

DOUGLAS APOLINÁRIO DA SILVA¹

Provimento dos cargos efetivos e transitórios nas Forças Armadas

Projeto de pesquisa apresentado junto à Universidade Paulista como monografia de conclusão de curso de graduação em Direito.

SÃO PAULO
2006

¹ Advogado em São Paulo – Especialista em Direito do Trabalho.

*“Lei não muda mentalidade.
Lei, exclusivamente por si, não dá
eficiência à instituição.”*

*(Ministro Moreira Alves –
DJ. 07-03-85, p. 246A)*

“Lex non est textus sed contextus.”

(Brocardo latino)

S U M Á R I O

1 Introdução	01
2 Concurso Público	02
3 Agentes Temporários	06
4 Conseqüências Jurídicas da Admissão Irregular ao Serviço Público	09
5 Direito Militar	10
6 Serviço Militar	15
6.1 Serviço Militar Temporário	15
6.1.1 <i>Compulsório</i>	16
6.1.1.1 <i>Os Membros da Classe Convocada (Serviço Militar Inicial)</i> ..	18
6.1.1.2 <i>Convocados da Reserva para Exercícios</i>	20
6.1.2 <i>Voluntário</i>	22
6.1.2.1 <i>Incorporados para Antecipação do Serviço Militar Inicial</i>	22
6.1.2.2 <i>Continuação Voluntária</i>	23
6.1.2.3 <i>Possuidores de Reconhecida Competência</i>	24
6.2 Serviço Militar de Carreira	26
7 Licenciamento do Serviço Militar	31
7.1 Por Término do Tempo de Serviço ou Estágio	33
7.2 Por Conveniência do Serviço	38
7.3 A Bem da Disciplina	41
8 Concurso de Admissão ao Curso de Especialização de Soldados	42
8.1 Sugestão	42
9 Conclusão	50
BIBLIOGRAFIA	52

1. INTRODUÇÃO

Início esta exegese, por iguais razões, lembrando do dizer sempre expressivo do Ínclito Prof.º Miguel Reale: “*Não se pode, [...], estudar um assunto sem se ter dele uma noção preliminar.*”², ou seja, é necessário um conhecimento anterior, que sirva de esteio para o exaurimento de possíveis dúvidas entre as diferenças dos militares temporários e de carreira. Só depois, conseqüentemente, passaremos a expor a problemática que envolve o Concurso Público de Admissão ao Curso de Especialização de Soldados – CESD. Daí porque, pus-me a esclarecer conceitos e elementos necessários ao bom entendimento da matéria a ser exposta.

Procurei exprimir minhas convicções de maneira metódica, para que assim não restem dúvidas quando as diferenças entre os tipos de militares doravante expostos, pois, provavelmente, devido ao mau conhecimento da matéria, muitos aplicadores do Direito têm laborado de forma errônea e, até mesmo, esdrúxula, quanto à aplicação do ordenamento pátrio castrense.

Em epítome, conheceremos o que é Concurso Público; Agentes Temporários; Conseqüências da Admissão Irregular ao Serviço Público; Direito Militar; Serviço Militar e suas modalidades de prestação; e, por fim, o Concurso de Admissão ao Curso de Especialização de Soldados – CESD.

² Miguel Reale. *Lições Preliminares de Direito* – 26ª ed., 2002, Saraiva, pág. 1.

2. CONCURSO PÚBLICO

Diante da atual conjuntura mundial, que gerou em nosso país uma grande massa de desempregados, a abertura de novos postos de trabalho pelo Poder Público ganha extrema importância, o que se observa nas filas gigantescas formadas quando um novo Edital é publicado, independentemente da remuneração oferecida.

Nesse contexto, cumpre observar que as regras para a contratação de pessoas pela Administração Pública se revelam diametralmente opostas àquelas que incidem sobre a iniciativa privada, a qual não necessita cumprir maiores formalidades. Destarte, como se sabe, essas diferenças estruturais se devem aos diversos interesses que estão sendo representados, pois, enquanto o particular representa a si mesmo, o Poder Público representa a coletividade. Dessa forma, as regras de contratação pelo Poder Público devem submeter-se aos princípios constitucionais, os quais comandam toda a sua atividade, visando preservar o interesse público, única finalidade, aliás, a ser perseguida.

Assim, editado pela autoridade administrativa, o *ato administrativo* de convocação pública, entra em vigor, mas somente passa a ter eficácia relativamente aos administrados, no momento em que estes dele tomam *ciência*, mediante o denominado *processo de publicidade*. Trata-se, como nos *contratos*, da sua manifestação de vontade, tendo como finalidade adquirir mão-de-obra qualificada para o desempenho das funções inerentes ao cargo público.

Presume-se, aliás, que os atos administrativos, pela simples razão de emanarem de órgão do Estado, tragam em seu bojo a *presunção de legitimidade*. Logo, há, tanto no que diz respeito aos atos materiais quanto com referência aos atos jurídicos, uma presunção de que são legais, isto é, estão em conformidade com a lei³. Pois, a Administração Pública está obrigada a policiar, em relação ao mérito e à legalidade, os atos administrativos que pratica.

Dessa forma, o Edital deve ser claro e suficiente para que se conheça previamente os critérios de julgamento e as principais peculiaridades do serviço a ser executado.

Estatui o brocardo jurídico: “o *edital* é a *lei do concurso*”.

Reforçando o entendimento trazido até aqui, encontramos na Jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que “O *ato administrativo*, como de resto todo ato jurídico, tem na sua publicação o início de sua existência no mundo jurídico, irradiando, a partir de então, seus legais efeitos, produzindo, assim, direitos e deveres”. AROMS 15350/DF; 200201214348 - DJ, 08/09/2003 - Rel. Hamilton Carvalhido - STJ.

Em nosso Códex Civil, a proposta vincula o proponente (art. 427), ou seja, a promessa por parte do vendedor tornasse obrigatória ante o comprador, podendo este exigir o seu adimplemento. De igual forma, estabelece-se um vínculo entre a Administração e os candidatos, igualmente ao descrito na Lei de Licitações Públicas.

³ Celso Ribeiro Bastos. *Curso de Direito Administrativo* – São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, págs 51 e 52.

No âmbito militar a vinculação ao Edital está prevista no art. 23 do Decreto nº 57.654, de 20/01/1966 que regulamenta a Lei nº 4.375, de 17/08/1964 – **Lei do Serviço Militar**. Sendo, *atos de convocação*, qualquer meio utilizado pela Administração militar para divulgar as informações do certame, abrangendo editais, panfletos, cartazes, mídia ou qualquer outro meio de propagação a sociedade.

Art. 23. A duração do tempo de prestação de outras formas e fases do Serviço Militar será fixada nos atos que determinarem as convocações, aceitarem voluntários ou concederem as prorrogações de tempo de serviço, com base neste Regulamento ou em legislação especial.

A Constituição Federal, em seu art. 37, II, preconiza que o ingresso em carreiras públicas dar-se-á pela aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos na forma prevista *em lei*, encontrando a mesma diretriz em seu art. 39, § 3º, que trata dos servidores públicos, no qual mais uma vez se vê que só ela poderá estabelecer requisitos para a admissão. Não bastasse a clareza desses dispositivos, uma interpretação sistemática da Lei Maior revela que regra dessa natureza já foi estabelecida no art. 5º, XIII, o qual preconiza ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais fixadas *em lei*. As exigências contidas nos Editais, portanto, só serão consideradas legítimas se tiverem anterior previsão em lei regulamentadora da carreira.

“a justiça constitucional cumpre e assegura o ordenamento jurídico, na medida em que se aplicam a casos concretos, as normas constitucionais, esclarecendo o âmbito de aplicação de tais normas, se garantindo o cumprimento da lei fundamental, que prevalece sobre a norma ordinária, que, inclusive, vai se integrando ao Direito Constitucional”.⁴

Em outras palavras, Edital de concurso é ato infralegal, não se confundindo, por conseguinte, com a lei e não servindo de instrumento hábil para inovar no ordenamento jurídico, criando obrigações para os candidatos em concurso público. Pode-se, portanto, concluir que o estabelecimento de regras por um Edital sem que exista lei anterior regulamentando a matéria fere o princípio da separação entre os Poderes. Com efeito, estar-se-ia transferindo, de forma indevida, competências que a Constituição atribuiu ao Legislativo para os demais Poderes, o que não se admite.

De outra parte, existindo lei anterior disciplinando a carreira, é curial que se verifique em qual medida as exigências nela contidas revelam-se compatibilizadas com os princípios constitucionais pertinentes. Certo isto, pactuam-se, assim, as normas preexistentes entre os dois sujeitos da relação editalícia. De um lado, a Administração. De outro, os candidatos. Com isso, é permitido a qualquer candidato vindicar direito alusivo à quebra das condutas lineares, universais e imparciais adotadas no certame.

O comando expressa o procedimento posto à disposição da Administração Pública direta e indireta, de qualquer nível de governo, para a seleção do futuro agente público melhor qualificado, necessário à execução de serviços sob a sua responsabilidade. Não é um procedimento de simples habilitação, mas sim competitivo, onde vários candidatos disputam os cargos oferecidos⁵.

⁴ VERDÚ, Pablo Lucas. Problemática actual de la justicia constitucional y del examen de constitucionalidad de las leyes. *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político*. Salamanca: Universidade de Salamanca, 1957. p. 102.

⁵ Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo*, p. 120.

A investidura, que é a forma de vinculação do agente público ao cargo oferecido pela Administração⁶, só é lícita com a realização do concurso prévio, sendo defeso à contratação de agentes públicos sem obediência ao procedimento do certame, ressalvados os casos previstos no próprio texto constitucional. Ou seja, as exceções ao princípio somente existirão com expressa previsão na própria Constituição, sob pena de nulidade.

“- A aprovação prévia em concurso público de provas, ou de provas e títulos, configura requisito constitucional subordinante da própria validade e eficácia do ato de provimento em cargos públicos, razão pela qual a investidura funcional do servidor administrativo em caráter efetivo depende, essencialmente, da observância desse pressuposto insuprimível estabelecido pela Constituição. Precedentes do STF”. (STF, ADIMC 1203/PI, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, decisão: 16-2-1995, Em. de Jurisp., v. 1.787-02, p. 372, DJ 1, de 19-2-1995, p. 13992).

Com a Norma Constitucional Supra, estabeleceu o legislador constituinte (originário e posteriormente o derivado, via emenda 19) a ampla acessibilidade aos cargos, funções e empregos públicos aos brasileiros e estrangeiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, mediante concurso público de provas ou provas e títulos.

Quis a Lei Fundamental, com os princípios da acessibilidade e do concurso público, possibilitar a todos iguais condições e oportunidades de disputar cargos ou empregos na Administração direta, indireta e mesmo fundacional. Da mesma forma, buscou impedir tanto o ingresso sem concurso, ressalvado os casos nela previstos, quanto obstar a que o agente público habilitado por concurso para cargo ou emprego de determinada natureza viesse a exercer funções de outra diversa da qual fora habilitado, pois esta seria uma forma de fraudar a razão de ser do concurso público⁷.

Hely Lopes Meirelles, em sua imortal obra, vai mais longe, e assevera que, além de propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendem aos requisitos da lei, o concurso seria o meio que a Administração Pública possui para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público, “afastando-se os ineptos e apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando cargos e empregos públicos⁸”.

Assim, com o concurso público, a Administração deixa transparecer à sociedade que o acesso aos cargos por ela oferecidos se dará de forma honesta, ao mesmo tempo que seleciona, dentre uma universalidade, aqueles mais capacitados para as funções.

Outra não poderia ser o enfoque. Se a população é quem paga, indiretamente, mediante impostos, os salários do funcionalismo, nada mais justo do que oferecer a todos, de forma igualitária e justa, acessibilidade aos empregos públicos. O concurso, se não impede toda e qualquer tipo de fraude no acesso a esses empregos, ao menos dificulta sua incidência, ao mesmo tempo em que ajuda o administrador na obtenção de mão-de-obra qualificada à função.

⁶ Frise-se que o concurso público só pode ser aberto quando existir cargo vago.

⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, pp. 256 e 257.

⁸ *Direito Administrativo Brasileiro*, pp. 403 e 404.

O direito, sem dúvida tem sua dinâmica lastreada nas relações jurídicas travadas entre as pessoas. E, por isso mesmo, não seria crível que tais relações pudessem desenvolver-se sem nenhuma regra superior, ao talante único de uma pessoa ou do próprio Estado⁹. O Constituinte impediu o Administrador, salvo se permitido por lei, impor qualquer obrigação ou dever aos administrados. Do mesmo modo, nenhuma lesão ou ameaça de lesão, ainda que perpetrada pela administração, está a salvo de apreciação judicial. Ou seja, o ato praticado por agente incompetente ou com finalidade diversa da estatuída em lei constitui ato incapaz de produzir efeitos válidos, sendo passível de revogação pela própria Administração, ou anulação pelo Judiciário.

Assim, é reconhecido à Administração o poder de rever os seus atos, trata-se do *princípio da autotutela* ou *poder de autotutela*. Trata-se da aplicação da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal:

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Na lição do Excelso Hely Lopes Meirelles:

“A Administração Pública, como instituição destinada a realizar o direito e a propiciar o bem-comum, não pode agir fora das normas jurídicas e da moral administrativa, nem relegar os fins sociais a que sua ação se dirige. Se, por erro, culpa, dolo ou interesse escuso de seus agentes, a atividade do Poder Público se desgarrar da lei, se divorcia da moral, ou se desvia do bem-comum, é dever da Administração invalidar, espontaneamente ou mediante provocação, o próprio ato, contrário à sua finalidade, por inoportuno, inconveniente, imoral ou ilegal. Se o não fizer a tempo, poderá o interessado recorrer às vias judiciárias”.

Não resta a menor dúvida de que esse poder de agir, que lhes confere a lei, se constituirá em mais um exercício de cidadania, muitas vezes jugulado por administradores insensíveis aos reclamos da sociedade. A faculdade de proceder à revogação ou ao dever de anular seus próprios atos, porém, não deve conduzir a abusos.

Oportuno registrar que qualquer atitude tomada pelo Poder Público durante o transcorrer dos concursos, que venha atingir direitos dos candidatos, deverá vir acompanhada das razões as quais lhe deram origem sob pena de inconstitucionalidade, não sendo outra a orientação contida na Súmula n. 684 do STF¹⁰. Sendo assim, ao contrário do que se poderia imaginar, o candidato, em relação ao preenchimento de vagas em carreiras públicas, não está à mercê dos desmandos praticados pelo Administrador, encontrando, nos princípios constitucionais, resguardo para as suas aspirações, trata-se do *princípio da segurança jurídica*.

“O ato administrativo conta com a retratabilidade que poderá ser exercida enquanto dito ato não gerar direitos a outrem; ocorrendo lesão a existência de direitos, tais atos são atingidos pela preclusão

⁹ Toshio Mukai. ob.cit. p. 388.

¹⁰ Enunciado da Súmula 684 STF: *É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público.*

administrativa, tornando-se irretratáveis por parte da própria Administração. É que exercitando o poder de revisão de seus atos, a Administração tem que se ater aos limites assinalados na lei, sob pena de ferir direito líquido e certo do particular, o que configura ilegalidade ou abuso de poder". (STJ, RSTJ, 17:195).

Conforme a doutrina da proibição de ir contra atos próprios, calcada na máxima latina *venire contra factum proprium*, onde, concomitante ao princípio da moralidade administrativa, visa manter as obrigações contraídas pelo sujeito de direito nas suas relações jurídicas subsequentes. Baseia-se no fato de que seria um despautério alguém firmar compromisso com terceiros que lhe depositaram confiança, manifestando, mais tarde, conduta contrária àquela que havia apresentado inicialmente, sem demonstrar qualquer justificativa palpável para o comportamento contraditório.

O *venire* parte da idéia de que as partes, em decorrência da confiança que permeia a relação jurídica, devem agir de maneira coerente, seguindo a sua linha de conduta, e, portanto, não podem contrariar repentinamente tal conduta, por meio de um ato posterior. Exatamente por isso a Administração não pode contrariar a sua própria atitude. A proibição *venire contra factum proprium* é utilizada para obrigar a Caixa Econômica Federal a respeitar os contratos de financiamento de compra de apartamentos, divulgados em campanha publicitária, embora neles não constassem cláusulas referindo-se às promessas enunciadas nos cartazes de propaganda. Procura-se, assim, restringir atos de inopino, contraditórios entre si, em nome da previsibilidade das decisões administrativas.

A conclusão a que chegam as maiores autoridades no assunto é unânime: as decisões das autoridades administrativas, traduzidas em atos, não têm efeito retroativo, ou seja, os *atos administrativos não são retroativos*, a não ser que lei expressa o autorize. A atuação administrativa desconforme, ou contrária aos princípios enunciados, carreta ao ato invalidade dos efeitos almejados pelo agente ou pela Administração.

3. AGENTES TEMPORÁRIOS

Nossa Corte Suprema, em inúmeras oportunidades, deliberou sempre no sentido de que o concurso público somente poderia ser dispensado para o preenchimento de cargos de natureza especial.

