

O CHAMADO REGIME DE “DEDICAÇÃO EXCLUSIVA” DAS FORÇAS ARMADAS, A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 77/2014 E A POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

MÁRCIO LUÍS DA SILVA CARNEIRO¹

RESUMO

O presente artigo apresenta, através de pesquisas realizadas no âmbito das Forças Armadas e sob uma perspectiva constitucional, uma breve análise do instituto da dedicação exclusiva, aplicado aos militares, bem como sua aplicação em relação ao instituído pela Emenda Constitucional nº 77/2014. Entretanto, objetiva-se um questionamento a respeito da aplicabilidade desta emenda no que diz respeito aos militares profissionais das diversas áreas e a posição da jurisprudência sobre o tema.

Palavras-chave: Forças Armadas; Dedicção Exclusiva; e Emenda Constitucional.

INTRODUÇÃO

¹ Bacharel em Direito pela UNIGRANRIO (2013). Especialista em Direito Público pela UCAM (2014). Pós Graduando em Direito Penal Militar pela UCAM – CBEPJUR (2014-2015). Sargento da Marinha do Brasil.

O intuito do presente trabalho é questionar o chamado regime de “dedicação exclusiva” – expressão utilizada no âmbito das Forças Armadas para estabelecer a exclusividade com que é prestada a atividade militar na qual seus membros ficam submetidos a partir do ingresso nas fileiras da Marinha, Exército e Aeronáutica – traçando um paralelo com a recente Emenda Constitucional nº 77/2014 no sentido da relativização dessa dedicação, bem como a abrangência da referida alteração em relação aos profissionais que não sejam da área de saúde.

Tentaremos trazer à discussão, algumas questões acerca da flexibilização dessa dedicação no contorno nacional, para que se possa chegar a algumas considerações acerca da possibilidade dessa Emenda ferir alguns princípios constitucionais basilares.

Em todas essas questões tentaremos mostrar a posição importante da jurisprudência neste sentido.

1. O TRATAMENTO DIFERENCIADO DESTINADO AOS MILITARES NA CRFB/88

A constituição Federal inicia o tratamento diferenciado aos militares, através do mesmo dispositivo em que está inserida a destinação constitucional 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.²

² CRFB art. 142

E com grande êxito a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem tecendo comentários bastante esclarecedores a respeito do assunto, senão vejamos:

“Os militares, indivíduos que são, não foram excluídos da garantia constitucional da individualização da pena. Digo isso porque, de ordinário, a CF de 1988, quando quis tratar por modo **diferenciado os servidores militares**, o fez explicitamente. Por ilustração, é o que se contém no inciso LXI do art. 5º do Magno Texto, a saber: ‘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’. Nova amostragem está no preceito de que ‘não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares’ (§ 2º do art. 142). Isso sem contar que são proibidas a sindicalização e a greve por parte do militar em serviço ativo, bem como a filiação partidária (incisos IV e V do § 3º do art. 142). De se ver que esse tratamento particularizado decorre do fato de que as Forças Armadas são instituições nacionais regulares e permanentes, organizadas com base na hierarquia e disciplina, destinadas à defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem (cabeça do art. 142). Regramento singular, esse, que toma em linha de conta as ‘peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra’ (inciso X do art. 142). É de se entender, desse modo, contrária ao texto constitucional a exigência do cumprimento de pena privativa de liberdade sob regime integralmente fechado em estabelecimento militar, seja pelo invocado fundamento da falta de previsão legal na lei especial, seja pela necessidade do resguardo da segurança ou do respeito à hierarquia e à disciplina no âmbito castrense. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Juízo da execução penal que promova a avaliação das condições objetivas e subjetivas para progressão de regime prisional, na concreta situação do paciente, e que aplique, para tanto, o CP e a Lei 7.210/1984 naquilo que for omissa a lei castrense.³ (grifo nosso)

E ainda:

