

Regime jurídico aplicável ao militar temporário das Forças Armadas

Jair José Perin

Sumário

1. Introdução. 2. Do regime jurídico dos militares da ativa das Forças Armadas brasileiras. 3. Da importância do serviço militar temporário. 4. Do militar temporário das Forças Armadas brasileiras. 5. Da exclusão do militar temporário do serviço ativo das Forças Armadas. 6. Da problemática do contraditório e da ampla defesa para a prática do ato de exclusão do militar temporário do serviço ativo das Forças Armadas. 7. A estabilidade de militar temporário e a posição jurisprudencial. 8. Considerações finais.

1. Introdução

De acordo com a Constituição Federal de 1988, mais especificamente após a promulgação da Emenda Constitucional nº 18, de 1998, o regime jurídico dos militares das Forças Armadas deve ter um disciplinamento específico e próprio na legislação infraconstitucional, adequado às grandes balizas e missões confiadas a essas pelo Texto Constitucional, precipuamente no art. 142, que dispõe:

“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.”

Jair José Perin é Advogado da União, PRU
4ª Região.

O doutrinador José Afonso da Silva (1997, p. 703), citando Seabra Fagundes, assim se refere em relação à missão constitucional das Forças Armadas:

“Constituem, assim, elemento fundamental da organização coercitiva a serviço do Direito e da paz social. Esta (sic) 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. Em função da consciência que tenham da sua missão está a tranqüilidade interna pela estabilidade das instituições. É em função do seu poderio que se afirmam, nos momentos críticos da vida internacional, o prestígio do Estado e a sua própria soberania.”

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 143, prevê que o serviço militar é obrigatório *nos termos da lei*. Também anuncia, no § 3º do art. 142, uma série de prerrogativas, direitos e deveres aplicáveis aos militares, reservando, no inciso X, que a lei disponha 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.

Diante do exposto pelo Texto Constitucional, as Leis Infraconstitucionais vigentes foram recepcionadas, somente não se admitindo a referida recepção em relação aos dispositivos que não estivessem compatíveis aos seus comandos normativos.

2. Do regime jurídico dos militares da ativa das Forças Armadas brasileiras

Como referido, em face da recepção pela Constituição Federal da legislação infraconstitucional, somente não se admitindo

esse em relação às disposições legais que não estejam compatibilizadas com o Texto Constitucional, constata-se que os principais diplomas legais disciplinadores do regime jurídico dos militares mantiveram a sua vigência após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988. Tratam-se da Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964, versando sobre a prestação do serviço militar, e da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Existem outras leis importantes tratando sobre o regime jurídico dos militares, mas habilita-se dizer que essas gravitam em torno dos dois diplomas legais referidos, fazendo a respectiva integração, complementação e colmatação. Para confirmar o acerto da assertiva, basta reproduzir, respectivamente, o constante no art. 7º da Lei nº 6.880/80 e no art. 4º da Lei nº 4.375/64:

“A condição jurídica dos militares é definida pelos dispositivos da Constituição que lhes sejam aplicáveis, por este Estatuto e pela legislação, que lhes outorgam direitos e prerrogativas e lhes impõem deveres e obrigações.”

“Os brasileiros nas condições previstas nesta Lei prestarão o Serviço Militar incorporados em Organizações da Ativa das Forças Armadas ou matriculados em Órgãos de Formação de Reserva.”

Para descobrir, compreender e distinguir o regime jurídico estabelecido pelo ordenamento legal para os militares das Forças Armadas, desponta um dispositivo existente na Lei nº 6.880/80, que exerce um papel fundamental e central. Trata-se do § 1º do art. 3º da citada Lei, o qual dispõe que os militares encontram-se em uma das seguintes situações: *a) na ativa*: I – os de carreira; II – os incorporados às Forças Armadas para prestação de serviço militar inicial, durante os prazos previstos na legislação que trata do serviço militar, ou durante as prorrogações daqueles prazos; III – os componentes da reserva das Forças Armadas quando convocados, reincluídos, designados ou mobi-

lizados; IV – os alunos de órgão de formação de militares da ativa e da reserva; e V – em tempo de guerra, todo cidadão brasileiro mobilizado para o serviço ativo nas Forças Armadas. *b) na inatividade:* I – os da reserva remunerada, quando pertençam à reserva das Forças Armadas e percebam remuneração da União, porém sujeitos, ainda, à prestação de serviço na ativa, mediante convocação ou mobilização; II – os reformados, quando, tendo passado por uma das situações anteriores, estejam dispensados, definitivamente, da prestação de serviço na ativa, mas continuem a perceber remuneração da União; e III – os da reserva remunerada, e, excepcionalmente, os reformados, executando tarefa por tempo certo, segundo regulamentação para cada Força Armada. Este inciso foi acrescentado pela Lei nº 9.442/97.

Estabelecidos e visualizados os grandes parâmetros distintivos em termos de qual regime jurídico deve ser analisado e aplicado ao militar, na situação em que esteja enquadrado, cabe enfrentar a problemática que envolve o regime jurídico do militar temporário e posteriormente à sua exclusão do serviço ativo das Forças Armadas.

3. Da importância do serviço militar temporário

A Nação brasileira, por intermédio dos seus legítimos representantes, decorrente do poder constituinte originário, decidiu, ao promulgar a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estabelecer a obrigatoriedade da prestação do serviço militar, bem como deixar para que a lei infraconstitucional estabelecesse as condições da prestação do serviço militar, permitindo, assim, que leis ordinárias já existentes fossem devidamente recepcionadas naquilo que estivessem compatíveis com o seu Texto, como já destacado acima.

