

## DA IMPOSSIBILIDADE DE ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS PERMANENTES E TEMPORÁRIOS POR MILITARES DA ATIVA DAS FORÇAS ARMADAS.

**Autor: Rubens dos Santos Silva**

**Capitão da Aeronáutica/Assessor na Justiça Militar da União**

Inicialmente, a de se destacar como regra a vedação constitucional de acumulação de cargos, empregos e funções na esfera da Administração Pública contida na Constituição da República de 1988. O pano de fundo dessa proibição tem como objetividade o alcance da eficiência na administração pública:

*Art. 37. (...). XVI – “ é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, (...). XVII – a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedade de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público.”*

É fácil perceber que a proibição não se limita aos cargos, mas também se aplica a empregos e funções públicas. Não é exclusividade da Administração Direta, atinge a Indireta, inclusive suas subsidiárias e sociedades controladas. No entanto, tais normas eminentemente proibitivas admitem situações de permissividade de natureza restritiva, cuja condição inafastável é a compatibilidade de horários. Sem esta, a acumulação não pode ser efetivada. Senão vejamos:

*“Art. 37, XVI – é vedada a acumulação remunerada (...), exceto, **quando houver compatibilidade de horários**, (...): a) a de dois cargos de professor; b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico; c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.”* (grifos nossos).

A título meramente elucidativo, é possível encontrar no corpo da Constituição da República outras hipóteses pontuais de permissividade. É o caso do magistrado e do membro do Ministério Público poder acumular seu cargo com outro de magistério (art. 95, parágrafo único, e art. 128, § 5º, II, “d”).

A diretriz constitucional das Forças Armadas tem como pressuposto à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem. Nesse enfoque, pressupõe-se atividade ininterrupta e continuada, portanto de dedicação exclusiva daqueles que integram sua corporação. É esse o caminho traçado pelo inciso VIII do art. 142 da Constituição da República que assim versa:

*“Art. 142. (...). VIII - **aplica-se aos militares o disposto no artigo 7º, VIII, XII, XVIII, XIX e XXV e no artigo 37, XI, XIII, XIV e XV** (grifos nossos).”*

Em sendo assim, a *contrario sensu*, é verdadeira a assertiva: os demais incisos contidos nos artigos 7º e 37 da CR não se aplicam aos militares das Forças Armadas.

Trata-se de uma análise coerente e sedimentada, mesmo porque o art. 7º se refere aos direitos sociais dos trabalhadores, incluindo vários benefícios que são inaplicáveis àqueles militares, devido à natureza de sua atividade. Em uma análise perfunctória da norma, percebe-se uma conclusão precipitada com a seguinte assertiva: logo, a vedação de acumulação de cargos, empregos e função pública contida no art. 37, incisos XVI e XVII, pelo fato de não ser aplicada aos militares das Forças Armadas, a esses é facultada.

Pormenorizando a análise, percebe-se inaceitável pensar sequer na possibilidade permissiva de acumulação admitida aos demais servidores públicos. **A uma**, a natureza da atividade continuada desenvolvida pelos militares das Forças Armadas é incompatível com o pressuposto ensejador da regra de exceção (compatibilidade de horários). **A duas**, por falta de legalidade, vez que não se aplica a esses militares de forma pontual o dispositivo como um todo, inclusive as regras de permissividade.

Sistematicamente, extrai-se da Constituição da República que o legislador constituinte teve o cuidado de evitar uma possível hipótese de adequação típica a parte final do dispositivo de vedação, ao inaplicá-lo aos militares das Forças Armadas. Para tanto, preferiu lhes dar um tratamento específico, apresentando a vedação de forma tácita nos incisos II e III do § 3º do art. 142 da Carta Maior. Senão vejamos:

*“ II - o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente será transferido para a reserva, na forma da lei;”*

*“III - o militar da ativa que, de acordo com a lei, tomar posse em cargo, emprego ou função pública civil temporária, não eletiva, ainda que da administração indireta, ficará agregado ao respectivo quadro e somente poderá, enquanto permanecer nessa situação, ser promovido por antiguidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a reserva, sendo depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, transferido para a reserva, nos termos da lei.”*

A parte final dos incisos II e III do § 3º do art. 142 da CR está tratando do Estatuto dos Militares, Lei n.º 6.880, de 09.12.1980. O legislador constituinte, ao se referir a transferência para a reserva nos termos da lei, remete o operador do direito a uma necessária análise sistemática dessa norma, vez que a reserva tanto pode ser remunerada como não. Porém, ambas são igualmente modalidades de exclusão do serviço ativo.