*"Habeas Corpus. Crimes de homicídio e lesão corporal grave contra militar em operação de transporte de fardamento do exército. Colisão do veículo do paciente com a viatura militar. Imputação de dolo eventual. Agente civil. Inocorrência de crime militar. Interpretação estrita da função de natureza militar. Excepcionalidade da justiça castrense para o julgamento de civis em tempo de paz. Ao contrário do entendimento do STM, **é excepcional a competência da Justiça castrense para o julgamento de civis, em tempo de paz**. A tipificação da conduta de agente civil como crime militar está a depender do ‘intuito de atingir, de qualquer modo, a Força, no sentido de impedir, frustrar, fazer malograr, desmoralizar, ou ofender o militar, ou o evento, ou situação em que este esteja empenhado’ (CC 7.040, da relatoria do Min. Carlos Velloso). O cometimento do delito militar por agente civil em tempo de paz se dá em caráter excepcional. Tal*

³ .” **HC 104.174**, Rel. Min. **Ayres Britto**, julgamento em 29-3-2011, Segunda Turma, *DJE* de 18-5-2011. **No mesmo sentido: RHC 92.746**, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, julgamento em 11-3-2008, Primeira Turma, *DJE* de 9-5-2008.

cometimento se traduz em ofensa àqueles bens jurídicos tipicamente associados à função de natureza militar: defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem (art. 142 da CF). No caso, a despeito de as vítimas estarem em serviço no momento da colisão dos veículos, nada há na denúncia que revele a vontade do paciente de se voltar contra as Forças Armadas, tampouco a de impedir a continuidade de eventual operação militar ou atividade genuinamente castrense." ⁴ (grifo nosso)

Além de outras distinções, percebe-se aquelas advindas dos incisos do parágrafo 3º do mesmo artigo:

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

I - as patentes, com prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, são conferidas pelo Presidente da República e asseguradas em plenitude aos oficiais da ativa, da reserva ou reformados, sendo-lhes privativos os títulos e postos militares e, juntamente com os demais membros, o uso dos uniformes das Forças Armadas;⁵

Claro está o tratamento diferenciado, pois como se percebe deste dispositivo os militares são assim denominados e não, simplesmente agentes públicos, mas sim uma categoria especial, qual seja, a de militares.

Podemos observar esta forma privilegiada ou não de tratamento inclusive no que diz respeito a algumas vedações, como por exemplo o inciso IV:

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

Sobre essa vedação, recente julgado do STF traz os argumentos utilizados para tentar explicar essa proibição, como se segue:

"Os servidores públicos são, seguramente, titulares do direito de greve. Essa é a regra. Ocorre, contudo, que entre os serviços públicos há alguns que a coesão social impõe sejam prestados plenamente, em sua

⁴ HC 86.216, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 19-2-2008, Primeira Turma, *DJE* de 24-10-2008. No mesmo sentido: HC 106.171, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-3-2011, Segunda Turma, *DJE* de 14-4-2011; HC 104.619, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-2-2011, Primeira Turma, *DJE* de 14-3-2011; HC 99.671, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 24-11-2009, Segunda Turma, *DJE* de 11-12-2009.

⁵ CRFB art. 142, §, I

totalidade. Atividades das quais dependam a manutenção da ordem pública e a segurança pública, a administração da Justiça – onde as carreiras de Estado, cujos membros exercem atividades indelegáveis, inclusive as de exação tributária – e a saúde pública não estão inseridos no elenco dos servidores alcançados por esse direito. Serviços públicos desenvolvidos por grupos armados: as atividades desenvolvidas pela polícia civil são análogas, **para esse efeito, às dos militares, em relação aos quais a Constituição expressamente proíbe a greve** (art. 142, § 3º, IV)".⁶ (grifo nosso)

E não param por aí as vedações. Vejamos o que diz o inciso V a respeito da filiação a partidos políticos:

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

Em julgado não contemporâneo, sob a Relatoria, à época, do Ministro Carlos Velloso o Plenário do órgão Guardião da Constituição assim se manifestou:

