uma parcela dos militares incorporados às Forças Armadas teria a carreira interrompida prematuramente, deixando de prestar o serviço pelo tempo previsto no art. 97 da Lei nº 6.880/1980 (30 anos), já que, atingida a idade limite, seriam transferidos para a reserva remunerada, mesmo que precocemente, gerando ônus inaceitável para os cofres públicos.

4 LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL

A Constituição Federal, no seu artigo 142, estabelece para os militares um regime jurídico especial, *em face de requisitos e condições específicas dos militares* (grifo nosso). Toda a legislação militar, assim como as normas administrativas que regem a carreira castrense, encontram fundamento no

disposto no art. 142 da Constituição da República, que revela a peculiaridade do regime constitucional que se aplica aos militares, *in verbis*:

Art. 142. As Forças *Armadas*, constituídas *pela Marinha*, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

§ 1º Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotada, na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas.

[...]

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

[...]

X - 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. (grifo nosso)

Como se observa, o fator idade é levado em conta desde o regramento constitucional que defere à lei sobre ele dispor.

A Lei que regula a situação, obrigações, deveres, direitos e prerrogativas dos membros das Forças Armadas é o Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/1980), que expressamente enuncia no “*caput*” dos seus artigos 10 e 11:

Art. 10. O ingresso nas Forças Armadas é facultado, mediante incorporação, matrícula ou nomeação, a todos os brasileiros que preenchem os requisitos estabelecidos em lei e nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica. (grifo nosso)

Art. 11. Para matrícula nos estabelecimentos de ensino militar destinados à formação de oficiais, da ativa e da reserva, e de graduados,

além das condições relativas à nacionalidade, *idade*, aptidão intelectual, capacidade física e idoneidade moral, é necessário que o candidato não exerça ou não tenha exercido atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional. (grifo nosso)

No mesmo diapasão, a Lei nº 11.279, de 9 de fevereiro de 2006, que especificamente dispõe sobre o ensino na Marinha, prevê a exigência de limite de idade como condição para matrícula nos diversos cursos de Formação, a ser estabelecida em edital, *in verbis*:

Art. 9º. A matrícula nos cursos que permitem o ingresso na Marinha dependerá de aprovação prévia em concurso público, *cujó edital estabelecerá* as condições de escolaridade, preparo técnico e profissional, sexo, *limites de idade*, idoneidade, saúde, higidez física e aptidão psicológica requeridas pelas exigências profissionais da atividade e carreira a que se destinam. (grifo nosso)

Por outro lado, depreende-se da leitura do inciso VIII do artigo 142 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 18, que *aplica-se aos militares o disposto no art. 7º. incisos VIII. XII. XVII. XVIII. XIX e XXV*, ficando claro que *o dispositivo constante do inciso XXX, art. 7º da Constituição, que proíbe a diferença de critério de admissão por motivo de idade, não se aplica aos militares* (grifo nosso).

Art. 7º [...]

XXX - proibição de diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, *idade*, cor ou estado civil: (grifo nosso)

Confirmando o entendimento acima exposto, convém destacar a r. sentença prolatada nos autos do Mandado de Segurança nº 96.0006039-8, da 23ª Vara Federal do Rio de Janeiro:

[...] DECIDO

A carreira militar possui peculiaridades relacionadas à sua função institucional e que acarretam estrutura e princípios próprios e afastando a aplicação de regras gerais pertinentes aos servidores civis.

Nesse diapasão, é perfeitamente aceitável que para ingresso numa carreira cujo função primordial é a defesa da Pátria (CF, art. J.12) estabeleça-se critério de idade.

Em reforço a este raciocínio, note-se que o Constituinte, ao contrário do que fez em relação aos servidores civis, não determinou a aplicação aos servidores militares do inciso XXX do artigo 7º da Carta Magna que veda, dentre outros critérios, justamente a discriminação por idade.

Isto posto, DENEGO A SEGURANÇA e revogo a liminar anteriormente concedida, condenando as impetrantes nas custas processuais.[...] (grifo nosso).

5 CONCLUSÃO

A carreira militar é estruturada de forma singular em relação às outras atividades, também inerentes ao Estado, pois tem características diferenciadas em vários aspectos, que vão desde o tipo de promoção de seus profissionais, ou o modo peculiar de que se reveste o exercício de suas funções, até a condição especial de seus inativos. Tais princípios são internacionalmente reconhecidos e não atendê-los significa correr o risco de inviabilizar a carreira para o fim maior a que se destina.

Assim, o fator idade não pode ser considerado da mesma forma que no ingresso em cargo civil, quando no ingresso na carreira militar.

As peculiaridades apontadas da profissão militar impõem que na admissão do candidato à carreira militar seja levado em conta a idade, diferentemente do que ocorre no ingresso de candidato a cargo civil, sob pena de se igualarem situações desiguais.

Por todo o exposto, torna-se perfeitamente jurídico, racional e coerente que, na admissão do candidato à carreira militar, seja considerada a idade como requisito de observância obrigatória.

O PAPEL DA MULHER NAS FORÇAS ARMADAS

*Jurema Santos Rozsanyi Nunes,
Advogada da União, Consultora Jurídica Adjunta do Comando da Aeronáutica e
Membro Fundadora da ANAJUR – Associação Nacional dos Membros das Carreiras
da Advocacia-Geral da União.*

Mulher, mãe, esposa, filha, mulher militar da Força Aérea Brasileira, com muitas histórias para contar, com muito trabalho e dedicação, luta pelo Brasil. Com ousadia e profissionalismo, defende a nossa soberania junto aos homens da Força Aérea Brasileira.

RESUMO: O artigo apresenta o perfil da mulher nas Forças Armadas, com destaque para esse papel na Força Aérea Brasileira, onde a presença da mulher já se destaca há mais de vinte e cinco anos, aperfeiçoando-se a cada ano, trazendo um enorme retorno ao esforço dispendido com sua preparação e adestramento. Destacam-se as participações femininas em atividade diversas, tais como torneios de tiro, de futebol e de vôlei de praia, como piloto de aviação de patrulha ou paraquedista.

PALAVRAS-CHAVE: Força Aérea. Mulher. Papel. Militar. Quartel. Feminina. Aeronave.

No ano de 2007 foram comemorados os 25 anos da presença da MULHER na Força Aérea Brasileira.

Por meio da Exposição de Motivos nº 020/GM3, de 28 de abril de 1981, o então Ministro da Aeronáutica, DÉLIO JARDIM DE MATTOS, encaminhou ao Exmo. Sr. Presidente da República o anteprojeto de lei que criava o Corpo Feminino da Reserva da Aeronáutica.

Estabelecia a mensagem:

Finalmente, o Grupo de Trabalho sobre Recursos Humanos, designado especialmente para apresentar soluções para a área, vislumbrou a possibilidade da solução do problema ser encontrada no exemplo da Marinha do Brasil, com a criação de um Corpo Feminino da Reserva da Aeronáutica. Esse Corpo seria composto de Oficiais e de Graduados recrutados, selecionados entre mulheres brasileiras de competência comprovada através de exames intelectuais, de aptidão física e de saúde e treinadas em Organizações militares especialmente designadas.

A criação do Corpo Feminino da Reserva da Aeronáutica terá como finalidade atender às necessidades de pessoal para a execução das atividades técnicas e administrativas e voltadas, prioritariamente, para a área da saúde. No entanto, outras áreas poderão ser beneficiadas no futuro e à medida que a Força adquirir maior experiência no recrutamento de pessoal para o Corpo Feminino.

[...]

Cabe esclarecer a Vossa Excelência, que na elaboração deste anteprojeto de lei as integrantes do CFRA não foram consideradas como militares temporários e quando tiverem assegurada a permanência definitiva no Serviço Ativo serão computadas, para todos os efeitos, nos efetivos globais previstos na Lei que fixa o efetivo da FAB, em tempo de paz.

O Corpo Feminino da Reserva da Aeronáutica – CFRA foi então criado por meio da Lei nº 6.924, de 29 de junho de 1981, e teve como marco inicial o dia 1º de agosto de 1982, tem exercido o seu papel com desenvoltura e firmeza, com o objetivo de atingir as metas preconizadas.

Dispõe a Lei nº 6.924/81:

Art. 11 – As integrantes do CFRA, convocadas, em Serviço Ativo, são titulares de deveres, responsabilidades, direitos, honras, prerrogativas e remuneração previstos na legislação em vigor, respeitadas, no que couber, as disposições previstas, em leis e regulamentos, para os militares de carreira.

Art. 13 – Às militares do CFRA, após 8 (oito) anos de atividade, poderá ser assegurada a permanência definitiva no Serviço Ativo, de acordo com as necessidades da Aeronáutica, na forma prevista na regulamentação desta lei e demais regulamentos em vigor.

Inicialmente essas militares, Oficiais e Sargentos do Corpo Feminino exerciam atividades administrativas no âmbito da Força. Esse fato, contudo, demonstrou que a MULHER tem capacidade de exercer outras atividades mais específicas, sendo assim aberto o caminho para o ingresso da MULHER na Academia da Força Aérea.

Inicialmente a convocação para o CFRA contemplava as seguintes atividades: Analista de O&M, Analista de Sistemas, Arquiteta, Arquivologista, Bibliotecária, Enfermeira, Psicóloga e Comunicação Social.

Ocorre que essas atividades evoluíram e assim temos hoje mulheres atuando na Intendência, Medicina, Engenharia, Controle de Tráfego Aéreo, Eletrônica, Meteorologia e, finalmente como Pilotos da Força Aérea.

Essa conquista foi árdua pois, como todos sabemos, a MULHER sempre exerceu atividades secundárias no contexto profissional.

Seu principal papel foi sempre o de mãe de família e dona de casa. Quando muito, exercia a profissão de professora – uma faceta de mãe – educando e ensinando crianças.

Aos poucos, contudo, MULHER foi se firmando no mundo eminentemente masculino.

Sem deixar de lado a sua principal função, a doméstica, começou a ascender profissionalmente, exercendo atividades antes de competência exclusiva dos homens. Assim se iniciou a acirrada competição entre homens e MULHERES. Primeiramente nos vestibulares para medicina, engenharia, direito, relações internacionais, etc. A par disso, profissões de confeitiro, pedreiro, azulegista começaram a ser compartilhadas entre os dois sexos.

A MULHER sempre demonstrou mais esmero e atenção em seu trabalho. É uma característica que em nada desmerece o homem. Isso, claro, sem deixar de exercer suas outras funções, criando e educando os filhos, mantendo a casa em ordem, dando atenção ao marido e à família.

Não se trata de um super ser! Apenas foi reconhecida a capacidade de competir em igualdade de condições com seu par.

Hoje temos mulheres nos mais altos postos do poder, seja no Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Mulheres como a Ministra Ellen Gracie, Eliana Calmom, Maria Elizabeth Rocha, Senadora (hoje Governadora do Maranhão) Roseana Sarney, Idely Salvatti, Deputada Vanessa Grazziotin, Luiza Erundina e tantas outras que encham de orgulho nossos corações.

E outras Mulheres que foram exemplos para todas nós: Ana Nery, Anésia Pinheiro Machado, Sarah Kubischeck, Ruth Cardoso, ao tempo que ainda era difícil contornar o preconceito existente, mas que souberam se destacar, levando-se em consideração que, apenas em 1827, à MULHER foi permitido frequentar o curso primário e em 1934 adquirir o direito de votar.

Lembro-me de uma história que reforça a luta pela igualdade feminina:

Os legisladores não aceitavam que as mulheres tivessem a audácia de querer pertencer à Ordem dos Advogados. Marie Popelin, por volta de 1880, conseguiu, após grande luta, ingressar na Faculdade de Direito de Bruxelas. Em 1888, doutorou-se em Direito. O Tribunal de Recursos, em 12.12.1888, negou aceitar seu juramento, alegando que a própria natureza da mulher a torna inapta para as lutas e fadigas do fórum. Somente em 1912 foi que essa dinâmica batalhadora conseguiu permissão para jurar e exercer a profissão de advogada, ocorrendo que, por essa ocasião, ela já não mais vivia.

Essas “benesses” outorgadas à MULHER permitiram que ela alcançasse, hoje, o enorme papel que exerce em nossa sociedade, ombreando com homens guerreiros, em igualdade de condições. Destacando-se nas atividades antes inerentes somente ao sexo masculino.

A Força Aérea Brasileira é a mais jovem dentre as Forças Singulares, talvez por isso a convivência entre seus integrantes, nas Bases Aéreas, Comandos Regionais, Departamentos, etc. é de grande respeito e camaradagem e, a isso, somou-se a presença feminina, trazendo um certo charme aos quartéis, mantendo-se, contudo, a disciplina e hierarquia entre seu efetivo.

Na verdade, a Escola de Aviação Naval, criada em 23 de agosto de 1916 e a Escola de Aviação Militar, em 10 de julho de 1919, foram o berço de nossa aviação militar, posteriormente fundidas na Força Aérea Brasileira, com a criação do Ministério da Aeronáutica em 20

de janeiro de 1941 e que projetou o Brasil nos céus do mundo. Em todo esse período, a FAB sempre teve papel de destaque no cenário militar, exercendo forte atração nos jovens e atraindo-os para a caserna, o que acabou acontecendo, também, com as mulheres.

