

A EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE AFASTAMENTO DO MILITAR, COM MENOS DE DEZ ANOS DE SERVIÇO, PARA CANDIDATAR-SE A CARGO ELETIVO.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, quanto à elegibilidade, distinguiu os militares em duas categorias: aqueles com mais de anos de serviço e aqueles com menos de dez anos de serviço. Para cada uma apresenta tratamento jurídico diverso: o militar mais moderno deverá afastar-se de sua atividade enquanto o mais antigo fica agregado e passa, se eleito e diplomado, para a inatividade. É o que podemos observar no § 8º de seu artigo 14, ao referir-se à elegibilidade do militar, assim disciplina:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

(...)

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

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

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

Os preceitos constitucionais anteriormente transcritos, que são válidos também aos militares estaduais¹, trazem à tona questionamentos, especialmente em relação à nova situação do militar com menos de dez anos de serviço candidato a cargo eletivo, mormente no que tange ao seu licenciamento das fileiras das Forças Armadas e à percepção de remuneração.

O objetivo do presente estudo é trazer à lume um questionamento quanto ao sentido da expressão “deverá afastar-se da atividade” mencionado no inciso do § 8º do art. 14 da Constituição da República, com o intuito de colaborar para a discussão do tema proposto.

2. CONCEPÇÃO DOMINANTE

O Tribunal Superior Eleitoral já se manifestou, em ao menos duas oportunidades, a respeito do afastamento do militar com menos de dez anos de serviço, entendendo que se trata de afastamento definitivo, por intermédio de demissão ou licenciamento *ex officio*:

Acórdão Nr 20318, de 19 Set 02:

I A transferência para a inatividade do militar que conta menos de dez anos de serviço é.

definitiva, mas só exigível após deferido o registro da candidatura”.

II A filiação partidária de um ano da eleição não é condição de elegibilidade do militar, donde ser irrelevante a indagação sobre a nulidade da filiação do militar ainda na ativa, argüida com base no art. 142, § 3º, V da Constituição.

Resolução TSE Nr 20.598, de 13 Abr 00:

Consulta. Senador. À luz do art. 14, § 8º, I, da Constituição Federal, que diz: “O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições I – Se contar menos de dez anos de serviço deverá afastar-se da atividade;” Indaga: afastar-se da atividade, o que significa?, respondida nos seguintes termos: O Afastamento do militar, de sua atividade, previsto no art. 14, § 8º, I, da Constituição, deverá se processar mediante demissão ou licenciamento ex-officio, na forma da legislação que trata do serviço militar e dos regulamentos específicos de cada Força Armada”

As Forças Armadas e as Forças Auxiliares, na esteira das decisões do TSE, adotam a exclusão do serviço ativo dos militares com menos de dez anos de serviço. À guisa de exemplo, podemos citar, no âmbito do Exército Brasileiro, a Portaria Nr 043 do Departamento Geral do Pessoal, de 16 Ago 00, que determina o seguinte:

Art. 1º Adotar as seguintes orientações e procedimentos para a Administração do Pessoal quanto à situação do militar a partir do registro de sua candidatura pela Justiça Eleitoral:

I - militar com menos de 10 (dez) anos de serviço:

- a) de acordo com o art. 14, parágrafo 8, Inciso I, da Constituição Federal, ao se candidatar, deverá pedir demissão se for Oficial e licenciamento se Graduado;*
- b) no caso de Oficiais, aplicar-se-á o art. 116², do Estatuto dos Militares, exceto para os Oficiais Temporários;*
- c) o processo de demissão ou de licenciamento, a pedido do militar candidato, em conformidade com o art. 14, parágrafo 8, Inciso I, da Constituição Federal, será efetivado, conforme legislação vigente, na mesma data do registro da candidatura, homologado pelo cartório eleitoral;*
- d) o Comandante, Chefe ou Diretor da OM de origem do militar ao tomar conhecimento, oficialmente, do registro da candidatura, através do próprio militar-candidato, mediante apresentação de documentação comprobatória do referido registro, ou por qualquer outro meio oficial oriundo da Justiça Eleitoral, deverá iniciar, imediatamente, o processo de demissão ou licenciamento do mesmo.***

Como exemplo relativo ao militar estadual, temos a decisão a seguir transcrita, publicada no Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Norte (DOE Nr 10.718, de 17 Abr 04, p. 09 e 10), exarada no Processo Nr 57.537/2002–SESED, em que se firma, também, na necessidade do afastamento definitivo do militar, mediante licenciamento *ex-officio*, de policial militar com menos de dez anos de serviço. O Parecer da Consultora-Geral do Estado, aprovado pela Governadora do Rio Grande do Norte, foi, assim, redigido:

Assunto:

Análise jurídica da validade de licenciamento ex-officio a bem da disciplina em período eleitoral.