"Se o militar da ativa é alistável, é ele elegível (CF, art. 14, § 8º). **Porque não pode ele filiar-se a partido político** (CF, art 42, § 6º), a filiação partidária não lhe é exigível como condição de elegibilidade, certo que somente a partir do registro da candidatura é que será agregado (CF, art. 14, § 8º, II; Cód. Eleitoral, art. 5º, parágrafo único; Lei 6.880, de 1980, art. 82, XIV, § 4º)." (AI 135.452, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 20-9-1990, Plenário, DJ de 14-6-1991.) (grifo nosso)

E, por fim, mas não exaustivamente, o inciso X do art. 142 vem ratificar o tratamento diferenciado dado à esta categoria:

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)

⁶ **Rcl 6.568**, Rel. Min. **Eros Grau**, julgamento em 21-5-2009, Plenário, DJE de 25-9-2009. **No mesmo sentido: Rcl 11.246-AgR**, rel. min. **Dias Toffoli**, julgamento em 27-2-2014, Plenário, DJE de 2-4-2014.

E vale destacar aqui, as recentes decisões do Tribunal Supremo a respeito deste dispositivo:

“Embargos de declaração acolhidos para deixar expresso que a modulação da declaração de não recepção da expressão ‘**nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica**’ do art. 10 da Lei 6.880/1980 não alcança os candidatos com ações ajuizadas nas quais se discute o mesmo objeto deste recurso extraordinário. Prorrogação da modulação dos efeitos da declaração de não recepção até 31-12-2012.”⁷ (grifo nosso)

“O art. 142, § 3º, inciso X, da Constituição da República é expresso ao atribuir exclusivamente à lei a definição dos **requisitos para o ingresso nas Forças Armadas**. A Constituição brasileira determina, expressamente, os requisitos para o ingresso nas Forças Armadas, previstos em lei: referência constitucional taxativa ao critério de idade. Descabimento de regulamentação por outra espécie normativa, ainda que por delegação legal. Não foi recepcionada pela Constituição da República de 1988 a expressão ‘nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica’ do art. 10 da Lei 6.880/1980. O princípio da segurança jurídica impõe que, mais de vinte e dois anos de vigência da Constituição, nos quais dezenas de concursos foram realizados se observando aquela regra legal, modulem-se os efeitos da não recepção: manutenção da validade dos limites de idade fixados em editais e regulamentos fundados no art. 10 da Lei 6.880/1980 até 31 de dezembro de 2011.”⁸ (grifo nosso)

“Cabe à lei estadual, nos termos da norma constitucional do art. 142, § 3º, X, regular as disposições do art. 42, § 1º, da CF e estabelecer as condições de transferência do militar para a inatividade.”⁹

“A adoção de critérios diferenciados para o licenciamento dos militares temporários, em razão do sexo, não viola o princípio da isonomia.”¹⁰

“Contribuição previdenciária. Proventos. Militar. Incidência. EC 41/2003. O Supremo, por ocasião do julgamento da ADI 3.105, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 18-8-2004, registrou inexistir ‘norma de imunidade tributária

⁷ RE 600.885-ED, rel. min. **Cármem Lúcia**, julgamento em 29-6-2012, Plenário, DJE de 12-12-2012, com repercussão geral. Vide: RE 600.885, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, julgamento em 9-2-2011, Plenário, DJE de 1º-7-2011, com repercussão geral.

⁸ RE 600.885, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, julgamento em 9-2-2011, Plenário, DJE de 1º-7-2011, com repercussão geral. Vide: RE 600.885-ED, rel. min. **Cármem Lúcia**, julgamento em 29-6-2012, Plenário, DJE de 12-12-2012, com repercussão geral.

⁹ (RE 495.341-AgR, Rel. Min. **Ellen Gracie**, julgamento em 14-9-2010, Segunda Turma, DJE de 1º-10-2010.) **No mesmo sentido**: AI 562.165-AgR, Rel. Min. **Eros Grau**, julgamento em 16-5-2006, Segunda Turma, DJE de 9-6-2006; RE 226.161, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, julgamento em 25-6-2002, Primeira Turma, DJE de 30-8-2002.