Há que se reconhecer, no entanto, que não foi na década de oitenta que a MULHER se iniciou na vida militar. Isso ocorreu, efetivamente, na década de quarenta, durante a Segunda Guerra Mundial, com a presença de nossas enfermeiras nos campos de batalha.

A respeito é válido transcrever artigo publicado no Correio Braziliense de 27 de agosto de 2008, em Arquivos de Guerra, sob o sub título *Tufão na Alma, Dores no Coração. Desvalorizadas, mas guerreiras*:

Elas ganhavam menos que suas colegas norte-americanas, com quem trabalhavam desempenhando as mesmas funções. Também não tinham patentes como as demais estrangeiras presentes na Segunda Guerra. As 73 enfermeiras que foram para a Itália junto com as tropas da Força Expedicionária Brasileira (FEB), porém nada ficaram devendo às suas companheiras de profissão. Ao contrário, receberam elogios de seus superiores e dos médicos que atuavam nos hospitais que atendiam os feridos na batalha.

‘A nossa enfermeira iria desempenhar no teatro de operações a missão profissional e de representante das virtudes da mulher brasileira’, escreveu Mascarenhas de Moraes em seu relatório final sobre a guerra. Segundo o comandante da FEB, as profissionais tiveram que superar as adversidades. *‘Lutaram contra as condições hostis, sofrendo ainda no Brasil a maledicência impatriótica de alguns’*, afirmou o general. Das 73 enfermeiras que foram para a Europa, 63 pertenciam ao Exército e as demais à Aeronáutica.

Para tentar se igualar às colegas americanas, as enfermeiras brasileiras ganharam a patente de segundo tenente, mas com salários inferiores aos que ganhavam os homens neste mesmo posto. O recrutamento, segundo o relatório de Mascarenhas de Moraes, seria apenas de mulheres de elevado potencial cultural – os principais grupos seriam da Escola de Enfermagem Ana Nery, do Rio de Janeiro. (Edson Luiz)

Como se vê, a discriminação alcançava até as heroínas de guerra que recebiam salários inferiores aos dos homens de mesmo posto.

Pelo menos nas Forças Armadas essa diferença deixou de existir, recebendo as integrantes do Corpo Feminino os mesmos soldos de seus pares masculinos.

Note-se que só recentemente, por meio de uma Lei, o Presidente Barack Obama, dos Estados Unidos, determinou a igualdade de salários entre os homens e mulheres que exercessem a mesma atividade.

Quando da comemoração dos 25 anos da presença da MULHER na Força Aérea, em pronunciamento na Câmara dos Deputados, o representante do PPS-RO, Deputado MOREIRA MENDES assim se pronunciou:

[...] bravas, guerreiras, corajosas mulheres aqui presentes que representam o quadro feminino da Força Aérea Brasileira, quando de suas viagens ao exterior, D. Pedro II costumava deixar cartas que servissem de orientação aos negócios de Estado durante suas longas ausências.

Em um desses documentos – e cuidando de projeto de reforma eleitoral em tramitação no Parlamento -, o Imperador lembra a necessidade de que fosse mantida a proibição do direito de voto às mulheres. E essa carta, vale observar, era dirigida exatamente a uma mulher: a Princesa Isabel, Regente do trono quando das ausências de Sua Majestade.

Passou o Império, chegou a República, e nem a República conseguiu vencer de pronto esse ridículo preconceito. Tanto que foram necessários 45 anos, desde a sua proclamação, para que, em 1934, esse direito fosse enfim conquistado pelo eleitorado feminino brasileiro.

Assim, esta sessão solene carrega, em si mesma, toda a simbologia de uma luta que a cidadania brasileira vem travando, ano após ano, para garantir que, assim como define nossa Constituição no inciso I de seu art. 5º, homens e mulheres sejam iguais em direitos e obrigações. E dentre essas obrigações – como negar? - está a defesa da nossa Pátria, a defesa do nosso povo.

Ainda na esteira das homenagens prestadas à MULHER, nesses 25 anos de atividades, destaco palavras do então Deputado CLODOVIL HERNANDES, do PTC-SP, hoje já falecido. Dizia ele, na ocasião, da Tribuna da Câmara:

A mulher é um ser que me encanta, e por quem tenho fascínio muito grande. Aprendi hoje uma grande lição com todas vocês. Desculpem-me a intimidade de chamá-las de vocês. Como faço moda e crio – no Brasil é uma profissão difícil porque as mulheres são exigentes, querem modelos exclusivos – prestei atenção e vi que vocês todas usam roupas iguais; alguns alamares, alguns adornos que caracterizam a hierarquia, mas o uniforme basicamente é igual.

Vi no rosto de vocês – por isso eu olhava muito para trás – almas lindas dentro dessa roupa. E cada roupa é diferente da outra. Por quê? Porque cada mulher é diferente da outra. Esta é a grande homenagem que vocês deveriam receber: saber que cada uma de vocês é um ser uno, uma filha de Deus. E é isso que vejo em cada brilho, em cada olhar, em cada atitude. Essa é a grande escola. As mulheres deveriam aprender com vocês que se uniformizar para a vida é muito mais importante do que pretender uma coisa que a pessoa não pode ter. Por isso temos mulheres mal vestidas, mal-acabadas, mal produzidas, porque querem comprar a novidade, mas nem sempre fica bem para elas. Quem desenhou esse azul-marinho desenhou muito bem e fez direito. Todas vocês têm caras diferentes, almas lindas dadas pela atitude desse uniforme, porque o que está atrás dele é o que importa.

Um país que não é bélico precisa dessa beleza, dessa meiguice e dessa doçura de olhar que a mulher tem. Não tenham receio de ser minoria; o que interessa é ser a qualidade. A quantidade nunca foi nada.[...]

Hoje, aproveito este momento, aproveito esta comemoração mais do que justa do jubileu de prata do ingresso da mulher militar na Força Aérea Brasileira, para trazer minha reflexão sobre os avanços sociais no que diz respeito às questões de gênero na nossa sociedade, em especial à questão da mulher nas Forças Armadas.

Essa sessão solene possibilita-me, portanto, colocar em evidência a condição feminina na trajetória rumo às conquistas de igualdade em um território outrora privativo para homens, no qual a imposição sociocultural, durante longas décadas, estabeleceu a exclusão da mulher, em face de diferenças nem sempre efetivamente existentes e necessárias.

Não temo dizer que aqui abordamos um assunto que há muito me interessa; daí a minha disposição de sempre ter permanecido a serviço de valorização da mulher na sociedade brasileira, tradicionalmente machista e patriarcal. Tenho interesse e, ao mesmo tempo, prazer em acompanhar todas as conquistas femininas que visam à emancipação da mulher, ao seu direito ao trabalho e à sua profissionalização.

[...] Os tempos modernos buscam e exigem com firmeza a igualdade de direitos entre os gêneros masculino e feminino em face da multiplicidade de atribuições assumidas no meio social. E isso tudo porque, não obstante a nova era pela qual passamos – com a explosão da evolução tecnológica e científica – ainda nos deparamos com discriminações entre homens e mulheres, notadamente no âmbito laboral.

Diante de tantos desencontros, só restou às mulheres irem à luta! Irem à luta organizada por igualdade salarial e igualdade de oportunidades no acesso ao mercado de trabalho, na ascensão e no aprimoramento profissional.

Um desses novos mercados passa, inevitavelmente, pela carreira militar, antes um território exclusivo dos homens. É importante que se diga que no Brasil as Forças Armadas têm desempenhado importante papel como instituições nacionais permanentes e regulares destinadas à garantia da inviolabilidade da soberania de nosso território e de nossos poderes constitucionais.

Não apenas exercem as Forças Armadas um importante papel, mas – diria também praticam ótimos exemplos. Um desses exemplos é o que vem sendo exercitados já há algum tempo: a aplicação do princípio da igualdade, signo fundamental da democracia. E isso foi visto quando, há 25 anos, a Aeronáutica, ao quebrar antigas amarras e tabus, passou a se adaptar aos costumes e comportamentos modernos, abrindo de vez as suas portas para a mulher ingressar na carreira militar. O que temos presenciado, graças a Deus, é o princípio da isonomia ser robustecido em solo pátrio!

Sei que esse caminho não foi fácil, mas foi dada a oportunidade de se retirar o véu do ceticismo presente no pensamento

de alguns e comprovar, na prática, a capacidade da mulher brasileira.

Com isso – e não só por isso – os mitos e as dúvidas vão gradualmente caindo frente ao bom desempenho que se afere dessas valorosas mulheres. A expectativa positiva, indubitavelmente, cada dia mais se comprova na prática por meios dos resultados por elas obtidos. Logo, é preciso comemorar com altivez a presença feminina nas Forças Armadas, independentemente de quadro, posto ou graduação atingidos. A mulher quer isso, senhoras convidadas: quer atingir o inusitado, quer alcançar o novo, quer a oportunidade para superar seus limites.

Portanto, finalizo minha homenagem parabenizando a Aeronáutica e as bravas militares brasileiras pelos feitos que nos enchem de orgulho. A dedicação e disposição dessas mulheres de ingressar no universo até então predominantemente masculino deixará na história um exemplo a ser seguido.

Como se vê, as Forças Armadas receberam de braços abertos a MULHER. Gradativamente foram galgando postos na hierarquia militar, chefiando seções, assumindo cargo de assistentes de Comandantes, opinando e partilhando diuturnamente da vida na caserna, fazendo-se ouvir com competência, segurança e respeito. Sua presença no seio das Forças Armadas é irreversível.

Mas as Forças Singulares muito tem lucrado com a presença da MULHER. Além da delicadeza no trato das pessoas, sem perder a firmeza, a aura feminina envolve os quartéis com o som do salto alto no piso, o perfume no ar, o carinho e a palavra amiga para aqueles que dela necessitam, o bom humor, mesmo após vinte e quatro horas tirando serviço. Tudo isso beneficia o efetivo militar. E é apenas isso? Claro que não!

A MULHER colabora intensivamente para alcançar as metas determinadas pelo Alto Comando da Força, seguindo com competência e tenacidades as diretrizes militares para atingir a plenitude do fim almejado, seja na área educacional, administrativa ou operacional.

Recentemente, formaram-se, na Academia da Força Aérea, as primeiras mulheres aviadoras. Algumas especializando-se na aviação de caça, outras na de transporte e outras como pilotos de helicópteros.

É bem verdade que a carreira de piloto não é a preferida das mulheres. Há um número muito maior de cadetes intendentos do que

aviadoras. A Intendência foi liberada para as mulheres muitos anos antes da aviação, o que talvez explique a maior procura dessa atividade militar, em detrimento da aventura de voar.

Mesmo assim, pudemos presenciar, na comemoração do Dia da Aviação de Caça – 22 de abril – a presença da MULHER aviadora nas festividades, apresentando-se com o mesmo orgulho e galhardia junto aos demais caçadores do sexo masculino.

Destaque-se o dia 26 de março de 2004, marco histórico para a Força Aérea Brasileira e para a MULHER. Nessa data, realizaram voos solos dois integrantes do 2º Esquadrão do Corpo de Cadetes da Academia da Força Aérea (AFA) – Esquadrão THERION. O cadete Ydehara, primeiro colocado da turma e a cadete FERNANDA GÖRTZ a primeira mulher brasileira a voar sozinha na AFA em uma aeronave militar da FAB, o T-25 Universal.

No final do pouso a cadete recebeu dos controladores de voo, a seguinte mensagem: “Cadete FERNANDA GÖRTZ, Léo uno/dois – Em nome dos Controladores de Voo da Academia da Força Aérea, parabênizo a primeira Cadete a voar solo em aeronave militar de instrução desta Academia, fato histórico na Força Aérea Brasileira e marco destinado às páginas gloriosas de sua carreira.”

Após o pouso, a cadete foi recepcionada pelo então Comandante da Academia da Força Aérea e cumpriu o ritual inerente ao primeiro passo na carreira de piloto militar: *o banho comemorativo ao voo solo*.

Ainda em homenagem a esse grande feito, a cadete recebeu da Deputada Federal Jandira Feghali, então Presidente da Comissão Especial da Mulher da Câmara dos Deputados uma carta com os seguintes dizeres:

A luta das mulheres brasileiras pela igualdade vive mais um momento marcante. Sua dedicação e disposição em ingressar num universo, até então, predominantemente masculino deixará na história um exemplo a ser seguido. Espero que, mais do que simbólico, seu vôo solo inspire outras mulheres a perseguirem, com determinação, seus objetivos, mesmo que isso conduza ao difícil caminho de ultrapassar barreiras. Ser a primeira mulher brasileira a voar sozinha numa aeronave militar deve ser motivo de orgulho para você e sua família, motivo pelo qual manifesto, em nome da Comissão Especial da Mulher da Câmara dos Deputados, minha admiração e votos de uma carreira de muito sucesso.

Ainda fazendo referência a dados históricos, temos como primeira participante da equipe de salto livre da FAB – Falcões – a 3º Sargento

CÁSSIA BAHIENSE NEVES, da Base Aérea de Santa Cruz que, no período de 17 a 27 de novembro de 2008, participou de treinamento na modalidade de formação em queda livre e precisão.