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. ANULAÇÃO DE LICENCIAMENTO EX-OFFICIO DE CARÁTER SANCIONATÓRIO. NÃO INCIDÊNCIA DA PROIBIÇÃO DE DESLIGAMENTO DE SERVIDOR PÚBLICO EM PERÍODO ELEITORAL. PRESERVAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NÃO RECEPÇÃO DE NORMA LEGAL E REGIMENTAL. PLEITO ELEITORAL. LICENCIAMENTO EM RAZÃO DE CANDIDATURA DE POLICIAL MILITAR.

(...)

11) O praça com menos de dez anos de serviço deve se afastar definitivamente da Polícia Militar para exercer a sua capacidade eleitoral passiva, mediante a expedição de ato administrativo de licenciamento de caráter não sancionador, ex-officio ou a pedido, sem direito a qualquer remuneração (art. 112, I e II, § 2º, b, e § 3º da Lei Estadual Nr 4.630/1976).

Essa é, portanto, a teoria dominante: a expressão afastar-se é entendida como afastamento definitivo, demissão, licenciamento *ex-officio*.

A conclusão decorre do fato de que a Constituição dá tratamento distinto às duas categorias de militares e uma interpretação diferente colocaria equivalência à situações constitucionais diversas. Esse entendimento se fortalece na medida em que se verifica no final do inciso II do citado § 8º do artigo 14, a prescrição no sentido de que o militar mais antigo será, se eleito, transferido para a reserva remunerada e a Constituição nada fala a respeito do militar mais moderno, o que leva a supor que ele já se encontraria na reserva, só que não remunerada, ao candidatar-se.

Com a devida vênia, teria sido essa a intenção do constituinte originário? E mais, essa interpretação se coaduna com o Estado Democrático de Direito?

3. OUTRA CONCEPÇÃO É POSSÍVEL

Para chegarmos à conclusão de que pode haver uma outra interpretação, em princípio, devemos analisar a evolução do tratamento dado ao militar candidato no regime constitucional anterior. Destarte, observamos que tanto na Constituição de 1967 como na Emenda Nr 1 de 17 de outubro de 1969, que a redação do texto constitucional consagrava a expressão “excluído do serviço ativo”:

Constituição de 1967:

Art 145 - São inelegíveis os inalistáveis.

Parágrafo único - Os militares alistáveis são elegíveis, atendidas as seguintes condições:

a) o militar que tiver menos de cinco anos de serviço será, ao se candidatar a cargo eletivo,

excluído do serviço ativo;

Emenda Nr 1 de 17/10/69:

Art 150 - São inelegíveis os inalistáveis.

§ 1º - Os militares alistáveis são elegíveis, atendidas as seguintes condições:

*a) o **militar que tiver menos de cinco anos de serviço será, ao se candidatar a cargo eletivo, excluído do serviço ativo;***

Comparando o texto atual da Constituição Brasileira, que se refere a afastamento do militar com menos de dez anos de serviço, com a Constituição anterior, que determinava a exclusão do serviço ativo, é pertinente indagar se, de fato, o afastamento previsto no texto constitucional em vigor tem a mesma natureza jurídica da exclusão, ou se era intenção do constituinte originário que o militar mais moderno, em anos de serviço, fosse excluído do serviço ativo.

Parece soar evidente a incompatibilidade do teor da Carta Política anterior, que falava em exclusão do militar com menos tempo de serviço, em vista do texto atual, que se refere a “afastar-se”. A par disso, há, também, uma diferença de tratamento dado ao militar mais antigo, que, no contexto constitucional anterior afastava-se da atividade, sem perceber remuneração, e, atualmente, é agregado, percebendo remuneração durante o período da campanha eleitoral.

Em razão do que foi exposto, PIACINI³, em artigo acerca do militar candidato a cargo eletivo, exprime seu entendimento no sentido de que, com a redação adotada pela Constituição de 1988, a expressão “afastar-se da atividade” não pode ser interpretada como “excluído do serviço ativo”.