Essa primeira hipótese de vedação a acumulação de cargo, emprego ou função pública *permanente* com a atividade militar descrita na Constituição da República tem como resultado fático-normativo a imediata transferência do militar para a reserva.

Nesse caso, dois são os instrumentos de exclusão do serviço ativo a serem aplicados: a) para os oficiais: a *demissão*; e b) para as praças, aí incluídas as especiais (Guarda-Marinha e Aspirante-a-oficial): o *licenciamento*. Em ambos os casos são processadas *ex-officio*, conforme artigos 117 e 122 respectivamente do Estatuto dos Militares e na modalidade não-remunerada.

Já a segunda vedação contida no inciso III do art. 142 da CR tem como escopo a possível nomeação de militar em atividade para tomar posse em cargo, emprego ou

função pública civil *temporária*, não eletiva. É bom ressaltar que se trata de hipótese pendente de autorização prévia do Presidente da República ou do Comandante da Força.

Essa situação é também regulada pelo Estatuto dos Militares em seus artigos 82, incisos XIII, XIV e 98, inciso XV, §§ 3º e 4º, com o seguinte destaque:

(...)

§ 3º *A nomeação ou admissão do militar para os cargos ou empregos públicos de que trata o item XV deste artigo somente poderá ser feita se:*

*a) oficial, pelo Presidente da República ou mediante sua autorização quando a nomeação ou admissão for da alçada de qualquer outra autoridade federal, estadual ou municipal; e*

*b) praça, mediante autorização do respectivo Ministro.*

§ 4º *Enquanto o militar permanecer no cargo ou emprego (...):*

*a) é-lhe assegurada a opção entre a remuneração do cargo ou emprego e a do posto ou da graduação (grifos nossos);*

Nesse caso especial, ocorrendo a condicionante do afastamento da atividade militar superior a 2 (dois) anos, o militar será transferido *ex-officio* para a reserva remunerada, permanecendo a vedação da acumulação, e lhe sendo assegurado o direito a uma opção remuneratória.

Em resumo, se o militar da ativa tomar posse em cargo, emprego ou função pública permanente deverá ser excluído do serviço ativo sem qualquer tipo de remuneração. Caso essa atividade seja de caráter temporário, processada por nomeação, não lhe é permitido acumulação remuneratória, mas lhe é assegurado o direito de opção, não só durante o período de exercício, como também após sua transferência para a reserva remunerada, depois de decorridos 2 (dois) anos de afastamento.

Nesse diapasão, é forçoso concluir que o legislador constituinte sequer cogitou da hipótese de vê aplicável aos militares das Forças Armadas às hipóteses permissivas de acumulação remuneratória contida no inciso XVI do art. 37 da CR.

É preciso que não se perca de vista a idéia inicial do legislador quando da proibição da acumulação de cargos, empregos e funções públicas permanentes na esfera da Administração Pública. Ora, se para os servidores públicos a eficiência tem como meta desejável, aos militares das Forças Armadas, em razão de sua atividade fim, a ineficiência sequer poderia ser cogitada.

Uma importante questão a ser levantada é o fato de que tais dispositivos vinculam exclusivamente os militares das Forças Armadas, quando de sua posse em cargo, emprego ou função pública permanente ou temporária. Resta o seguinte questionamento: os servidores públicos que desejem ingressar nas Forças Armadas poderão acumular cargos? E se eles forem profissionais das hipóteses de permissividade contida no inciso XVI do art. 37 da CR?

A resposta ao primeiro questionamento é tranquila. A Carta Maior veda a acumulação de cargos, empregos e funções públicas, portanto o servidor deveria realmente optar por um deles. Quanto ao segundo, requer uma análise mais cuidadosa, vez que o dispositivo constitucional se refere à posse do militar em cargo ou emprego público civil permanente ou temporário.