Outra 3º Sargento também se superou na arte do paraquedismo, foi a Vanessa Felix que, recentemente, realizou seu primeiro salto com uma turma de 296 alunos do Centro de Instrução Paraquedista General Penha Brasil, do Exército, no Rio de Janeiro. Segundo o Comandante do do Centro de Instrução *“As mulheres que entram para o curso são mais determinadas do que os homens. As cinco resistiram até o final”*.

Outra atividade que tem despertado o interesse da mulher militar é a de *load master*, responsável por saber se o volume de carga e peso estão adequados para manter a aeronave balanceada e o voo estável.

A parte teórica do Curso de Formação é ministrado no 1º/9º GAV, em Manaus. Após esse período, as alunas passam pelas oficinas de manutenção aprendendo sobre aviônica, equipamentos de voos, motores e sistemas hidráulicos. Terminada essa fase, elas passam a voar como alunas, em um período que varia de seis a nove meses, até serem capazes de atuar sem a presença do instrutor. Sua atuação está sendo de grande valia com a chegada dos C-105 Amazonas, aeronave que está substituindo o C-105 Buffalo e com o dobro de sua capacidade de carga.

Assim, as mulheres estão em combate lado a lado com os homens, prontas para a guerra, seja pilotando aviões, trabalhando em seus motores como mecânicas, saltando, praticando esportes, participando de operações conjuntas, como foi o caso da última CRUZEX (a de número IV), onde se destacaram as aviadoras Daniele Lins e Maria Eugênia Etcheverry, oriunda do Uruguay.

Das primeiras aviadoras hoje temos representantes na aviação de caça, na condução de aeronaves de asas rotativas, nas aviações de Patrulha, Transporte e Reconhecimento, voando em igualdade de condições com os pilotos militares do sexo masculino. Deles se diferenciam pelo uso de maquiagem, ainda que discreta, mesmo vestindo um macacão de voo.

Hoje temos mulheres com mais de 500 horas de voo, como acontece com a integrante do Esquadrão PELICANO de Busca e Salvamento, situado na Base Aérea de Campo Grande, a Tenente Márcia que, após instrução na aeronave Bandeirante, passou a voar o Helicóptero H-1H, o que traz muito orgulho não só para ela, como também para os integrantes do 2º/10 GAV (Grupo de Aviação), daquela Base.

Na Aviação de Patrulha também se destacam as mulheres, uma Tenente integrando o 1º/7º GAV – Esquadrão Orungan, em Salvador e outra o 3º/7º GAV – Esquadrão Netuno, em Belém. Ambas não exitam em afirmar que se identificaram com a Aviação de Patrulha em face das

missões a ela atribuídas, onde a tripulação precisa estar sempre atenta e envolvida com alguma atividade. Não há monotonia.

Mas a Força Aérea não é integrada apenas pelas guerreiras voadoras. Na área de Saúde tivemos as primeiras oficiais médicas a participar do Curso de Comando e Estado-Maior da Aeronáutica (CEEM), da Escola de Comando e Estado-Maior da Aeronáutica (ECEMAR).

Referido Curso capacita Oficiais Superiores dos Quadros da Aeronáutica para o exercício das funções de Estado-Maior e para o desempenho de cargos de Comando, Direção e Chefia, sendo um dos requisitos para a ascensão ao posto de Coronel da Força Aérea. Esse Curso proporciona a possibilidade de, no futuro, aquelas Majores que o frequentaram concorram à indicação para os cargos de Direção das diversas Organizações de Saúde da Aeronáutica.

Temos, ainda, o destaque das mulheres no esporte.

Seja em campeonatos de Tiro esportivo, atuando em diversas modalidades, como Pistola Standard, Pistola de Ar, Pistola Sport, Carabina e Carabina de Ar, seja no vôlei de praia, onde as equipes femininas da Aeronáutica se destacam para participar do torneio europeu a ser realizado na Alemanha e nos V Jogos Mundiais Militares, em 2011, na cidade do Rio de Janeiro.

Como somos “o País do futebol” as mulheres militares também se destacam nessa atividade esportiva. Em abril passado, a equipe da Aeronáutica de futebol feminino disputou seu primeiro torneio, tendo se sagrado vice-campeã do torneio.

Os jogos fazem parte da preparação para uma seletiva que estará sendo organizada pela Comissão Desportiva Militar do Brasil (CDMB) para compor a equipe da Seleção Brasileira que disputará o Campeonato Mundial das Forças Armadas, de futebol feminino, nos Estados Unidos.

É com imenso orgulho que os brasileiros hoje assistem aos desfiles militares, onde a ainda tímida presença garbosa das MULHERES militares se destaca em meio ao grande universo de homens.

É assim no desfile de 7 de Setembro onde, há algum tempo, a MULHER tem marcado a sua presença, chamando a atenção de toda a Pátria brasileira para a possibilidade de estar disputando o mesmo espaço anteriormente ocupado apenas pelos homens.

Essa presença marcante, certamente, servirá de incentivo para que um número cada vez maior de Mulheres se aventure nas atividades antes reservadas ao sexo masculino.

Esperamos que, em um futuro bem próximo, a MULHER se destaque de forma marcante, não só nas Forças Armadas, mas em todos

os outros segmentos da atividade humana, ocupando o seu verdadeiro lugar no universo, até bem pouco tempo destinado apenas ao homem.

REFERÊNCIAS

LUIZ, Edson. Tufão na Alma, Dores no Corpo – Desvalorizadas, mas Guerreiras. *Correio Braziliense*, Brasília-DF. p. 10, 27 ago. 2008.

Anais da Câmara dos Deputados. Sessão Solene da Câmara dos Deputados. 14 ago. 2007.

Centro de Comunicação Social da Aeronáutica CECOMSAER notícias diversas. 2008/09.

FORÇAS ARMADAS: REFORMA, LICENCIAMENTO E RESERVA REMUNERADA ARMED FORCES: REFORM, LICENSING AND PAID RESERVE

Roberto Carlos Rocha Kayat

Graduado e mestrando em direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Professor de Direito Constitucional da Universidade Cândido Mendes e Advogado da União.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da Reforma; 1.1 Reforma a pedido; 1.2 Reforma de ofício; 1.1.1 Reforma de ofício por idade limite; 1.1.2 Reforma de ofício por incapacidade; 1.2.3; Reforma de ofício funcionando como sanção ao militar; 2 Do Licenciamento; 2.1 Licenciamento a pedido; 2.2 Licenciamento de ofício; 2.2.1 Licenciamento de ofício por conclusão do tempo de serviço; 2.2.2 Licenciamento de ofício por conveniência do serviço; 2.2.3 Licenciamento de ofício a bem da disciplina; 2.2.4) Licenciamento de ofício por posse em cargo ou emprego público permanentes; 2.3 Regras específicas sobre licenciamento; 3 Da Reserva Remunerada; 3.1 Reserva remunerada a pedido; 3.2 Reserva remunerada de ofício; 4 Conclusão; Referências

RESUMO: os militares das Forças Armadas podem ser excluídos do serviço ativo por diversos motivos, dentre os quais a reforma, o licenciamento e a reserva remunerada, institutos que serão aqui analisados de acordo com o que dispõem a Lei 6.880/80 e demais normas pertinentes, lidas de acordo com o texto da Constituição de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: reforma, licenciamento, reserva remunerada, forças armadas.

ABSTRACT: the armed forces personnel may be excluded from active service for various reasons, among which the reform, licensing and paid reserve, institutes that will be analyzed according to the available to the 6880/80 Law and other relevant standards read in accordance with the Constitution of 1988.

KEYWORDS: reform, licensing, paid reserve, armed forces.

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 disciplinou o regime jurídico dos militares das Forças Armadas através de seus artigos 142 e 143.

A Emenda Constitucional nº 18 incluiu o § 3º no referido artigo 142, dispondo que os membros das Forças Armadas são denominados “militares”. Tal modificação, longe de ser apenas semântica, aprofundou o caráter historicamente específico e próprio desta categoria de agentes públicos, salientando, ainda mais, em sede constitucional, a diferenciação dos militares em relação aos servidores públicos e demais profissionais a serviço do Estado, ou mesmo em relação aos trabalhadores em geral.

Tão profunda é a distinção constitucional dos militares que, a título de exemplo, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os recursos extraordinários 551453 / MG e 570177 / MG decidiu que a Constituição Federal não estendeu aos militares a garantia de remuneração não inferior ao salário mínimo, como o fez para as outras categorias de trabalhadores. Nestes julgados, afirmou-se a possibilidade de pagamento de soldo inferior ao salário mínimo, para praças prestando o serviço militar obrigatório.

Outra marcante diferença diz respeito ao regime previdenciário dos militares das Forças Armadas, fundamentado no inciso X do já mencionado § 3º do artigo 142. Com efeito, o artigo 40, § 20, da Carta, impõe a unidade de regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos, mas expressamente ressalva, desta unidade, os militares, que terão regime diferenciado. Este regime previdenciário militar é tão intensamente eivado de características peculiares que muitos chegam a afirmar que não existe propriamente um regime previdenciário dos militares das Forças Armadas, atuariamente falando. A propósito, salienta o professor FABIO ZAMBITTE IBRAHIM, em seu Curso de Direito Previdenciário (IBRAHIM, 2009, p. 767):

As especificidades desta categoria dificilmente permitirão a criação de um regime securitário atuariamente viável, pois a aposentação é freqüentemente precoce, seja pelas rigorosas exigências físicas ou, mesmo, por critérios de hierarquia, quando, por exemplo, um militar pode ser compulsoriamente aposentado em razão de ter sido preterido na promoção por oficial mais moderno.

Assim sendo, a ideia inicial básica que precisamos ter, ao apreciar o regime jurídico constitucional do militar das Forças Armadas, especialmente no que diz respeito aos institutos aqui versados, é que aquele regime deve ser, quase sempre, visto através de paradigmas bem

diversos daqueles relativos aos demais agentes públicos, aplicando-se as regras atinentes aos trabalhadores e agentes públicos em geral apenas quando a Constituição expressamente assim determinar, como, por exemplo, no artigo 142, inciso VIII, da Carta.

Especificamente em relação aos institutos que são tema desta breve exposição, o fundamento constitucional está, igualmente, no inciso X do § 3º do art. 142 da Carta.

A principal legislação infraconstitucional a regulamentar este artigo 142, § 3º, X, é a Lei 6.880/80, o chamado Estatuto dos Militares. Esta lei foi recepcionada pela Constituição de 88 e é rotineiramente aplicada na solução dos pleitos administrativos e judiciais sobre reserva, reforma e licenciamento. A questão da recepção da lei 6.880/80 é pacífica na jurisprudência.

No âmbito da Lei 6.880/80, nossos institutos estão disciplinados a partir do seu artigo 94, e são colocados pela Lei como espécies do gênero “exclusão do serviço ativo das Forças Armadas”. A transferência para a reserva remunerada (artigo 94, I), a reforma (artigo 94, II), e o licenciamento (artigo 94, V) são causas de exclusão do serviço ativo das Forças Armadas. Esse é o traço em comum entre os institutos.

Antes de entrarmos no delineamento específico de cada um dos três institutos, cumpre ressaltar que o conceito de serviço ativo das Forças Armadas pode ser compreendido a partir da leitura do artigo 3º, § 1º, da Lei 6.880/80, que estabelece, em sua alínea “a”, quais são os militares na ativa e, em sua alínea “b”, quais os militares na inatividade.

Então, temos que os institutos em comento, que, repita-se, são motivos de exclusão do serviço ativo das Forças Armadas, irão atingir justamente aqueles militares elencados pelo artigo 3º, § 1º, “a”, ou seja, os militares na ativa, que são: os militares de carreira; os incorporados para prestação do serviço militar inicial ou prorrogado; os militares da reserva (quando convocados, reincluídos, designados ou mobilizados); os alunos de órgão de formação de militares da ativa e da reserva; em tempo de guerra, todo cidadão brasileiro mobilizado para o serviço ativo nas Forças Armadas.

Dentro deste conjunto de militares em situação ativa, muito amplo, teremos militares em posicionamentos legais bem distintos uns dos outros, o que vai acarretar algumas diferenciações quando da incidência dos institutos em comento.

Para efeitos práticos, a distinção mais importante que o aplicador do direito deve fazer, dentro deste conjunto dos militares da ativa atingidos, é entre o militar estável e o temporário. Militares estáveis são os militares de carreira e as praças com estabilidade. O militar de

carreira vem conceituado no artigo 3º, § 2º, da lei 6880/80, e é o militar da ativa que, no desempenho voluntário e permanente do serviço militar, tenha estabilidade¹ assegurada ou presumida; temos como exemplo desta categoria aquele oficial militar de carreira, oriundo da Academia Militar de Agulhas Negras, e habilitado a galgar os mais altos postos da hierarquia do Exército; já a praça com estabilidade é aquela com 10 anos ou mais de efetivo serviço, nos termos da lei 6880/80, artigo 50, IV, “a”. O principal ponto em comum entre essas duas categorias de militares é o vínculo permanente com as Forças Armadas. Por isso são consideradas estáveis.