Acrescente-se a isso o fato de que o termo afastamento não possui, necessariamente, a acepção de afastamento definitivo. A própria Constituição em vigor trata de outros afastamentos, sempre com a conotação de que sejam temporários. É o que ocorre quando a Carta Magna, no seu artigo 38, trata do afastamento do servidor civil para exercer cargo eletivo, onde, inclusive, somente não se conta o tempo de exercício de mandato eletivo para fins de promoção por merecimento (art. 38, IV, da CF). Aliás, nesse ponto, a Lei Nr 8112⁴ de 11 Dez 1990 deixa bem evidente que não se trata de definitivo o afastamento do servidor para se candidatar, ao normatizar o direito à licença para concorrer a cargos eletivos.

Por essa razão, é possível questionar acerca do exato sentido da expressão “afastamento da atividade”, apontando que ela não se refere, necessariamente, à exclusão do serviço ativo.

Nessa linha, ROTH⁵, após discorrer sobre o emprego do termo afastamento

utilizado em outros artigos da Constituição, firma o entendimento no sentido de que o afastamento é, deveras, temporário. O eminente Juiz de Direito da 1ª Auditoria Militar do Estado de São Paulo, assim discorre:

Em todas estas hipóteses, observa-se que o constituinte não usou do termo afastamento como situação definitiva, mas sempre como situação provisória, ora como direito sem cominar qualquer sanção, ora como sanção na hipótese da suspensão das funções. Desse modo, não há como atribuir-se ao termo afastar-se, usado no Texto Maior, o sentido de exclusão usado no Texto precedente. Desse modo, pertinente a questão: Qual seu significado então? Ao meu ver, a situação do militar mais jovem (menos de dez anos de carreira) ao se desincompatibilizar para concorrer ao cargo eletivo enquadrar-se-á na condição de agregado para tratar de assuntos particulares, ou seja, agregação não remunerada, e, passado as eleições, caso eleito, passará para a inatividade de igual modo que o mais velho, caso contrário, poderá retomar à carreira, cessando sua condição de agregado, ou seja, momentaneamente inativo.

A análise histórica, da evolução constitucional brasileira, tende à demonstrar que o constituinte originário, em 1988, não acolheu sem razão o termo “afastar-se do serviço”, deixando de lado a expressão “excluído do serviço ativo”. Daí ser possível entender-se que não se trata de afastamento definitivo. Corrobora essa reflexão a interpretação sistemática da atual Carta Política, que, em outras passagens, não empresta ao afastamento o sentido de situação definitiva ou imutável

Mas não apenas essas formas de hermenêutica, relativas à evolução do direito e à análise de outras definições de afastamento de cargo público contidas na Constituição, conduzem à conclusão de que não se trata de imposição do licenciamento definitivo das fileiras das Forças Armadas, e das Forças Auxiliares, do militar com menos de dez anos de serviço.

É preciso recordar que a Constituição define a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, o qual se sustenta, dentre outros, pelo princípio democrático. Este princípio democrático, na definição de JOSÉ AFONSO DA SILVA⁶, prega um Estado constituidor de uma democracia representativa e participativa, pluralista e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais.

Ora, os direitos políticos, entre os quais se inclui a elegibilidade, vale ressaltar, são direitos universais, expressos nas declarações de direitos, de modo que são ínsitos ao princípio democrático, logo, se constituem em pilares do Estado Democrático de Direito.

Impende ressaltar, outrossim, que a interpretação das regras que venham a privar ou a restringir o exercício dos direitos políticos devem obedecer aos limites mais estreitos de sua expressão verbal, conforme ensina o JOSÉ AFONSO DA SILVA⁷:

“O princípio que prevalece é o da plenitude do gozo dos direitos políticos positivos, de votar e ser votado. A pertinência desses direitos ao indivíduo como vimos, é que o erige em cidadão. Sua privação ou a restrição do seu exercício configura exceção àquele princípio. Por conseguinte, a interpretação das normas constitucionais ou complementares relativas aos direitos políticos deve tender à maior compreensão do princípio, deve dirigir-se ao favorecimento do direito de votar e de ser votado, enquanto as regras de privação e restrição hão de entender-se nos limites mais estreitos de sua expressão verbal, segundo as boas regras de hermenêutica”.