¹⁰ (RE 489.064-ED, Rel. Min. **Ellen Gracie**, julgamento em 8-9-2009, Segunda Turma, DJE de 25-9-2009.) Vide: AI 511.131-AgR, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, julgamento em 22-3-2005, Plenário, DJ de 15-4-2005.

absoluta'. A Corte afirmou que, após o advento da EC 41/2003, os servidores públicos passariam a contribuir para a previdência social em 'obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento'. Os servidores públicos militares não foram excepcionados da incidência da norma, razão pela qual não subsiste a pretensa imunidade tributária relativamente à categoria."¹¹

"(...) Militar temporário. Direito de permanência na atividade após cumprido o prazo de incorporação. Alegação de violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório. Inocorrência. O acórdão recorrido está em sintonia com a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que, tratando-se de militares do quadro de temporários, admitidos por prazo limitado, não há que se falar em direito de permanência ou em estabilidade após cumprido o prazo de incorporação."¹²

"Recurso ordinário em mandado de segurança. Aeronáutica. Militar excluído do serviço ativo. Inclusão em quota compulsória por implemento de idade. Art. 99 da Lei 6.880/1980. Rejeitada a alegação de ofensa ao princípio constitucional da isonomia, pois a autoridade impetrada demonstrou que, com base na legislação vigente, o implemento de idade não foi o único, mas apenas o último critério de desempate entre oficiais na elaboração da lista da 'quota compulsória'."¹³

"Promoção de militares dos sexos masculino e feminino: critérios diferenciados: carreiras regidas por legislação específica: ausência de violação ao princípio da isonomia: precedente".¹⁴

"Princípio isonômico – CP e CPM – O tratamento diferenciado decorrente dos referidos códigos tem justificativa constitucionalmente aceitável em face das circunstâncias peculiares relativas aos agentes e objetos jurídicos protegidos."¹⁵

¹¹ RE 475.076-AgR, Rel. Min. **Eros Grau**, julgamento em 25-11-2008, Segunda Turma, *DJE* de 19-12-2008. **No mesmo sentido**: AI 594.104-AgR, Rel. Min. **Ellen Gracie**, julgamento em 4-5-2010, Segunda Turma, *DJE* de 21-5-2010. **Vide**: ADI 3.105, Rel. p/ o ac. Min. **Cezar Peluso**, julgamento em 18-8-2004, Plenário, *DJ* de 18-2-2005.

¹² RE 383.879-AgR, Rel. Min. **Eros Grau**, julgamento em 17-6-2008, Segunda Turma, *DJE* de 1º-8-2008. **No mesmo sentido**: RE 523.317-ED, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, julgamento em 1º-2-2011, Primeira Turma, *DJE* de 3-3-2011; RE 361.305-AgR, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 4-3-2008, Segunda Turma, *DJE* de 28-3-2008.

¹³ **RMS 25.159**, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, julgamento em 8-11-2005, Segunda Turma, *DJ* de 2-6-2006.

¹⁴ RE 225.721, **Ilmar Galvão**, *DJ* de 24-4-2000." **AI 511.131-AgR**, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, julgamento em 22-3-2005, Plenário, *DJ* de 15-4-2005. **No mesmo sentido**: RE 523.317-ED, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, julgamento em 1º-2-2011, Primeira Turma, *DJE* de 3-3-2011; RE 597.539-AgR, Rel. Min. **Eros Grau**, julgamento em 12-5-2009, Segunda Turma, *DJE* de 29-5-2009. **Vide**: RE 489.064-ED, Rel. Min. **Ellen Gracie**, julgamento em 8-9-2009, Segunda Turma, *DJE* de 25-9-2009.

¹⁵ **RE 115.770**, Rel. Min. **Marco Aurélio**, julgamento em 29-10-1991, Segunda Turma, *DJ* de 21-2-1992.