De outro lado, temos o conjunto dos militares ditos temporários, que vem bem delineado, por exemplo, no art. 2º, § 2º, da Lei 7150/83, que fixa o efetivo do Exército em tempo de paz. São eles: os oficiais da reserva não remunerada, quando convocados; os oficiais e praças de quadros complementares admitidos ou incorporados por prazos limitados, na forma e condições estabelecidas pelo Poder Executivo; as praças da reserva não remunerada, quando convocadas ou reincluídas; as praças engajadas ou reengajadas por prazo limitado; os incorporados para prestação do serviço militar inicial. Porém, para facilitar, pode-se chegar, por exclusão, ao conjunto dos militares temporários, que é composto por todos aqueles que não pertencem às duas categorias de militares estáveis mencionadas acima.

O principal traço em comum destas categorias de militares temporários é o vínculo precário e por tempo determinado com as Forças Armadas, decorrendo daí a expressão “militares temporários”.

Neste ponto, é interessante notar que a Lei 6880/80 confere estabilidade apenas às praças com dez anos ou mais de efetivo serviço, e não aos oficiais temporários, que sempre permanecerão na qualidade de temporários, de acordo com a redação do próprio texto legal do artigo 50, IV, “a” e conforme substancial jurisprudência neste sentido (a título de exemplo, a Apelação Cível 9601546789, do Eg. TRF/1, e a Apelação em Mandado de Segurança 200002010556535, do Eg. TRF/2).

1 DA REFORMA

A lei 6880/80 disciplina a reforma nos seus artigos 104 a 114.

Reforma é aquela situação em que o militar passa definitivamente à inatividade, na maioria das vezes por idade, doença ou acidente, não

1 A Lei 6.880/80 deve ser lida de acordo com a Carta de 88, substituindo-se o termo “vitaliciedade” por “estabilidade”, visto que o texto constitucional elencou, expressamente e de modo exaustivo, quais as categorias de agentes públicos gozam de vitaliciedade: magistrados (art. 95, I), membros dos tribunais de contas (art. 73, § 3º) e membros do ministério público (art. 128, § 5º, I, “a”).

sendo, em regra, possível eventual retorno ao serviço ativo, como se dá na reserva. Na reserva, como iremos ver mais adiante, permanece vínculo com as atividades militares, eis que o militar da reserva pode ser convocado a retornar ao serviço ativo. Outra distinção entre os institutos é que a reserva pode ou não ser remunerada, e a reforma é sempre remunerada.

1.1 REFORMA A PEDIDO

Inicialmente, temos que o Estatuto dos Militares prevê duas espécies de reforma: a pedido e *ex officio* (artigo 104).

A reforma a pedido não guarda grande interesse prático, tendo em vista que, nos termos do artigo 105 do Estatuto, o universo de incidência da mesma é bem restrito, somente podendo ser concedida aos membros do magistério militar, e se assim dispuser a legislação específica de cada Força. E, para fazer jus ao benefício, este militar membro do magistério militar deverá contar com trinta anos de serviço, dos quais dez anos, no mínimo, no magistério militar.

1.2 REFORMA DE OFÍCIO

A reforma *ex officio* será aplicada nos casos do artigo 106 do estatuto, incisos I a VI.

Esquemáticamente, para fins didáticos, estes incisos da reforma de ofício poderão ser agrupados da seguinte maneira: reforma de ofício por ter o militar atingido idade limite (inc. I); reforma de ofício por incapacidade (incs. II e III); reforma de ofício que funciona como sanção (incs. IV, V e VI).

1.2.1 REFORMA DE OFÍCIO POR IDADE LIMITE

A reforma de ofício por idade limite, dada pelo artigo 106, I, não apresenta maiores questionamentos, sendo um critério puramente objetivo. Neste caso, o militar, atingindo certa idade, é transferido inicialmente para a reserva remunerada, com a possibilidade, em tese, de ser convocado de volta para o serviço ativo. Avançando ainda mais a idade do militar, aí ele passa da reserva para a reforma, situação em que não mais haverá a possibilidade de sua convocação para o serviço ativo. Por exemplo: nos termos do artigo 98, I, do Estatuto, o General de Brigada ali elencado passará à reserva remunerada com 62 anos; posteriormente, conforme o artigo 106, passará da reserva remunerada para a condição de reformado, ao atingir 68 anos.

1.2.2 REFORMA DE OFÍCIO POR INCAPACIDADE

A reforma de ofício por incapacidade é que traz a grande maioria dos questionamentos levados a juízo, e vem tratada nos incisos II e III do art. 106.

O artigo 106, II, do qual vamos tratar inicialmente, prevê reforma de ofício por incapacidade definitiva, e o art. 108 do Estatuto traz os casos de incapacidade definitiva.

A Lei 6880/80 tratou estes casos de incapacidade definitiva de modos distintos, nos artigos seguintes, para concessão de reforma.

Da simples leitura da Lei, vemos que os incisos I a IV do artigo 108 trazem situações que guardam relação de causa e efeito com a atividade militar.

O inciso V do mesmo artigo 108 elenca doenças especialmente graves (às quais deve ser acrescentada a AIDS, por força da lei 7.670/88, e demais moléstias que a lei especificamente indicar como motivo de incapacidade definitiva).

Já o inciso VI traz situações de acidente ou moléstia que não têm relação de causa e efeito com o serviço militar, e nem estão dentre doenças aquelas previstas no inciso V.

Pois bem, nos casos em que se vislumbra relação de causalidade (incisos I a IV, art. 108) ou em se tratando de doença grave (inciso V, art. 108), determina o artigo 109 da lei a reforma com qualquer tempo de serviço, em caso de incapacidade definitiva. Note-se que este artigo 109 abrange estáveis e temporários, eis que utiliza a expressão “militar da ativa”, expressão ampla que, nos termos do artigo 3º, § 1º, “a” do Estatuto dos Militares, engloba estáveis e temporários.

Por outro lado, em vista do artigo 110, *caput*, da lei 6.880/80, esta reforma será concedida com remuneração calculada com base no soldo do grau hierárquico superior, nos casos dos incisos I e II do artigo 108. E, por força do § 1º do artigo 110, esse benefício da reforma com soldo do grau superior vai agasalhar, também, os casos de incapacidade definitiva dos incisos III, IV e V do mesmo artigo 108, se verificada, em relação a estes três últimos incisos, a invalidez, ou seja, a impossibilidade total e permanente para qualquer trabalho.

Passemos a exemplificar: suponha-se que Brasil entre em guerra com a Argentina e um militar da ativa (conceito que abrange o estável e o temporário - art. 109 c/c art. 3º § 1º “a” do Estatuto) seja metralhado em uma batalha, vindo a perder a perna direita. Nesse caso, este militar será considerado incapaz definitivamente para o serviço ativo nas Forças Armadas (art. 106, II), o ferimento que acarretou

a incapacidade definitiva deu-se em campanha (art. 108, I), ele terá direito à reforma qualquer que seja seu tempo de serviço (art. 109) e, finalmente, terá direito à reforma com ganhos calculados de acordo com o posto superior ao que possuía na ativa (art. 110, *caput*).

Outro exemplo: num exercício militar de treinamento, o militar da ativa (conceito que abrange o estável e o temporário - art. 109 c/c art. 3º § 1º “a” do Estatuto) é atingido acidentalmente por disparos de arma de fogo feitos por um colega, perdendo o pé direito. Será considerado incapaz definitivamente para o serviço ativo nas Forças Armadas (art. 106, II), o ferimento que acarretou a incapacidade definitiva se deu por acidente em serviço (art. 108, III), este militar terá direito à reforma qualquer que seja seu tempo de serviço (art. 109), mas não terá direito à reforma com ganhos calculados de acordo com o grau hierárquico superior ao que possuía na ativa, tendo em vista que não pode ser considerado impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho, isto é, inválido (art. 110, § 1º). Hoje, a reabilitação de deficientes físicos avançou muito em relação a 1980 (ano do Estatuto dos Militares), e vemos vários deficientes plenamente inseridos no mercado de trabalho, sendo que os concursos públicos chegam a reservar cotas de vagas para os mesmos. Portanto, a Lei 6.880/80 deve aqui ser lida de acordo com os avanços da medicina de reabilitação.

Nesse mesmo caso de tiro acidental, recebido em treinamento militar, suponha-se que o militar da ativa tivesse recebido um disparo de arma de fogo na cabeça, ficando em estado vegetativo permanente. Nesse caso, será considerado incapaz definitivamente para o serviço ativo nas Forças Armadas (art. 106, II), o ferimento que acarretou a incapacidade definitiva deu-se por acidente em serviço (art. 108, III), este militar terá direito à reforma qualquer que seja seu tempo de serviço (art. 109) e, aqui sim, terá direito à reforma com ganhos calculados de acordo com o grau hierárquico superior ao que possuía na ativa, tendo em vista que ficou inválido, ou seja, impossibilitado total e permanentemente para qualquer trabalho (art. 110, § 1º).

Vimos então que, por força dos artigos 109 e 110 e seu § 1º, os incisos I a V do artigo 108 têm um tratamento mais ou menos uniforme para estáveis e temporários quanto à reforma em si (o art. 109 não distingue, eis que usa a expressão genérica “militar da ativa”, para conceder reforma com qualquer tempo de serviço).

Os incisos I e II do artigo 108, por obra do *caput* do artigo 110, vão acarretar reforma com soldo correspondente ao grau hierárquico superior ao ocupado na ativa pelo militar beneficiado.

E, por sua vez, a invalidez determinará concessão de reforma correspondente ao grau hierárquico superior nos casos dos incisos III, IV e V do artigo 108, em decorrência do § 1º do artigo 110.

Esquemáticamente:

- a) 108, I a V – reforma com qualquer tempo de serviço (109);
- b) 108, I e II – reforma com soldo do grau hierárquico superior (110 caput);
- c) 108, III, IV e V – reforma com soldo do grau hierárquico superior, *em caso de invalidez, ou seja, impossibilidade permanente para todo tipo de trabalho* (110 § 1º).

Por fim, é bom ressaltar que, nos casos dos incisos I a V do artigo 108, os quais ensejam esta reforma com qualquer tempo de serviço, nos termos do artigo 109, há que se aplicar a norma com bom senso, de modo a evitar o acolhimento de pleitos completamente temerários. Com efeito, ainda que, por exemplo, acidentado no exercício de suas funções castrenses, o militar deve sempre sofrer um decréscimo realisticamente mensurável em sua capacidade laboral, sob pena de a lei levar a resultado absurdo.

Suponha-se que, num exercício militar, um soldado venha a cair de mau jeito, lesionando o menisco do joelho, por exemplo. É absurdo supor que, nesse caso, será cabível reforma. Não há sentido, aqui, em obrigar o Erário ao pagamento desta reforma pelo resto da vida de uma pessoa ainda jovem, cujo decréscimo na capacidade laboral para fins civis não o retirou, de modo algum, do mercado de trabalho. Haverá, aqui, um estímulo ao ócio.

Quando os artigos 108 e 109 falam em “incapacidade definitiva”, o termo “incapacidade definitiva” tem que ser interpretado não apenas como incapacidade para o serviço militar ativo (art. 106, II), mas como uma incapacidade que acarrete real e considerável diminuição na capacidade laboral para atividades civis, ainda que não chegue ao grau de invalidez, pois, quando o Estatuto quer se referir à invalidez, o faz expressamente, como nos artigos 110 § 1º e 111, II. Ou seja, a “incapacidade definitiva” dos artigos 108 e 109 é mais do que a mera incapacidade para o serviço militar ativo, e menos do que a invalidez dos artigos 110 § 1º e 111, II.

Propõe-se esta interpretação porque, repita-se, é preciso ler o Estatuto dos Militares de acordo com os avanços da medicina de reabilitação e da fisioterapia de 1980 (ano do Estatuto) para cá. E, principalmente, deve-se ler o Estatuto conforme a Constituição de 88, que, nas disposições gerais acerca da administração pública, determinou o aproveitamento de deficientes físicos no serviço público, no seu artigo 37, inciso VIII. Não tem sentido, portanto, a reforma de um militar por problemas no menisco, ainda que exista relação de causa e efeito com

o serviço militar, pois lesão no menisco não incapacita ninguém para atividades civis, ainda que possa incapacitar para o serviço militar.

Especificamente sobre o acidente em serviço (art.108, III, do Estatuto), temos que a principal norma a regulamentar este conceito, para fins de reforma militar, é o Decreto 57.272/65. Em relação a este decreto, os pontos que geram mais litigiosidade estão em seus arts. 1º, “f” e 1º § 2º, *verbis*:

Art 1º Considera-se acidente em serviço, para os efeitos previstos na legislação em vigor relativa às Forças Armadas, aquele que ocorra com militar da ativa, quando:

[...]

f) no *deslocamento entre a sua residência e a organização em que serve ou o local de trabalho*, ou naquele em que sua missão deva ter início ou prosseguimento, e vice-versa. (Redação dada pelo Decreto nº 64.517, de 15.5.1969)

[...]