O concurso público é, portanto, obrigatório na Administração direta e indireta das três esferas de governo, a federal, a estadual e a municipal, e no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. De acordo com o inciso II do art. 37 da Constituição Federal de 1.988, a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Notemos que uma exceção está prevista no inciso IX do mesmo artigo, para a contratação dos temporários: a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Portanto, são três os requisitos básicos para utilização dessa exceção, sendo a única saída para escapar da obrigatoriedade do concurso público, sob pena de flagrante inconstitucionalidade: 1) excepcional interesse público; 2) temporariedade da contratação; e 3) hipóteses expressamente previstas em lei.

Observe, porém, que haverá flagrante desvio inconstitucional dessa exceção se a contratação temporária tiver como finalidade o atendimento de necessidade permanente da Administração Pública.

"Ementa: SERVIDOR CONTRATADO POR PRAZO DETERMINADO. PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS DA CONTRATAÇÃO. EFEITOS NÃO RETROATIVOS DA DECRETAÇÃO DE NULIDADE. INCONSISTÊNCIA DO ENUNCIADO 363 DA SÚMULA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO.

- Se a necessidade de contratar da Administração não é temporária, nem resulta de circunstâncias especiais, mas é permanente e resulta da necessidade rotineira do serviço, o que é evidenciado pelas sucessivas prorrogações de contratações que deveriam ser temporárias, é inafastável a exigência constitucional de concurso público. Desrespeitada a exigência, deve ser cominada a nulidade prevista no art. 37, § 2º, da Constituição. O enunciado 363 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, segundo o qual o contrato nulo, por inexistência de prévia aprovação em concurso público, confere direito apenas ao pagamento dos dias efetivamente trabalhados, ou seja, ao salário, excluídas todas as demais parcelas remuneratórias, consubstancia entendimento incompatível com o princípio constitucional da moralidade administrativa (art. 37, "caput", da Constituição), que veicula o dever de boa-fé da Administração Pública e com o princípio constitucional da valorização do trabalho humano (art. 1º, IV, 170, "caput", e 193, da Constituição). A nulidade estabelecida no art. 37, § 2º, da Constituição para a desobediência da exigência de concurso tem por objetivo inibir tal prática ilícita. No entanto, o enunciado 363 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho acaba por incentivá-la, revelando-se como verdadeiro "tiro que saiu pela culatra" (Apelação cível nº 000.261.310-7/00 - Comarca de Mesquita/MG - Rel. Exm.^a Sr.^a Des.^a Maria Elza, j. 16-05-2002, DJ, 02.08.2002).

Assim, impossível a contratação temporária por tempo determinado – ou de suas sucessivas renovações – para atender necessidade permanente, em face do evidente desrespeito ao preceito constitucional que consagra a obrigatoriedade do concurso público¹¹; excepcionalmente, admite-se essa contratação, em face da urgência da hipótese e da imediata abertura de concurso público para preenchimento dos cargos efetivos.

Mas, apesar da existência de todas essas normas, o que deveria ser apenas exceção hoje é regra, porque os administradores federais, estaduais e municipais costumam

¹¹ BASTOS, Celso; GANDRA, Ives. *Comentários... op. cit.* p. 103; FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Comentários... Op. cit.* p. 162.

inchar os quadros do funcionalismo através de contratações temporárias de acordo com as suas conveniências, e os contratados se vão eternizando através de sucessivas prorrogações.

Por exemplo, o § 1º do art. 10 da Lei nº 6.880/80 – Estatuto dos Militares – prevê o ingresso de temporários nos quadros da reserva, contudo, a maior parte das funções exercidas, são de necessidades permanentes de caráter não militar. Oportuno exaltar que esta é a única forma de ingresso voluntário (temporário) autorizado àqueles não pertencentes à classe convocada ou a ser. Diz o artigo:

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.

§ 1º - Quando houver conveniência para o serviço de qualquer das Forças Armadas, o brasileiro possuidor de reconhecida competência técnico-profissional ou de notória cultura científica poderá, mediante sua aquiescência e proposta do Ministro da Força interessada, ser incluído nos Quadros ou Corpos da Reserva e convocado para o serviço na ativa em caráter transitório.

Na seara castrense, não diferente dos outros órgãos públicos, o que é temporário, muitas vezes, se torna definitivo. Isso, para o arripio da nossa Carta Republicana.

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICENCIAMENTO DE MILITAR TEMPORÁRIO EFETIVADO ÀS VÉSPERAS DA AQUISIÇÃO DO DIREITO À ESTABILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE FRAUDE À LEI. I - Se a lei confere estabilidade ao militar temporário, com dez ou mais anos de tempo efetivo de serviço, o seu licenciamento injustificado, dias antes do decênio, constitui medida obstativa, do qual se infere fraude à lei, assim considerada a prática conjugada de atos lícitos (atos destinados ao licenciamento anterior aos dez anos), com um objetivo ilícito (obstar a estabilidade decenal), porquanto se atende, com o ato inquinado, ao texto legal, mas se desatende à finalidade da lei.

II - Recurso provido.

A verdade é que a Constituição Federal, ao mesmo tempo em que estabeleceu a regra do concurso público e permitiu a exceção da contratação dos temporários, previu também sanções para o descumprimento das normas pertinentes à exigência do concurso público, nos §§ 2º e 4º do mesmo art. 37, como a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, e tratou dos atos de *improbidade administrativa*, que poderão resultar na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível. No entanto, essas normas, que prevêm a punição da autoridade responsável pela contratação irregular, são *normas de eficácia contida*, isto é, dependem, para sua aplicação, da existência de norma

infraconstitucional que defina, ou tipifique, a conduta ilícita, e estabeleça a sanção aplicável, o que somente ocorreu com a edição da Lei nº 8.429¹², de 02.06.92.

Inobstante isso, o princípio constitucional de exigência do concurso público continua sendo desrespeitado. O Ex-Presidente FHC, v.g., através da Medida Provisória nº 2.006, de 14.12.99, autorizou a contratação de temporários pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Transcrevemos a seguir o Informativo do STF referente à concessão de liminar em Ação Direta contra essa MP:

*"Deferido pedido de liminar em ação direta ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores, para suspender, até decisão final, a eficácia do art. 2º da MP 2.014/2000, que autoriza o Instituto Nacional de Propriedade Industrial a efetuar contratação temporária de servidores, por doze meses, nos termos do art. 37, IX da CF (CF, art. 37... IX: "a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;"). O Tribunal, à primeira vista, entendeu haver relevância na tese sustentada pelo autor, em que se alegava inconstitucionalidade por ofensa à **obrigatoriedade de concurso público para a investidura em cargo ou emprego público** (CF, art. 37, II), **por se tratar de contratação por tempo determinado para atender necessidade permanente** - atividades relativas à implementação, ao acompanhamento e à avaliação de atividades, projetos e programas na área de competência do INPI -, não se enquadrando na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da CF. (ADInMC 2.125-DF, rel. Min. Maurício Corrêa, 6.4.2000)."*

De modo geral, em relação aos atos de nomeação dos temporários, sejam eles federais, estaduais ou municipais, caberia a propositura de ação civil pública, para a anulação dos atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa.

O respeito aos princípios constitucionais republicanos, em especial aos da igualdade, da moralidade e da impessoalidade, torna imprescindível o concurso público, para que as vagas de necessidade permanente sejam preenchidas pelos mais capazes, mas é preciso que os próprios governantes comecem a dar o exemplo, e decidam respeitar as normas constitucionais.

4. CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS DA ADMISSÃO IRREGULAR AO SERVIÇO PÚBLICO

Chegados a este ponto, cabe-nos indicar as conseqüências jurídicas da admissão irregular ao serviço público.

¹² Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

A própria Constituição Federal já prescreve, de maneira taxativa, o resultado desse procedimento anômalo. Segundo o texto constitucional (art. 37, § 2º), a não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

Assim sendo, as conseqüências da admissão irregular de agentes públicos, com infringência do artigo 37, II e III, da Constituição, se centram em dois pólos: *nulidade do ato e punição da autoridade responsável*.

Tocante ao primeiro deles, cabe observar que, sendo o ato nulo, nenhum efeito ocasionará. E a nulidade, no caso, tem sede constitucional, o que representa um dado fundamental para análise da questão. A violação ao preceito maior fulmina de nulidade o ato, impedindo-o de gerar efeitos.

A jurisprudência tendente a determinar a nulidade dos atos irregulares de admissão de pessoal é copiosa, avolumando-se dia a dia. E não poderia ser diferente. Tratando-se de questão eminentemente de ordem pública, reconhece-se até que tem prevalência sobre certos aspectos de ordem individual.

Lembramos, ainda, que a Constituição autoriza, expressamente, outras formas de *provimento derivado*, tais como, a reintegração, a recondução e a derivação vertical, a primeira quando invalidada por sentença judicial a demissão de agente público estável; a segunda quando, na mesma ocasião, o eventual ocupante daquela vaga tiver de ser reconduzido ao cargo de origem; e, a terceira é a forma pela qual o agente público passa para cargo de maior responsabilidade dentro da carreira a que pertence. Nenhuma outra forma de provimento derivado é permitida!

5. DIREITO MILITAR

Até antes da Emenda Constitucional nº 18/98, sempre foram considerados servidores militares, antes tratados no art. 42, foram deslocados para o art. 142 da Norma Ápice. Neste artigo, foi acrescentado o § 3º que trata de todo disciplinamento da carreira, na condição de militar das Forças Armadas. Suprimiu-se, também, o aludido dispositivo, o termo *servidor*. Formalmente, deixaram de ser conceituados como servidores militares.

O Legislador Constituinte Derivado, quando estendeu, através da Emenda Constitucional nº 19/98, direitos trabalhistas aos Servidores Públicos (art. 39, § 3º), foi cuidadoso. Diversamente disso, a mudança trazida pela Emenda Constitucional nº 18/98, no art. 142, VIII, que, também, anteriormente àquela, estendeu aos militares alguns direitos sociais dos trabalhadores previstos no art. 7º, somado a isso, mais algumas limitações salariais impostas aos Agentes Públicos Civis, previstas no art. 37, XI, XIII, XIV e XV.

Analisando o referido inciso, verificamos que em sua segunda parte, que cuida das limitações salariais, numa interpretação isolada, levar-nos-ia ao equívoco, pois acredito que o Legislador Derivado pretendia, como fez, ampliar alguns direitos sociais dos trabalhadores, como aconteceu com os servidores públicos, assim como, também, limitar os subsídios percebidos pelos militares. Portanto, seria um erro considerar o inciso VIII do art. 142 *numerus clausus*, ou seja, aos militares, somente os incisos do art. 37 citados teriam aplicabilidade. Seria dizer que eles não precisam se pautar pelos princípios da

Administração Pública, ou que nem componentes desta seriam. Isso soa absurdo, por isso ao analisarmos o inciso em epígrafe, devemos buscar o valor teleológico pretendido pelo poder reformador.

Temos a obrigação, portanto, *a priori*, de ter em mente que a Constituição Federal é um sistema de valores, e como sistema, exige uma aplicação de forma concatenada, ou seja, *pari passo* com as outras normas elencadas em seu texto, afinal: *lex non est textus sed contextus*. Portanto, para desenvolvermos o tema é necessário uma leitura axiológica e sistemática do universo constitucional. Tecendo críticas ao sistema jurídico abstrato e formalista, bem como o paradigma do direito imbuído de ideologia patriarcal e androcêntrica, vejo claramente a necessidade de reconstruir um novo paradigma, fundado na igualdade das relações entre as pessoas, lembrando que o valor supremo de todos os sistemas de Direito é a dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, verificamos que os militares formam uma categoria diferenciada de agentes públicos que têm por base a hierarquia e a disciplina, no que diferem dos servidores civis. A estrutura do serviço militar consiste em *patentes* (para os oficiais) e *graduação* (para os praças). Contudo, mesmo sendo diferentes, norteiam-se pelos mesmos princípios elencados na Carta de Outubro, pois integram à Administração Pública Direta. Consoante a isso, sua atuação será sempre pautada pelos princípios administrativos, bem como, os direitos e garantias fundamentais que se aplicam integralmente aos seus agentes. Afinal, o rigor da disciplina militar não pode servir de escusa para afastar a efetiva observância dos preceitos constitucionais. Os militares existem numa democracia para proteger o país e as liberdades do seu povo. A sua lealdade manifesta-se em relação aos maiores ideais do país, ao Estado de Direito e ao princípio da própria democracia.

Diógenes Gasparini¹³, citando Motta Maia (*Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 68, p. 462), antes da mencionada EC n. 18/98, afirmava que “São servidores militares todas as pessoas quem em caráter permanente ou transitório, prestavam serviço militar, no plano da administração da União e dos Estados”. Visto isso, o autor assevera que “calçados nessa definição podemos dizer que os agentes militares são todas as pessoas que, permanentemente ou temporariamente, desempenham atividade militar no âmbito federal ou estadual, percebendo per esse desempenho um subsídio”.

Para esta categoria de agentes públicos deve ser adotado o mesmo sistema de subsídio defendido para os *agentes de carreiras especiais*¹⁴. Porque, todos são organizados em carreiras, estabelecidas em leis próprias e específicas. O ingresso na Carreira¹⁵ dá-se mediante prévia aprovação em concurso público por determinação Constitucional e regulamentos e em leis infraconstitucionais. Todos, em tese, têm direito à aposentadoria depois de certa idade e tempo de contribuição para a previdência. Todos têm direito à estabilidade ou vitaliciedade no serviço, preenchidas as condições legais e regulamentares para a conquista do benefício.

Com a edição da Emenda Constitucional nº 23 de 02/09/1999, foi criado o Ministério da Defesa. E, os antigos Ministros Militares passaram a ser considerados

¹³ Direito Administrativo. *Ob.cit.* p. 225.

¹⁴ São os da magistratura, inclusive os Ministros do STF; os do Ministério Público Federal e Estadual; os Procuradores dos Estados; os Procuradores dos Municípios, se organizados em Carreira; os Advogados da União; os Defensores Públicos; os Ministros e Conselheiros dos Tribunais de Contas e os Delegados de Polícia Federais e Estaduais.

¹⁵ Aqui falamos apenas dos Militares de Carreira.

Comandantes¹⁶, com *status* constitucional de Ministros de Estado, sendo nomeados pelo Presidente da República (CF, art. 84, XIII), ao qual compete a iniciativa de lei para a fixação ou modificação dos efetivos das Forças Armadas (CF, art. 61, § 1º, I) e para as leis que disponham sobre militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria (CF, art. 61, § 1º, II, f). Portanto, houve a mudança tácita dos artigos de várias normas militares, logo, onde se lê Ministros, entenda-se: *Comandantes*.

Tomando-se a lei *strictu sensu*¹⁷, a primeira e principal lei militar no Brasil é a Constituição da República, seguida pelas seguintes leis: Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de Outubro de 1969), Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de Outubro de 1969), Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880, de 09 de Dezembro de 1980), Lei do Serviço Militar (Lei 4.375 de 17/08/1964) e as diversas leis que versam sobre direitos e vantagens dos agentes públicos militares.

Considerando-se a lei *lato sensu*¹⁸, há um sem número de normas (mormente administrativas) que exteriorizam o direito militar, a exemplo dos regulamentos disciplinares das forças militares, de atos normativos reguladores do funcionamento do aparato burocrático militar, etc.

Os regulamentos¹⁹ são abstratos e gerais, logo também a própria Administração fica sujeita ao seu conteúdo e vínculo não podendo derogá-lo em caso próprio ou concreto e não se pode autodesvincular dele. Esta idéia tem haver com a imparcialidade, isto é, a Administração não pode privilegiar ninguém, ou seja, não pode afastar a aplicação de determinado regulamento a determinado individuo ou situação.

Prevê o *Estatuto dos Militares*:

Art. 7º 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.

As normas constitucionais federais prevalecem sobre todas as categorias de normas infraconstitucionais vigentes no país, pois é do texto supremo que retiram a sua validade. Por iguais razões, os regulamentos ou decretos não podem ultrapassar os limites postos pela norma legal que especificam ou cuja execução se destinam. Em outras palavras, o ato inferior guarda hierarquia com o ato superior e todos com a Constituição, sob pena de ser ilegal e inconstitucional, chamada de *relação de compatibilidade vertical*. Portanto, aquilo que estiver em conflito com o disposto na lei originária não tem validade, e é suscetível de impugnação por quem se sinta lesado.

Pois, onde se estabelecem, alteram, ou extinguem direito, não há regulamentos – há *abuso de poder regulamentar*, a invasão da competência do poder legislativo.

¹⁶ Art. 20, Lei Complementar nº 97 de 9 de junho de 1999.

¹⁷ Lei que tenha obedecido ao processo legislativo, sendo promulgada e sancionada ou editada por processo equivalente na hierarquia das normas.

¹⁸ Norma que prescinde do processo legislativo, sendo editada de modo unilateral por autoridade administrativa.

¹⁹ São as normas jurídicas de caráter geral, editada pela autoridade administrativa, em matéria de sua competência, conferida pela lei *strictu sensu*, com o objetivo de facilitar-lhe a aplicação.

No que tange Direitos e Prerrogativas dos Militares, reza a Lei Maior:

Art. 142. [...]

§ 3º [...]

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 cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.

O inciso em epígrafe trata-se de uma norma de eficácia limitada, destarte, podemos dizer que o Estatuto dos Militares e a Lei do Serviço Militar foram recepcionadas por este, servindo-o como esteio para suas eficácias, pois estas leis versam, justamente, sobre direitos, prerrogativas, inatividade, deveres, remuneração, deveres, ingresso e outras situações especiais dos militares.