Essa decisão da Nação deve ser compreendida sob a ótica de que o esforço na prestação do serviço militar nas Forças Armadas para o exercício das relevantes missões

constitucionais e legais precisa ser dividido e compartilhado por todos os cidadãos brasileiros, permitindo, assim, uma constante interação da sociedade civil com o segmento militar.

A prestação do serviço militar temporário, precipuamente aquele prestado após sucessivas prorrogações, tem uma outra virtude de extrema importância, que é preparar e qualificar uma reserva de cidadãos aptos para serem mobilizados e convocados quando ocorrerem os motivos constitucionais e legais que justificam essas medidas.

Por outro lado, não pode deixar de ser adicionado o fundamento de que a manutenção de um efetivo integral de militares de carreira nas Forças Armadas resultaria em um dispêndio muito grande em termos de recursos orçamentário-financeiros para o Estado brasileiro, que, de imediato, afetaria diretamente toda a nossa sociedade, que haveria de arcar com esse alto custo.

4. Do militar temporário das Forças Armadas brasileiras

A prestação do serviço militar, na condição de militar temporário, decorre de duas situações a distinguir: a) por imposição constitucional e legal, quando o cidadão é convocado para a prestação do serviço militar obrigatório, dentro do período e condições estipuladas; ou b) após, quando, de forma voluntária, prestam ou prorrogam o serviço militar na condição de praça ou oficial.

A Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964 (Lei do Serviço Militar), no seu art. 33, consigna:

“Art. 33. Aos incorporados que concluírem o tempo de serviço a que estiverem obrigados poderá, desde que o requeiram, ser concedida prorrogação desse tempo, uma ou mais vezes, como engajados ou reengajados, segundo as conveniências da Força Armada interessada.

Parágrafo único. Os prazos e condições de engajamento ou reengaja-

mento serão fixados em Regulamentos, baixados pelos Ministérios da Guerra, da Marinha e da Aeronáutica.”

Em face do disposto no parágrafo único do artigo supracitado, constata-se que o legislador deixou para que o Poder Executivo, por suas autoridades competentes, no uso de seu poder discricionário, em vista dos comandos normativos constitucionais e infraconstitucionais, estabeleça os prazos e as condições para o engajamento e reenajamento, fases essas posteriores ao período estabelecido para a prestação do serviço militar obrigatório.

Como sabemos, de acordo com a liberdade conferida pela lei ao administrador público para a prática de atos administrativos, exsurge a distinção entre poder vinculado (regrado) e discricionário. A respeito desses dois atributos, doutrina Hely Lopes Meirelles (1997, p. 176):

“*Poder vinculado* ou *regrado* é aquele que o Direito Positivo – a lei – confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização.”

“*Poder discricionário* é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.”

A respeito, também doutrina Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1999, p. 176):

“Isto significa que os poderes que exerce o administrador público são *regrados* pelo sistema jurídico vigente. Não pode a autoridade ultrapassar os limites que a lei traça à sua atividade, sob pena de ilegalidade.

No entanto, esse regramento pode atingir os vários aspectos de uma atividade determinada; neste caso se diz que o poder da Administração é *vinculado*, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração

deve agir de tal ou qual forma. Por isso mesmo se diz que, diante de um poder vinculado, o particular tem um *direito subjetivo* de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial.

Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é *discricionário*, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí por que se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; (...).”

Para arrematar, os doutrinadores Luís Henrique Martins dos Anjos e Walter Jone dos Anjos (2001, p. 105) expressam a respeito:

“Compreendemos que as qualidades de vinculados ou de discricionários dos poderes administrativos não são absolutas, e sim uma questão de preponderância. O poder administrativo, conforme a sua previsão legal, pode ser instituído como vinculado, quando o modo de se exercer o poder e o ato administrativo decorrente já vêm descritos na lei, ou como discricionário, quando o administrador tem certa liberdade de escolher a oportunidade e a conveniê-

cia de exercer ou como exercer o poder e o ato administrativo daí derivado.

(...)"

No Decreto nº 57.654, de 20 de janeiro de 1966, que regulamenta, com efeito integrador e complementar, a Lei do Serviço Militar, encontra-se disposto:

"Art. 128. Aos incorporados que concluírem o tempo de serviço a que estiverem obrigados poderá, desde que o requeiram, ser concedida prorrogação desse tempo, uma ou mais vezes, como engajados ou reengajados, segundo as conveniências da Força Armada interessada.

Art. 129. O engajamento e os reenajamentos poderão ser concedidos, pela autoridade competente, às praças de qualquer grau da hierarquia militar, que o requererem, dentro das exigências estabelecidas neste Regulamento e dos prazos e condições fixados pelos Ministérios da Guerra, da Marinha e da Aeronáutica.

Art. 130. Para a concessão do engajamento e reengajamento devem ser realizadas as exigências seguintes:

1) incluírem-se os mesmos nas percentagens fixadas, periodicamente, pelos Ministros Militares;

2) haver conveniência para o Ministério interessado;

3) satisfazerem os requerentes as seguintes condições:

a) boa formação moral;

b) robustez física;

c) comprovada capacidade de trabalho;

d) boa conduta civil e militar;

e) estabelecidas pelo Ministério competente para a respectiva qualificação, ou especialidade, ou classificação, bem como, quando for o caso, graduação."