Destarte, ao admitir que “afastar-se” quer dizer ser excluído, desligado, demitido, licenciado definitivamente das fileiras das Forças Armadas, o intérprete da lei talvez esteja inibindo a participação política do militar. Senão, vejamos: o militar com menos de dez anos, apenas por pretender participar da vida política do país, para se candidatar, ou seja, para exercer um de seus direitos políticos, deverá abrir mão de seu emprego, definitivamente.

Ora, diante da realidade mundial, na qual a cada dia se verifica um crescente desemprego, situação que é mais sentida por aqueles que vivem nos países em desenvolvimento, como o Brasil, não parece encorajador, para pessoas de discernimento razoável, abandonar uma carreira estável e planejada para se lançar candidato a cargo eletivo. Não obstante, é nessa situação que a interpretação atualmente majoritária lança o militar com menos de dez anos de serviço.

Não parece razoável que uma Constituição, cognominada Cidadã, tenha pretendido desencorajar a participação política de um segmento de seus cidadãos, por intermédio da ameaça de perda do emprego público.

Por essas razões é que se verifica possível e razoável um posicionamento no sentido de que o termo “afastar-se” não quer dizer “exclusão”. Mas, nessa hipótese, como ficaria a situação desse militar?

ROTH pugna que o militar ficaria em licença para tratar de interesse pessoal (LTIP), sem perceber remuneração, tal qual se dava no regime constitucional de 1969 com o militar com mais de cinco anos. Dessa forma o militar com menos de dez anos de serviço seria agregado, em LTIP, não percebendo remuneração.

Todavia, no caso dos militares das Forças Armadas, para a adoção dessa medida, seria necessário alterar o Estatuto dos Militares que, no artigo 69, ao regular essa licença prescreve que sua concessão é dada somente ao militar com mais de dez anos de serviço:

Art. 69. Licença para tratar de interesse particular é a autorização para o afastamento total do serviço, concedida ao militar, com mais de 10 (dez) anos de efetivo serviço, que a requeira com aquela finalidade.

Parágrafo único. A licença de que trata este artigo será sempre concedida com prejuízo da remuneração e da contagem de tempo de efetivo serviço, exceto quanto a este último, para fins de indicação para a quota compulsória.

PIACINI, por sua vez, defende que o militar seja considerado em destino, durante o período eleitoral, sugerindo, inclusive que seja alterado o artigo 7º do Estatuto dos Militares, a fim de que a referida norma legal para abarcar a hipótese do militar candidato à cargo eletivo. Nessa hipótese, o militar continuaria a perceber seus estímulos normalmente.

No entanto, é possível, sem que se faça alteração no Estatuto dos Militares, interpretar que o militar fique agregado, percebendo, inclusive, remuneração durante o período eleitoral. Para tanto, inicialmente, deve se dar à expressão constitucional “afastar-se do serviço” um sentido de afastamento em caráter temporário, em face das razões anteriormente aduzidas.

Uma vez fixado esse entendimento como constitucional, pode se fazer uma interpretação conforme à Constituição do artigo 82, XIV da Lei Nr 6.880/80, de forma a se tornar possível a agregação do militar com menos de dez anos de serviço, mantida a remuneração, porque se trata de afastamento outro que não a LTIP. Eis o citado artigo 82, XIV, da Lei Nr 6.880 / 80:

Art. 82. O militar será agregado quando for afastado temporariamente do serviço ativo por motivo de:

(...)

XIV - ter-se candidatado a cargo eletivo, desde que conte 5 (cinco) ou mais anos de serviço.

(...)

§ 4º A agregação de militar no caso do item XIV é contada a partir da data do registro como candidato até sua diplomação ou seu regresso à Força Armada a que pertence, se não houver sido eleito.

Destarte, a par da interpretação reinante, no sentido de que o militar com menos de dez anos de serviço, obrigatoriamente, há de afastar-se, em definitivo do serviço ativo, tem-se por perfeitamente cabível a interpretação no sentido de que o afastamento é temporário e, assim sendo, adotando-se uma nova interpretação do artigo 82, XIV, esse afastamento poderá vir a ser remunerado.

4. CONCLUSÃO

O texto da Constituição de 1988, apesar de seus avanços, especialmente quanto aos direitos e garantias constitucionais, do direcionando dado pelo constituinte originário rumo ao efetivo Estado Democrático de Direito, a ponto de ser designada “Constituição Cidadã”, por alguma razão, restringiu, aos militares, a participação política ao delimitar que aqueles com tempo de serviço inferior à dez anos, para se candidatar, devam se afastar definitivamente do serviço nas Forças Armadas ou nas Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares.