Ao abrigo do artigo supra, é necessário frisar que o serviço militar é formado por quadros de postos e graduações, servindo, os mesmos, tanto para o pessoal temporário, quanto para o pessoal de carreira. Nas palavras atribuídas ao Egrégio Juiz Federal substituto Peter de Paula Pires da 23ª Vara Federal da 2ª Região, em sentença:

"A distinção é importante na medida em que os militares de carreira - cuja admissão não tem nexó necessário com o Serviço Militar Obrigatório, porquanto inclusive facultada a civis e implementada por meio de concurso público, tal como ocorre no presente caso - têm efetividade e legítima expectativa de estabilidade, o que se coaduna inclusive com a profissionalização inerente às características de permanência e regularidade atribuídas às forças armadas pelo caput da Constituição da República".

"O fato de militares de carreira e temporários eventualmente integrarem um mesmo quadro decorre do fato de que a hierarquia é pautada no posto ou graduação ocupado, o que independe de forma de ingresso e da situação individual acerca da natureza do vínculo, efetivo ou temporário, existente entre o militar e a respectiva força. É certo, por outro lado, que possível ausência de técnica na elaboração de quadros em que se mesclam militares em situações diversas não pode ser imputada a seus integrantes".

Existem duas formas de vinculação do Agente Público Militar ao cargo ou a função militar – sua forma de *investidura* ou *provimento* – Pode ser mediante *convocação obrigatória* ou *concurso público*.

A forma de ingresso através de convocação obrigatória tem sua sede no texto constitucional no art. 143, trata-se, claramente, de uma exceção a regra do concurso público previsto no art. 37, II. Portanto, a exceção ao concurso público está necessariamente atrelada a compulsoriedade que trata o referido artigo.

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

[...]

"Ementa: PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. MILITAR TEMPORÁRIO. ESTABILIDADE APÓS DEZ ANOS DE SERVIÇO PRESTADO NO SERVIÇO MILITAR. ALEGADA LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. INTERPRETAÇÕES CONTROVERTIDAS. SÚMULA 343 DO STF.

1. Na legislação específica dos militares, além do ingresso por meio de concurso público, para a carreira militar, há o recrutamento obrigatório, através de convocação para o serviço obrigatório, conforme expressamente previsto pela própria Constituição Federal (art. 143). Desta forma, a eventual permanência do militar temporário no serviço militar, que não prestou concurso público, não ofende ao art. 37, II, da CF, relativamente à necessidade de concurso público, porque, se assim se entendesse, estar-se-ia afirmando que a forma de ingresso via recrutamento é inconstitucional, o que, em hipótese alguma, pode ser admitido.

2. Restringindo-se a presente ação rescisória a alegada ofensa à Lei 6.391/76, art. 3º, inc. II; Lei 6.880/80, art. 50, inciso IV, alínea "a"; Decreto nº 90.600/84, art. 14, e Lei 7.150/83, arts. 2º, § 2º, "b", 3º, inc. II e IV, incide, na espécie, a súmula nº 343 do STF.

3. Não pode prosperar a ação rescisória, interposta com base no artigo 485, inciso V, do CPC, quando a interpretação da lei à época em que foi proferido o acórdão rescindendo, era controvertida nos Tribunais. (Ação Rescisória nº 97.04.34220-9/RS - Rel. Juíza Luiza Dias Cassales, j. 10-11-99, DJ2-E, nº 02.02.2000, p.6).

O militar incorporado para prestação do serviço obrigatório é temporário. Desse modo, não têm direito à vitaliciedade ou à estabilidade, garantias estas tidas pelos militares de carreira incorporados mediante aprovação em concurso público.

Devido o caráter permanente das instituições militares, seus cargos não podem ser objeto de extinção – como ocorre com os servidores públicos – para contenção de despesas (art. 41 e 213 CF). Disso surge outra exceção: da prorrogação dos serviços temporários, pois deriva da necessidade de serem mantidos efetivos prontos. Contudo, não permanecem *ad eternum*, devem ser licenciados antes dos 10 (dez) anos de efetivo serviço, pois, como já dito, são temporários. Trata-se de uma exceção ligada aos serviços estritamente militares.

Como temos dito e repetido, que são três os requisitos a serem preenchidos para utilização da exceção a regra do concurso público: 1) excepcional interesse público; 2) temporariedade da contratação e 3) hipóteses expressamente previstas em lei. No caso em epigrafe a exceção vem prevista no próprio texto constitucional (art.143).

Exemplificando:

Numa calamidade pública na região amazônica, faz-se necessária à contratação de médicos voluntários em caráter temporário, estes são incorporados como militares, sem

concurso público, finda calamidade, são deslocados para outras regiões para trabalhar em Hospitais militares, atendendo consultas e outros casos.

Um Químico voluntário é incorporado como militar, sem concurso público, para confeccionar determinado laudo sobre certo material de uso exclusivo às Forças Armadas, feito este, permanece na ativa fazendo vários outros laudos de muitos outros tipos de materiais.

Nos dois casos há, de início, um excepcional interesse público e a temporariedade do serviço, hipóteses previstas no texto constitucional como exceções a regra do concurso público, vistas no art. 37, IX; porém, finda necessidade originária, não há justificativa legal para a manutenção destes militares. Por outro lado, sendo a convocação obrigatória poderão servir pelos prazos que veremos mais adiante, afinal estaremos diante da terceira exceção ao concurso público. Notem: que a prorrogação além do tempo necessário para a solução do fato que originou a incorporação, tratar-se-á de necessidade permanente. Se o ingresso foi voluntário e ocorreu via concurso público, teremos, portanto, um militar de carreira.

É necessário deixar claro que a desnecessidade do Concurso Público está diretamente ligada à obrigatoriedade do serviço, ou, ao excepcional interesse público, e a temporariedade do serviço em seu provimento originário obrigatório. Podemos então concluir que aos militares podem ocorrer situações de existirem dois provimentos originários: o primeiro em sua forma obrigatória, e, o segundo, no caso deste militar prestar concurso público para ingresso na carreira, teremos outro provimento originário, do mesmo agente público, sendo este, segundo, para a carreira.

6. SERVIÇO MILITAR

A partir deste ponto, já adquirimos o conhecimento e necessário para passarmos a estudar a classificação dos Militares da Ativa, segundo o Estatuto dos Militares. São classificados em: *Temporários* e de *Carreira*; o primeiro divide-se em *compulsório* e *voluntário* e, o segundo, é composto *apenas por voluntários*. Em ambos – temporários ou de carreira –, como vimos, seus integrantes podem ser *oficiais* ou *praças*.

6.1. Serviço Militar temporário

Os temporários não necessitam de concurso público. Sua permanência *ad eternum* é totalmente errada, pois o que é temporário é passageiro, transitório, breve; logo, não se prolonga no tempo indeterminadamente.

Terminado o tempo obrigatório ou, caso voluntário, antes dos dez anos, a Administração deve licenciar o militar temporário por término do tempo de serviço. Pois, para preenchimento dos cargos de caráter efetivo, ou seja, de carreira, há a imposição constitucional do prévio concurso público, mesmo no âmbito castrense.

As prorrogações, portanto, do serviço do agente militar temporário não ofende o art. 37, II da Constituição Federal, claro, respeitado o prazo máximo de permanência no

serviço ativo. Haja vista, o caráter de permanente das instituições militares, surge à necessidade de serem mantidos efetivos prontos para a defesa da pátria; garantia dos poderes constitucionais; da lei; da ordem e, também, possíveis participações em operações de paz noutros países. Se, porém, por inação ou na tentativa de apaniguar o militar temporário, a Administração, mantém-no em caráter definitivo, ultrapassando o limite dos 10 (dez) anos de serviço ativo, fere, sim, o artigo em epígrafe.

O Serviço Militar temporário subdivide-se em: *compulsório* e *voluntário*, que passaremos a ver.

6.1.1. Compulsório

Nesta forma de prestação do serviço Militar há a divisão entre os *membros da classe convocada* e os *da reserva convocados para exercícios*.

Vejamos, primeiramente, o que nosso ordenamento diz sobre a obrigatoriedade do serviço militar:

Constituição Federal:

Art. 5º [...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Desse modo, o vetor da legalidade condiciona toda e qualquer conduta da Administração Pública, que não poderá impor ao particular o dever de fazer ou não fazer algo sem que exista lei autorizando, constitui o suporte do Estado Democrático de Direito. Lembra Hely Lopes Meirelles que a “eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei”.

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

[...]

No Brasil, o serviço militar é, nos termos da lei, obrigatório porque se trata de dever oneroso e imperioso, sendo que ninguém poderá deixar de prestá-lo, injustificadamente. É uma obrigação personalíssima que tem o intuito de compelir, mesmo contra a vontade, o alistamento no serviço militar, sendo a dispensa da prestação totalmente vinculada à discricionariedade da Administração Militar, pelos prazos previstos em lei. Nem a condição religiosa ou a condição social minoritária desautorizam tal obrigação infungível. E se alguém invocar *escusa de consciência*²⁰ para não cumprir a exigência, está sujeito à perda dos direitos políticos (art. 15, IV - CF), ou seja, deixará de ser cidadão²¹. Caso não queira, também, prestar serviço alternativo, diverso do militar (art. 5º, VIII - CF).

A *prestação alternativa*²² está regulada pela Lei nº 8.239, de 4 de outubro de 1991. Entende-se por Serviço Alternativo o exercício de atividades de caráter

²⁰ É o nome que se dá ao pedido de desculpas pelo não cumprimento de uma obrigação legal por se ter uma crença, religião ou filosofia.

²¹ Considera-se cidadão o indivíduo apto a votar e a ser votado.

²² Não havia previsão no direito anterior.

administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, em substituição às atividades de caráter essencialmente militar.

Estatuto dos Militares:

Art. 12. A convocação em tempo de paz é regulada pela legislação que trata do serviço militar.

[...]

Art. 13. A mobilização é regulada em legislação específica.

[...]

Reparem que existe uma inter-relação das principais leis que tratam do serviço militar obrigatório, haja vista que estas foram recepcionadas pela Norma Ápice. Assim, não é preciso muito esforço para perceber a compulsoriedade do Serviço Militar Inicial. Segundo a interpretação autêntica da ***Lei do Serviço Militar***, é considerado *refratário* ou *insubmisso*:

Art. 24. O brasileiro que não se apresentar para a seleção durante a época de seleção do contingente de sua classe ou que, tendo-o feito, se ausentar sem ter completado, será considerado refratário.

Art. 25. O convocado selecionado e designado para incorporação ou matrícula que não se apresentar à Organização Militar que lhe for designada, dentro do prazo marcado ou que, tendo-o feito, se ausentar antes do ato oficial de incorporação ou matrícula, será declarado insubmisso.

Assim, como toda regra de conduta, a não observância do estatuído acarreta uma sanção.

Art. 26. Aos refratários e insubmissos serão aplicadas as sanções previstas nesta Lei, sem prejuízo do que, sobre os últimos, estabelece o Código Penal Militar.

Vamos conhecer as sanções previstas pelo não cumprimento das obrigações militares inscritas na LSM e no CPM.

Lei do Serviço Militar:

Art. 46. Incorrerá na multa mínima quem:

- a) não se apresentar nos prazos previstos no art. 13 e seu parágrafo único;
- b) for considerado refratário;

[...]

Art. 74. Nenhum brasileiro, entre 1º de janeiro do ano em que completar 19 (dezenove) e 31 de dezembro do ano em que completar 45 (quarenta e cinco) anos de idade, poderá, sem fazer prova de que está em dia com as suas obrigações militares:

- a) obter passaporte ou prorrogação de sua validade;
- b) ingressar como funcionário, empregado ou associado em instituição, empresa ou associação

oficial ou oficializada ou subvencionada ou cuja existência ou funcionamento dependa de autorização ou reconhecimento do Governo Federal, Estadual, dos Territórios ou Municipal;

- c) assinar contrato com o Governo Federal, Estadual, dos Territórios ou Municipal;
 - d) prestar exame ou matricular-se em qualquer estabelecimento de ensino;
 - e) obter carteira profissional, matrícula ou inscrição para o exercício de qualquer função e licença de indústria e profissão;
 - f) inscrever-se em concurso para provimento de cargo público;
 - g) exercer, a qualquer título, sem distinção de categoria ou forma de pagamento, qualquer função ou cargo público;
- [...]
- h) receber qualquer prêmio ou favor do Governo Federal, Estadual, dos Territórios ou Municipal.

Código Penal Militar:

Art. 183. Deixar de apresentar-se o convocado à incorporação, dentro do prazo que lhe foi marcado, ou, apresentando-se, ausentar-se antes do ato oficial de incorporação:

Pena - impedimento, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

[...]

6.1.1.1. Os Membros da Classe Convocada (Serviço Militar Inicial)

Estatuto dos Militares:

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

§ 1º Os militares encontram-se em uma das seguintes situações:

- a) na ativa:

I - [...]

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;

[...]

Lei do Serviço Militar:

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

Art. 6º O Serviço Militar inicial dos incorporados terá a duração normal de 12 (doze) meses.

[...]

Art. 13. A seleção, quer da classe a ser convocada, quer dos voluntários, será realizada dentro dos seguintes aspectos:

- a) físico;
- b) cultural;
- c) psicológico;
- d) moral

Parágrafo único. Para fins de seleção ou regularização de sua situação militar, todos os brasileiros deverão apresentar-se, no ano em que completarem 18 (dezoito) anos de idade, independentemente de Editais, Avisos ou Notificações, em local e época que forem fixados na regulamentação da presente Lei, quando serão alistados.

Art. 16. Serão convocados anualmente, para prestar o Serviço Militar inicial nas Forças Armadas, os brasileiros pertencentes a uma única classe.

Notamos, como requisito essencial para a incorporação deste militar, a necessidade legal de se estar na “*classe*” etária prevista, sendo exceções o caso dos refratários e insubmissos, que poderão prestar o serviço posteriormente visto as sanções legais aplicáveis, e, os que obtiveram adiamento da incorporação.

Normalmente, os incorporados por esta forma de prestação do serviço militar são, de início, recrutas e, posteriormente, soldados. Contudo, alguns membros da classe convocada são selecionados por meios internos a ingressarem no Curso Preparatório de Oficiais da Reserva – CPOR. Em tais casos, mesmo sendo oficiais, coadunam-se ao Serviço Militar Inicial. Pois, sua convocação, não foi outra senão a convocação compulsória.

Outra exceção refere-se ao serviço militar prestado pelos brasileiros, regularmente matriculados nos Institutos de Ensino, oficiais ou reconhecidos, destinados à formação de Médicos, Farmacêuticos, Dentistas ou Veterinários (IEMFDV), ou diplomados pelos referidos Institutos. A prestação destes, obedecerá às prescrições da Lei nº 5.292 - de 8 de junho de 1967. Prestando o serviço militar como oficiais da reserva.

Prestarão o serviço depois de sua classe, pois, como estudantes, obtêm adiamento de incorporação até a terminação do respectivo curso, cujo cumprimento se dará no ano seguinte ao da referida terminação, na forma estabelecida na Lei 5.292/67, art. 3º e letra *a* de seu parágrafo único, obedecidas as demais condições fixadas em sua regulamentação.

Os refratários na forma dos artigos 14, 15 e 16 não poderão prestar exames do último ano do curso, receber diploma ou registrá-lo e ficarão sujeitos à penalidade prevista nesta Lei. E os insubmissos ficam passíveis das sanções já vistas.

"Ementa: ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR. MILITAR TEMPORARIO DO EXERCITO NACIONAL (CAPITÃO). INEXISTENCIA DE DIREITO DE PERMANENCIA NO SERVIÇO ATIVO APOS VENCIDO O PRAZO DE LICENCIAMENTO. INTELIGENCIA DA ALINEA "A" DO INCISO IV DO ART. 50 DO ESTATUTO DOS MILITARES E DO ART. 34 DO DECRETO N. 90.600/84. PRECEDENTES DO TRIBUNAL. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

I - Os recorridos, capitães do exercito nacional pela porta do CPOR, quando estavam próximos da dispensa, apos mais de 9 anos de bons serviços castrenses, ajuizaram uma ação cautelar e obtiveram liminar para não serem, vencido o prazo, licenciados. Perderam a causa em primeiro grau; apelaram, e ganharam em segundo. Insatisfeita, a união federal recorreu de especial, alegando violação dos arts. 3., parágrafo 1., III, e 50, IV, "a", do estatuto dos militares (lei n. 6.880/80) e art. 3., i e II, da lei n. 6.391/76.

II - O estatuto dos militares, em seu art. 3., **faz distinção entre o 'militar de carreira'** (parágrafo 1., i, "a") e o '**militar não-de-carreira'** (parágrafo 1., alínea "a", incisos II, III, IV, V, e alínea "b", incisos I e II). Distinção já feita pela lei n. 6.398/76, art. 3. **o militar 'não-de-carreira', vale dizer, 'temporário', como o próprio nome já denuncia, fica nas fileiras da ativa, enquanto for da conveniência e oportunidade do administrador. Sua admissão tem por fim 'completar as armas e os quadros de oficiais e diversas qualificações militares de praças, conforme for regulamentado pelo poder executivo' (lei n. 6.391/76, art. 3., II). Essa permanência, de natureza contingencial, não pode passar de 10 anos, salvo para os praças (decreto n. 90.600/84, art. 34 e lei n. 6.880/80, art. 50, IV, "a"). Precedentes do STJ.**

III - recurso ordinário conhecido e provido". RESP 40608/RJ; RECURSO ESPECIAL 1993/0031502-1 - Ministro JOSE CANDIDO DE CARVALHO FILHO - DJ 17.06.1996 p.21523.