Além dessas disposições normativas, ainda existe, de acordo com o estabelecido na Lei do Serviço Militar e no Decreto regu-

lamentar, previsão *de que devem ser baixadas disposições normativas pelos respectivos Comandos de cada Força Armada, dentro das competências fixadas na Legislação.*

É bom lembrar, ainda, que o efetivo de militares temporários das três Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica) sofre condicionantes e limites nas respectivas leis. Para evitar delongas no enfrentamento de cada legislação específica das três Forças Armadas, cita-se que, em relação ao Exército Brasileiro, a Lei nº 7.150/83 (Lei de Efetivos em tempo de paz) assim dispõe:

"Art 2º Os efetivos a vigorarem em cada ano serão fixados por decreto do Poder Executivo, observado o disposto no artigo anterior, e preenchidos por militares de carreira e temporários.

§ 1º Na aplicação do disposto neste artigo e no art. 6º desta Lei, se vier a ocorrer, temporariamente, excesso de militares de determinado posto ou graduação em quadro, arma, serviço ou qualificação militar, o efetivo desse posto ou graduação será considerado provisório até que se ajuste ao novo efetivo fixado.

§ 2º Para efeito desta Lei, são considerados militares temporários:

a) os oficiais da reserva não remunerada, quando convocados;

b) os oficiais e praças de quadros complementares admitidos ou incorporados por prazos limitados, na forma e condições estabelecidas pelo Poder Executivo;

c) as praças da reserva não remunerada, quando convocadas ou reincluídas;

d) as praças engajadas ou reengajadas por prazo limitado;

e) os incorporados para prestação do serviço militar inicial."

Nota-se que a discricionariedade do Poder Executivo foi exercida quando regulamentou a Lei do Serviço Militar, bem como será exercida quando cada Força Armada baixar os respectivos regulamentos, normas

ou instruções especiais, e/ou outras legislações aplicáveis ao caso da prorrogação dos militares temporários. Pode-se afirmar, por conseguinte, que a prática de atos administrativos concretos nessa seara será praticamente vinculada, ou seja, com necessidade de fundamentação/motivação atrelada aos motivos determinantes constantes na legislação infraconstitucional e infralegal. Significa dizer que a Administração Militar das Forças Armadas, por força de previsões legais e infralegais, deve exercer o seu poder discricionário em forma de normativas, deixando que o ato concreto praticado por cada autoridade militar competente seja ajustado aos termos dessas normativas.

5. *Da exclusão do militar temporário do serviço ativo das Forças Armadas*

A exclusão de militar temporário do serviço ativo das Forças Armadas, por estar este sob um regime jurídico precário, em que cada Força Armada (Marinha, Exército e Aeronáutica), à luz do princípio da discricionariedade administrativa, estabelece, dentro da análise da conveniência e da oportunidade, os requisitos e os parâmetros a serem observados, a fim de que haja um melhor preparo e emprego desse universo de militares, inclusive com vistas à formação de um contingente de militares da reserva não remunerada aptos e preparados para uma possível mobilização, deve ser encarada sob um ângulo totalmente distinto daquele que envolve um militar ou servidor de carreira, dado que esses estão submetidos a regimes jurídicos bastante distintos no que se refere às prerrogativas e garantias.

De acordo com o art. 94, V, combinado com o art. 121 da Lei nº 6.880/80, a exclusão do serviço ativo do militar temporário das Forças Armadas e o conseqüente desligamento da organização a que estiver vinculado decorrem normalmente por motivo de licenciamento, seja a pedido ou *ex officio*. As condições para o licenciamento a pedido estão previstas no § 1º do art. 121 da Lei

referida, na Lei do Serviço Militar e regulamentos específicos de cada Força Armada. As condições para o licenciamento *ex officio*, da mesma forma, estão previstas no § 3º desse artigo, na Lei nº 4.375/64 e regulamentos específicos de cada Força Armada.

6. *Da problemática do contraditório e da ampla defesa para a prática do ato de exclusão do militar temporário do serviço ativo das Forças Armadas*

Os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório estão previstos no art. 5º, LV, que dispõe:

“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”

O autor Antonio Joaquim Ferreira Custódio (1998, p. 17-18) traz à baila as seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal no referente à aplicação desses princípios constitucionais ao processo administrativo:

“A Carta da República, com todas as letras, garante a ampla defesa também ao acusado em foro administrativo, em apuração disciplinar; assim constitui ‘falta de respeito àquela regra da Constituição quando (...) a autoridade administrativa indefere prova sob o argumento singelo de que a lei o permite, e passando ao largo de que a própria lei pede motivação idônea para o gesto’ (MS 21.579-DF, STF/Pleno, RTJ 146/535, esp. p. 538). (...)”

“Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legítimi-

dade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular.” (RE 158.543-RS, 2ª T/STF, in RTJ 156/1.042).

Da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, cabe destacar:

“Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

“Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.”

Assim, pelo art. 69 da Lei nº 9.784/99, foram reconhecidas as legislações específicas que tratam sobre procedimentos administrativos. Porém, a aplicação subsidiária da referida Lei implica que aqueles seus comandos normativos não contemplados nas legislações específicas sejam observados. É o caso da motivação, contraditório e ampla defesa, eleitos à condição de princípios; caminhando, assim, na mesma senda do Texto Constitucional.