Portanto, verifica-se que a Constituição da República fez questão de diferenciar os militares, bem como o STF em suas decisões vem confirmando todas essas formas de tratamento, privilegiadas ou não.

2. O CHAMADO REGIME DE “DEDICAÇÃO EXCLUSIVA”

Todo instituto no direito pátrio deve ser analisado, sob o prisma da Lei maior, ou seja, a Constituição Federal vigente. Portanto, a referida Carta Magna em seu art. 142, explicita que a Marinha, o Exército e a Aeronáutica são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e disciplina, cuja destinação é a defesa da pátria e a garantia dos poderes constitucionais tendo como presidente supremo o Presidente da República.

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 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:

Além de se parecer claro no dispositivo acima que, por se tratar de instituições com a destinação de defesa da Pátria – integral e permanente defesa, uma vez que a pátria nunca deixará de existir, exceto nos casos de perda de soberania –, diversas discussões poderiam se travar na tentativa de conceituar o que viria a ser “dedicação exclusiva”, mas nenhuma seria mais pontual do que a própria lei 6880/90 em seu artigo 5º, ao deixar claro que: “A carreira militar é caracterizada por atividade **continuada e inteiramente devotada** às finalidades precípuas das Forças Armadas, denominada atividade militar. (*grifo nosso*)

E nesse diapasão, fica claro que o militar em atividade nunca pôde exercer, simultaneamente, qualquer outro cargo, a não ser com o advento da Emenda Constitucional 77, que, ao alterar o § 3º do artigo 142 da Carta Magna cria uma exceção para os profissionais de saúde, com a seguinte ressalva no inciso VIII:

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, bem como, na forma da lei e com prevalência da atividade militar, no art. 37, inciso XVI, alínea "c". *(grifo nosso)*

Avançando mais ainda, observa-se que o artigo 31 do Estatuto dos Militares confirma esse conceito de dedicação exclusiva, ao aduzir que:

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; *(grifo nosso) (...)*

Diante disso percebe-se que a dedicação exclusiva se traduz em atividade continuada, inteiramente devotada e com dedicação e fidelidade à Pátria, de onde chega-se à ideia de que o militar estaria vinte quatro horas por dia ligado à instituição pela qual ele está incorporado. Mas então os militares não poderiam, por exemplo, realizar cursos superiores, técnicos, de aperfeiçoamento ou atualização, quanto mais acumular cargos ou empregos públicos ou civis.

Além da Norma supracitada, interessante citar o que diz a recente Portaria nº 87/2014 da Diretoria Geral do Pessoal da Marinha sobre dedicação exclusiva:

Os militares sujeitam-se à chamada **disponibilidade permanente**, por meio da qual se mantêm disponíveis para o serviço ao longo das 24 horas do dia, e mesmo quando escalados para prestarem Serviço de Estado, após a passagem do Serviço, permanecem trabalhando na Organização Militar (OM), cumprindo a rotina estabelecida. No caso dos militares profissionais de saúde, por vezes participam de longas cirurgias e demais ações de saúde, em Unidades de Tratamento Intensivo (UTI) ou Unidades de Internação e Emergências, mesmo não lotados em Organização de Saúde, que inviabilizam um controle de horário, até porque não há compensação de horas excedentes, como ocorre com o servidor civil.¹⁶ (grifo nosso)

Percebe-se nesse diapasão que em nenhuma das normas supracitadas aparece a expressão “exclusiva”, portanto, pode-se dizer que o título dado a este regime é uma criação jurisprudencial, permitindo, desde logo, que haveria uma certa relativização em relação a esta dedicação, uma vez que até mesmo alguns dos princípios constitucionais fundamentais podem sofrer relativização em caráter excepcional.