6.1.1.2 Convocados da Reserva

Modalidade de prestação do serviço militar que, considero ser uma forma mista, pois há uma mistura entre o compulsório e o voluntário, que, na ativa, encontram guarida no Estatuto do Militares quando faz referência aos tipos de militares, sendo elencados no mesmo artigo do citado Diploma.

Estatuto dos Militares:

Art. 3º [...]

a) na ativa:

[...]

III - os componentes da reserva das Forças Armadas quando convocados, reincluídos, designados ou mobilizados;

[...]

A Lei do Serviço Militar que regula as formas de incorporação prevê:

Art. 5º A obrigação para com o Serviço Militar, em tempo de paz, começa no 1º dia de janeiro do ano em que o cidadão completar 18 (dezoito) anos de idade e subsistirá até 31 de dezembro do ano em que completar 45 (quarenta e cinco) anos.

[...]

Art. 19. Em qualquer época, tenham ou não prestado o Serviço Militar, poderão os brasileiros ser objeto de convocação de emergência, em condições determinadas pelo Presidente da República, para evitar a perturbação da ordem ou para sua manutenção, ou, ainda, em caso de calamidade pública.

Parágrafo único. Os Ministros Militares poderão convocar pessoal da reserva para participação em exercícios, manobras e aperfeiçoamento de conhecimentos militares.

Art. 25. O convocado selecionado e designado para incorporação ou matrícula, que não se apresentar à Organização Militar que lhe for designada, dentro do prazo marcado ou que, tendo-o feito, se ausentar antes do ato oficial de incorporação ou matrícula, será declarado insubmisso.

Parágrafo único. A expressão "convocado à incorporação" constante do Código Penal Militar (art. 159), aplica-se ao selecionado para convocação e designado para a incorporação ou matrícula em Organização Militar, o qual deverá apresentar-se no prazo que lhe for fixado.

Todo brasileiro, independentemente de ter servido ou não, pode ser objeto da convocação em tempo de paz, por ato do Presidente da República, para se evitar as situações vistas no caput do art. 19 da LSM.

Outrossim, podem ser chamados, como prevê o parágrafo único do art. 19 da LSM, os membros da reserva a participarem de exercícios, pelo prazo que estes durarem. Sua convocação poderá ser feita por ato do Comandante da Força interessada. Notem, neste caso, serão sempre membros da reserva os quais são, normalmente, ex-militares.

Nestes dois casos citados, não há o prévio concurso público. Portanto, será compulsória a apresentação e, como se percebe, a recusa ensejará as sanções legais já vistas.

6.1.2. Voluntário

Do latim *voluntarius* espontâneo, livre, sem constrangimento, facultativo, de bom grado, por querer²³.

Os *voluntários* são todos aqueles que espontaneamente, isto é, com liberdade e intencionalmente, ingressam ou permanecem no Serviço Militar, por simples manifestação volitiva, sem qualquer vício, ou defeito, que a possa anular.

Os atos voluntários, para que se reputem lícitos, devem ser permitidos, ou não defesos em lei. Somente assim dão causa a direitos ou os podem alterar, modificar ou extinguir.

Regulamento da Lei do Serviço Militar:

Art 3º Para os efeitos deste Regulamento são estabelecidos os seguintes conceitos e definições:

[...]

46) voluntário - Brasileiro que se apresenta, por vontade própria, para a prestação do Serviço Militar, seja inicial, seja sob outra forma ou fase. A sua aceitação e as condições a que fica obrigado são fixadas pelos Ministérios Militares.

6.1.2.1. Incorporado para Antecipação do Serviço Militar Inicial

Considero este tipo de incorporação voluntária temporário como sendo a única a merecer destaque, pois, trata-se do adiantamento da prestação obrigatória do serviço militar, v.g., como nos contratos o devedor, com o intuito de livrar-se da obrigação, antecipar seu adimplemento, assim, libertar-se antes do tempo previsto da obrigação ajustada. Desse modo, é totalmente aceitável este tipo de ingresso sem concurso público, afinal, está necessariamente ligado ao serviço obrigatório, pois trata de sua antecipação.

Lei do Serviço Militar:

Art. 27. Os Ministros Militares poderão, em qualquer época do ano, autorizar a aceitação de voluntários, reservistas ou não.

Regulamento da Lei do Serviço Militar:

Art. 127. Os Ministros Militares poderão, em qualquer época do ano, autorizar a aceitação de voluntários, reservistas ou não, com a finalidade de atender necessidades normais, eventuais ou específicas das Forças Armadas.

§ 1º O voluntário pode ser aceito a partir do ano em que completar 17 (dezesete) anos de idade, de quaisquer municípios, tributários ou não, e de todas ou determinadas RM, DN ou ZAé.

§ 2º A aceitação do voluntariado é realizada por ato do Ministro Militar interessado, especificando as condições do serviço a ser prestado, as obrigações

²³ De Plácido e Silva, ob. cit.

decorrentes, bem como os direitos que serão assegurados aos voluntários.

§ 3º Entre os voluntários que poderão ser aceitos estão incluídos os que, residentes em municípios tributários, desejem antecipar a prestação do Serviço Militar inicial. Se estes voluntários não puderem ser aproveitados, não serão incluídos no excesso do contingente, devendo apresentar-se para a seleção da sua classe.

§ 4º Sempre que a abertura de voluntariado tiver amplitude significativa em uma determinada área do país, com reflexos nos interesses das outras Forças Armadas, o Ministério Militar interessado deverá ouvir os outros Ministérios e, se for o caso, submeter o assunto à ação coordenadora do EMFA.

No § 2º, vimos que a aceitação de voluntários pela força interessada deve obedecer a certos preceitos, que são justamente as garantias, os direitos e deveres destes militares, independentemente da graduação ou posto que estejam cortejando. Destarte, se a seleção ocorrer mediante prévio concurso público, não estaremos falando de temporário, mas sim, de militar de carreira, possivelmente, para os órgãos de formação de praças especiais que são os cadetes e os alunos dos cursos de formação. Se a seleção se der nos moldes do Serviço Militar Inicial obrigatório, apenas para o adiantamento da prestação, o selecionado, se incorporado, será considerado temporário e, também, será sempre mais jovem que os membros da classe convocada, conforme o art. 127, § 3º do RLSM, em epígrafe.

6.1.2.2. Continuação Voluntária

Neste item, trataremos do militar previsto na segunda parte do inciso II, *a*, § 1º do art. 3º do EM (...ou durante as prorrogações daqueles prazos).

Estatuto dos Militares:

Art. 3º [...]

§ 1º - Os militares encontram-se em uma das seguintes situações:

a) na ativa:

[...]

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;

[...]

Lei do Serviço Militar:

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

Conforme a lei, são os incorporados para prestação do serviço militar inicial, que findo prazo obrigatório, por manifestação voluntária, permanecem no serviço ativo por um prazo maior. Sendo considerados engajados, no primeiro pedido; e reengajados, nos demais.

As estes não há a possibilidade da estabilidade, mesmo ascendendo na hierarquia pelos exames internos, onde convergem apenas milicos. Porque, para galgar o direito à estabilidade ou a sua presunção é necessário ser aprovado em prévio concurso público, não importando a graduação ou posto disputado, ou seja, o militar temporário, para obter o direito a estabilidade ou vitaliciedade, deve disputar concurso público. Público, pois disputará as vagas juntamente com candidatos civis, servindo sua situação anterior de militar apenas como critério de desempate. Destarte, fica claro a obrigatoriedade do concurso público para alcançar a carreira militar. Em outras palavras, o militar temporário só será de carreira se for aprovado em concurso público válido e prévio a carreira. Não se trata de mais uma exceção ao a regra do art. 37, II, quando fala do concurso prévio para ingresso, sendo *a posteriori*, pois será prévio para o cargo militar de carreira, isso nos leva a uma situação no mínimo estranha, pois ocorrerão casos em que o militar temporário disputará graduação ou posto que já possui²⁴. Mas fazendo isso estará preenchendo e exaltando o preceito constitucional do prévio concurso público para os cargos efetivos não transitórios.

"- O sistema de Direito Constitucional positivo vigente no Brasil revela-se incompatível com quaisquer prescrições normativas que, estabelecendo a inversão da fórmula proclamada pelo art. 37, II, da Carta Federal, consagrem a esdrúxula *figura do concurso a posteriori*" (STF, ADIMC 1203/PI, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, decisão: 16-2-1995, Em. de Jurisp., v. 1.787-02, p. 372, DJ 1, de 19-2-1995, p. 13992).

6.1.2.3. *Possuidores de Reconhecida Competência*

Trataremos aqui dos militares que, por desempenharem, em sua maioria, funções de necessidade permanente, considero errada sua aceitação como temporários. São eles: os voluntários *possuidores de reconhecida competência técnico-profissional* ou de *notória cultura científica*, já citados no item 3. Considero-os como militares mistos por terem sido incluídos nos Quadros ou Corpos da Reserva e, posteriormente, convocados para o serviço na ativa em regime temporário. É como se fossem veteranos da caserna, porém são calouros.

²⁴ Para melhor compreensão veja novamente o item 5.

Segue abaixo jurisprudência do Excelso Tribunal Superior do Trabalho, que apesar não ter competência na área militar, serve para elucidar a problemática que envolve a questão.

“EMENTA: REGIME ESPECIAL. ART. 106 DA CONSTITUIÇÃO DE 1969 E ART. 37, IX, DA CONSTITUIÇÃO DE 1998.

*- Os professores - recorridos, designados como 'suplementaristas' pela Lei Estadual 6.508, de 1973, conforme autoriza o art. 106 da Constituição de 1969, não estão enquadrados na hipótese restrita do art. 37, IX, da Constituição de 1998, uma vez que **sua atividade laboral não visa a atender 'a necessidade temporária de excepcional interesse público'**; isso, não porque o magistério público estadual não seja atividade de excepcional interesse público; antes pelo contrário, mas porque **não se caracteriza como sendo atividade a merecer 'contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária'**.*

- Recurso conhecido e desprovido”. (TST, ROAR 533/PR, rel. Min. Prates de Macedo, Dissídio Individual, decisão: 21-9-1989, DJ1, DE 7-12-1989, p.18035).

Como vimos anteriormente (Item 3), a exceção ao concurso público está necessariamente atrelada a compulsoriedade do serviço militar ou ao excepcional interesse público. Portanto, se o ingresso desse profissional ocorrer de forma imperiosa, será temporário. Opositores não defendem o ingresso desse militar conforme a previsão do art. 142, X, do texto constitucional, mas, também, como já visto, não devemos analisar o preceito isoladamente. Conseqüentemente, coadunando os valores e os fins do texto supremo, de forma sistemática, vemos claramente que a exceção ao certame público tem previsão constitucional no art. 143. Desse modo, o art. 142 ao prever que “a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas”, sendo norma de eficácia limitada, devemos, então, lembrar da lição contida no art. 37, II, que prevê a obrigatoriedade do concurso público para preenchimento das vagas dos cargos de natureza efetiva e não transitório. Em virtude dessas considerações, concluo que o art. 142 trata dos militares de carreira, cujo ingresso ocorre voluntariamente através de concurso público.

Tenho que ressaltar, ainda, que se o tipo de serviço desempenhado não for de necessidade passageira e excepcional interesse público, filio-me a considerá-los como sendo membros dos quadros de carreira, claro, se incorporados via concurso público. Pois, independentemente do que estiver estabelecido nos seus atos de convocação – Edital ou leis infraconstitucionais –, o que realmente importa é o cumprimento das normas trazidas com a proclamação da Carta de Outubro, onde estão elencados os princípios basilares do nosso Estado Democrático de Direito.

Estatuto dos Militares:

Art. 10. [...]

§ 1º - Quando houver conveniência para o serviço de qualquer das Forças Armadas, o brasileiro possuidor de reconhecida competência técnico-profissional ou de notória cultura científica poderá, mediante sua aquiescência e proposta do Ministro da Força interessada, ser incluído nos Quadros ou Corpos da

Reserva e convocado para o serviço na ativa em caráter transitório.

§ 2º - [...]

O artigo *ut supra*, só teria eficácia se fosse para preenchimento de cargos em comissão. Porém, atualmente, sua aplicação no bojo castrense é para o preenchimento, através de concurso público, das vagas “temporárias”.

Tendo em vista o já demonstrado até aqui, concluímos que o parágrafo em epígrafe não foi recepcionado pela Norma Ápice. Como se nota, isso deriva da falta de submissão ou, talvez, da não atualização dos comandos militares frente aos novos preceitos trazidos pela Constituição Democrática de 1988. A ignorância freqüentemente é mãe da maldade e da desorganização.

Atualmente, portanto, para a Administração Militar, este voluntário temporário passa a ser considerado membro da reserva, convocado para prestação do serviço militar. Comumente, são médicos, dentistas e farmacêuticos, podendo, cada força, segundo suas necessidades, convocar outros tipos de profissionais. Sua seleção ocorre, geralmente, através de Concurso Público de provas e de títulos.

Outra observação ao tipo misto, independentemente de ser ele voluntário ou não, é que, será sempre transitório, ou seja, temporário. Pelos prazos que determinarem seus atos da convocação.

O posto ou a graduação de ingresso pode variar conforme o grau ou tipo do serviço a ser desempenhado. Tendo como paradigma para aferição do subsídio devido, o valor base – piso salarial, fornecido pelos órgãos ou sindicatos da profissão requestada. Sendo, para bom alvitre, o convocado, encaixado na graduação ou posto que mais se aproximar do valor fornecido.

6.2. Serviço Militar de Carreira

Para o Ilustre jurista José Afonso da Silva “os servidores militares das Forças Armadas, ou ingressam no serviço por via recrutamento, que é a forma de convocação para prestar o serviço militar, ou por via de exame de ingresso nos cursos de formação de oficiais. A obrigatoriedade do serviço militar (art. 143) não deixa margem à realização de concurso público à semelhança do que ocorre para os servidores civis²⁵”.

Data máxima vênia, o recrutamento é só para o pessoal da *classe* anual. Quando tratamos de *convocação*, existem as formas vistas no item 6.1.1.2. Já os exames para ingresso, podem ser para praças ou oficiais. Portanto, cumpre-nos assinalar que para reconhecermos um Militar de Carreira é mister precípua conhecer a sua procedência, pois, os militares de carreira incorporam sempre através de concurso público prévio e válido, ou seja, com previsão legal anterior. Em razão do que já vimos, podemos afirmar, portanto, que *os militares de carreira são os oficiais ou praças voluntários, aprovados em concurso público prévio, para provimento dos cargos militares não transitórios e de necessidade permanente*.

²⁵ *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 684.

A distinção feita pelo texto constitucional entre os oficiais e os praças é que “aqueles tem patente, títulos e posto, ao passo que os não oficiais, que são os praças, só possuem o título de nomeação e graduação²⁶”. Outra diferença diz respeito à perda do posto e da patente que somente se procede quando o oficial é julgado indigno do oficialato²⁷ ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial em tempo de guerra (CF. art. 142, VI). Vale lembrar que estamos tratando aqui apenas dos militares de carreira, pois, como vimos, existem, também, os *oficiais temporários*.

Na lição do festejado jurista Diógenes Gasparini, “Os cargos de provimento vitalício são tão-só os enunciados na Constituição da República. Não pode a vitaliciedade, ainda que por lei, ser concedida a outros agentes²⁸”. Portanto, o cargo dos oficiais de carreira é vitalício (CF. art. 142,VI).

“- Aos militares de carreira é garantida a estabilidade ou vitaliciedade, em razão da natureza permanente de seus serviços, já os militares incorporados para a prestação de serviços, os chamados militares temporários, não têm o direito de permanecer nos Quadros da Organização Militar, pois sua situação é precária e limitada no tempo de acordo com as necessidades das Forças Armadas, estando submetidos à conveniência do Poder Executivo, donde inexistente o direito à alegada estabilidade”. AC - APELAÇÃO CÍVEL - 319797 - TRF200097190 - DJU: 29/05/2003 PÁGINA: 174 - JUIZ FERNANDO MARQUES.

Sendo os oficiais vitalícios, logo, o cargo dos praças de carreira, será de *provimento efetivo*, ou simplesmente *cargo efetivo*, é o que confere ao seu titular, em termos de permanência, segurança. É o cargo ocupado por alguém sem transitoriedade ou adequado a uma ocupação permanente. São próprios para o desempenho de atividades subalternas, em que seus titulares não exercem chefia, comando, direção, assessoramento, nem precisam para a nomeação ou permanência no cargo gozar da confiança da autoridade nomeante. Essa ocupação permanente não é absoluta nem adquirida de imediato. O titular de cargo dessa natureza só alcança a garantia de permanência após o decurso do prazo de dez anos, chamado *estágio probatório*, no qual se apurou sua capacidade para a permanência, através da concessão de engajamento e reengajamentos. Por exemplo, o art. 26 do Regulamento de Corpo de Pessoal Graduado da Aeronáutica – Decreto nº 3.690, de 19 de dezembro de 2000, prevê:

Art 26. A prorrogação de tempo de serviço da praça será concedida por períodos sucessivos de dois anos, exceto a prorrogação que implique estabilidade ou ultrapassar o tempo máximo de efetivo serviço previsto para a graduação, quando então a concessão do período de dois anos poderá ser fracionada em meses, visando uma melhor avaliação da praça antes de adquirir estabilidade.