Definida a extensão constitucional e legal dos princípios constitucionais e legais do contraditório e ampla defesa, cabe enfrentar a questão acima exposta relativa aos militares temporários.

Como salientado no item 4 *supra*, devido a uma grande parcela de discricionariedade ter sido exercida pelo Poder Executivo quando regulamentou a Lei do Serviço Militar, bem como no momento em que cada Força Armada baixou os respectivos regulamentos, normas ou instruções especiais, e/ou outras Legislações aplicáveis ao caso da prorrogação dos militares temporários, a prática de atos administrativos concretos de exclusão do serviço ativo de militares terá

que se adequar, de forma fundamentada, aos motivos determinantes constantes nessa legislação infraconstitucional e infralegal.

Visto o contexto jurídico-legal de forma geral sobre a questão em pauta, cabe enfrentar, doravante, determinadas situações para, a partir de cada uma, visualizar ou não a necessidade de oportunização do direito do contraditório e ampla defesa para o rompimento do vínculo de militar temporário com o serviço militar:

O primeiro caso a ser abordado é do militar temporário que é excluído do serviço militar em vista do término da prorrogação do serviço militar por expiração do prazo estabelecido pela Legislação Militar.

Nessa circunstância, não se vislumbra a necessidade de que seja oportunizado o direito do contraditório e da ampla defesa, haja vista o fato de já existir um conhecimento prévio de o ato concreto da autoridade militar decorrer de uma imposição da Legislação por ter ocorrido o limite do lapso temporal permitido, além de que a precariedade do seu vínculo com o serviço militar ser do conhecimento de todos os militares temporários. Essas colocações são respaldadas pela posição da mais Alta Corte do País (Superior Tribunal de Justiça) em matéria de lei infraconstitucional. Veja-se:

“RESP – ADMINISTRATIVO – MILITAR TEMPORÁRIO – Os militares incorporados às Forças Armadas, para prestação de serviços temporários, permanecerão no serviço ativo durante os prazos previstos na legislação, não estando ao abrigo da estabilidade assegurada aos militares de carreira” (BRASIL, 1999b, p. 246).

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. MILITAR TEMPORÁRIO. AERONÁUTICA. LICENCIAMENTO. ESTABILIDADE AINDA NÃO ADQUIRIDA. ATO DISCRICIONÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DISSÍDIO NÃO CARACTERIZADO. ART. 255 DO RISTJ.

I – O ato de reengajamento de praça é discricionário da Administração (Lei 6.880/80, art. 121, e Decreto 92.577/86, arts. 43, 44 e 88), não se podendo por isso reconhecer violação ao direito do militar que, às vésperas de completar o decênio para a estabilidade, é licenciado *ex officio*, em virtude do término da última prorrogação de tempo de serviço.

II – Para caracterização do dissídio, indispensável que se faça o cotejo analítico entre a decisão reprochada e os paradigmas invocados.

III – A simples transcrição de ementas, sem que se evidencie a similitude das situações, não se presta para demonstração da divergência jurisprudencial.

Recurso conhecido apenas pela alínea “a” e, aí, provido (BRASIL, 2000b, p. 59).

Portanto, o licenciamento de militar temporário, por término de prorrogação de tempo de serviço, mostra-se perfeitamente possível, sem necessidade de oportunização de contraditório, haja vista que a legislação militar ampara esse ato administrativo, o qual, por sinal, somente pode ser praticado pela autoridade competente que a lei contempla. Ademais, os militares licenciados nessas condições não estão numa situação de litígio, porquanto sua expectativa de permanência no serviço militar não existe mais, devido à expiração do prazo de permanência estabelecido na legislação.

O segundo caso é da exclusão ex officio de militar temporário do serviço ativo por outro motivo que não por término de prorrogação de tempo de serviço, tais como: licenciamento a bem da disciplina; anulação de incorporação; e desincorporação.

Nas diversas hipóteses em que isso possa ocorrer, é conveniente, *caso* não tenha havido um procedimento administrativo/sindicância específico para o fim de apurar a incidência nessas hipóteses, com direito de exercício do contraditório e da ampla

defesa, que esse referido direito seja oportunizado, ao menos, antecipadamente à prática do ato de exclusão, num prazo mínimo de 10 dias, de acordo com o art. 44 da Lei nº 9.784/99, desde que não exista outro prazo na legislação específica. Assim dispõe o dispositivo: “Art. 44. Encerrada a instrução, o interessado terá o direito de manifestar-se no prazo máximo de dez dias, salvo se outro prazo for legalmente fixado.”

A razão reside no fato de que existe uma ruptura do vínculo jurídico estabelecido entre o militar interessado e a Administração Militar antes do prazo previamente avençado.

Para comprovar que a Justiça tem reconhecido o direito do contraditório e ampla defesa, principalmente o Superior Tribunal de Justiça, instância final sobre a correta interpretação do direito infraconstitucional, cabe trazer à baila alguns precedentes:

“ADMINISTRATIVO – MILITAR TEMPORÁRIO – LICENCIAMENTO A BEM DA DISCIPLINA – ATO MOTIVADO – SINDICÂNCIA – NECESSIDADE DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

1 – O militar temporário pode ser licenciado sem motivação. Se o licenciamento deu-se a bem da disciplina, ato motivado, vinculado, sujeita-se à apuração da veracidade, obedecido o devido processo legal – *due process of law*.