*In casu*, não há adequação típica na espécie questionada a essa figura normativa, pois a posse foi antecedente, logo o foco de análise deve se dirigir no âmbito Federal ao Estatuto dos Servidores Públicos, Lei 8.112, de 11.12.1990, que assim dispõe: “art. 118. Ressalvados os casos previstos na Constituição, é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos.”. Tais ressalvas a regra proibitiva estão contidas no inciso XVI do art. 37 da CR.

Como esse dispositivo não se aplica aos militares das Forças Armadas, a vedação da lei fica sem admitir exceções. Portanto também nesse caso o servidor público deverá optar por um deles. Tal proibição alcança as hipóteses de emprego e funções públicas, albergada pelo § 1º do art. 118 do Estatuto dos Servidores Públicos.

Diante das *numerosas* pessoas federativas, cada uma com sua autonomia funcional, é importante analisar de forma contida o caso concreto (no que tange a sujeição do servidor público a norma semelhante de vedação) logicamente sem perder de vista a premissa fundamental expressa pela Constituição da República.

Outra hipótese *que* merece ser mencionada é aquela de convalidação constitucional contida no art. 17, §§ 1º e 2º das Disposições Transitórias da Constituição da República. Senão vejamos:

“§ 1º É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de médico que estejam sendo exercidos por médico militar na administração pública direta ou indireta.

§ 2º. É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde que estejam sendo exercidos na administração pública direta ou indireta.

Portanto é possível encontrar médicos militares acumulando cargos ou empregos públicos, tanto na Administração Direta, quanto Indireta, protegidos por uma convalidação constitucional de situações anteriores a sua promulgação. É importante frisar que o constituinte originário restringiu a garantia de manutenção de exercício acumulado exclusivamente aos médicos militares. No entanto já está cristalizado no Supremo Tribunal Federal entendimento de que o § 2º do art. 17 da ADCT também se aplica aos demais militares com supedâneo no art. 37, XVI, c) da CR. Senão vejamos:

“A norma transitória do art. 17, § 2º, do ADCT (“É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde que estejam sendo exercidos na administração pública direta ou indireta.”) **aplica-se tanto a profissionais da saúde militares quanto civis**. Com base nesse entendimento, a Turma proveu recurso extraordinário interposto por profissionais de saúde, integrantes dos quadros de oficiais de saúde da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, admitidos em data anterior à promulgação da CF/88. Asseverou-se, ademais, que se fosse dada interpretação ao citado dispositivo no sentido de **excluir os profissionais da saúde das carreiras militares, haver-se-ia, pelos mesmos fundamentos, de se utilizá-la também em relação ao art. 37, XVI, c, da CF** (“Art. 37. ... XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI... c) a de dois cargos ou empregos **privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;**”). RE 182811/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, 30.5.2006. (RE-182811)”(grifos nossos).

*Data máxima vênia* do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende esse singelo trabalho de pesquisa pela sua inaplicabilidade, vez que se assim fosse o § 1º do art. 17 da ADCT seria despicando e inócuo. Some-se ainda o fato de que a própria Corte Suprema já sedimentou posicionamento no sentido de que a única hipótese de acumulação de cargos, empregos e função pública por militar é aquela tratada no art. 17 das disposições transitórias, não havendo que se cogitar de aplicação do art. 37, XVI da CR. Várias são as decisões nesse sentido. Senão vejamos:

*“Analisada a matéria trazida na espécie, DECIDO:*

*3. Razão de direito não assiste ao Recorrente.*

*4. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que é possível a acumulação de dois cargos de profissionais de saúde, um civil e outro militar, desde que a admissão ao cargo de profissional da saúde civil tenha ocorrido, na Administração Direta ou Indireta, em data anterior à promulgação da Constituição de 1988, conforme preconiza o art. 17, § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Na espécie vertente, é impossível a acumulação dos cargos, pois, à época da promulgação da Constituição de 1988, o Recorrente não exercia dois cargos privativos de profissionais da saúde, tendo sido admitido na Secretaria de Saúde apenas em 1994. Nesse sentido:*

*“EMENTA: Recurso extraordinário. 2. Acumulação de cargos. Profissionais de saúde. Cargo na área militar e em outras entidades públicas. Possibilidade. Interpretação do art. 17, § 2º, do ADCT. Precedente. 3. Recurso extraordinário conhecido e provido”*