²⁶ *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 685.

²⁷ Decreto Lei nº 3.038, de 10 de fevereiro de 1941.

²⁸ *Direito Administrativo. ob.cit.* p. 244.

Dentro desse período e mediante inquérito que se apure a sua inaptidão para o serviço militar, pode ser licenciado, apesar de ocupante de cargo de provimento efetivo²⁹. Depois de estabilizado³⁰, o vínculo que prende o graduado à Administração Pública só poderá ser extinto mediante processo judicial ou administrativo em que se apurará o cometimento da infração, para a qual foi cominada a pena de *exclusão*. Em ambas situações, ser-lhe-á assegurada a ampla defesa e o contraditório³¹.

De modo geral, com a aprovação no certame público e a efetividade, nascem os direitos e os deveres do militar de carreira, com efeito, firma-se o *ato jurídico perfeito*, que, conforme ensina o preclaro Prof.º André Ramos Tavares: “O ato jurídico perfeito é aquela relação reconhecida pelo Direito que já se completou em sua inteireza, ainda que não tenha produzido todos os efeitos previstos no momento de sua finalização³²”. Efeitos previstos? Nas palavras do Ilustre Diógenes Gasparini, “Efeitos são os resultados jurídicos que o ato pode proporcionar³³”. Como são militares de carreira, trata-se justamente da própria carreira, ou seja, as promoções.

Mister conhecer o significado de *Cargo de Carreira*, nas palavras do festejado jurista José Cretella Júnior, “*Cargo de carreira* ou dinâmico é aquele em que o funcionário, embora desempenhando a mesma espécie de serviço, tem possibilidade de ascender gradativamente na escala hierárquica³⁴”.

Vejamos as distinções feitas pelo Estatuto dos Militares com relação ao militares de Carreira:

Estatuto dos Militares:

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

§ 1º - Os militares encontram-se em uma das seguintes situações:

a) na ativa:

I - os de carreira;

[...]

§ 2º - Os militares de carreira são os da ativa que, no desempenho voluntário e permanente do serviço militar, tenham vitaliciedade assegurada ou presumida.

Considerada a Administração Militar como uma grande pirâmide, constituída de vários setores superpostos, perfeitamente concatenados entre si e hierarquicamente ligados, são legítimas as denominações tradicionais, *inferiores* e *superiores*, que dão idéia de

²⁹ Enunciado da Súmula 20 do STF: *Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade.*

³⁰ Ver Decreto nº 71.500, de 5 de Dezembro de 1972.

³¹ Enunciado da Súmula 20 do STF: *É necessário processo administrativo, com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso.*

³² *Curso de Direito Constitucional. ob. cit. p. 529.*

³³ *Direito Administrativo. ob.cit. p. 68.*

³⁴ José Cretella Júnior. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed – Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 330.

escalonamento, de *degraus*, de *escala*, para designar os diversos *lugares* (ou cargos), em relação de dependência ou subordinação uns aos outros (ver item 5).

Verificando-se vaga nos *quadros superiores*, o poder público tem o maior interesse em dar-lhe *provimento*, preenchendo imediatamente os claros, para o bom andamento do serviço, e, tratando-se de cargo superior, o provimento é feito através da passagem ascensional de agente de categoria inferior para o cargo sem titular.

A esse modo de provimento de cargo público superior por funcionário já titular de cargo inferior, dá-se o nome de *promoção*, um dos característicos do *cargo de carreira*. A *promoção* constitui sem dúvida evidente melhoria na carreira do militar.

Efetuada a promoção para o cargo superior vago, recomeça a contagem, a partir da data do ato que conferiu o *acesso*; isto para efeito de nova promoção futura e assim, sucessivamente, até o ápice da hierarquia em caso de guerra, ou, em tempo de paz, até o degrau anterior.

Portanto, o § 2º quando fala em vitaliciedade assegurada ou presumida, quer dizer também estabilidade, pois, trata-se do militar de carreira, que, com certeza, a possuirá, pois para ter direito as promoções deverá ter estado em serviço ativo pelos prazos previstos, requisito principal das promoções pelo critério da antigüidade que é o mais comum. Conhecidos como interstícios. Neste sentido, o art. 5º do mesmo diploma legal afirma:

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.

§ 2º - [...]

A promoção por antigüidade deve reservar-se para os cargos de inferior hierarquia, pois à medida que se ascende na escala hierárquica, em cujos graus extremos o número de militares é limitado, portanto, a exigência de maior idoneidade é indiscutível. Por este critério – merecimento, o poder público, julgando com objetividade os méritos do militar, reunirá elementos concretos para a promoção mediante consulta de dados concernentes à vida funcional do agente público. No Estatuto a previsão vem no art. 59.

Art. 59. O acesso na hierarquia militar, fundamentado principalmente no valor moral e profissional, é seletivo, gradual e sucessivo e será feito mediante promoções de conformidade com a legislação e regulamentação de promoções de oficiais e de praças, de modo a obter-se um fluxo regular e equilibrado de carreira para os militares.

Parágrafo único - O planejamento da carreira dos oficiais e das praças é atribuição de cada um dos Ministérios das Forças Singulares.

Nessas condições, deixando-se de lado a antigüidade, as qualidades pessoais: assiduidade, pontualidade, produção, zelo, irão servir de título para o acesso.

Notem, como visto até aqui, que o militar de carreira tem direito a esta, logo de plano, portanto, não seria errado dizer que se trata de um *direito adquirido*. Em

consonância com o acatado jurista André Ramos Tavares: “Pode-se, como visto, considerar que o direito adquirido é uma decorrência da preservação do ato jurídico perfeito³⁵”.

"EMENTA: ADMINISTRATIVO. MILITAR.MS. ADMINISTRATIVO - PESSOAL - MILITAR - SERVIÇO MILITAR TEMPORÁRIO - REENGAJAMENTO - EXCEPCIONALIDADE - CONCLUSÃO DO TEMPO DE INCORPORAÇÃO - LICENCIAMENTO - LEGALIDADE.

*A jurisprudência deste Tribunal, interpretando a legislação pertinente, tem proclamado o entendimento de que os militares incorporados às Forças Armadas para prestação de serviços temporários permanecerão no serviço ativo, em regra, durante os prazos previstos na legislação regente, não lhes assistindo o direito de permanência nos quadros do Ministério militar, por não estarem **sob o abrigo da estabilidade assegurada aos militares de carreira**. Expirado o prazo de incorporação, o licenciamento do militar do serviço ativo opera-se por força de lei, sem necessidade de motivação da decisão, pois as razões de conveniência e oportunidade devem ser expedidas na hipótese de reengajamento." (STJ - MS 1995/0061361-1 - DJ 29/08/98 - Rel. Min. Luiz Vicente Cernichiaro - Terceira Turma).*

Diferente dos Servidores Públicos Civis, que adquirem estabilidade com três anos de efetivo serviço no órgão em que esteja lotado; os graduados militares – praças – só adquirem estabilidade depois de decorridos dez anos (art. 50, IV, *a* do EM). Trata-se do seu *estágio probatório*. É o lapso temporal julgado pelo legislador necessário para que possa confirmar os predicados ou requisitos morais e profissionais tidos como indispensáveis para o bom desempenho do cargo militar que lhe é confiado.

Não se confunda, pois, *efetividade* com *estabilidade*. A “efetividade”, que se relaciona com o cargo militar é tipo de nomeação; não depende do *tempo*; fica-se “efetivo” no instante imediato da incorporação, em decorrência do ato, referente a tipo de cargo que assim deve ser provido. A *estabilidade*, que se refere ao agente público militar, é função do *decurso do tempo*. “Estável” é o militar que, preenchidos os requisitos legais, não pode perder o cargo a não ser em virtude de sentença ou processo administrativo.

O *status* de estável só pode ser conferido a quem faz concurso público de provas ou de provas e títulos (CF, art. 37, II), exigindo-se, ainda, como condição de aquisição da estabilidade avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade (CF, art. 41, § 4º).

Isso porque os cargos de provimento efetivo qualificam-se como definitivos, pois lograram traço de fixidez. Constituem-se, pois, na maioria dos cargos públicos, sendo providos à luz do que determina o art. 37, II, da Constituição.

A pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo a Súmula nº 20, está assentada no pressuposto de que “É necessário processo administrativo, com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso”, o mesmo vale para agente público ainda em estágio probatório, consoante o verbete 21, do Excelso Pretório: “Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade”.

³⁵ *Curso de Direito Constitucional. ob. cit. p. 529.*

"Praça não estável da PM: demissão: observância obrigatória da garantia do contraditório e da ampla defesa. Aplica-se ao licenciamento de praça da Polícia Militar dos Estados, posto despidas de estabilidade, a garantia do contraditório e da ampla defesa". (STF - 1ª T. - REextr.nº236.254-6/CE - Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 21-3-2000. Diário da Justiça - Seção I - nº 68-E, 7 abr. 2000, p. 72).

7. LICENCIAMENTO DO SERVIÇO MILITAR

O desligamento do serviço ativo das Forças Armadas dos oficiais e praças temporários e dos graduados de carreira, subordina-se ao comando previsto no Estatuto dos Militares e na Lei do Serviço Militar. Ater-nos-emos a estudar as formas de licenciamento em que atua o poder discricionário da Administração militar, previstas no EM, art. 121, II. Sendo *ex officio: por término do tempo de serviço ou estágio, por conveniência do serviço e a bem da disciplina*. Aos oficiais temporários, aplica-se somente o primeiro.

Importante lembrar, que o Oficial das Forças Armadas de carreira só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial em tempo de guerra (CF. art. 142, VI), no caso de condenação são demitidos com base no art. 118 do EM. Logo, não são atingidos pelo artigo em epígrafe.

Estatuto dos Militares:

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

I - a pedido; e

II - *ex-officio*.

§ 1º - O licenciamento a pedido poderá ser concedido, desde que não haja prejuízo para o serviço:

a) ao oficial da reserva convocado, após prestação do serviço ativo durante 6 (seis) meses; e

b) à praça engajada ou reengajada, desde que conte, no mínimo, a metade do tempo de serviço a que se obrigou.

§ 2º - A praça com estabilidade assegurada, quando licenciada para fins de matrícula em Estabelecimento de Ensino de Formação ou Preparatória de outra Força Singular ou Auxiliar, caso não conclua o curso onde foi matriculada, poderá ser reincluída na Força de origem, mediante requerimento ao respectivo Ministro.

§ 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) a bem da disciplina.

§ 4º - O militar licenciado não tem direito a qualquer remuneração e, exceto o licenciado *ex-officio* a bem da disciplina, deve ser incluído ou reincluído na reserva.

§ 5º - O licenciado *ex-officio* a bem da disciplina receberá o certificado de isenção do serviço militar, previsto na legislação que trata do serviço militar.

Lei do Serviço Militar:

Art. 34. O licenciamento das praças que integram o contingente anual se processará de acordo com as normas estabelecidas pelos Ministérios da Guerra, da Marinha e da Aeronáutica, nos respectivos Planos de Licenciamento.

[...]

Regulamento da Lei do Serviço Militar:

Art. 21. O Serviço militar inicial dos incorporados terá a duração normal de 12 (doze) meses.

§ 1º Os Ministros da Guerra, Marinha e Aeronáutica poderão reduzir até dois meses ou dilatar até seis meses a duração do tempo de Serviço militar inicial dos brasileiros incorporados às respectivas Forças Armadas.

§ 2º Em caso de interesse nacional, a dilação do tempo de Serviço Militar dos incorporados além de 18 (dezoito) meses poderá ser feita mediante autorização do Presidente da República.

§ 3º Durante o período de dilação do tempo de Serviço Militar, previsto nos parágrafos anteriores, as praças por ela abrangidas serão consideradas engajadas.

§ 4º As reduções e dilações do tempo de Serviço Militar, previstas nos §§ 1º e 2º deste artigo, serão feitas mediante ato específico e terão caráter compulsório, ressalvado o disposto no Art. 133, deste Regulamento.

Art. 22. O Serviço militar inicial dos matriculados em Órgãos de Formação de Reserva terá a duração prevista nos respectivos regulamentos.

Art. 23. A duração do tempo de prestação de outras formas e fases do Serviço Militar será fixada nos atos que determinarem as convocações, aceitarem voluntários ou concederem as prorrogações de tempo de serviço, com base neste Regulamento ou em legislação especial.

O artigo acima trata dos militares voluntários.

Art. 146. O licenciamento das praças que integram o contingente anual se processará, *ex - officio*, de acordo com as normas estabelecidas pelos Ministérios da Guerra, da Marinha e da Aeronáutica, nos respectivos planos de Licenciamento, após a terminação do tempo de serviço, fixado nos termos do Art. 21 e seus parágrafos 1º e 2º e dos Art. 22 e 24, todos deste Regulamento.

Art. 147. Os voluntários só terminarão o tempo de serviço após decorrido o prazo pelo qual se obrigaram,

na forma do parágrafo 2º, do Art. 127, do presente Regulamento.

Art. 150. As praças engajadas ou reengajadas com mais de metade do tempo de serviço, a que se tiverem obrigado, será facultado o licenciamento, desde que o requeiram e não haja prejuízo para o Serviço Militar.

Parágrafo único. Não são amparadas por este artigo as praças que concluírem cursos com aproveitamento e das quais se exigiu, previamente, o compromisso de permanecerem no serviço ativo por determinado tempo.

7.1. Por Término do Tempo de Serviço ou Estágio

No caso do militar de carreira não permanecer na Força, findo seu estágio probatório, será licenciado pelo art. 121, § 3º, *a* – EM, voltaremos a falar neste estágio (probatório), para uma melhor compreensão no próximo item.

Já conhecemos os militares temporários (item 6.1.). Seu licenciamento ocorre com o exaurimento do tempo ao qual se obrigou ou está obrigado a servir, sendo desincorporado logo após o término do tempo de serviço (art. 121, § 3º, *a* – EM), e, sempre antes dos dez anos de serviço.

A única exceção, conforme o art. 121, § 1º, *b* do EM e o art. 150 do RLSM, é para os praças engajados ou reengajados, que tendo cumprido a metade do prazo que se obrigaram a servir como voluntários; ou para o oficial da reserva convocado, após prestação de no mínimo seis meses de serviço ativo, podem solicitar o licenciamento antecipadamente. Trata-se, aqui, de um licenciamento a pedido (EM, art. 121, § 1º).

Os engajamentos ou reengajamentos para os militares temporários derivam da discricionariedade da Administração, ou seja, o militar interessado faz o pedido, que pode ser ou não atendido pela força. No caso de indeferimento do pedido, o licenciamento, preceder-se-á por término do tempo de serviço.

Acredito não haver mais dúvidas quanto aos tipos de militares, assim, podemos inferir que a primeira parte do art. 121, § 3º, *a* do Estatuto dos Militares, tem aplicação, *ex officio*, restrita aos militares temporários (item 6.1.).

Trata-se de um *ato vinculado*, que a Administração pratica sob a égide de disposição legal que pré-determina antecipadamente e de modo completo o comportamento único a ser obrigatoriamente adotado perante situação descrita em termos de objetividade absoluta. Destarte, o administrador não dispõe de margem de liberdade alguma para interferir com qualquer espécie de subjetivismo quando da prática do ato.

*"A jurisprudência deste Tribunal, interpretando a legislação pertinente, tem proclamado o entendimento de que os militares incorporados às Forças Armadas para prestação de serviços temporários permanecerão no serviço ativo, em regra, durante os prazos previstos na legislação regente, não lhes assistindo o direito de permanência nos quadros do Ministério militar, por não estarem sob o abrigo da estabilidade assegurada aos militares de carreira. **Expirado o prazo de***

incorporação, o licenciamento do militar do serviço ativo opera-se por força de lei, sem necessidade de motivação da decisão, pois as razões de conveniência e oportunidade devem ser expedidas na hipótese de reengajamento". (STJ - MS 1995/0061361-1 - DJ 29/08/98 - Rel. Min. Luiz Vicente Cernichiaro - Terceira Turma).

Todavia, passados dez anos, por falta da atuação eficaz da Administração, há a necessidade de seguir um processo inverso ao da formação do ato, o desaparecimento dependerá, sem dúvida alguma, da manifestação dos Comandos Militares.

Verificando que determinado ato se apresenta defeituoso, pode-se pensar, em princípio, que na hipótese da *revogação*, a providência administrativa nova encontrará obstáculo irremovível nos direitos adquiridos, pois a lei confere estabilidade aos dez anos de efetivo serviço (art. 50, IV, *a* Estatuto dos Militares). Isso gerou algumas dúvidas: Os temporários que atingissem os dez anos estabilizariam? Seria uma lição ou castigo pela inércia da Administração que deixou de licenciá-los quando devia, portanto, ocorreria à prescrição do direito de licenciamento *ex officio*, por término do tempo de serviço?