Atualmente, tanto o TSE quanto as Forças Armadas e as Forças Auxiliares tem considerado que o afastamento previsto no inciso I do § 8º de seu artigo 14 da Constituição como forma de licenciamento *ex officio* do militar, e não sem amparo no campo da hermenêutica, pois parece deveras que a redação do constituinte originário distingue, quanto à elegibilidade, o militar com mais de dez anos daquele que ainda não completou o decêndio de serviço da Força.

No entanto, tendo em vista o espírito que deve guiar um verdadeiro Estado Democrático, nos parece que seria louvável um esforço para uma nova interpretação do texto da Carta Política, com vistas à manutenção do militar com menos de dez anos de serviço nas fileiras das Forças Armadas ou das Forças Auxiliares, ainda que de forma não remunerada, conquanto tenhamos convicção na possibilidade de que esse militar que concorra a cargo eletivo possa permaneça percebendo sua remuneração.

Dessa forma, estar-se-ia consolidando a sociedade como um efetivo Estado Democrático, não limitando a um de seus segmentos a imprescindível e desejável participação política.

CLAUDIO ALVES DA SILVA – 1º Ten QCO/Dir
Assessor Jurídico do Comando Militar do Planalto

1 “Art. 42 Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

2. § 1º **Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)**

Eis o que dispõe o artigo 116 do Estatuto dos Militares:

Art. 116 A demissão a pedido será concedida mediante requerimento do interessado:

I - sem indenização aos cofres públicos, quando contar mais de 5 (cinco) anos de oficialato, ressalvado o disposto no § 1º deste artigo; e

II - com indenização das despesas feitas pela União, com a sua preparação e formação, quando contar menos de 5 (cinco) anos de oficialato.

§ 1º A demissão a pedido só será concedida mediante a indenização de todas as despesas correspondentes, acrescidas, se for o caso, das previstas no item II, quando o oficial tiver realizado qualquer curso ou estágio, no País ou no exterior, e não tenham decorrido os seguintes prazos:

a) 2 (dois) anos, para curso ou estágio de duração igual ou superior a 2 (dois) meses e inferior a 6 (seis) meses;

b) 3 (três) anos, para curso ou estágio de duração igual ou superior a 6 (seis) meses e igual ou inferior a 18 (dezoito) meses;

c) 5 (cinco) anos, para curso ou estágio de duração superior a 18 (dezoito) meses.

§ 2º O cálculo das indenizações a que se referem o item II e o parágrafo anterior será efetuado pelos respectivos Ministérios.

§ 3º O oficial demissionário, a pedido, ingressará na reserva, onde permanecerá sem direito a qualquer remuneração. O ingresso na reserva será no mesmo posto que tinha no serviço ativo e sua situação, inclusive promoções, será regulada pelo Regulamento do Corpo de Oficiais da Reserva da respectiva Força.

§ 4º O direito à demissão a pedido pode ser suspenso na vigência de estado de guerra, estado de emergência, estado de sítio ou em caso de mobilização.

3. PIACINI, Alaor. In “Militar Candidato a Cargo Eletivo” Revista Jurídica do Ministério da Defesa, Nr 5, edição de Mar 06, p. 115/118

4. Assim dispõe o art. 86 da Lei Nr 8112/90:

Art. 86. O servidor terá direito a licença, sem remuneração, durante o período que mediar entre a sua escolha em convenção partidária, como candidato a cargo eletivo, e a véspera do registro de sua candidatura perante a Justiça Eleitoral.

§ 1º O servidor candidato a cargo eletivo na localidade onde desempenha suas funções e que exerça cargo de direção, chefia, assessoramento, arrecadação ou fiscalização, dele será afastado, a partir do dia imediato ao do registro de sua candidatura perante a Justiça Eleitoral, até o décimo dia seguinte ao do pleito. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

§ 2º A partir do registro da candidatura e até o décimo dia seguinte ao da eleição, o servidor fará jus à licença, assegurados os vencimentos do cargo efetivo, somente pelo período de três meses. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

5 ROTH, Ronaldo João, no artigo “Elegibilidade do Militar e suas Restrições”, publicado no site Jus Militar em 07/07/2005 (www.jusmilitaris.com.br).

6 SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, 18ª ed., p, 126

7 Idem, p. 385