2 – Precedentes (REsp. Nº 260181/RJ, Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA e ROMS nº 11194/PE, Min. FERNANDO GONÇALVES).

3 – Recurso que se conhece, nos termos acima expostos, porém desprovido” (BRASIL, 2004a, p. 470).

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MILITAR NÃO-ESTÁVEL. LICENCIAMENTO *EX OFFICIO* A BEM DA DISCIPLINA. POSSIBILIDADE. RECURSO. SUPRESSÃO. NULIDADE. FUNDAMENTO. APLICAÇÃO. PENA. INOVAÇÃO. APLICAÇÃO. DESCABIMENTO.

I – As questões referentes à supressão da possibilidade de recurso e à nulidade da aplicação da pena com base em Decreto restaram suscitadas tão-somente no recurso ordinário, configurando uma inovação na lide, motivo por que não podem ser apreciadas, sob pena de supressão de instância.

II – Consoante precedentes, a exclusão *ex officio* de militar não-estável, a bem da disciplina, prescinde das formalidades do processo administrativo, bastando que seja oportunizada a apresentação de resposta pelo acusado, sem que isso constitua afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

III – No caso, intimado para tal mister, o impetrante, por meio de advogados constituídos, apresentou sua defesa administrativa, restando atendido o requisito acima estabelecido.

Recurso desprovido” (BRASIL, 2004b, p. 14).

MANDADO DE SEGURANÇA – CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA AMPLA DEFESA.

1. Não pode a administração anular ato de forma a repercutir no campo dos interesses individuais, sem a observância dos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

2. Apelação e remessa oficial improvidas.

3. Sentença mantida” (BRASIL, TRF, 2000, p. 133).

Assim, nessas hipóteses, mostra-se aconselhável que a Administração Militar, antes da prática do ato administrativo pertinente, oportunize previamente o contraditório e a defesa, a fim de evitar questionamentos judiciais ou, em havendo essa discussão no Judiciário, facilitar a defesa da União, por intermédio da Advocacia-Geral da União,

principalmente no sentido de impedir a concessão imediata de liminar ou tutelas antecipadas.

7. A estabilidade de militar temporário e a posição jurisprudencial

Como tem sido enfatizado, o licenciamento de oficial temporário ou de praça, por término de prorrogação de tempo de serviço, é perfeitamente possível, haja vista que a legislação militar ampara esse ato administrativo, o qual, por sinal, somente pode ser praticado pela autoridade competente que a lei contempla, com uma certa margem de discricionariedade outorgada legalmente, não cabendo ao Judiciário a apreciação do mérito dos motivos do ato administrativo praticado. Nesse sentido, a jurisprudência:

“ADMINISTRATIVO. MILITAR TEMPORÁRIO DO EXÉRCITO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO À ESTABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE SE ESTABELECEM VIA DO JUDICIÁRIO ISONOMIA COM OS MILITARES DE CARREIRA, AINDA QUE A SITUAÇÃO ‘IN CONCRETO’ SE MOSTRE DESARRAZOADA E ATÉ INJUSTA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO PELA ALÍNEA ‘C’, MAS CONHECIDO PELA ALÍNEA ‘A’ DO AUTORIZATIVO CONSTITUCIONAL. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA MONOCRÁTICA.

I – Capitães e tenentes do Exército Nacional, integrantes do Quadro Complementar de Oficiais, quando se achavam prestes a serem licenciados *ex officio* pelo cumprimento do tempo máximo de permanência temporária (dez anos – Dec. nº 90.600/84, art. 34), ajuizaram ação cautelar e obtiveram liminar obstativa do licenciamento. Na ação principal, tiveram o pedido indeferido pelo juiz de primeiro grau. Apelaram e ganharam. A União Federal, inconformada, interpôs recur-

so especial pelas alíneas 'a' e 'c' do autorizativo constitucional.

II – Firme, hoje, é a jurisprudência do STF e do STJ no sentido de que o 'militar temporário', que forma uma categoria contingencial ao lado do militar de carreira, não tem direito à estabilidade. Sua situação é precária e delimitada no tempo. No caso concreto, quando do ajuizamento da cautelar os ora recorridos não tinham, ainda, 10 anos de efetivo serviço militar. Assim, descabida foi a invocação do art. 50, IV, 'a', do Estatuto dos Militares (Lei n. 6.880/80). Mesmo se assim não fosse, isto é, se tivessem mais de 10 anos de caserna, ainda assim não fariam jus à estabilidade. O dispositivo invocado diz respeito a 'praças'. Os recorridos são 'oficiais', pouco importando tenham ingressado como 'praças especiais'. Por outro lado, a legislação de regência distingue os militares de carreira e os militares não-de-carreira. Cabe ao Ministro do Exército a fixação do efetivo de oficiais e graduados de carreira e temporário (Lei n. 7.150/83, art. 5º; Estatuto, art. 121, § 3º, 'a' e 'b'). Se a lei estabelece distinção entre o militar de carreira e o não-de-carreira, não pode o Judiciário, a pretexto de correção de injustiças, aplicar-lhes o princípio constitucional de isonomia. Precedentes do STF e do STJ.

III – Recurso especial conhecido somente pela alínea 'a' do autorizativo constitucional. Restabelecimento da sentença de primeiro grau" (BRASIL, 1996, p. 5422).