A esse respeito afirma Hely Lopes Meirelles³⁶: “A Administração Pública, como instituição destinada a realizar o Direito e a propiciar o bem comum, não pode agir fora das normas jurídicas e da moral administrativa, nem relegar os fins sociais a que sua ação se dirige. Se, por erro, culpa, dolo ou interesses escusos de seus agentes a atividade do Poder Público desgarra-se da lei, divorcia-se da moral, ou desvia-se do bem comum, é dever da Administração invalidar, espontaneamente ou mediante provocação, o próprio ato, contrário à sua finalidade, por inoportuno, inconveniente, imoral ou ilegal”.

O *ato de revogação* tem caráter *constitutivo*, isto é, introduz modificação na ordem jurídica, ao contrário do *ato de anulação* que é apenas *declaratório*, ou seja, afirma tão-só uma situação preexistente. Disto deriva uma conseqüência natural: enquanto o *ato de revogação*, que é *constitutivo*, só produz normalmente efeitos a partir da sua criação, o *ato de anulação* que é *declaratório*, também produz efeitos, normalmente, para o passado, de modo que se o primeiro deixa subsistente os efeitos jurídicos produzidos, o segundo tem efeitos retroativos e suprime todos os efeitos que o ato viciado já produziu.

Tratando-se, porém, de *ato nulo* ou de *ato inexistente*, o problema complica-se, devendo-se indagar, o beneficiário com o ato concorreu de má-fé para a edição da medida. Se concorrer, o ato que declara a nulidade ou a inexistência retroage e proscreeve do mundo jurídico aquilo que nele entrou nulamente ou que nele nem entrou.

No segundo caso, mais complexo, é necessário examinar todas as circunstâncias que cercam a edição errônea ou inexistente, devendo-se levar em conta o espaço de tempo decorrido. O emérito jurista Celso Antônio Bandeira de Mello filia-se a esse entendimento e sugere a prescrição de maior tempo para a espécie: vinte anos. Sustenta este autor que, se a Administração, nesse prazo, não teve o interesse de promover a anulação do ato defeituoso, este se tornou, depois de vinte anos de existência, convalidado pelo tempo.

O Comando, ao examinar o caso concreto, verifica o ato em face dos seus elementos: agente competente (capacidade), objeto (conteúdo), forma, motivo e finalidade; e verificada qual ou quais elementos foram inobservados ou desrespeitados na feitura do ato. Constatado que o vício é quanto à competência, quanto à forma ou quanto ao objeto (se

³⁶ *Direito Administrativo*, cit., p. 183.

este não for ilícito), é possível a convalidação. Para essa medida, a autoridade administrativa deve avaliar com critério as consequências do ato viciado para a sociedade, invocando sempre o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, para concluir e decidir se os danos da retirada do ato viciado são mais graves para a coletividade do que a sua permanência. Se esta for a constatação, a convalidação será medida recomendável.

Quando os vícios do ato forem em relação ao motivo e à finalidade, a convalidação nunca será possível. Também não será caso de convalidação quando o objeto do ato for ilícito. Em tais hipóteses, não haverá alternativa senão a declaração de nulidade do ato.

Pois, a presunção e o direito à estabilidade pertence aos militares de carreira, contudo, pela inércia ou pelo amadorismo da Administração que deixou militar temporário ultrapassar os dez anos, mesmo não sendo de carreira, pois o artigo 50 é genérico. Passaria, este, portanto, a ter direito à estabilidade? Sua forma de ingresso está prevista na lei. Portanto, reconhecesse a boa-fé. Visto isso, não pode o particular suportar sozinho o ônus da má atuação da Administração.

Com efeito, se o ato administrativo era inválido, isto significa que a Administração ao praticá-lo feriu a ordem jurídica. Assim, ao invalidar o ato estará, *ipso facto*, proclamando que fora autora de uma violação da ordem jurídica.

“Seria iníquo que o agente violador do Direito, confessando-se tal, se livrasse de quaisquer ônus que decorreriam do ato e lançasse sobre as costas alheias todas as consequências patrimoniais gravosas que daí decorreriam, locupletando-se, ainda, à custa de quem, não tendo concorrido para o vício, haja procedido de boa-fé. Acresce que, notoriamente, os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade. Donde, quem atuou arrimado neles, salvo se estava de má-fé (vício que se pode provar, mas não pressupor liminarmente), tem o direito de esperar que tais atos se revistam de um mínimo de seriedade. Este mínimo consistente em não serem causas potenciais de fraude ao patrimônio de quem neles confiou como, de resto, teria de confiar”. (Celso Antônio, Boletim de Licitações e Contratos, Ano XI, nº 4, Abril/1998).

Como visto, não se pode presumir a má-fé dos militares. Aliás, no atual contexto de desemprego, ninguém pode ser acusado de má-fé por assumir um trabalho honesto sem contestar a regularidade formal de sua admissão.

Foi esta a advertência feita pelo Ministro José Delgado em seu voto no Recurso Especial 326.676/GO, embora referindo ao empregado, mas em considerações também aplicáveis ao militar temporário:

“O empregado não deu causa à rescisão do contrato de trabalho. Este foi declarado nulo em decorrência de ato exclusivo da parte empregadora. Esta é que deve arcar, portanto, com todos os ônus decorrentes da violação cometida.

[...]

O empregado, parte hipossuficiente na relação empregatícia, adere ao contrato de trabalho, em regra, de boa-fé. Na situação examinada os efeitos dessa boa-fé perdurou (sic) por mais de 4 (quatro) anos, sem que, em época alguma, tenha se comprovado qualquer

participação direta do empregado na configuração da nulidade reconhecida.”

Aliás, a Constituição deve ser interpretada sistematicamente.

Portanto, devem ser levados em conta os seus princípios retores, em especial a valorização do trabalho humano, consagrada nos art. 1º, IV, 170, caput, e 193. No mesmo sentido já se pronunciou o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, no Recurso Ordinário 9.095/93 (DJMG 31-05-1994), por sua Terceira Turma, relator o Juiz Antônio Álvares da Silva, assim ementado, no que interessa:

“Não pode quem emprega alegar irregularidade praticada por sua própria iniciativa, já que a valorização do trabalho humano, constitucionalmente garantida (artigos 1º, item IV, 170 e 193 da CF) se sobrepõe a limitações de ordem administrativa que devem ocasionar sanções a quem as pratica, mas nunca a nulidade de trabalho lícito prestado a quem dele se beneficiou.”

Já se viu que o art. 37, § 2º, da Constituição não deve ser interpretado isoladamente, mas sim sistematicamente, compatibilizando-o com os princípios da moralidade administrativa e da valorização do trabalho humano. Além da interpretação sistemática, a interpretação teleológica, finalística, também corrobora o entendimento adotado. A nulidade estabelecida no art. 37, § 2º, da Constituição para a desobediência da exigência de concurso tem por objetivo inibir tal prática ilícita.

É tão delicado o uso do poder de desfazimento dos atos administrativos pela própria Administração, que mesmo em se tratando de atos ilegítimos, porque praticados em conflito com textos legais ou regulamentares, e conseqüentemente não tendo gerado direitos subjetivos, se prescrevem cautelas contra o efeito retroativo da declaração de nulidade. A doutrina e a jurisprudência concordam em que o seu exercício há de ser cauteloso, para não se constituir em elemento perturbador da segurança e da estabilidade nas relações entre o Estado e indivíduo³⁷.

Stassinopoulos entende, também, que, diante de um ato administrativo ilegal, mas que foi aceito de boa-fé por ambas as partes, a Administração Pública não é livre para desfazer os efeitos já consumados, porque, nesse caso, a irrevogabilidade dos atos ilegais não se impõe em virtude do respeito aos direitos adquiridos, mas pela necessidade de assegurar a estabilidade das relações jurídicas no domínio da administração ativa³⁸.

Com efeito, no RE 85.179, 1ª T., STF, RDA, 134/217-20, o Ministro Relator, Bilac Pinto, citou lição erudita de Miguel Reale, nestes termos:

“Assim sendo, se a decretação de nulidade é feita tardiamente, quando a inércia da Administração já permitiu se constituírem situações de fato revestidas de forte aparência de legalidade, a ponto de fazer gerar nos espíritos a convicção de legitimidade, seria de veras absurdo que, a pretexto da eminência do Estado, se concedesse às autoridades um poder-dever indefinido de autotutela. Desde o famoso ‘affaire cachet’, é esta a orientação dominante no direito francês, com os aplausos de Maurice Hauriou, que bem

³⁷ Toshio Mukai. *ob. cit.* pp. 388 e 389. Apud. Seabra Fagundes, Revogação de licença para construção – direito a indenização, RDP, 16/102.

³⁸ Toshio Mukai. *ob. cit.* p 389. Apud. Stassinopoulos, *Traité dès actes administratives*, cit., p. 254.

soube pôr em realce os perigos que adviriam para a segurança das relações sociais se houvesse possibilidade de indefinida revisão dos atos administrativos.

Da França tal doutrina passou para a Itália, granjeando o apoio de seus mais ilustres mestres, como Cino Vitta e D'Alesio, cuja doutrina é oportunamente lembrada por José Frederico Marques ao tratar desse assunto³⁹.

"De qualquer forma, regular ou irregular, legal ou ilegal, o ato, o tempo o consolidou, adquirindo os interessados direito subjetivo público à sua manutenção, verdadeira prescrição aquisitiva de direito subjetivo público a que o perquire". (RE 83/62-RJ, 1ª T., RDA, 139/286, Rel. Min. Bilac Pinto).

Semelhante entendimento ilustra o mestre Sílvio Rodrigues com grande propriedade no tema:

"Mister que as relações jurídicas se consolidem no tempo. Há um interesse social em que situações de fato que o tempo consagrou adquiram juridicidade, para que sobre a comunidade não paire, indefinidamente, a ameaça de desequilíbrio representada pela demanda. Que esta seja proposta enquanto os contendores contam com elementos de defesa, pois é do interesse da ordem e da paz social liquidar o passado e evitar litígios sobre atos cujos títulos se perderam e cuja lembrança se foi".

Entretanto, só o princípio da segurança jurídica e da boa-fé dos administrados, aliados a um certo lapso temporal não bastaria para insuflar validade ao que nasceu com a mácula de ser relativamente insanável; portanto, necessário, ainda, a existência de uma regra jurídica albergada dentro do sistema, que protegeria a situação caso ela eclodisse como válida.

Data máxima vênia, e em que pese à complexidade das teorias erigidas com o escopo de complementar o referido prazo da prescrição administrativa, opta-se pelo prazo de cinco anos para que a Administração anule seus atos ilegais, sem distinção da intensidade do vício.

Ora, um lustro é mais do que suficiente para que a Administração possa invalidar seus atos nascidos com a mácula da ilegalidade. O prazo é de cinco anos não porque tem como fundamento o fato de que, verificada a prescrição judicial da ação popular, não teria mais a Administração a possibilidade de revisão de seus atos, e sim, porquanto se adota, por analogia, o prazo decadencial previsto na Lei 9784/99, *in verbis*:

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

A natureza do prazo de que a Administração goza para invalidar seus atos viciados é decadencial, pois não pressupõe uma ação processual. Constatada a prescrição judicial, embora a ação tenha sido aniquilada pelo lapso temporal, o direito está incólume, intacto. Extinto, pois, o direito de ação do cidadão que age *pro populo*, teria ainda, pelo menos em tese, a Administração o direito de invalidar seus atos viciados, posto que no âmbito administrativo é a decadência que vigora.

³⁹ Toshio Mukai. Ob. cit. pp. 389 e 390. apud. Miguel Reale, *Revogação*, cit.

7.2. Por Conveniência do Serviço

Para uma melhor didática coloquei, como disse no item anterior, o militar em curso do estágio probatório neste item, contudo, friso, novamente, que seu licenciamento opera-se com base na segunda parte da letra *a*, § 3º do art. 121– EM (Por término do estágio).

Neste ponto, é importante lembrar das Súmulas 20 e 21 do Excelso Pretório, vistas no item 4.2. Pois, mesmo não tendo atingido a estabilidade, o militar de carreira, em curso do estágio probatório, faz mister, no caso do seu efetivo licenciamento, ao devido processo legal e a ampla defesa. Podendo ser desligado só depois de confirmada a sentença administrativa.

Obtendo êxito no concurso público de provas ou de provas e títulos, o agente público estará apto para entrar no período de estágio probatório. A partir de então será avaliado o seu desempenho, o qual deverá ser *periódico*. Estamos, pois, diante da etapa em que se estabelecerá o procedimento formal para a apuração do estágio probatório.

Orientando-se de maneira livre no que diz respeito ao binômio *conveniência-oportunidade*, percorrendo também livremente todo o terreno demarcado pela legalidade, atendendo, apenas, ao elemento *fim*, o agente seleciona o modo mais adequado de agir, autodetermina-se, volta os olhos sobre si mesmo, inspeciona o caminho percorrido e os efeitos produzidos ou a se produzirem, retrata-se, se for o caso, reexamina os atos praticados. Desfaz ou reafirma o pronunciamento. Está em seu próprio campo. Seguiu as leis, não se afastou do fim previsto. É juiz dos próprios atos. Nenhum de seus atos será suscetível de revisão, no que tange à *oportunidade* e à *conveniência* das providências tomadas.

Desse modo, sem transpor uma fração das barreiras estabelecidas pela legalidade, caso em que seria controlado por outro poder que o fiscaliza, é o administrador o *dominus* do terreno da discricionariedade. *Servus legis et finis, dominus discretionarietatis* – eis a máxima que rege a ação do administrador público, ou seja, o terreno da área reservada à discricionariedade. Aqui, escravo; ali, senhor. Aqui, livre; ali, ce certo modo, livre. Livre, em certo sentido; relativamente livre.

Arbítrio não se confunde com *discrissão*, do mesmo modo que *arbitrário* e *arbitrariedade* não se confundem com *discricionário* e *discricionariedade*.

Denomina-se *arbítrio* a faculdade de operar *sem qualquer limite*, em todos os sentidos, sem a observância de qualquer norma jurídica. É a liberdade do ser irracional, que opera no mundo da força e da violência, onde imperam os apetites e se conhecem por limites apenas às impossibilidades de ordem física ou material. Vence o mais forte.

Chama-se *discrissão* a faculdade de operar *dentro de certos limites*, poder concedido ao agente público de *agir* ou *deixar de agir* dentro de um âmbito demarcado pela regra jurídica.

O tipo em epígrafe trata, somente, dos Praças de Carreira, portanto, a Administração não é livre de resolver sobre a *conveniência* do ato nem sobre o seu *conteúdo*. Só lhe cabe observar a *ocorrência dos motivos* e, com base neles, editar o ato. Escusando-se a praticá-lo, no tempo e com o objetivo determinado, viola a lei, conferindo,

desse modo, ao particular, o direito de recorrer ao Poder Judiciário, para correção do *arbítrio*.

Há inteira subordinação do poder em relação ao dever, tanto que aquele não pode ser exercido livremente, sujeitando-se sempre a uma finalidade específica. O seu uso de maneira ilícita encerra o abuso de poder e a ilegalidade do ato praticado.

“Ementa: ADMINISTRATIVO. MILITAR. LICENCIAMENTO. DIREITO À ESTABILIDADE. ATO ARBITRÁRIO. HONORÁRIOS.

- A hipótese dos autos trata de pedido de reintegração ao serviço ativo da Aeronáutica, bem como o reconhecimento do direito à estabilidade, sendo julgado procedente pela sentença de primeiro grau, que fixou os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor da causa.

- O licenciamento dos autores ocorreu com intuito único de evitar a estabilidade, já que não houve um motivo justo ou legal para justificar o seu desligamento da corporação.

- Evidencia-se uma violação à moralidade o Poder Público simplesmente licenciar o militar, que se dedicou por quase 10 (dez) anos à carreira militar, já na faixa dos 30 (trinta) anos de idade, sem qualquer justificativa, a fim de renovar a tropa, esquivando-se da difícil realidade do desemprego no nosso país, bem como tendo que arcar com todos os custos que dessa renovação.

- A discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade, devendo, todo ato administrativo, mesmo que discricionário, ser devidamente motivado, obedecendo ao princípio da razoabilidade.

- Deve o percentual de 10% (dez por cento) incidir sobre o valor da condenação, por se apresentar, assim, em consonância com o artigo 20, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Civil, e mais compatível com o esforço despendido pelo advogado da parte vencedora.

- Recurso dos autores provido.

*- Remessa e recurso da União Federal improvidos”.
TRIBUNAL - SEGUNDA REGIÃO - AC - APELAÇÃO CÍVEL -
108162 - Processo: 96.02.15839-5 Data da Decisão:
18/08/2003 - Documento: TRF200115495 DJU 03/03/2004,
PÁG. 80 - Rel. RICARDO REGUEIRA.*

A apuração do estágio probatório avaliará assiduidade, a disciplina, a capacidade de iniciativa, a produtividade e a responsabilidade do agente público (Lei nº 8.112/90, art. 20, I a V). Tais requisitos poderão servir de apanágio para a avaliação periódica de desempenho⁴⁰.

⁴⁰ Com a edição da EC 19/98, foi acrescentado o princípio da eficiência administrativa, assim, mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma da lei, assegurada ampla defesa, o militar estável poderá perder o cargo na hipótese de insuficiência de desempenho. Oportuno registrar que, mesmo antes da edição da Emenda, já havia previsão, no ordenamento militar (art. 44 do EM e art. 2º, I e II do Dec. 71.500/72), sobre demissão de graduado estável, quando demonstrasse incapacidade no exercício de suas funções. Acredito que estas normas foram reforçadas com a edição da referida emenda, ampliando, assim, sua

O licenciamento por conveniência do serviço, pressupõem investidura válida, sendo forma de ruptura do vínculo preexistente entre a Administração Pública e o agente público, não estável. Por isso, para que se apure a falta ou a incapacidade alegada como fundamento dessa ruptura, é mister, nos termos da Súmula nº 21, que haja processo administrativo⁴¹ em que se possa defender o agente público regularmente investido.