§ 2º *Não se aplica o disposto neste artigo quando o acidente for resultado de crime, transgressão disciplinar, imprudência ou desídia do militar acidentado ou de subordinado seu, com sua aquiescência*. Os casos previstos neste parágrafo serão comprovados em Inquérito Policial Militar, instaurado nos termos do art. 9º do Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969, ou, quando não for caso dele, em sindicância, para esse fim mandada instaurar, com observância das formalidades daquele. (Redação dada pelo Decreto nº 90.900, de 525.1985)

A questão do deslocamento de casa para o local do serviço militar deve ser interpretada de modo restritivo, para evitar abusos na alegação de pretensão direito de reforma por suposto “acidente em serviço”. Desvios do caminho normal entre residência e local de serviço, por exemplo, descaracterizam o acidente em serviço. Nesse sentido, o julgado do Eg. TRF/2, na Apelação Cível 135140, processo nº 97.02.10016-0, na qual o militar afirmou que ele e o amigo que o acompanhava “*retornavam da Rua Limites (Realengo), onde foram acompanhar duas meninas, que conheceram na Praça de Realengo, até suas residências*”

O outro ponto que gera litígios é o seguinte: pelo Decreto 57.272/65 (art. 1º, § 2º), não há que se falar em acidente em serviço

se o acidente decorreu de crime, transgressão disciplinar, imprudência ou desídia do militar acidentado ou de subordinado seu, com sua aquiescência. Isso obviamente vai gerar demandas de militares tentando comprovar que o acidente não decorreu de conduta dolosa ou culposa sua.

Em nossa experiência profissional, tivemos a oportunidade de atuar num caso em que o recruta, ao passar, à noite, o turno de sentinela para seus colegas, numa guarita em lugar ermo e de mato alto, costumava esconder-se por detrás da moita e assustar os colegas que estavam chegando para assumir a sentinela, saltando repentinamente na frente deles e gritando, de fuzil em punho. Certo dia, um militar que estava chegando para assumir seu turno, à noite, sofreu esta brincadeira feita pelo recruta. Assustou-se com aquilo e, pensando tratar-se de um marginal, disparou uma rajada de fuzil contra o recruta, matando-o. A área em questão é muito erma, escura, próxima a comunidades carentes, com presença de narcotraficantes, o que a torna um local tenso para o serviço militar. A atitude do recruta foi, então, no mínimo imprudente, e infelizmente a tragédia ocorreu. Se este recruta tivesse sobrevivido, e viesse a postular reforma, não poderia alegar acidente em serviço, pois, nos termos do art. 1º, § 2º, do Decreto 57.272/65, o acidente decorreu de erro de fato ocasionado por conduta imprudente dele mesmo.

Vistos os incisos I a V, temos que, no caso do art. 108, inciso VI, da lei 6.880/80, ou seja, acidente ou doença, moléstia ou enfermidade, sem relação de causa e efeito com o serviço, a disciplina é bem diversa, nos termos do art. 111 do Estatuto. Neste caso de ausência de relação de causalidade entre moléstia/acidente e serviço militar, o tratamento a ser dispensado aos militares da ativa varia, conforme sejam estáveis ou temporários.

Se estável o militar, aplica-se o art. 111, I, e o mesmo será reformado com remuneração proporcional, abstraindo-se a questão da invalidez (incapacidade permanente para todo o tipo de trabalho).

Se temporário, aplica-se o art. 111, II, e o militar será reformado com remuneração integral do posto que ocupava na ativa (e não a do posto superior), qualquer que seja seu tempo de serviço, *mas somente se for considerado inválido (incapacidade permanente para todo o tipo de trabalho)*.

Passemos novamente aos exemplos: uma praça com seis anos de serviço ativo (não estável, portanto), de férias, viajando para Cabo Frio, sofre acidente automobilístico grave, ficando em estado vegetativo permanente. Nesse caso, temos a incapacidade definitiva para o serviço ativo (106, II), tal incapacidade decorreu de acidente sem relação de causa e efeito com o serviço (108, VI), e a reforma será concedida com

a remuneração integral que o militar tinha na ativa, ante a invalidez (111, II);

Outro exemplo: uma praça com quinze anos de serviço ativo (com estabilidade, portanto) está num bar bebendo cerveja, ocorre uma briga e ele vem a ser ferido por um projétil de arma de fogo, perdendo o seu pé direito. Aqui temos também a incapacidade definitiva para o serviço ativo (106, II), tal incapacidade decorreu de acidente sem relação de causa e efeito com o serviço (108, VI), e a reforma se dará com a remuneração proporcional ao tempo de serviço do militar (quinze anos), eis que o mesmo é estável, por ser praça com mais de dez anos de serviço (111, I), não sendo exigida, aqui, a invalidez.

Esquemáticamente:

- a) 108,VI – se militar estável, reforma com soldo proporcional ao tempo de serviço, abstraindo-se a questão da invalidez (111, I);
- b) 108, VI – se temporário, reforma com soldo do posto que ocupava na ativa (nem proporcional, nem do posto superior), com qualquer tempo de serviço, mas só em caso de invalidez, ou seja, impossibilidade permanente para todo tipo de trabalho (111, II).

A outra espécie de reforma de ofício por incapacidade está no artigo 106, III, o qual trás a situação do agregado, a abranger tanto estáveis como temporários, e prevê reforma de ofício ao militar agregado por mais de dois anos, e que esteja temporariamente incapaz.

Agregação é a situação do militar afastado temporariamente do serviço ativo, deixando de ocupar vaga na escala hierárquica, por motivos diversos, na forma do artigo 82 do Estatuto dos Militares. Na situação aqui tratada, por motivo de saúde que o incapacitou temporariamente.

Na prática, ocorre bem menos que os casos de reforma de ofício por incapacidade definitiva prevista pelo artigo 106, II, já visto. Nos termos deste artigo 106, III, cabe reforma de ofício se o militar estiver agregado por mais de dois anos, por ter sido julgado incapaz temporariamente, ainda que se trate de moléstia curável. Porém, também aqui a lei deve ser corretamente interpretada: em qualquer dos dois casos de reforma de ofício por incapacidade (art. 106, II – incapacidade definitiva - e III – incapacidade temporária, agregação), a incapacidade definitiva dada pelos artigos 108 e 109 deverá ser exigida, até mesmo em homenagem ao Princípio da Isonomia Constitucional. Caso contrário, o agregado, bastando-lhe a incapacidade temporária, terá um tratamento mais benéfico do que o incapaz definitivamente do artigo 106, II. Por isso, os artigos 108 e 109 devem ser aplicados a ambos. É, repita-se, naquele sentido antes exposto, ou seja, a incapacidade definitiva dos artigos

108 e 109 é mais do que a mera incapacidade para o serviço ativo das forças armadas, insculpida no artigo 106, II (eis que atinge também a capacidade laboral civil), embora não chegue a ser a invalidez dos artigos 110§ 1º e 111, II.

É importante ressaltar que a Jurisprudência interpreta este artigo 106, III, do Estatuto de um modo bem objetivo, considerando que a recuperação do militar, antes de completados os dois anos, afasta o direito à reforma com base neste artigo 106, III. A título de exemplo, temos o julgado da Apelação Cível 337689, processo nº 1997.5101022635-4, do Eg. TRF/2.

Frise-se também que, em relação à praça, o período em que estiver agregada, por incapacidade temporária, não é computado para perfazer os dez anos necessários à aquisição da estabilidade, eis que a hipótese está fora daquelas previstas, no artigo 81 do Estatuto, como de contagem do período de agregação como serviço ativo.

Concluindo, se o militar fica mais de dois anos agregado, por motivo de saúde que o incapacitou temporariamente, ele será reformado nos termos do artigo 106, III, mas em combinação com os artigos 108 e 109 do Estatuto, sendo inclusive necessária a incapacidade tanto para os atos da vida militar como civil; assim, tal situação irá, na prática, desembocar na mesma disciplina da incapacidade definitiva, portanto (que é a do 106, II c/c 108 e 109), em se interpretando o Estatuto de acordo com a isonomia constitucional, como aqui se propõe.

Em um resumo geral, e sem abstrair as propostas aqui feitas de interpretação do Estatuto conforme a Constituição de 88, temos que a reforma de ofício, por incapacidade, nos termos da Lei 6880/80, deve ser analisada por etapas, partindo-se sempre do artigo 106, incisos II ou III, e chegando-se aos artigos 109, 110 ou 111, conforme os casos a seguir pormenorizados:

- 1º caso: 106, II ou III + 108, I ou II + 109 + 110 caput = reforma com ganhos do grau superior;
- 2º caso: 106, II ou III + 108, III, IV ou V + 109 + 110 § 1º = reforma com ganhos do grau superior, em havendo invalidez;
- 3º caso: 106, II ou III + 108, III, IV ou V + 109 = reforma com ganhos iguais aos do grau hierárquico ocupado na ativa, não havendo invalidez;
- 4º caso: 106, II ou III + 108, VI + 111, I = reforma com ganhos proporcionais, para o militar estável;
- 5º caso: 106, II ou III + 108, VI + 111, II = reforma com ganhos iguais aos do grau hierárquico ocupado na ativa, para o militar temporário, em havendo invalidez.

Finalizando esta exposição sobre reforma de ofício por incapacidade, cumpre fazer uma análise específica sobre o artigo 108, V, que prevê a incapacidade definitiva decorrente de doenças especialmente graves.

Tais enfermidades, ao acarretarem incapacidade definitiva, nos termos dos artigos 108 e 109 do Estatuto, vão gerar direito à reforma, tenham ou não relação de causalidade com o serviço militar, e eventualmente poderão gerar direito à reforma com remuneração do posto superior, se resultarem em invalidez, porque então irá incidir o art. 110 e § 1º do Estatuto.

A seguir, vamos fazer uma exposição mais detalhada de algumas doenças que costumam gerar controvérsia em juízo.

Primeiramente, a este rol de doenças deve ser acrescentada a AIDS, por força do artigo 1º, I, “c” da lei 7.670/88.

Vale dizer, a referida lei incluiu a AIDS no rol das doenças graves do art. 108, V, do Estatuto, para fins de reforma militar.

A polêmica, aqui, ocorre em relação ao portador assintomático do vírus HIV. O art. 1º da Lei 7.670/88 considera a AIDS como causa de reforma, e o portador assintomático do HIV, tecnicamente falando, não desenvolveu ainda a AIDS. Porém, não é este o entendimento predominante dos tribunais, que vêm considerando o portador assintomático também abraçado pela Lei 7.670/88. Por outro lado, a Portaria Normativa nº 1174/2006, do Ministério da Defesa, que regulamenta o conceito de doenças em geral, para fins de avaliação de incapacidade pelas juntas de inspeção de saúde militares, parece optar por caracterizar como AIDS apenas os casos em que o portador seja sintomático, eis que, em seu item 33.1, reza:

33.1. A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS) é a manifestação mais grave da infecção pelo vírus da imunodeficiência humana (HIV), caracterizando-se por apresentar uma severa imunodeficiência, manifesta no aparecimento de doenças oportunistas.

Neste ponto, é de fundamental importância considerarmos que a lei 7.670 foi promulgada em 1988, época em que a epidemia de AIDS apresentava à humanidade um quadro sombrio, sem a menor perspectiva de cura, vacina ou ao menos tratamento minimamente eficiente. Naquela época, a infecção pelo HIV era uma verdadeira “sentença de morte”. Nos dias de hoje, muito embora ainda não exista cura para a infecção por HIV, os medicamentos para controle da mesma evoluíram muito, em especial depois da introdução dos chamados “coquetéis” antivirais.

Tanto que a doença passou a ser considerada crônica, e não mais fatal², desde que seguido o tratamento prescrito. Assim sendo, é importante refletir-se sobre a questão (e fazê-lo cada vez mais, no futuro, diante do contínuo avanço dos medicamentos), sendo de todo pertinente a interpretar-se a lei 7.670/88 no sentido de que a mesma realmente abraça, apenas, aquele que já apresenta os sintomas da AIDS, e não o portador assintomático do HIV. Especialmente nos dias de hoje, em que há possibilidade de controlar-se a infecção, como visto.

Quanto à cegueira, questão polêmica no que diz respeito à reforma é a da visão monocular. Recentemente, o Eg. STJ editou o enunciado de súmula nº 377, prevendo que “o portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes.”

Tal súmula é recente, tendo sido publicada em maio de 2009. Porém, poderá refletir na apreciação da visão monocular como motivo para reforma, pelo artigo 108, V, da lei 6.880/80, de dois modos excludentes entre si: ou considera-se o portador de visão monocular como deficiente, nos termos da súmula, e então cabível seria a reforma; ou então entende-se que a súmula reputou apto para o serviço público o portador da visão monocular, não se podendo, portanto, falar em incapacidade definitiva, nos termos dos artigos 108 e 109, sendo então vedada a reforma. De qualquer modo, a já citada Portaria 1.174, do Ministério da Defesa, ainda adota, em seu item 7.1, a idéia de perda da visão binocular para caracterizar a cegueira, para fins de apreciação nas juntas de inspeção de saúde militares, *verbis*: “cegueira ou amaurose é um estado patológico no qual a acuidade visual de ambos os olhos é igual a zero, sem percepção luminosa, após esgotados os recursos de correção ótica.”