3. A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 77/2014

A Constituição Federal proíbe a acumulação remunerada de cargos ou empregos públicos com algumas exceções, como por exemplo, o disposto no art. 37, XVI, “c”:

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:

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

¹⁶ Portaria nº 87/2014 da Diretoria Geral do Pessoal da Marinha

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;¹⁷

Já o inciso II do parágrafo 3º do art. 142 da CRFB/88, determina a transferência para a reserva, nos termos da lei, do militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente, inexistindo assim, qualquer dúvida a respeito da proibição de acúmulo de cargo e confirmando a posição constitucional a respeito do tema, como regra geral:

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.

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

(...)

II - o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente, ressalvada a hipótese prevista no art. 37, inciso XVI, alínea "c", será transferido para a reserva, nos termos da lei;¹⁸

Com a publicação da referida emenda, que alterou os incisos II, II e VIII do § 3º do art. 142 da Constituição Federal, para estender aos profissionais de saúde das Forças Armadas a possibilidade de cumulação de cargo a que se refere o art. 37, inciso XVI, alínea "c" da mesma carta política, surgem alguns questionamentos, que vão desde sua aplicabilidade até sua utilização por profissionais que não sejam da área de saúde.

¹⁷ CRFB art. 37, XVI, c

¹⁸ ¹⁸ CRFB/88 art. 142, §, 3º, II.

Não podemos deixar de analisar o teor da referida Emenda em relação ao caput do artigo 5º da CRFB/88, parâmetro para diversas espécies legislativas, no que diz respeito ao princípio da igualdade ao citar as belas palavras de Moraes:

“O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio Poder Executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, **impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situação idêntica**. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social.”¹⁹ (grifo nosso)

De acordo com o nobre autor, que a nosso ver foi muito feliz ao citar a importância deste princípio no sentido de evitar que o legislador crie tratamentos diferenciados para pessoas em situações idênticas, percebemos, por exemplo, flagrante inobservância deste princípio quando a Emenda em estudo só autoriza o acúmulo de cargo para militares das Forças Armadas profissionais da área de saúde.

Em relação a essas considerações urge a necessidade de tentar entender o que quis o legislador, quando estendeu a aplicação da alínea “c”, inciso XVI do artigo 37 somente aos militares profissionais de saúde.

De outro modo, foi publicada recentemente no Diário Oficial da União a Portaria nº 87/2014 do Diretor Geral do Pessoal da Marinha, onde fica regulamentada a rotina de trabalho dos militares profissionais de saúde no âmbito daquela instituição, sob o fundamento de que as necessidades de especialização e

¹⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 65).

atualização, nessas áreas do conhecimento, exigem um horário de trabalho diferenciado, de modo a permitir a participação desses profissionais em congressos, conclaves, conferências, cursos de especialização e até mesmo o acúmulo de cargo, e em outras atividades extra Marinha, o que possibilita uma melhor qualificação desses profissionais.

Ainda de acordo com a Portaria, o Estatuto dos Militares, Lei nº 6880/90 em seu artigo 29, § 3º, ressaltou a preocupação com a aptidão técnica desses profissionais inicialmente ao permitir que os Oficiais dos referidos quadros exercessem, no meio civil, essas atividades com intuito de desenvolver a prática profissional.

Art. 29. Ao militar da ativa é vedado comerciar ou tomar parte na administração ou gerência de sociedade ou dela ser sócio ou participar, exceto como acionista ou quotista, em sociedade anônima ou por quotas de responsabilidade limitada. (...)

§ 3º ***No intuito de desenvolver a prática profissional***, é permitido aos oficiais titulares dos Quadros ou Serviços de Saúde e de Veterinária o exercício de atividade técnico-profissional no meio civil, desde que tal prática não prejudique o serviço e não infrinja o disposto neste artigo.²⁰ (grifo nosso)

A polêmica era notória, pois grande parte da doutrina afirmava que isso não se aplicava aos os militares, uma vez que o art. 142 § 3º, VIII, da CF/88 especifica quais incisos do art. 37 se aplicariam aos membros das Forças Armadas, e esse dispositivo até então não mencionava o inciso XVI do art. 37.