"... 3 – A jurisprudência já pacificou o entendimento acerca da diferença entre militares permanentes e temporários (STF, RMS n.ºs 21.614/DF e 21.605/DF, entre outros). Na hipótese destes autos, deve ser analisada a aplicabilidade do art. 50, IV, 'a', da Lei n.º 6.880/80 (Estatuto dos Milita-

res) que versa sobre a estabilidade do militar. Tal norma aplica-se somente às praças e não aos oficiais (conforme art. 16, 19 e 98, todos do Estatuto).

4 – A teor da Súmula 07/STJ não há como reexaminar o *quantum* de acréscimo foi deferido para efeitos de averbação de tempo de serviço. Contudo, a aplicabilidade deste pode ser examinada na seara do especial, sendo que a lei veda (art. 137, VI c/c parágraf. 1º), expressamente, o cômputo para qualquer outro fim que não o da inatividade, não podendo considerá-lo para o fim de estabilidade.

5 – No caso *sub judice*, por tratar-se de oficial (1º Tenente do Exército), nos termos da lei, não lhe assiste o direito a tais acréscimos e sequer a estabilidade, que é a garantia do vínculo laboral.

6 – Precedente" (BRASIL, 2000a, p. 123).

No mesmo sentido, cabe citar outros precedentes do STJ: REsp 198.389/RJ, 5ª Turma, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 14.2.2000, p. 59; REsp 40.607/RJ, 6ª Turma, Relator Ministro José Candido de Carvalho Filho, DJ 7.8.1995, p. 23096; e REsp 22.221/PE, 1ª Turma, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, DJ 27.6.1994, p. 16895.

As decisões do Supremo Tribunal Federal, as quais fortaleceram o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, têm as seguintes ementas:

"SERVIÇO MILITAR – CABOS E SOLDADOS TEMPORÁRIOS – TEMPORARIEDADE. A arregimentação de forma temporária não conflita com a ordem jurídica em vigor. Na dicção da ilustrada maioria do Supremo Tribunal Federal, a norma inserta no § 9º do artigo 42 da Constituição Federal não encerra, em si, a estabilidade, podendo a lei dispor sobre o engajamento por prazo determinado" (BRASIL, 1994).

"ADMINISTRATIVO. MILITARES DO QUADRO TEMPORÁRIO DO

EXÉRCITO. ACÓRDÃO DENEGATÓRIO DE MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA O ATO QUE OS LICENCIOU, APÓS O CUMPRIMENTO DO TEMPO DE SERVIÇO PREVISTO EM LEI. ALEGADA VIOLAÇÃO A DIREITO ADQUIRIDO ASSSEGURADO NOS ARTS. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E 29 DO RESPECTIVO ADCT.

Cuidando-se de militares do quadro de temporários, isto é, admitidos por prazo limitado, como previsto no art. 2º, § 2º, b, da Lei nº 7.150, de 1.12.83, não há reconhecer-lhes direito a permanência em atividade, após cumprido o prazo de incorporação.

Inaplicabilidade, a tais servidores, da norma do art. 19, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de 1988, restrita a servidores civis.

Decisão insuscetível de reparo.

Recurso desprovido” (BRASIL, 1993).

Como visto, diante de farta jurisprudência citada, o militar temporário pode ter seu tempo de serviço militar prorrogado, desde que haja interesse por parte da Administração Militar, para formação de uma reserva *não remunerada* mais qualificada. Logo, o poder discricionário da Administração Militar é alicerçado em fundamentos legais robustos e consistentes, não podendo o Judiciário subtrair esse poder, sob pena de agressão à divisão de poderes consagrada no art. 2º da Constituição Federal. A discricionariedade do administrador, por decorrência, não pode ser substituída pela do Judiciário, consoante firme posição da doutrina e jurisprudência.

7.1. Inexistência de amparo legal para a transferência à reserva remunerada ex officio de oficial temporário por término de prorrogação de tempo de serviço

Nesse momento, cabe perquirir, em face de questionamentos judiciais existentes a respeito, se há espaço para que oficiais tem-

porários possam adquirir o tempo necessário para serem transferidos *ex officio* à reserva remunerada, com fundamento no inciso IV do art. 98 da Lei nº 6.880/80.

Ao se fazer uma interpretação sistemática e teleológica do comando normativo constante no art. 98, IV, da Lei nº 6.880/80, principalmente levando em consideração, de forma bastante acentuada, os princípios e regras constitucionais, percebe-se que esse dispositivo *se dirige aos oficiais de carreira*, ou seja, àqueles que ingressaram mediante concurso público, nos termos do art. 37, II, da Constituição Federal, que tenham completado 30 ou mais anos de serviço e que estejam há mais de 5 anos no último posto da carreira organizada.

Não há como admitir a interpretação do disposto no inciso IV do art. 98 da Lei nº 6.880/80, de forma isolada, sem que seja feita uma exegese de forma sistêmica com outros dispositivos constitucionais e legais, pois, do contrário, ocorrerá o disparate de militares temporários, que não têm carreira na forma prevista na lei, adquirirem o direito à aposentadoria (reserva remunerada) a partir de 7 anos de serviço militar, quando tenham ficado 5 anos no posto de 1º Tenente, que, poderia ser alegado, corresponde ao último posto da “carreira” de oficial temporário.