No mesmo sentido, e expressamente descartando do conceito de cegueira a visão monocular, temos recente julgado do Egrégio TRF/2, na Apelação Cível 377542, processo nº 200051100029680. Além de excluir a visão monocular do conceito de cegueira, afastando, portanto, a aplicação do artigo 108, V, do Estatuto, o julgado rejeitou também a reforma com base no artigo 108, VI (doença ou acidente sem relação de causalidade), visto que o militar em questão era temporário, e a visão monocular não pode ser considerada como invalidez, nos termos do art. 111, II, do Estatuto. Em nossa opinião, o julgado foi totalmente correto em suas apreciações, pois aquele que vê, ainda que só com um dos olhos, não pode ser considerado “cego”. Ademais, a visão monocular não torna ninguém inválido, eis que permite o exercício de um leque enorme de atribuições que não exigem a visão binocular.

2 Disponível em: <<http://www.sistemas.aids.gov.br/imprensa/Noticias.asp?NOTCod=57775>>. Acesso em: 17 fev. 2010.

Outra doença que gera bastante controvérsia é a alienação mental. Impõe-se, aqui, rigor na definição do conceito, de modo a evitar o acolhimento de pretensões infundadas. Alienação mental é uma doença específica, que não se confunde com outros transtornos psíquicos, como os transtornos de ansiedade, dentre os quais o transtorno obsessivo compulsivo e a síndrome do pânico. Nesta mesma linha de raciocínio, temos o julgado da Apelação Cível 282037, processo nº 200202010094573, do Eg. TRF/2, o qual concluiu que o autor foi diagnosticado como portador de ansiedade, e não “alienação mental”.

A mencionada Portaria nº 1174, do Ministério da Defesa, em seu artigo 2.3, também faz esta distinção, ao excluir expressamente do conceito de alienação mental alguns transtornos psíquicos que com ela não se confundem:

2.3. Não são casos de alienação mental:

- a) transtornos neuróticos da personalidade e outros transtornos mentais não psicóticos;
- b) transtornos da identidade e da preferência sexual;
- c) alcoolismo, dependência de drogas e outros tipos de dependência orgânica;
- d) oligofrenias leves e moderadas;
- e) psicoses do tipo reativo (reação de ajustamento, reação ao estresse); e
- f) psicoses orgânicas transitórias (estados confusionais reversíveis).

A Portaria assim conceitua alienação mental:

1.1. Conceitua-se como alienação mental todo caso de distúrbio mental ou neuromental grave e persistente, no qual, esgotados os meios habituais de tratamento, haja alteração completa ou considerável da personalidade, comprometendo gravemente os juízos de valor e realidade, destruindo a autodeterminação do pragmatismo e tornando o indivíduo total e permanentemente inválido para qualquer trabalho.

Parece-nos que o critério da invalidez, elencado acima, é suficientemente objetivo e seguro para considerar-se o militar como alienado mental, para fins de reforma. Com efeito, alguém que exerça atividade laboral ordinária (fora de programas especiais de reabilitação psiquiátrica) não pode ser considerado “amental”, sob pena de ofensa ao próprio bom senso.

Questão especialmente grave, ao nosso sentir, é a quantidade formidável de lides, aforadas na Justiça Federal, buscando reforma por alienação mental, nas quais o autor – supostamente alienado mental – vem postular sozinho em Juízo, sem estar assistido nem representado, outorgando procuração de próprio punho ao advogado e atravessando declaração, também firmada de próprio punho, atestando sua hipossuficiência econômica, para fins de obtenção do benefício da gratuidade de justiça. Ora, não é razoável um “alienado mental” ter suficiente autonomia para litigar sozinho em Juízo; muito menos outorgar procurações ou firmar declarações de pobreza. Assim sendo, tais situações parecem evidenciar pouca seriedade na alegação de alienação mental, ou então manobra jurídica para fugir da incidência de eventual prazo de prescrição já ultimado, buscando aproveitar o benefício outorgado pelo artigo 198, I, do Código Civil de 2002, ou pelo artigo 169, I, do Código Civil de 1916.

Relativamente à cardiopatia grave, impõe-se, também, a distinção em relação a outras doenças, sob pena de acolhimento de pleitos absurdos e não condizentes com a realidade. Nesse sentido, a Apelação Cível 199851010133770, do Eg. TRF/2.

Com efeito, é relativamente comum o ajuizamento de ações alegando cardiopatia grave, para obtenção de reforma militar, quando, na verdade, o autor da causa é portador de mera hipertensão arterial, doença diversa e que não está elencada no rol do artigo 108, V, do Estatuto, nem prevista em outra lei para fins de reforma.

1.2.3 REFORMA DE OFÍCIO FUNCIONANDO COMO SANÇÃO AO MILITAR

Vamos agora analisar os casos em que a reforma de ofício funciona, em verdade, como sanção.

São três casos: o do artigo 106, IV; o do artigo 106, V; e, finalmente, o do artigo 106, VI, do Estatuto.

Artigo 106, IV – *condenação à pena de reforma do Código Penal Militar, por sentença transitada em julgado*: trata-se de pena de reforma, prevista no Código Penal Militar (CPM), em seu artigo 65, como espécie de pena principal. É aplicada em feitos processados perante a justiça militar a nível federal, pela prática de crime militar. A natureza do instituto é jurisdicional.

As penas principais do Código Penal Militar, dadas pelo seu artigo 55, são as seguintes: pena de morte (prevista para alguns crimes militares em tempo de guerra); reclusão; detenção; prisão; impedimento; suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função; e, finalmente, a pena

de reforma, prevista no artigo 65 do Código Penal Militar, *verbis*: “a pena de reforma sujeita o condenado à situação de inatividade, não podendo perceber mais de um vinte e cinco avos do soldo, por ano de serviço, nem receber importância superior à do soldo.”

A pena de reforma, portanto, implica, na maioria das vezes, perda remuneratória ao militar, justamente por estar sendo sancionado, eis que, nesta reforma, não poderá receber mais de um vinte e cinco avos do soldo por ano de serviço, nem receber importância superior a do soldo.

Artigo 106, V – *reforma de oficial militar, determinada em julgado do Superior Tribunal Militar, decorrente de conselho de justificação a que o mesmo foi submetido*. Trata-se, diversamente do inciso IV, de processo de natureza administrativa, iniciado no chamado conselho de justificação, órgão administrativo disciplinado no artigo 48 do Estatuto, com instância final e única no Egrégio Superior Tribunal Militar, em tempo de paz. O oficial militar vai a conselho de justificação em virtude de motivos disciplinares.

Inicialmente, cumpre salientar que esta reforma, decorrente de julgado do Eg. STM, em instância final administrativa, é aplicável somente aos oficiais, eis que decorrente de conselho de justificação (já que as praças são submetidas apenas a conselho de disciplina, desde que estáveis; o conselho de justificação, repita-se, é restrito aos oficiais).

Por seu caráter de sanção, esta reforma, oriunda de conselho de justificação remetido ao Eg. STM, acarretará decréscimo remuneratório ao militar, eis que, na forma do artigo 16, § 1º, da lei 5.836/72, a reforma se dará no mesmo posto, mas proporcional ao tempo de serviço.

Artigo 106, VI – *reforma de praça com estabilidade assegurada, indicada para tal reforma em julgamento do conselho de disciplina*. Trata-se, também aqui, de processo de cunho administrativo. O conselho de disciplina é regido pelo Decreto Federal nº 71.500/72, que dispõe, em seu art. 1º:

Art. 1º O Conselho de Disciplina é destinado a julgar da incapacidade do Guarda-Marinha, do Aspirante-a-Oficial e das demais praças das Forças Armadas com estabilidade assegurada, para permanecerem na ativa, criando-lhes, ao mesmo tempo, condições para se defenderem.

A praça estável, por problemas de cunho disciplinar, é submetida a processo administrativo, perante o conselho de disciplina, e, se o órgão reputar passível de sanção a conduta da praça estável, poderá indicar a reforma ao ministro de Estado ou autoridade responsável, tudo nos termos do artigo 13, inciso IV, do Decreto nº 71.500/72.

Aqui, como nas outras duas hipóteses de “reforma-sanção”, haverá também decréscimo remuneratório, tendo em vista que a reforma da praça estável será efetuada no grau hierárquico que possuir na ativa, mas com proventos proporcionais ao tempo de serviço (art. 13, § 2º do Decreto 71.500/72).

2 DO LICENCIAMENTO

O instituto vem regulamentado pelos artigos 121 a 123 do Estatuto. O licenciamento é também uma espécie do gênero exclusão do serviço ativo das Forças Armadas, prevista no artigo 94, inciso V. Como regra geral, pode-se dizer que o licenciamento atinge os militares temporários (há exceções, como a do artigo 121, § 2º, a abraçar a praça com estabilidade, como será mais detalhado adiante). Trata-se de exclusão do serviço ativo na qual o militar não tem direito a qualquer remuneração (art. 121, §4º), e este é seu principal traço distintivo em relação à reforma e à reserva remunerada. Ainda de acordo com esse artigo 121 e seu § 4º, o militar licenciado a bem da disciplina não será incluído na reserva não remunerada.

Existem duas espécies de licenciamento, nos termos do art. 121: licenciamento a pedido e de ofício.

2.1 LICENCIAMENTO A PEDIDO

O licenciamento a pedido, nos termos do artigo 121, § 1º, pode ou não ser concedido pela administração, não cabendo, segundo o Estatuto, acarretar prejuízo ao serviço, e somente poderá ser deferido ao oficial da reserva convocado, após prestação de serviço ativo por seis meses (art. 121, § 1º, “a”), ou à praça engajada ou reengajada que conte com metade do tempo de serviço a que se obrigou (art. 121, § 1º, “b”).

A concessão do licenciamento a pedido está no âmbito da discricionariedade da administração, a quem caberá analisar se aquele licenciamento a pedido irá acarretar prejuízo para o serviço. Nos tribunais, é forte o entendimento de que deverá a administração demonstrar o prejuízo ao serviço oriundo do deferimento do licenciamento pedido pelo militar. Caso a administração apenas alegue o prejuízo, sem demonstrá-lo, o licenciamento a pedido tem sido deferido judicialmente, desde que cumpridos os demais requisitos legais. A título de exemplo, temos os julgados da Apelação em Mandado de Segurança 9601121498, do Eg. TRF/1, e da Apelação em Mandado de Segurança 200551010264731, do Eg. TRF/2.

É de se frisar que, por vezes, a jurisprudência pátria entende que, na verdade, o único requisito para o deferimento do licenciamento a pedido, no caso do art. 121, §1º, “b”, é que a praça tenha metade do tempo de serviço a que se obrigou, vale dizer, basta o preenchimento do requisito objetivamente dado pela lei, de transcurso da metade do tempo de serviço pactuado, e nada mais, não importando eventual prejuízo para o serviço. Nesta linha de entendimento, há o julgado do Agravo de Instrumento 200602010049664, do Eg. TRF/2, em que se reputou descabida a exigência de condicionar o desligamento do militar à conclusão de curso de especialização na Marinha.

Com efeito, o artigo 5º, inciso XIII, da Constituição reza: *“é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”*. Assim sendo, a leitura constitucional do artigo 121, § 1º, da Lei 6880/80 tende a rechaçar a manutenção do militar no serviço ativo contra sua vontade, certamente decorrendo daí a jurisprudência acima, no sentido de exigir-se apenas o transcurso da metade do tempo de serviço ativo a que a praça se obrigou (art. 121, § 1º, “b”), afastando-se eventual indeferimento por motivo de “prejuízo para o serviço”, motivo este de índole discricionária e subjetiva. Assim sendo, o transcurso da metade do tempo a que a praça se obrigou seria um requisito objetivo e completamente delineado pela lei e, portanto, abraçado pela parte final do artigo 5º, inciso XIII, da Constituição. Já eventual “prejuízo ao serviço” (art. 121, § 1º) necessariamente demandaria avaliação administrativa discricionária, não sendo, assim, um requisito dado inteira e objetivamente pela lei, mas sim pelo administrador, estando, portanto, em desacordo com o mesmo artigo 5º, inciso XIII, da Constituição.

Questão similar a esta é a interpretação que os tribunais vêm dando ao artigo 116 da Lei 6880/80, que trata de outra forma de exclusão do serviço ativo das Forças Armadas, que é a demissão a pedido, aplicável somente aos oficiais, nos termos do artigo 115 do Estatuto dos Militares. O artigo 116 e § 1º prevê que o oficial que pedir demissão terá de ressarcir previamente os cofres públicos das despesas com sua formação, se o pedido de demissão for feito antes de o militar contar com cinco anos de oficialato. Vale dizer, só obterá sua demissão se pagar as despesas com sua formação. Aqui, como se trata de hipótese muito mais freqüente nos tribunais do que a de lides envolvendo licenciamento a pedido, a jurisprudência já está cristalizada no sentido de que não cabe condicionar a demissão do oficial militar ao prévio pagamento das despesas com sua formação, devendo a administração demitir o militar e, através dos meios próprios, cobrar eventual débito deste militar para com o Erário, justamente em virtude do artigo 5º, inciso XIII,

da Constituição. A mesma tendência deve ser seguida em relação ao licenciamento a pedido aqui visto, afastando-se eventual indeferimento do licenciamento a pedido por motivos de “prejuízo ao serviço”; vale dizer, tudo indica que a jurisprudência firmar-se-á no sentido de que, aqui também, a administração terá que licenciar, no caso do art. 121, § 1º, “b”, a praça com mais da metade do tempo de serviço a que se obrigou, cobrando pelos meios próprios eventual “prejuízo ao serviço”, se houver. E, em linhas gerais, pode-se dizer que as considerações aqui expostas serão aplicadas ao caso do artigo 121, § 1º, “a”, tendo, este último dispositivo, a exigência de serviço ativo por seis meses como requisito objetivamente dado pela lei.