Os “efetivos não são exoneráveis *ad nutum*, qualquer que seja o tempo de serviço no cargo, porque a nomeação com esse caráter traz ínsita a condição de permanência enquanto bem servirem à Administração. Somente através de apuração judicial ou administrativa, em que se comprove o motivo ensejador da dispensa, é que se legitima a desinvestidura do servidor efetivo”. (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 21ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 387).

"EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO. CANDIDATOS APROVADOS E NOMEADOS. EXONERAÇÃO. DEVIDO PROCESSO LEGAL E AMPLA DEFESA. INEXISTÊNCIA. SÚMULAS NUMS. 20 E 21 DO STF.

- O Pensamento construído no verbete da Súmula 473, do Colendo Supremo Tribunal Federal, deve ser concebido com certa ponderação, pois, ainda que a Administração Pública tenha o poder de anular seus próprios atos, de ofício, quando eivados de ilegalidade, deve, no entanto, examinar as circunstâncias e conseqüências, com observância de requisitos formais e de conteúdo.

- É tema pacífico na doutrina e na jurisprudência assentada dos tribunais que a exoneração de servidor público concursado e nomeado para cargo efetivo, mesmo no curso de estágio probatório, deve ser efetuada com observância do devido processo legal e do princípio da ampla defesa, não podendo a Administração, "ad nutum", anular concurso público realizado, desconsiderando a situação dos candidatos em exercício, sem a instauração do procedimento administrativo próprio. - Incidência das Súmulas num. 20 e 21 do STF. Recurso Especial não conhecido." (STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, RESP 162405/ES; Recurso Especial 1998/0005670-0; J. em 14.04.1998; DJ Data: 11/05/1998 Pág. 00173"

Dentre os problemas mais comuns ligados ao estágio probatório está o desrespeito ao devido processo legal, com os seus conaturais desdobramentos, dentre os quais o princípio da ampla defesa.

Findo o período de estágio probatório, emergirá a decisão do Comando, concluindo pela confirmação ou licenciando o militar. É neste momento que o militar de carreira em estágio probatório poderá ser licenciado pelo art. 121, § 3º, *a* – EM, antes disso, seu licenciamento ocorre somente por conveniência do serviço art. 121, § 3º, *b* – EM. Em ambos, o ato pode ser objeto de revisão pelo Judiciário.

aplicação também aos oficiais que forem considerados ineptos. Assim, todos serão avaliados conforme seu desempenho e eficiência, respeitada as formalidades legais para sua demissão.

⁴¹ Matéria constante na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

7.3. A Bem da Disciplina

Este licenciamento é aplicável, somente, aos graduados de carreira no curso do seu estágio probatório e aos militares temporários. Trata-se de uma punição semelhante à demissão para os funcionários públicos faltosos.

Aos graduados de carreira estáveis aplica-se o disposto no art. 125 do EM, sendo *excluídos a bem da disciplina*⁴² do serviço ativo. Respeitado os mesmos procedimentos que passaremos a ver.

Além dos princípios constitucionais, no âmbito federal, existe a Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que: “Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”, que elenca nada menos do que onze princípios: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Destarte, no processo administrativo, onde houver litígio, denúncias ou acusações, para que se impeça o arbítrio do administrador, e se dos trabalhos apurados surgirem acusados, há que se obedecer aos princípios do contraditório e da ampla defesa, ambos com sede constitucional. Sendo garantida, inclusive, a presença de advogado, na conformidade do preceito constitucional insito no art. 133, sendo-o, aliás, indispensável à administração da justiça e inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites legais. Os regulamentos militares permitem que o militar possa ser defendido por um oficial ou por um praça que seja bacharel em Direito. Tal previsão lesa o princípio da ampla defesa e deve ser anulada, pois somente a assistência de um advogado, que não esteja sujeito à hierarquia e a disciplina ou ao temor reverencial, além de enaltecer e satisfazer o preceito, trará confiança as decisões das instituições militares.

O processo nada mais é do que uma sucessão de atos concatenados entre si que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo. Todos os atos punitivos dependem de procedimento administrativo contraditório e são de iniciativa vinculada às normas legais. Assim, não se pode permitir a ampliação das transgressões disciplinares, que tenham como condão a prática do arbítrio, da intolerância, do abuso de autoridade. A severidade da disciplina castrense não deve servir de escusa para distanciar a observância dos princípios constitucionais.

O art. XI, 1º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem assegura que “todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenha sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

O princípio do devido processo legal e da ampla defesa está previsto na nossa Lei Maior, no art. 5º, foi a primeira Constituição a referir-se expressamente ao “devido processo legal”, nos casos de privação de liberdade ou dos bens. Preceitua a Constituição: “LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. E o da ampla defesa: “LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos

⁴² Decreto 71.500, de 5 de dezembro de 1972. Dispõe sobre o Conselho de Disciplina.

acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O relevo do processo ou procedimento administrativo decorre do fato de ser *um meio apto a controlar o “iter” de formação das decisões estatais, o que passou a ser um recurso extremamente necessário a partir da multiplicação e do aprofundamento das ingerências do Poder Público sobre a Sociedade.*

Destarte, o administrador não poderá se descurar do cumprimento da lei, uma vez que, se assim o fizer, se tornará suscetível de ser responsabilizado administrativamente, civil ou penalmente. O procedimento ou processo administrativo, por motivo legítimo estabelecido em lei, não acarreta o dever de indenizar, porque a própria norma jurídica lhe retira a qualificação de ilícito. Contudo, o uso do poder, direito ou coisa além do permitido ou extrapolando as limitações de um direito, lesando alguém, traz como efeito jurídico o dever de indenizar, além das sanções penais cabíveis.

As decisões nos processos administrativos conterão descrições pormenorizadas dos fatos e, também, a citação das leis, decretos e outros diplomas legais infringidos ou que deram arrimo às conclusões ínsitas no relatório.

O administrador, desprovido do poder judicante, não pronuncia o direito, por faltar-lhe o *jus dicere*. Por isso, seus atos poderão ser objeto de revisão pelo poder competente.

E, sempre “que os danos morais e/ou patrimoniais causados forem da responsabilidade penal e funcional do agente – por abuso de autoridade, incompetência, leviandade ou má-fé –, deve ele compor a lide deflagrada pelo interessado para o devido ressarcimento. Embora o Estado seja obrigado a suportar a responder perante o particular, em face da responsabilidade objetiva, deve ser instado a não responder por ações levianas de seus funcionários, e a exercer, obrigatoriamente, o direito de regresso contra o agente. Em outras palavras: se o interessado pretender apenas agir contra o Estado, pode fazê-lo; mas o exercício do direito de regresso, assegurado pelo § 5º do art. 37, deve ser obrigatório e não mera faculdade da Administração⁴³”.

Em razão disso, sendo temporário ou de carreira, para que ocorra o licenciamento a bem da disciplina, sob a ameaça da nulidade, é mister o processo, com todas as garantias previstas no ordenamento pátrio.

8. CONCURSO DE ADMISSÃO AO CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO DE SOLDADOS

No segundo semestre de 1994, teve início na Força Aérea Brasileira um “Novo” Curso de Especialização de Soldados. Diferente do que havia anteriormente, em que todos os Soldados tinham a mesma origem, isto é, o Serviço Militar Inicial compulsório (SMI) e contrariando o mandamento do RCPGAER da época, Dec. 880/93, que previa o curso

⁴³ Ives Gandra da Silva Martins, *Reflexões sobre instituições essenciais à Justiça* – Carta Forense, Ano II, nº 16.

apenas para os Soldados de Segunda Classe, que são, justamente, oriundos do serviço militar obrigatório.

Este “Novo CESD”, não diferente dos demais concursos públicos, foi também oneroso, ou seja, havia a necessidade do pagamento da taxa de inscrição para sua devida efetivação.

Este Concurso ao Curso tinha como escopo precípua à especialização, visava, portanto, profissionalizar os graduados nas especialidades que lhes fossem atribuídas, desde o início de suas carreiras, ou seja, aquele que pretendesse ser graduado (praça) da Força Aérea Brasileira teria que iniciar a carreira como Soldado Especializado, sendo-lhe garantidas certas diferenças com relação àqueles egressos do SMI, como: acesso profissional da graduação inicial - Soldado Especialista – à graduação mais alta, conforme previsto previamente nos atos de convocação – Suboficial, para isso, respeitar-se-ia apenas os interstícios previstos em lei – 5 (cinco) anos, no mínimo e 7 (sete) no máximo, na FAB, para cada promoção.

Sendo o ingresso na carreira feito em uma graduação inicial – soldado –, através concurso público de provas, não mais necessário, porém, outro, para as graduações subsequentes que nela se escalonam até o final, pois, para estes, a investidura se faria pela forma de provimento derivado – promoção. Além disso, poderiam galgar até o posto máximo de tenente-coronel, cuja passagem de praça para oficial ocorreria através de concurso interno. Isso foi o estatuído no Edital de convocação do concurso. Tratou-se, claramente, de uma *propaganda enganosa*, cujo intuito principal era ludibriar o candidato, porém, como membro da Administração Pública, jamais, poderia, a FAB, usar de tal ardil para angariar qualquer benefício de terceiros de boa-fé.

A FAB, portanto, não cumpriu o que ela própria havia previsto no Edital de Convocação, alegou e alega que estes Soldados Especializados deveriam ter conhecimento prévio da temporariedade do cargo. Tal alegação é descabida, pois é um dever que toda comissão elaboradora de um concurso, prestar informações sobre o concurso e as peculiaridades do serviço e, principalmente, se o é temporário.

Depois disso, iniciou-se mais um absurdo, começou a compará-los com os militares do SMI, ora, é notório, como já visto, que a prestação do SMI só ocorre compulsoriamente, salvo as exceções já vistas – onde não é necessário prévio concurso público, e, também, somente aqueles que já serviram ou os que querem adiantar o SMI é que são chamados nessas modalidades de incorporação.

Ora, neste concurso público, era condição para inscrição estar em dia com o serviço militar. Ou seja, já ter servido, ter sido dispensado do serviço militar inicial, estar alistado como conscrito ou ser Soldado não especializado engajado. Pois saibam: àquele que se alistar duas vezes será punido, conforme o Art. 44 do Regulamento da Lei do Serviço Militar. É uma conduta proibida. Portanto, tratando-se de Cesd, não estamos falando de serviço temporário, pois estes jovens não pertenciam à mesma classe; nem, tão pouco, estavam adiantando a prestação do serviço militar inicial; nem, outrossim, possuíam reconhecida competência técnico-profissional ou notória cultura científica, para terem prazo de permanência no serviço ativo.

Vale a pena lembrar, novamente, que fora um concurso público, onde concorreram jovens de várias classes, muitos dos quais passaram ou estavam em pleno serviço ativo, ou seja, haviam cumprido o dever que lhes foi imposto. Sendo, a maior parte

dos aprovados, formada por não-militares: conscritos e dispensados. Portanto, os membros deste Cesd, não se enquadram no militar previsto no inciso III, da letra *a*, do § 1º, do art. 3º do Estatuto dos Militares, que trata do militar incorporado para prestação do Serviço Militar Inicial obrigatório; logo, jamais poderiam desligá-los por tal instrumento.

Além disso, vejam outra conduta gravosa cometida pela Força Aérea Brasileira, pois além de não cumprirem o que estava estatuído nos atos de convocação – Edital, modificaram-no posteriormente com efeitos *ex tunc* a todos aqueles que acreditarão no concurso. Pois, como já dito, o Edital das turmas do segundo semestre de 1994 até o primeiro semestre de 1997, não havia previsão de temporariedade, mas sim a promessa de carreira.

A mudança no Edital ocorreu somente em dezembro de 1997, contudo, este novo efeito de temporariedade atingiu aqueles que já estavam na ativa, formados e desempenhando suas atividades. Torna-se claro o desrespeito ao pórtico da *segurança jurídica*, pois a *situação jurídica subjetiva* constituída, ou seja, o *direito subjetivo*, que recebe proteção jurisdicional direta, foi ferido, ficando o titular dotado do poder de exigir uma prestação positiva ou negativa por parte da Administração. Diz-se então que o direito lhe pertence, já integra o seu patrimônio. “Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza de que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída⁴⁴”.

No caso, a Administração Militar criou todas as condições para que o negócio se realizasse assim como se realizou, não sendo conforme a boa-fé alegar defeito no Concurso Público que ela mesma implantou, frustrando a expectativa daqueles que confiaram na regularidade do ato da autoridade pública.

Infelizmente, a Força Aérea Brasileira, através de seu Centro de Comunicação Social, continuou divulgando, nos panfletos de convocação, a prometida carreira até final de 2001, ou seja, a falácia permaneceu, pois se o jovem lesse somente o panfleto que continha as informações básicas do concurso seria, novamente, induzido ao erro, pois, este não citava a temporariedade. A citação da temporariedade foi acrescentada no interior do edital em letras pequenas, onde, para encontrá-las, dependeria de uma leitura atenta.

Como vimos durante todo o texto, a feitura de um concurso público válido pela Administração deve se pautar em vários requisitos. Concluímos que o Cesd, como concurso público que foi, preenche-os todos. A atuação da Administração mostrou-se amadora e irresponsável. Indo de encontro, inclusive, ao *princípio da eficiência*.

Aos militares incorporados pelo Certame ao Cesd, como nos demais concursos para preenchimento das vagas de carreira, estão previstas 3 (três) formas de licenciamento discricionário (*ex officio*): a) por término do estágio (probatório); b) por conveniência do serviço e c) a bem da disciplina. Em todas as hipóteses, a atuação do administrador basear-se-á consoante as súmulas 20 e 21 do STF. Observação interessante, é que nos atos de convocação do Cesd, só a segunda estava prevista nas Normas Reguladoras do Curso de Especialização de Soldados – NOREG de 06 Fev. 95, no parágrafo único do seu art. 33, *in verbis*:

Art. 33. [...]

⁴⁴ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 435.

Parágrafo único. O licenciamento do Serviço Ativo deverá ser realizado com base no artigo 121, parágrafo 3º, letra "b", da Lei nº 6.880, de 09 Dez. 80 (Estatuto dos Militares) e suas alterações.

Em 2000, foram desligados os primeiros militares pertencentes ao Cesd em testilha, como membro do SMI. O desligamento foi fundamentado em legislação própria (Decreto nº 880/93, art. 24, § 3º) cujo âmbito de aplicação é, somente, para os *militares temporários em continuação voluntária* (ver. Item 6.1.2.3.), mais a primeira parte do art. 121, § 3º, *a* do Estatuto dos Militares, por término do tempo de serviço, cuja aplicação é prevista, apenas, para militares temporários, vistos no item 6.1.

Após 2001 o concurso do Cesd foi suspenso retornando em 2003, como concurso interno, somente para os soldados de segunda classe da Aeronáutica. Ocorreu o que estava previsto nos regulamentos de pessoal da aeronáutica desde 1993.

8.1. Pelo Direito

Tendo os atos públicos presunção de veracidade, tudo aquilo que foi prometido, deve ser cumprido!

Toda pessoa tem direito à verdade. A FAB não podia omiti-la ou falseá-la, ainda que contrária aos interesses da própria Administração Pública. Pois, nenhum Estado pode crescer ou estabilizar-se sobre o poder corruptivo do hábito do erro, da opressão, ou da mentira, que sempre aniquilam até mesmo a dignidade humana quanto mais a de uma Nação.

Além desses fatores, as normas basilares do Direito Militar prevêm que os atos de convocação devem ser respeitados, ou seja, os jovens deveriam ter como esteio de sua carreira o edital e o panfleto emitidos pelo Centro de Comunicação Social da Aeronáutica – CECOMSAER, pois formam seus *atos de convocação*, e, por eles foram informados dos seus prometidos futuros direitos como militares de carreira. Como pudemos observar até aqui, havia previsão legal anterior autorizando a realização de um concurso nos moldes do que ocorreu. Sendo um *ato administrativo perfeito*⁴⁵.

Destarte, o ato de compará-los aos incorporados pelo SMI, pois foram desligados como se assim o fossem, isto é, em procedimento análogo, é nulo de pleno direito, a eles não se aplica tal legislação. Pois, como já vimos, o Estatuto dos Militares faz distinção clara entre os militares de carreira e os temporários.

Ao esmiuçarmos todas as possibilidades para tentarmos compreender o raciocínio do Comando da Aeronáutica e do Judiciário. Tentando traçar um parâmetro entre as duas instituições. Constatamos que os regulamentos militares, pouco interesse despertam aos intelectuais, a julgar pela exígua quantidade de literatura disponível a seu respeito. Mais limitado ainda se considerarmos apenas o que há de científico neles. Quase tudo é de natureza meramente descritiva e cuja autoria, poucas vezes, ultrapassa os muros castrenses. O que explica o desconhecimento e até mesmo o despreparo das autoridades judiciárias e

⁴⁵ É aquele que, tendo completado o ciclo de sua formação, contém todos os elementos de procedimentos e forma exigidos por lei.

militares que quase sempre mantêm a herança cultural onde é de práxis dizer: “Soldado serve e vai embora”.