Ora, essa argumentação é aberração jurídica que facilmente pode ser desmascarada e destruída se levarmos em consideração, como já ressaltado, outros dispositivos constitucionais e legais, tais como:

– Art. 37, II, da Constituição Federal, que dispõe que para ser militar de carreira, com vitaliciedade ou estabilidade, há a necessidade de concurso público, o que não ocorre com o militar temporário, porquanto presta o serviço militar inicial, de acordo com o Estatuto dos Militares, Lei do Serviço Militar (Lei nº 4.375/64 – arts. 20 a 23, 33, 56 a 58) e Decreto nº 57.654/66 (arts. 128 a 137);

– Art. 3º, § 1º, “a”, I e II, do Estatuto dos Militares, já reproduzido acima;

– Art. 5º do Estatuto dos Militares, que expressa:

“Art. 5º A carreira militar é caracterizada por atividade continuada e inteiramente devotada às finalidades precípua das Forças Armadas, denominada atividade militar.

§ 1º A carreira militar é privativa do pessoal da ativa. Inicia-se com o ingresso nas Forças Armadas e obedece às diversas seqüências de graus hierárquicos”;

– Art. 8º do Estatuto dos Militares:

“Art. 8º O disposto neste Estatuto aplica-se no que couber:

I – aos militares da reserva remunerada e reformados;

II – aos alunos de órgão de formação da reserva;

(...)”

– Art. 10 do Estatuto dos Militares:

“Art. 10. O ingresso nas Forças Armadas é facultado, mediante incorporação, matrícula ou nomeação, a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei e nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.”

– Art. 121, II, § 3º, do Estatuto dos Militares:

“Art. 121. O licenciamento do serviço ativo se efetua:

I – (...)

II – *ex officio*.

(...)”

§ 3º O licenciamento *ex officio* será feito na forma da legislação que trata do serviço militar e dos regulamentos específicos de cada Força Armada:

a) por conclusão de tempo de serviço ou de estágio;

b) por conveniência do serviço; e

c) (...)”

– Art. 1º da Lei nº 5.821, de 1972, que dispõe sobre as promoções dos oficiais das Forças Armadas:

“Art. 1º Esta Lei estabelece os critérios e as condições que asseguram aos oficiais da ativa das Forças Armadas – militares de carreira – o aces-

so na hierarquia militar, mediante promoções, de forma seletiva, gradual e sucessiva.”

– Leis que fixam os efetivos de cada Força Armada. No caso do Exército, a Lei nº 7.150, de 1983, já lembrada acima, fixa esse efetivo.

– Também em relação ao Exército Brasileiro, o art. 3º da Lei nº 6.391, de 9 de dezembro de 1976, dispõe sobre o seu Pessoal:

“Art. 3º O Pessoal Militar da Ativa pode ser de Carreira ou Temporário:

I – O Militar de Carreira é aquele que, no desempenho voluntário e permanente do serviço militar, tem vitaliciedade assegurada ou presumida.

II – O Militar Temporário é aquele que presta o serviço militar por prazo determinado e destina-se a completar as Armas e os Quadros de Oficiais e as diversas Qualificações Militares de praças, conforme for regulamentado pelo Poder Executivo.”

– Lei nº 5.292/67, que trata da prestação do serviço militar temporário de médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários (MFDV).

– Regulamentos de cada Força Armada que disciplinam a prestação de serviço militar temporário; e

– Lei nº 7.963, de 1989, que concede compensação pecuniária, a título de benefício, *ao militar temporário das Forças Armadas, por ocasião de seu licenciamento*. Assim consigna o art. 1º:

“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.”

Portanto, ao oficial temporário em momento algum aplica-se a hipótese de ter o

direito à transferência para a reserva remunerada, nos termos do art. 98, IV, do Estatuto dos Militares, quando ficar mais de 5 anos no último posto (1º Tenente), haja vista que a referida previsão destina-se ao oficial de carreira, que esteja no último posto da hierarquia de oficial, o que, presume-se, tenha mais de 30 anos de serviço, haja ingressado no serviço militar mediante concurso e esteja cômulo de que estaria a pertencer a uma carreira efetiva, e não temporária.

Como visto, não existe corpo permanente para oficial temporário, logo não existe direito à aposentadoria (reserva remunerada) para oficial temporário.

O que o oficial temporário tem direito, quando licenciado por término de prorrogação do tempo de serviço, é a uma indenização por ano de serviço nos termos da última lei acima referida.

Caso a hipótese aventada seja abrigada pela Administração Militar ou pelo Poder Judiciário, com certeza ocorrerá o malferimento dos princípios elencados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, os quais devem pautar a Administração Pública, aqui incluída, por obviedade, a Administração Militar.

A interpretação de um dispositivo isolado, por estar dissociada de outros dispositivos constitucionais e legais, pode servir para respaldar pretensões que beiram o despropósito, já que permite premiar militares com aposentadorias (reserva remunerada) precoces (a partir de 7 anos de serviço), à custa do Erário, em que toda a sociedade terá que pagar a conta.

A respeito da interpretação sistêmica que deve ser feita a qualquer texto legal, o doutrinador Vicente Ráo, citado pelo autor Alexandre de Moraes (1999, p. 41), assim expressa:

“a hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restau-

ração do conceito orgânico do direito, para efeito de sua aplicação e interpretação; por meio de regras e processos especiais, procura realizar, praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos, assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam”

Assim, em face do exposto pelo ilustre doutrinador acima referido, cabe afirmar que, no caso específico sob análise, não pode ser interpretado o disposto no art. 98, inciso IV, do Estatuto dos Militares, de forma literal e isolada, com desconsideração às demais previsões legais constantes na Constituição Federal e Legislação Militar.