Ainda em relação ao licenciamento a pedido, temos a regra do artigo 121, § 2º, do Estatuto, a qual prevê, em grau de exceção, um licenciamento deferido a militar estável, vale dizer, à praça com estabilidade assegurada, para fins de matrícula em estabelecimento de ensino de formação ou preparatório de outra Força singular ou auxiliar. Caso a praça estável não conclua este curso de formação, poderá ser reincluída na Força de origem, mediante requerimento à autoridade competente.

2.2 LICENCIAMENTO DE OFÍCIO

O licenciamento de ofício, por sua vez, é disciplinado pela Lei 6880/80 em seu artigo 121, § 3º e seguintes, e 122, além das previsões constantes da legislação do serviço militar e regulamentos específicos de cada Força.

De acordo com o artigo 121, § 3º, existem três espécies de licenciamento de ofício: a) por conclusão do tempo de serviço ou estágio; b) por conveniência do serviço; c) licenciamento a bem da disciplina. E o artigo 122, na redação da lei nº 9297/96, traz uma quarta espécie, que é o licenciamento de ofício decorrente da vedação de acumulação de cargo ou emprego público permanente com o posto ou graduação militar.

2.2.1 LICENCIAMENTO DE OFÍCIO POR CONCLUSÃO DO TEMPO DE SERVIÇO

O licenciamento de ofício, por conclusão do tempo de serviço militar, previsto no artigo 121, § 3º, “a”, do Estatuto, liga-se diretamente com a condição jurídica de temporariedade dos militares não estáveis, os quais sempre se obrigam a um determinado período de serviço militar, seja inicial, ou engajado, ou reengajado. É ato discricionário da administração, não necessitando sequer ser motivado.

É pacífico na jurisprudência pátria que o militar temporário não tem direito adquirido a permanecer no serviço ativo durante o prazo total do tempo previsto para o serviço militar, podendo ser licenciado antes desse prazo por conveniência do serviço, incidindo então o artigo 121, § 3º, “b”, do Estatuto.

2.2.2 LICENCIAMENTO DE OFÍCIO POR CONVENIÊNCIA DO SERVIÇO

Por sua vez, o licenciamento por conveniência do serviço do artigo 121, § 3º, “b”, do Estatuto, a exemplo da alínea “a”, traduz, também, ato totalmente discricionário da administração, conforme consolidado entendimento a respeito, tanto na administração militar como nos tribunais. Tal discricionariedade é tão intensamente reconhecida pela jurisprudência que não se exige sequer motivação do ato de licenciamento por conveniência de serviço ou conclusão de tempo de serviço. Nesse sentido, temos o Mandado de Segurança 200200196430, do Eg. STJ, a Apelação Cível 200038000436103, do Eg. TRF/1, e o Agravo de Instrumento 200802010108549, do Eg. TRF/2.

2.2.3 LICENCIAMENTO DE OFÍCIO A BEM DA DISCIPLINA

Por fim, há o licenciamento de ofício a bem da disciplina, nos termos do artigo 121, § 3º, “c”. Neste tipo de licenciamento de ofício, ao contrário dos outros dois anteriormente vistos, o licenciado não será incluído na reserva, como já dito (art. 121, § 4º).

É importante frisar, aqui, a diferença entre licenciamento a bem da disciplina, previsto no artigo 121, e a exclusão a bem da disciplina, pormenorizada a partir do artigo 125 do Estatuto. A exclusão a bem da disciplina é outra espécie de exclusão do serviço ativo, elencada no artigo 94, inciso VIII, da lei 6.880/80. Incidirá sobre o Guarda-Marinha, o Aspirante-a-Oficial e Praças com estabilidade assegurada, enquanto o licenciamento de ofício, a bem da disciplina, atinge militares temporários.

O licenciamento de ofício, a bem da disciplina, também se insere dentro da atividade discricionária da administração militar, cabendo ao Poder Judiciário exercer o controle da legalidade ou constitucionalidade dos respectivos atos administrativos, sem adentrar no juízo de oportunidade e conveniência do ato de licenciamento. Porém, aqui, a necessidade de motivação do ato administrativo faz-se sempre presente, ao contrário dos licenciamentos de ofício por conclusão do tempo de serviço ou conveniência do serviço. É assim porque, neste licenciamento a bem da disciplina, imputa-se conduta

no mínimo desonrosa à pessoa do militar, gerando direito de defesa que somente poderá ser plenamente exercido se o militar conhecer os motivos que levaram a administração a optar por seu licenciamento de ofício a bem da disciplina.

Então, para o licenciamento de ofício a bem da disciplina, exige-se a observância do artigo 5º, inciso LV, da Constituição, oportunizando-se ao militar a ampla defesa e o contraditório. Para a concretização do mandamento constitucional, nos expedientes administrativos de licenciamento a bem da disciplina, a jurisprudência do Eg. STJ indica que basta que seja dada oportunidade de resposta para o militar, antes do licenciamento, sem necessidade das formalidades do processo administrativo. Nesse sentido, o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 200400490069, do Eg. STJ.

2.2.4 LICENCIAMENTO DE OFÍCIO POR POSSE EM CARGO OU EMPREGO PÚBLICO PERMANENTE

Reza o artigo 122 da Lei 6.880/80:

Art. 122. O Guarda-Marinha, o Aspirante-a-Oficial e as demais praças empossados em cargos ou emprego público permanente, estranho à sua carreira, serão imediatamente, mediante licenciamento *ex officio*, transferidos *para a reserva não remunerada*, com as obrigações estabelecidas na legislação do serviço militar. (Redação dada pela Lei nº 9.297, de 1996)

A lei 9297/96, ao dar nova redação ao artigo 122 do Estatuto, restringiu completamente, nesta hipótese, a possibilidade de acumulação do soldo militar com remuneração oriunda de cargo ou emprego público permanente, prevendo, em tal caso, licenciamento de ofício e conseqüente transferência à reserva não remunerada. Antes desta lei, o mesmo artigo 122 assim dispunha:

Art. 122. O Guarda-Marinha, o Aspirante-a-Oficial e as demais praças empossadas em cargo ou emprego públicos permanentes, estranhos à sua carreira *e cuja função não seja de magistério*, serão imediatamente, mediante licenciamento *ex officio*, transferidos *para a reserva*, com as obrigações estabelecidas na legislação que trata do serviço militar.

A restrição, agora total e também dirigida ao cargo de professor, operada pela lei 9297/96, não entrou em choque com o artigo 37, XVI,

da Carta, seja na redação vigente à época, seja na atual redação, eis que permitida constitucionalmente, dentre outras, a acumulação entre cargos de professor e outro de cunho técnico e científico; ora, a figura da Praça militar, de hierarquia mais baixa dentro das Forças Armadas, não pode ser considerada “cargo de cunho técnico ou científico”, de acumulação autorizada com o cargo de professor.

2.3 REGRAS ESPECÍFICAS SOBRE LICENCIAMENTO

Para finalizar este tópico sobre licenciamento, é importante lembrar que a Lei do Serviço Militar (lei 4375/64), em seu artigo 34 e parágrafo único, traz norma específica de licenciamento, aplicável às Praças que integrem o contingente anual do serviço militar obrigatório:

Art 34. O licenciamento das praças que integram o contingente anual se processará de acordo com as normas estabelecidas pelos Ministérios da Guerra, da Marinha e da Aeronáutica, nos respectivos Planos de Licenciamento.

Parágrafo único. Os licenciados terão direito, dentro de 30 (trinta) dias que se seguirem ao licenciamento, ao transporte e alimentação por conta da União até o lugar, dentro do País, onde tinham sua residência ao serem convocados.

Regulamentando este específico licenciamento, temos o Decreto nº 57.654/66, o qual, em seu art. 146, dispõe expressamente que tal licenciamento se dará de ofício, e que se trata do licenciamento dado após o período de tempo do serviço militar inicial, conforme artigo 3º, item 24, do aludido decreto. Portanto, tal regra é aplicável a eventual licenciamento das praças que integram o contingente anual relativo ao serviço militar obrigatório, e remete a respectiva regulamentação às normas infralegais de cada Força.

O parágrafo único do artigo 34 da Lei 4375/64 confere, a estes licenciados, dentro dos trinta dias que se seguirem ao licenciamento, direito a transporte e alimentação por conta da União, até o lugar, dentro do País, onde tinham residência antes de serem convocados. Obviamente, o melhor entendimento é no sentido de que o custeio de transporte e alimentação, ou eventual indenização para cobrir tais gastos, somente são devidos se a mudança de município deu-se em razão do serviço militar, e não se a praça mudou de município por iniciativa própria. Chegando a igual conclusão, temos o julgado da Apelação em Mandado de Segurança 9705313032, do Eg. TRF/5.

A Lei 7.963/89, por seu turno, traz outra norma específica relativa ao licenciamento de ofício, desta vez em prol dos militares temporários que ultrapassaram o período do serviço militar inicial e foram engajados ou reengajados (o benefício visto antes, inversamente, circunscreve-se, pela letra da lei, apenas os licenciados logo após o serviço militar inicial). Em seu artigo 1º, prevê que o oficial ou a praça, licenciado *ex officio* por término de prorrogação de tempo de serviço, fará jus à compensação pecuniária equivalente a 1 (uma) remuneração mensal por ano de efetivo serviço militar prestado, tomando-se como base de cálculo o valor da remuneração correspondente ao posto ou à graduação, na data de pagamento da referida compensação. Tal benesse, é bom frisar, é deferida apenas aos militares temporários que tiveram prorrogado o tempo de serviço militar inicial, eis que o § 2º do artigo 1º desta Lei 7963/89 expressamente dispõe que o benefício não se aplica ao período do serviço militar obrigatório. É interessante notar que, se a prorrogação do tempo de serviço, após o serviço militar inicial, decorreu de liminar judicial, posteriormente cassada, não há que se falar em engajamento ou reengajamento, mas sim em mera prestação do serviço militar inicial, que não dá direito a compensação pecuniária da Lei 7963/89, conforme julgado da Apelação Cível 200751010313970, do Eg. TRF/2.

Há também, aqui, uma discussão a respeito da interpretação do art. 1º da Lei 7963/89, que reza:

Art. 1º O oficial ou a praça, *licenciado ex officio por término de prorrogação de tempo de serviço*, fará jus à compensação pecuniária equivalente a 1 (uma) remuneração mensal por ano de efetivo serviço militar prestado, tomando-se como base de cálculo o valor da remuneração correspondente ao posto ou à graduação, na data de pagamento da referida compensação.

Pois bem, existe uma controvérsia acerca da abrangência deste artigo 1º. Há entendimento de que a benesse seria devida apenas em casos de licenciamento por término da prorrogação do tempo de serviço, ou seja, por conclusão do tempo de serviço, nos termos do artigo 121, § 3º, “a”, da Lei 6880/80, interpretando-se gramaticalmente o art. 1º da Lei 7963, que fala em *término da prorrogação do tempo de serviço*; mas, de outro lado, há julgados concedendo o benefício também para casos de licenciamento por conveniência do serviço, ainda que não concluído o tempo de serviço prorrogado. Nesse último sentido, a Apelação Cível 199804010104747, do Eg. TRF/4.

A composição desta indenização da lei 7963/89 é pormenorizada pelo decreto 99.425/90, que exclui diversas parcelas da indenização, como

adicional de férias e 13º salário. Tal exclusão está de acordo com a Lei 7963/89, a qual fala em uma “*remuneração mensal*” por ano de serviço, e férias e 13º não são parcelas “mensais”. Encerrando este tópico, pode-se vislumbrar, em princípio, um problema de vigência relativo a esses dois benefícios específicos expostos (a indenização por deslocamento de município devida às Praças do serviço militar inicial, dada pela Lei 4375/64 e Decreto 57654/66, e a compensação devida aos engajados ou reengajados, da lei 7963/89). É que a Lei 8.237/91, posterior, estabeleceu, em seu artigo 93, o seguinte: “ficam **extintas** quaisquer outras vantagens remuneratórias que vinham sendo pagas aos militares da ativa e na inatividade, que não tenham sido mantidas por esta lei.” Assim sendo, quando da vigência da Lei 8237/91, pode-se sustentar a revogação do artigo 34, parágrafo único, da Lei 4.375/64, e da Lei 7.963/89, não obstante a Lei 8.237 tenha sido, depois, revogada pela MP 2215-10/01, pois, como é sabido, o ordenamento pátrio não admite a repristinação tácita.

3 DA RESERVA REMUNERADA

O terceiro dos institutos aqui analisados vem regulado pela Lei 6880/80 em seus artigos 96 a 103. São bem menos frequentes os questionamentos judiciais a respeito de reserva remunerada do que aqueles versando sobre reforma e licenciamento. Assim sendo, serão aqui abordados apenas os aspectos mais relevantes, do ponto de vista prático, sobre o tema.