*(RE 182.811, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 30.6.2006).*

*Não há, pois, o que prover quanto às alegações da parte recorrente.*

*5. Pelo exposto, nego seguimento a este recurso (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).” (RE 492.704/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ. 05/11/2008). (grifos nossos).*

Ora, é no mínimo questionável uma análise interpretativa tendo como suporte o fundamento de uma norma inaplicável aos mesmos agentes beneficiados. Essa é a hipótese. Enfim, enquanto aquele egrégio Tribunal Federal não editar súmula vinculante sobre a matéria ou o Poder Constituinte Derivado não alterar o dispositivo constitucional, considerações e entendimentos terão como referência a linha interpretativa adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

Por derradeiro, é importante realizar uma cuidadosa análise do art. 29, § 3º do Estatuto dos Militares, a fim de se evitar precipitadas conclusões de sua finalidade. É regra básica na hermenêutica jurídica a necessária interpretação de um dispositivo secundário em harmonia com o primário do qual decorre. Logo, a análise do § 3º deve necessariamente estar vinculada à premissa trazida pelo *caput* do artigo a que se refere. Assim vejamos:

*“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.”(grifos nossos).*

É forçoso concluir que o legislador quis estabelecer como regra geral a vedação ao militar da ativa de exercer atividade comercial/empresária, civil e privada. Priorizando a dedicação exclusiva do militar da ativa a caserna em detrimento de qualquer outra de natureza empresarial.

Embora presente tal regra proibitiva, encontra-se uma exceção de permissividade. Restringiu-se a determinado círculo de militares (oficiais dos quadros ou serviços de saúde e de veterinária) e especificamente uma atividade (técnico-profissional), com o intuito de atingir uma finalidade (desenvolver a prática profissional), desde que se cumprisse 2 (duas) condicionantes cumulativas (não prejudique o serviço e não infrinja o disposto neste artigo).

Em resumo, esses militares estariam autorizados a exercer atividade técnico-profissional no meio civil, com o fim exclusivo de desenvolver sua profissão, desde que houvesse compatibilidade com a atividade militar e não fosse especificamente de comércio/empresarial, nem na administração ou gerência de sociedade, tampouco sócio ou dela tomasse parte. Restando apenas uma relação de vínculo empregatício. Aos demais militares, sequer se possibilitaria inseri-los no esteio dessa exceção normativa, sobressaindo à vedação por completo.

Não se poderia justificar tecnicamente com fundamento nesse dispositivo, nem por analogia, tampouco por interpretação analógica, a presença de uma hipótese permissiva no que tange a um oficial do quadro de serviço de saúde e de veterinária tomar posse em cargo, emprego ou função pública permanente na Administração Direta ou Indireta Federal, Distrital, Estadual ou Municipal, nem mesmo em suas subsidiárias e/ou controladas. Essa vedação é imperativo constitucional corroborado pelo Estatuto dos Militares em sua análise sistemática.

É bem verdade que o vínculo de militares especificamente do quadro de saúde em atividade no meio civil, é de peculiar importância na manutenção de seu aperfeiçoamento profissional, no entanto tal hipótese só seria possível no âmbito privado e se oficiais. Essa restrição desnatura a verdadeira finalidade da exceção normativa, vez que o aprimoramento técnico-profissional possivelmente não atingiria a eficiência desejada.

É na saúde pública que se encontra o verdadeiro cenário de uma necessária preparação de militares da área de saúde. Não só pela escassez de tais profissionais disponíveis no mercado de trabalho, mas principalmente daquilo que se espera deles em sua atividade teleológica na esfera militar.

Em sendo assim, tal investidura deveria ser condição de acesso àqueles que sonham em ingressar na área de saúde das Forças Armadas. Porém, o legislador ainda não presenteou a sociedade com essa hipótese, pois a posse de um militar da ativa das Forças Armadas em cargo, emprego ou função pública permanente redundaria em sua transferência para a reserva não-remunerada.

Caso o militar esteja em plena atividade no exercício das 2 (duas) funções (militar versus civil), inerentes ao cargo e/ou emprego, a de se perquerir a fumaça de ilegalidade. Fazendo surgir à necessidade de apuração dos fatos, que possivelmente o atingiria não só na esfera administrativa como também criminal.

Recife, 8 de abril de 2011.