²⁰ Art. 29, § 3º da Lei 6880/80 (Estatuto dos Militares).

Interessante observar que em diversas partes do país, especialmente nas regiões de fronteira, existem hospitais militares e os profissionais que ali trabalhavam ficavam impedidos de prestar maior apoio a sociedade local quando poderiam prestar serviços ou até mesmo acumular um cargo estadual.

A emenda em estudo foi editada em boa hora resolvendo esta questão, mas criando alguns outros pontos, como por exemplo, a timidez da mesma, pois poderia ter previsto que todo o inciso XVI do art. 37 fosse aplicado aos militares.

Importante mostrar a posição da jurisprudência acerca dessa situação:

ADMINISTRATIVO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. PROFISSIONAL DA SAÚDE. POSSIBILIDADE. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS COMPROVADA. VEDAÇÃO DO ART. 142, § 3º, II DA CF/88 RESTRITA ÀS FUNÇÕES MILITARES TÍPICAS. O art. 37, inciso XVI, alínea c da Lei Maior permite o exercício de dois cargos próprios de profissionais de saúde quando há compatibilidade de horário, sem distinção entre servidores civis e militares. De outro lado, a vedação do art. 142, § 3º, II da CF deve se restringir às funções militares típicas (cf. Emenda Constitucional nº 77). Cabe ressaltar que o art. 17, § 1º do ADCT assegurou o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de médico que estivessem sendo exercidos por médico militar na Administração direta ou indireta. No caso, o impetrante exerce dois cargos de médico, um em hospital vinculado ao Ministério da Saúde e outro em hospital da Polícia Militar, sendo certo que carga horária total soma 40 horas semanais. A sentença é mantida, por estar de acordo com o disposto na CF/88 e no Parecer GQ nº 145 da Advocacia-Geral da União. Remessa necessária e apelação desprovidas.²¹

O recente julgado já utiliza a emenda em favor dos militares profissionais da área de saúde ao decidir sobre a possibilidade de acúmulo de cargos com compatibilidade de horários.

²¹ TRF2, 3ª Seção Especializada, AR 201302010138914, Desembargadora Federal Carmem Silvia Lima de Arruda, E-DJF2R - Data: 31/03/2014.

Em julgado semelhante, porém mais elucidativo, o Desembargador Federal Guilherme Couto traz detalhadamente algumas particularidades da emenda:

Com efeito, é cediço que o artigo 37, XVI, a, da CRFB/88, excepciona a regra da incompatibilidade de cargos ao admitir a cumulação de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas, exigindo, todavia, a compatibilidade de horários.

Confira-se:

“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:

(...)

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 34, de 2001)”.

Da análise dos autos, nota-se que o documento de fl. 86 e a denúncia que deflagrou o procedimento administrativo nº 33374.020165/2009-55 atestam que a ora Agravante é Auxiliar de Enfermagem do Hospital Federal de Bonsucesso, com carga horária semanal de 30 (trinta) horas, bem como que ocupa o cargo de Auxiliar de Enfermagem do Quadro de Saúde do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro, com carga horária semanal de 24 (vinte e quatro) horas.

A Constituição Federal, em seu art. 37, XVI, condiciona a acumulação à compatibilidade de horários, não havendo qualquer previsão de carga horária máxima. Ademais, o entendimento externado pelo Tribunal de Contas da AGU no acórdão nº 2.133/2005, de D.O.U. 21/09/2005, que considera ilícita a acumulação de cargos apenas por totalizar uma jornada de trabalho superior a sessenta horas semanais, não tem força normativa que possa preponderar sobre a garantia constitucional, afigurando-se utópico para a realidade sócio-econômica brasileira. Talvez mais grave para a higidez física e mental do trabalhador seja ver sua família sem as condições mínimas de subsistência.

Cumprido ressaltar que, por mais que a Sétima Turma, incluindo voto deste Relator, tenha julgado no sentido inverso, é certo que o STJ e a própria 3ª Seção deste Tribunal possuem entendimento no sentido de que basta a demonstração da compatibilidade de horários para a licitude da cumulação.