A transferência para a reserva remunerada também é uma forma de exclusão do serviço militar ativo, nos termos do artigo 94, inciso I, do Estatuto dos Militares. Sua principal diferença, em relação ao licenciamento, é que, neste último, não cabe remuneração, como já visto, ao passo que, na reserva remunerada, como o próprio nome diz, o militar continua a receber. Por outro lado, já vimos que, na reforma e na reserva remunerada, o militar excluído do serviço ativo segue percebendo ganhos; a reforma é aquela situação em que o militar passa definitivamente à inatividade, na maioria das vezes por idade ou doença, não sendo, em regra, possível eventual retorno ao serviço ativo; já na reserva permanece o vínculo operacional com as Forças Armadas, eis que o militar da reserva pode ser convocado a retornar ao serviço ativo.

De acordo com o artigo 96 do Estatuto, existem duas espécies de transferência para a reserva remunerada: a pedido e de ofício. Em ambas as hipóteses, pode ser suspensa em caso de estado de guerra, estado de sítio, estado de emergência ou em situação de mobilização (art. 96, p. ún.).

3.1 RESERVA REMUNERADA A PEDIDO

A reserva remunerada a pedido é disciplinada pelo artigo 97 e seus parágrafos, sendo o requisito básico, para o seu deferimento, contar o militar com trinta anos de serviço, nos termos do *caput*, tendo direito a proventos integrais. Se o militar contar com menos de trinta anos de serviço, contudo, ainda assim poderá pleitear transferência para a reserva remunerada, desde que, nos termos do artigo 97, § 1º, requeira a transferência para a reserva remunerada mediante inclusão voluntária na chamada quota compulsória, fazendo jus a proventos proporcionais nesta hipótese. Esta diferença de tratamento decorre do disposto no artigo 50, incisos II e III, do Estatuto dos Militares, na redação da MP 2215-10/2001:

Art. 50. São direitos dos militares:

I - a garantia da patente em toda a sua plenitude, com as vantagens, prerrogativas e deveres a ela inerentes, quando oficial, nos termos da Constituição;

II - o provento calculado com base no soldo integral do posto ou graduação que possuía quando da transferência para a inatividade remunerada, se contar com mais de trinta anos de serviço; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.215-10, de 31.8.2001)

III - o provento calculado com base no soldo integral do posto ou graduação quando, não contando trinta anos de serviço, for transferido para a reserva remunerada, *ex officio*, por ter atingido a idade-limite de permanência em atividade no posto ou na graduação, ou ter sido abrangido pela quota compulsória; e (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.215-10, de 31.8.2001)

[...]

O militar com menos de trinta anos de serviço, transferido para a reserva remunerada a pedido, mediante inclusão voluntária na quota compulsória, não está abraçado pelo artigo 50, inciso III, do Estatuto, não fazendo jus à remuneração integral, mas sim proporcional, eis que o artigo 50, inciso III, exige, para percepção do soldo integral da graduação da ativa, que o militar com menos de trinta anos de serviço *tenha sido transferido de ofício para a reserva remunerada*, por ter atingido a idade limite ou por ter sido abrangido, *de ofício*, pela quota

compulsória. Já no artigo 97, § 1º, da Lei 6880/80, a transferência para a reserva remunerada foi *a pedido*, mediante inclusão, *a pedido*, na quota compulsória. Daí a remuneração proporcional, neste caso.

Uma observação: quota compulsória é um instituto de direito administrativo militar, cujo escopo vem detalhado no artigo 99 do Estatuto, qual seja, assegurar a renovação, o equilíbrio, a regularidade de acesso e a adequação dos efetivos de cada Força. Opera na forma do artigo 100 da Lei 6.880/80. O artigo 61 prevê um número obrigatório de vagas à promoção dos militares mais modernos. Quando este número não é alcançado naturalmente, com as vagas surgidas ao longo do ano (reformas, reservas a pedido, falecimentos etc.), os militares mais antigos são compulsoriamente transferidos à reserva remunerada pela cota compulsória (art. 98, V e VI), abrindo-se, assim, as vagas faltantes para os mais modernos serem promovidos.

Ainda quanto à reserva remunerada a pedido, mostra-se relevante a regra proibitiva da mesma no caso de estar o militar respondendo a inquérito ou processo, ou estiver cumprindo pena. Tais fatores obstam o deferimento da reserva remunerada a pedido, nos termos do artigo 97, § 4º, do Estatuto. Na hipótese de o militar ter vedada a sua transferência a pedido para a reserva remunerada, em razão de estar respondendo a inquérito ou processo, tal vedação não fere o princípio constitucional de presunção de inocência, insculpido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, tendo em vista que o mesmo circunscreve-se ao âmbito penal, em princípio, conforme interpretação literal deste inciso LVII e precedentes no Eg. STF. Contudo, mais recentemente, o Eg. STF tem reputado aplicável o artigo 5º, LVII, da Carta em casos de exclusão administrativa de concurso público baseada no fato de estar o candidato respondendo a inquérito ou ação penal, sem trânsito em julgado, considerando o Pretório Excelso que aquela exclusão fere a presunção de inocência imposta pelo texto constitucional. Assim sendo, a vingar tal entendimento também aqui, futuramente a administração não poderá indeferir o pedido de transferência para a reserva remunerada, por estar o militar respondendo a inquérito ou ação penal sem trânsito em julgado. O raciocínio é o mesmo.

3.2 RESERVA REMUNERADA DE OFÍCIO

A reserva remunerada de ofício está disposta a partir do artigo 98 do Estatuto, e pode ocorrer em diversas situações, regulamentadas pelos incisos e alíneas deste artigo 98. Para fins didáticos, tais situações podem ser agrupadas em cinco espécies:

- a) Reserva remunerada de ofício por motivos de idade ou tempo de serviço (art. 98, I, II, III e IV)
- b) Reserva remunerada de ofício pela quota compulsória e demais motivos de fluxo da carreira militar (art. 98, V, VI, VII, VIII, IX, X)
- c) Reserva remunerada de ofício pelo exercício de magistério (art. 98, XI)
- d) Reserva remunerada de ofício por motivo de licenças (art. 98, XII e XIII)
- e) Reserva remunerada de ofício por exercício de cargo ou emprego público civil temporário, ou diplomação em cargo eletivo (art. 98, XV e XVI)

A reserva remunerada por motivo de idade ou tempo de serviço é baseada em critérios puramente objetivos e que não demandam maiores dificuldades.

Por outro lado, temos que a previsão de reserva remunerada de ofício, pela quota compulsória, no artigo 98, inciso V, traduz hipótese em que o militar é alcançado de ofício pela quota compulsória, nos termos dos artigos 100 a 103 do Estatuto. Antes nós vimos a reserva remunerada a pedido por inclusão voluntária na quota compulsória, quando o militar, com menos de trinta anos de serviço, vai para a reserva remunerada com ganhos proporcionais ao tempo de serviço. Aqui, na inclusão de ofício na quota compulsória, nos termos do artigo 50, inciso III, do Estatuto, há direito à reserva remunerada com base no soldo integral do posto ou graduação, ainda que não tenha o militar trinta anos de serviço.

É importante frisar que esses incisos II e III do artigo 50 da Lei 6.880/80 vão balizar o soldo recebido pelos militares transferidos à reserva remunerada. Se o militar for para a reserva remunerada com mais de trinta anos de serviço, terá sempre direito ao soldo integral do posto ou graduação; se o militar contar com menos de trinta anos, aí o soldo será integral somente se a reserva remunerada for de ofício, por ter atingido idade-limite de permanência em atividade no posto ou graduação, ou ter sido abrangido, de ofício, pela quota compulsória. Nos casos de reserva remunerada de ofício, por força de licenças de mais de dois anos, para tratar de interesse particular ou para tratamento de saúde de pessoa da família (art. 98, XII e XIII), o soldo será proporcional ao tempo de serviço, ante o teor do artigo 50, inciso III, se o militar contar com menos de trinta anos de serviço, eis que aquele inciso III não agasalha a hipótese dentre os casos acima vistos de soldo integral para militares com menos de trinta anos de serviço na reserva remunerada.

O artigo 98, inciso XV, da Lei 6880/80 traz hipótese de reserva remunerada de ofício, em caso de afastamento superior a dois anos, decorrente do exercício de cargo ou emprego público civil temporário. Nos termos do artigo 98, § 4º, “a”, terá o militar que optar entre a remuneração deste cargo ou emprego temporário ou a do posto ou graduação, estando, portanto, a Lei 6880/80 de acordo com o artigo 37, XVI, da Constituição de 88, em nossa opinião, eis que não há, aqui, acumulação *remunerada* de cargos. Interpretando o dispositivo constitucional no mesmo sentido, existem vários julgados. A título de exemplo, temos a Remessa Ex Officio 200283000096103 e a Apelação em Mandado de Segurança 200005000479370, ambas do Eg. TRF/5.

Em sentido contrário, o Tribunal de Contas da União editou a seguinte súmula:

Súmula 246

O fato de o servidor licenciar-se, sem vencimentos, do cargo público ou emprego que exerça em órgão ou entidade da administração direta ou indireta não o habilita a tomar posse em outro cargo ou emprego público, sem incidir no exercício cumulativo vedado pelo artigo 37 da Constituição Federal, pois que o instituto da acumulação de cargos se dirige à titularidade de cargos, empregos e funções públicas, e não apenas à percepção de vantagens pecuniárias.

A prevalecer o entendimento firmado pelo TCU a respeito da acumulação, qual seja, o de que a Constituição de 88 teria vedado também a acumulação não remunerada de cargos, empregos e funções públicas, o artigo 98, inciso XV, do Estatuto, em combinação com o seu § 4º, “a”, não foi recepcionado pela atual ordem constitucional, sendo então vedada a acumulação nele prevista, a despeito de não acarretar duplicidade de ganhos. Não concordamos com tal posicionamento, ante a clareza do texto constitucional.

Encerrando o tema, deve ser mencionado que existe uma questão de direito intertemporal a atingir o regramento legal da reserva remunerada. Antes da Medida Provisória nº 2131, de 28 de dezembro de 2000, o militar, com mais de trinta anos de serviço, tinha direito de passar para a reserva remunerada com proventos calculados com base no posto ou graduação superior, o que não mais acontece, ante os termos da nova redação do artigo 50, inciso II, da Lei 6880/80, dada pela Medida Provisória em questão. Hoje, este militar terá direito apenas aos proventos correspondentes ao posto ocupado na ativa.

A Medida Provisória nº 2215-10/2001, originária da Medida Provisória 2131, resguardou expressamente o direito adquirido dos militares que, até 29 de dezembro de 2000, tivessem completado os requisitos para transferência para inatividade, com os benefícios da Lei nº 6.880/80, na sua redação originária. Eis o teor do art. 34 da MP 2215:

Art. 34. Fica assegurado ao militar que, até 29 de dezembro de 2000, tenha completado os requisitos para se transferir para a inatividade o direito à percepção de remuneração correspondente ao grau hierárquico superior ou melhoria dessa remuneração.

A jurisprudência posiciona-se no sentido de que, se o militar completar os trinta anos de serviço após a data acima estabelecida, não terá direito à transferência para a reserva com proventos do posto ou graduação superior, mas sim integrais do mesmo posto ou graduação ocupados na ativa. A situação é similar a da aposentadoria do servidor público civil, para o qual a aposentadoria é mera expectativa de direito, enquanto não se consuma o fato gerador do benefício. Aplica-se ao militar, portanto, o entendimento pacificado no sentido de que o direito à aposentadoria rege-se pela lei da época em que o servidor reuniu os requisitos para obtenção do benefício. Não reunidos os requisitos, há mera expectativa de direito.

4 CONCLUSÃO

O presente estudo buscou dar à Lei 6.880/80 uma leitura de acordo com o texto da Constituição de 88, algo que se afigura necessário inclusive para mitigar os efeitos da chamada “indústria da reforma militar”, através da qual militares e ex-militares buscam o Poder Judiciário com pretensões absolutamente dissociadas do bom senso, ao postular benefícios não condizentes com sua real capacidade física/mental. O exemplo da reforma militar, por problemas no menisco do joelho, em decorrência de acidente de serviço, é um dos mais gritantes, eis que, neste caso, estar-se-á estimulando o ócio de uma pessoa ainda jovem e plenamente capaz para o trabalho. No tocante ao licenciamento e à reserva remunerada, a interpretação do Estatuto dos Militares conforme a Constituição de 88 revelou-se igualmente útil, no sentido de identificar práticas administrativas em desacordo com o texto constitucional, como, por exemplo, a manutenção, no serviço ativo, de militar que solicitou seu licenciamento, já cumpridos os requisitos objetivos dados pela lei; ou o indeferimento de pedido de ida para a reserva remunerada, por estar o militar respondendo a inquérito ou ação penal sem trânsito em julgado.

REFERÊNCIAS

IBRAHIM, Fabio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. Niteroi: Impetus, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DUARTE, Antônio Pereira. *Direito Administrativo Militar*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Direito Administrativo Militar Teoria e Prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.