Ora, se existe previsão legal de que o militar temporário não tem o direito à vitaliciedade ou estabilidade, por não ter ingressado mediante concurso público e não estar participando de uma carreira permanente, como admitir, então, que o mesmo venha a ingressar na reserva remunerada (aposentadoria) a partir de 7 anos de serviço militar?

Perante o exposto neste item, constata-se que: a) não existe direito à estabilidade para o oficial temporário, mesmo que a Administração Militar venha, por um lapso, a deixá-lo atingir mais de 10 anos de serviço, pois, conforme sólida posição jurisprudencial dos Tribunais Superiores, a estabilidade somente se aplica às praças de carreira; b) o licenciamento de oficial temporário, mesmo que tenha completado mais de 5 anos no posto de 1º Tenente, alegadamente “último posto da carreira”, é perfeitamente possível, porquanto não é aplicável o disposto no inciso IV do art. 98 da Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos Militares), já que essa previsão é dirigida ao oficial de carreira; c) o oficial temporário não faz parte de uma carreira permanente, logo não pode ter direito à aposentadoria (transferência para a reserva remunerada) *ex officio*, principalmente a partir de 7 anos de serviço, quando tenha ficado mais de 5 anos no posto de 1º Tenente.

8. Considerações finais

A prestação do serviço militar nas Forças Armadas tem como norte preparar uma parcela de cidadãos da nação brasileira para o fiel desempenho das atribuições afetas a essas pelo Texto Constitucional e Legislação Infraconstitucional.

Para tanto, a Constituição Federal prevê que lei específica deve dispor sobre o regime jurídico dos militares, considerando sempre as especificidades das atividades afetas às Forças Armadas.

Dentro desse contexto, existe previsão na Legislação Infraconstitucional de efetivo de militares de carreira e outro de militares temporários.

Os militares temporários prestam serviço militar às Forças Armadas por imposição constitucional e legal, quando o cidadão é convocado para a prestação do serviço militar obrigatório ou, quando de forma voluntária, prestam ou prorrogam esse serviço como praça ou oficial.

O vínculo jurídico que os militares temporários mantêm com as Forças Armadas é sempre precário, porquanto cada Força, além dos requisitos previstos em lei, dentro do poder discricionário facultado pela lei, estabelece as condições para prestação desse serviço, sempre visando, por último, a desnecessidade de aumento do efetivo de militares de carreira, o que resultaria em dispêndios altos para o Erário, com repercussão para toda a sociedade brasileira, bem como a formação de uma reserva não remunerada qualificada de acordo com as peculiaridades das atividades de cada Força Armada.

Por fim, por ser precário o vínculo jurídico do militar temporário com as Forças Armadas, é inquestionável que não pode ser suscitada qualquer discussão a respeito da possibilidade de a administração militar competente, de acordo com a conveniência e oportunidade estabelecida, excluir do serviço ativo qualquer militar nessa situação, passando-o para a situação de reserva não

remunerada, ante a inexistência de direito subjetivo à estabilidade no serviço militar ou de qualquer direito à transferência para a reserva remunerada, como no caso de oficial haver ultrapassado mais de 5 anos no último posto previsto na legislação para a sua condição jurídica.

Referências

ANJOS, Luís Henrique Martins dos; ANJOS, Walter Jone dos. Manual de direito administrativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 150934, 6ª turma, Ceará, 1999. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Diário da Justiça, Brasília, p. 246, 17 maio 1999.

_____. _____. Recurso especial nº 168817, 5ª Turma, Ceará, 2000. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. Diário da Justiça, Brasília, p. 123, 27 mar. 2000a.

_____. _____. Recurso especial nº 198389, 5ª Turma, Rio de Janeiro, 2000. Relator: Ministro Felix Fischer. Diário da Justiça, Brasília, p. 59, 14 fev. 2000b.

_____. _____. Recurso especial nº 250566, 5ª Turma, Rio Grande do Sul, 2004. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. Diário da Justiça, Brasília, p. 470, 2 ago. 2004a.

_____. _____. Recurso especial nº 45932, 6ª Turma, Rio de Janeiro, 1996. Relator: Ministro Adhemar Maciel. Diário da Justiça, Brasília, p. 5422, 4 mar. 1996.

_____. _____. Recurso ordinário em mandato de segurança nº 13734, 5ª Turma, Pernambuco, 2004. Relator: Ministro Felix Fischer. Diário da Justiça, Brasília, p. 14, 1 jul. 2004b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em mandato de segurança nº 21.605-4, 2ª Turma, Distrito Federal, 1994. Relator: Ministro Marco Aurélio. Diário da Justiça, Brasília, 25 nov. 1994.

_____. _____. Recurso ordinário em mandato de segurança nº 21.614-3, 1ª Turma, Distrito Federal, 1993. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Diário da Justiça, Brasília, 16 abr. 1993.

- _____. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação mandado de segurança no processo nº 1999.01.00.028883-3, Primeira Turma, Distrito Federal, 2000. Relator: Juiz Catão Alves. *Diário da Justiça*, Brasília, p. 133, 3 abr. 2000.
- CUSTÓDIO, Antonio Joaquim Ferreira. *Constituição federal interpretada pelo STF*. 2. ed. São Paulo: O. Mendes, 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- TORRES, Luís Cláudio Alves Torres. *Manual de legislação penal militar*. 4. ed. Rio de Janeiro: Destaque, 1999.