Neste sentido:

"ADMINISTRATIVO - ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS - ÁREA DE SAÚDE - CARGA HORÁRIA SUPERIOR A 60 (SESSENTA) HORAS SEMANAIS - AFERIÇÃO NO CASO CONCRETO - OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.

1 - A acumulação de cargos em empregos públicos aos profissionais de saúde pertencentes às profissões regulamentadas encontra respaldo no texto constitucional, notadamente após a vigência da Emenda Constitucional nº 34/2001.

2 - A Constituição Federal de 1988 não estipulou uma carga horária máxima como requisito para a acumulação. Determinou, tão somente, a necessidade de compatibilidade de horários entre os cargos.²²

CONCLUSÃO

Em face de todo o exposto, fica para nós alguns questionamentos, como por exemplo, a questão de que se o militar, profissional de saúde, pode acumular cargos ou empregos civis da mesma espécie, ele não deixaria de estar no regime de dedicação exclusiva?

Destarte perceber então, que a instituição de Defesa da Pátria estará com seu efetivo dividido, ou até mesmo reduzido, pois quando da acumulação, os referidos militares não estarão mais à sua disposição.

Outro ponto a se considerar é a ideia de que se a própria Carta Política estabelece claramente o princípio da igualdade, como podemos tratar os iguais (militares) de forma desigual, quando só se autoriza o acúmulo para os militares profissionais de saúde? Será que somente eles necessitam de aprimoramento e atualização profissional?

Seria interessante, por exemplo, estender este benefício aos militares bacharéis em direito, por exemplo, que necessitam de vasta especialização quando dos pareceres que lhes são solicitados, ou até mesmo de relatórios imensos sob diversos assuntos e em pouco tempo, quando da resposta a alguma ação em que algumas das instituições sejam ré.

Portanto, seriam facilmente respondidos esses quesitos, por exemplo, estendendo a abrangência da EC 77/2014 até aos militares de outras áreas ou profissões, ou por oportuno, flexibilizar este regime exclusivo de dedicação e

²² TRF2, 6ª Turma, AC 201251010011160, Desembargador Federal Guilherme Couto, E-DJF2R - Data: 03/06/2014.

transformá-lo em um regime que podemos chamar de “regime de dedicação semi-exclusiva”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Jorge César Assis. **Os Regulamentos Disciplinares Militares e sua Conformidade com a Constituição Federal**. 2006. Disponível em: <<http://www.jusmilitaris.com.br/doutrina>>. Acesso em: 03/12/2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei Complementar nº 97/99. Brasília, DF: Senado, 1999.

BRASIL. Lei nº 6880/80 (Estatuto dos Militares). Brasília, DF: Senado, 1980.

CHAVES, Luiz Gonzaga. “**Breve Escorço sobre a Justiça Militar**”. Revista de Estudos & Informações da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, n. 6, p. 16-19, nov. 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 8ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

HOEPPNER, Marcos Garcia. **Minidicionário Jurídico**. São Paulo: Icone, 2008. (Pág. 126). LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar**. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201342> (Acesso em 18/11/2014 às 13h34)

http://www.defesa.gov.br/arquivos/File/doutrinamilitar/listadepublicacoesEMD/md33_m_10_glo_1_ed2013.pdf (Acesso em 25/11/2014 Às 09h30)

<http://www.stm.jus.br/servicos-stm/jurisprudencia-do-stmwww.stf.br>. Acesso em 15/12/2014.

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em 16/12/2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTINS, Eliezer Pereira. **Direito Constitucional Militar**. 2002. Disponível em:<<http://www.jusmilitares.com.br/doutrina>>. Acesso em: 17 nov. 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional n.º 48, de 10.8.2005, São Paulo: Malheiros Editores.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROTH, Ronaldo João. **Justiça Militar e as Peculiaridades do Juiz Militar na Atuação Jurisdicional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2014.