O “*usos e costumes*” só explicam o “*como as coisas ocorrem*”, aquilo que se dá automaticamente, pela repetição de determinada prática “*usus*”, o elemento *material*, é assim reiterado por aqueles que pensam que deve ser uma lei, ou seja, o elemento *psicológico* “*opinio iuris vel necessitatis*”. É o maior problema decorrente das reformas administrativas: a mentalidade dos destinatários diretos e indiretos, que, olvidando ou rechaçando as mudanças, mantêm-se numa postura de retaguarda e de crítica ao produto reformado.

Verificados os *erros administrativos*, para a exaltação da nossa Norma Ápice e, também, dos princípios gerais da boa administração pública, o ato que os licenciou deveria ser anulado, gerando efeito *ex tunc*. Com isso, todos aqueles que foram desligados por tal ato, deveriam ser reincorporados, sendo-lhes garantidos todos os vencimentos e promoções devidas desde a sua saída.

Vejam o entendimento do sempre louvável jurista Hely Lopes Meirelles em seu curso de Direito Administrativo Brasileiro – página 194, *in verbis*:

“Observamos, neste ponto, que a mudança de interpretação da norma ou orientação administrativa não autoriza a anulação dos atos anteriores praticados, pois tal circunstância não caracteriza ilegalidade, mas simples alteração de critério da Administração, incapaz de invalidar situações jurídicas regularmente constituídas. A respeito, convém ter presente, como apontamos no estudo do princípio da segurança jurídica (capítulo II – item II), que a lei federal, como verdadeiro norma geral, veda “a aplicação retroativa da nova interpretação” (Inciso XIII – do parágrafo único do artigo 2º)”.

E mais: Páginas 195 e 197:

“A doutrina tem sustentado que há prazo para anulação do ato administrativo, mas a jurisprudência vem anulando o rigor dessa afirmativa, para manter atos ilegítimos praticados e operantes há longo tempo e que já produziram efeitos perante terceiros de boa-fé. Esse entendimento jurisprudencial arrima-se na necessidade de segurança e estabilidade jurídica na atuação da Administração. Também não se justifica a anulação de atos defeituosos na tramitação interna, pois ao particular não se impõe a obrigação de fiscalizar a conduta do Poder Público. Aplicam-se, em tais casos, a presunção de legitimidade e a doutrina da aparência, que leva o administrado a confiar na legalidade dos atos da Administração. Como destacados no capítulo II – item II, a Lei 9.784/99 manda a Administração observar o princípio da segurança jurídica, ali estudada”.

“Finalmente, vejamos os efeitos da *prescrição* diante dos atos nulos. A nosso ver, a prescrição administrativa e a judicial impedem a anulação do ato no âmbito da Administração ou pelo Poder Judiciário. E justifica-se essa conduta porque o interesse da estabilidade das relações jurídicas entre o administrado e a Administração ou entre esta e seus servidores é também *interesse público*, tão relevante quanto os demais. Diante disso, impõe-se a estabilização dos atos que superem os prazos admitidos para sua impugnação, qualquer que seja o vício que se lhes atribua. Quando se diz que os atos nulos podem ser invalidados a qualquer tempo, pressupõe-se, obviamente, que tal anulação se opere enquanto não prescritas as vias impugnativas internas e externas, pois, se os atos se

tornaram inatacáveis pela Administração e pelo Judiciário, não há como pronunciar-se sua nulidade”.

“[...]”

IV - Os atos administrativos, envolvendo anulação, revogação, suspensão ou convalidação devem ser motivados de forma "explícita, clara e congruente." (L. 9.784/99, Art. 50)

V - A velha máxima de que a Administração pode nulificar ou revogar seus próprios atos continua verdadeira (Art. 53). Hoje, contudo, o exercício de tais poderes pressupõe devido processo legal administrativo, em que se observa em os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (L. 9784/99, Art. 2º)". MS 8946/DF; 200300278884. Rel. Humberto Gomes de Barros. DJU, 17/11/2003. pág. 197.

Nesse dispositivo, os depositários do poder perderam uma grande oportunidade para ressaltar, expressamente, as situações envolvendo direito adquirido (art. 5º, XXXVI). A uniformidade de sistematização fortalece as vigas mestras da ordem constitucional (cf.: *Constantin Yannakopoulos, La notion de droits acquis em droit administratif français, Paris, LGDJ, 1997*).

Filiamos-nos dentre aqueles que defendem a preservação dos direitos já incorporados, em definitivo, ao patrimônio individual dos sujeitos, resguardando, assim, o primado da segurança jurídica, bem como os direitos e garantias fundamentais consagrados pela própria Constituição, dentre eles o pórtico enunciado no art. 5º, XXXVI.

É contrário à boa-fé permitir que a Administração Militar se aproveite de uma ilegalidade por ela mesma cometida.

O controle jurídico do comportamento ético da Administração Pública encontra respaldo no ditame da moralidade, que não constitui uma disposição meramente declaratória.

“A moralidade da Administração Pública não se limita à distinção entre o bem e o mal, devendo ser acrescida da idéia de que o fim é sempre o bem comum. O equilíbrio entre a legalidade e a finalidade, na conduta do servidor público, é que poderá consolidar a moralidade do ato administrativo”.⁴⁶

Assim, o funcionário que adquire, pelo *ato de nomeação*, direito à *vitaliciedade* (um Ministro do STF), no momento de nomeação, ou à *estabilidade*, pelo decurso do tempo, ou cuja demissão está sujeita, pela lei, a certas e determinadas formalidades (processo administrativo regular), não pode ter sua *nomeação* revogada pela autoridade administrativa, salvo se aquele primeiro ato pudesse vir a ser considerado nulo por vício fundamental insanável de fundo ou de forma.

⁴⁶ Decreto nº 1.171, de 22/06/1994. Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal. Capítulo I, Seção I, Das Regras Deontológicas, inciso II.

Para Uadi Lammêgo Bulos⁴⁷, “O princípio da moralidade é uma *pauta jurídica*, reconhecida expressamente pela manifestação constituinte originária de 1988. Por isso, sua observância é obrigatória, estando sujeita a controle judicial. Violá-lo é lesar a Constituição.

A doutrina e a jurisprudência têm chamado a atenção de que esse *núcleo do princípio constitucional da moralidade administrativa* varia a depender de cada caso concreto. No que diz respeito ao controle da Administração Pública, *v.g.*, seara onde o princípio em pauta encontra larga aplicação, aparecem duas situações comuns: uma ligada à doutrina da *proibição de ir contra atos próprios*, outra relacionada à chamada *caducidade* ou *retardamento desleal* (cf.: Hector Mairal, *La doctrina de los propios actos y la Administración Pública*; Eduardo Garcia de Enterría, *La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad*).

O Supremo Tribunal de Justiça, aos poucos, vem reconhecendo essa tese, mormente em relação à teoria dos atos nulos no direito público (*RTJ*, 37:248; *RTJ*, 45:589). O Superior Tribunal de Justiça, na esteira do raciocínio em tela, tem decidido que “Na avaliação da nulidade do ato administrativo é necessário temperar a rigidez do princípio da legalidade, para que ele se coloque em harmonia com os princípios da estabilidade das relações jurídicas, da boa-fé e outros valores essenciais à perpetuação do Estado de Direito” (STJ, rel. Min. Gomes de Barros, *RDA*, 184:134).”

É ínsito à boa-fé e à moralidade administrativa proibir o *venire contra factum proprium*, ou seja, proibir que quem deu causa, por ato próprio, a uma ilicitude, dela se aproveite.

“EMENTA: Administrativo. Militar. Quadro Complementar da Aeronáutica. Ingresso mediante concurso de provas e títulos. Permanência em serviço. Quadro de Oficiais Técnicos-Cote, conforme Portaria 630/GM1, de 10/07/87, mediante transferência, a teor do art. 1º, III, do Decreto 94.798/87 que deu nova redação ao § 2º do art. 9º do Decreto 94.575/87. Aproveitamento. Apelo provido. Honorários fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação. À unanimidade.

I - Ingressaram só autos no serviço militar através de concurso público, tendo requerido, em tempo hábil, a aplicação do princípio da isonomia.

II - A apreciação dos pedidos de prorrogação dos Oficiais do Quadro Complementar é legalmente prevista e está contida no poder discricionário da Administração.

III - O ato administrativo de antecipação de licenciamento e exclusão das fileiras da Aeronáutica, sem justificação aceitável, deixa campo da discricionariedade para ser qualificado como ato arbitrário.

IV - A atividade administrativa, mesmo quando discricionária, rege-se pelos princípios fundamentais da legalidade e da moralidade administrativa, expressamente incorporados pela atual Constituição Federal, em seu art. 37, caput, e sempre presente em

⁴⁷ Constituição Federal Anotada.

nossa tradição constitucional legal, doutrinária e jurisprudencial.

V - O Decreto 94.787/87 já previa o aproveitamento dos integrantes do Quadro Complementar de Oficiais da Aeronáutica, que não é senão o Quadro de Oficiais Temporários.

VI - O art. 1º, III, do citado dispositivo legal estabelecia que o quadro da ativa de Oficiais Técnicos absorveria os integrantes do Quadro Complementar de Oficial 1.

VII - Por unanimidade, dado provimento ao apelo, na forma acima explicitada, fixando os honorários em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação" (TRF, 2ª Região, AC 94.02.04826/RJ, rel. Juiz Alberto Nogueira, 2ª Turma, decisão: 13-9-1995, DJ2, de 19-10-1995, p. 71796).

Não pode a Administração, de uma hora para outra, deixar de reconhecer os efeitos pretéritos de atos por ela praticados, aproveitando-se da situação e violando o princípio da moralidade administrativa. Tal entendimento já foi acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 184.487/SP (DJU 03-05-1999, p. 153; RSTJ 120/386), por sua Quarta Turma, relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, assim ementado, no que interessa:

"A teoria dos atos próprios impede que a administração pública retorne sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade do seu procedimento."

É ponto pacífico tanto na doutrina como na jurisprudência, que não pode ser revogado unilateralmente o ato administrativo, do qual emanem *direitos subjetivos* em favor de outros sujeitos, ao contrário do ato administrativo, do qual derivem apenas *interesses*, que pode ser revogado, visto que o *interesse público* paira e sobrepuja o *interesse individual*. Toda vez que esse sistema for colocado em xeque a democracia estará em sério risco.

9. CONCLUSÃO

Vimos às diferenças entre os militares *de carreira* e os *temporário*, assim, podemos afirmar que o militar de carreira pode ser soldado ou oficial. O mais importante, portanto, é saber como foi sua forma de ingresso.

Há a necessidade de sabermos se houve concurso público para admissão, pois se o concurso foi somente para o público interno, não se trata de concurso público. Logo, estes militares, cuja origem fora outra que não o concurso público, ficam fora do Manto Constitucional (ver item 3). Haja vista a obrigatoriedade imposta pela Lei Ápice para provimento de cargos de natureza permanente.

Se, porém, incorporado por outra forma, seja compulsória ou não, e, depois, aprovado em concurso público aberto, onde sua situação anterior seja apenas utilizada como critério de desempate, goza da total proteção jurídica do militar de carreira, pois ocorreria a modificação do tipo militar, exceto os militares Possuidores de Reconhecida Competência Técnico-Profissional ou de Notória Cultura Científica (Forma Mista II), vistos no item 6.1.2.1. Onde seu ingresso, normalmente, ocorre através do certame público, contudo, são considerados como temporários, mas, a de se ressaltar, que se o trabalho desenvolvido for de necessidade permanente, podem, visto o desrespeito ao preceito constitucional, serem tidos como militares de carreira.

Lembrando do CESD, contrários operadores do direito podem dizer que pelo *princípio da autotutela* pode o Estado revogar os seus atos acometidos de erro. E, por essa linha de raciocínio, o CESD foi um “erro” *ab ovo*, não tendo, portanto, gerado nenhum *ato jurídico* válido, já que as normas internas da Aeronáutica o previam apenas para os egressos do serviço militar obrigatório. Outros, leigos, acometidos por normose⁴⁸, dirão que não adianta ingressar qualquer ação contra a União, pois não dá em nada.

Contudo, tal atitude iria de encontro aos valorosos *princípios do direito*, muitos dos quais positivados em nossa Lei Maior, como, *v.g.*, a dignidade da pessoa humana, a moralidade pública, a legalidade, a eficiência, a publicidade; outros com origem no direito Romano, como, *v.g.*, o *pacta sunt servanda...*; e outros princípios *omnivalentes* que servem para qualquer ciência, *v.g.*, o *princípio da não contradição*: uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo.

Ir contra tais princípios seria o mesmo que sepultar a *Democracia* e abandonar, não eles, mas toda sociedade ao império do arbítrio.

⁴⁸ É o termo criado pelo filósofo contemporâneo Jean-Yves Leloup para designar um tipo de patologia moderna caracterizada pela aceitação de comportamentos pessoais e sociais nocivos sem questionamento. A pessoa acometida pela doença passa a agir como se estivesse acostumada a certas atitudes que, mesmo lhe trazendo prejuízos significativos, sequer critica. No sentido mais restrito de nossas vidas, a normose é manifestada pelos pequenos maus hábitos, que vão sendo tolerados e denigrem, gradativamente, nossa cultura e nossos valores.

O grande prejuízo decorrente dessa patologia é que ela inibe o bom senso, a iniciativa e a criatividade de umas poucas mentes inquietas e corações inconformados que querem construir uma sociedade mais justa e próspera.

“A democracia não é apenas o governo da maioria, mas sim, e principalmente, o respeito e a eficácia do Estado de Direito⁴⁹”.

Depreende-se que os Requeridos eram agentes públicos militares que lograram aprovação em concurso de provas e, uma vez regularmente nomeados, somente seriam passíveis de perderem o cargo mediante sentença judicial transitada em julgado ou por processo administrativo em que lhes fossem assegurada a ampla defesa e o contraditório.

Tal decorre obviamente da segurança jurídica que emana dos atos administrativos, não sendo dado à Administração rever, a qualquer tempo, anulando-o, concurso por ela mesma promovido, em que os candidatos que lograram aprovação foram nomeados, tomaram posse e entraram em exercício nas funções dos seus cargos, sendo, não obstante, sumariamente demitidos, por um ato que se assemelha, e muito, aos de um regime de exceção, pois que desatendidas as mínimas garantias individuais, asseguradas pela Constituição da República.

Por tais razões, não tem fulcro à tese de um militar, cujo ingresso tenha se dado através de aprovação em concurso público e não sendo possuidor de reconhecida competência técnico-profissional ou de notória cultura científica, possa vir a ser considerado “temporário”. Muito menos o de serem militares do Serviço Militar Inicial obrigatório, como foi visto.

Ficaria, portanto, a critério dos interessados o ingresso em juízo pelo dano moral e material decorrentes do afastamento forçado e ilegal.

Porém, o baixo grau de organização e mobilização das classes populares na defesa dos seus interesses, a existência de um conluio intra-elite, é elemento fundamental para compreender a falta de competição mais radical interna entre aqueles que detém o poder, sem arriscar-se a um desafio de superação ou pelo menos a uma disputa por parte do Estado ou de agentes privados, principalmente no que se refere aos direitos humanos. O grau de indignação é muito baixo. Todos esses fatores concorrem para que a violação dos direitos humanos seja uma constante em nosso país, sem que haja uma reação mais arrojada por parte da sociedade como um todo.

No caso do CESD, o princípio da autotutela seria bem aplicado, se a FAB, fazendo seu uso, convocasse para reincorporação todos aqueles desligados por tão absurdo erro administrativo. Que serviu apenas para demonstrar a falta de eficiência administrativa da instituição.

“Sob este signo da conciliação e do patriotismo, perdura um Estado que mantém relações ambíguas com a sociedade: autoritário e violento para com a grande maioria da população, dócil e transigente aos interesses das elites. Sem que a sociedade brasileira seja capaz de provocar uma autêntica ruptura neste processo circular, que tenha os direitos humanos como paradigma ético e a Constituição como único caminho, a exceção continuará sendo a regra para largos setores da população e a democracia continuará sofrendo grandes dificuldades em se consolidar”.

⁴⁹ Oscar Vilhena Vieira.

B I B L I O G R A F I A

1. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo* – São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.
2. BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada* – 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2003.
3. *CARTA FORENSE*. Ano II, nº 16 – Agosto, 2004.
4. CRETELLA Jr., José. *Curso de Direito Administrativo* – 18ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2002.
5. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 1 – 18ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.
6. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo* – 13ª ed. – São Paulo: Atlas, 2001.
7. FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo* – 4ª ed., – Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
8. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa* – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
9. GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo* – 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
10. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro* – 26ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2001.
11. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo* – 13ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2001.
12. MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional* – 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2003.
13. MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado* – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2000.
14. OLIVEIRA, Josivaldo Félix de. *A Responsabilidade do Estado por Ato Lícito* – São Paulo: Hábeas, 1998.
15. REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito* – 26ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.
16. SAMPAIO, Luiz Augusto Paranhos. *Processo Administrativo* – Goiânia: AB, 2000.
17. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico* – 15ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1998.
18. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo* – 19ª ed., – São Paulo: Malheiros, 2001.
19. TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional* – 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2003.