



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A INCONSTITUCIONALIDADE DO §2º DO ART. 33 DA LEI DO SERVIÇO MILITAR,
ACRESCIDO PELA LEI Nº 13.954, DE 2019

Vinícius Antonio Areias

Rio de Janeiro
2021

VINÍCIUS ANTONIO AREIAS

A INCONSTITUCIONALIDADE DO §2º DO ART. 33 DA LEI DO SERVIÇO MILITAR,
ACRESCIDO PELA LEI Nº 13.954, DE 2019

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica Cavalieri
Nelson C. Tavares Junior
Ubirajara da Fonseca Neto

Rio de Janeiro
2021

A INCONSTITUCIONALIDADE DO §2º DO ART. 33 DA LEI DO SERVIÇO MILITAR,
ACRESCIDO PELA LEI Nº 13.954, DE 2019

Vinícius Antonio Areias

Graduado pela Universidade Estácio de Sá.
Advogado. 1º Ten. Convocado à FAB 2011 /
2019.

Resumo – No atual contexto político-ideológico há uma tendência das Forças Armadas a se tornarem uma instituição de governo e não de Estado. A Lei nº 13.954/19 que inseriu o §2º do art. 33 da lei nº 4.375/64 abriu espaço para essa transição por meio da manipulação de parte do efetivo. A nova lei também afasta eventuais responsabilidades administrativas de licitações e contratos dos seus verdadeiros gestores militares e ofende pelo menos doze princípios constitucionais.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Direito Constitucional. Direito Subjetivo ao Reengajamento. Prorrogação do Tempo de Serviço Militar. Lei nº 4.375/64. Lei nº 13.954/19.

Sumário: Introdução. 1. Princípios constitucionais violados pela norma do §2º do art. 33 da Lei nº 4.375/64: uma abordagem técnica e jurídica baseada no liame factual castrense. 2. Retrocesso da administração militar: *deficit* qualitativo causado pela norma em análise e a similaridade dos seus efeitos com o Ato Institucional Nº 5/68. 3. Jurisprudência vigente antes da entrada em vigor da lei nº 13.954/19 e seus efeitos: análise dos principais argumentos jurisprudenciais em confronto com a nova legislação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A pesquisa discute aspectos que demonstram vícios de inconstitucionalidade do art. 33, §2º da Lei do Serviço militar, acrescida pela Lei nº 13.954/19. São confrontados os efeitos da norma com a manutenção do estado democrático de direito, os óbices à soberania nacional e o retrocesso da Administração Pública.

Objetiva-se demonstrar que a atual legislação desvirtua o exercício pleno das funções administrativas dos militares temporários e permite que critérios ilegais possam servir de base para o não deferimento da prorrogação do tempo de serviço sem que haja a devida exposição dos motivos que fundamentam o ato administrativo.

Para tanto são enfrentadas questões inerentes à estabilidade do servidor público militar e a politização das Forças Armadas.

O serviço temporário militar pode ser prestado pelo decurso máximo de 8 anos, com renovações anuais, mas sem que haja estabilidade durante o período. Apesar da precariedade do vínculo, não há qualquer distinção ao comparar as atribuições impostas com as dos militares de carreira, mesmo quando se trata de cargos de liderança e chefia, restritos aos oficiais.

A estabilidade dos servidores é uma garantia ao exercício pleno de suas prerrogativas, sem que precisem sucumbir a interesses políticos ou hierárquicos para a permanência no cargo.

Ocorre que quando a lei afasta o direito subjetivo à renovação do militar temporário alija sua autonomia funcional, impondo-lhe ônus por sua responsabilidade administrativa ao custo da manutenção do vínculo institucional.

A assimetria entre responsabilidade funcional e a precariedade do vínculo institucional desnuda o militar temporário das garantias necessárias para caucionar a probidade de atuação em áreas sensíveis como a fiscalização de contratos administrativos e atuação em licitações.

A ausência de estabilidade tem o potencial de subjugar decisões técnicas às vontades arbitrárias imbuídas de poder hierárquico. Há uma dupla de danos, em que se identifica o agente público tolhido de atuar com autodeterminação e a Administração, refém de desígnios oblíquos.

Hodiernamente o Brasil sofreu um processo de politização das Forças Armadas, com adesão quase que notória a determinado gênero político. Em que pese não haver recrutamento militar lançando mão de critérios ideológicos, a recente alteração da Lei nº 4.375/64 permite que militares temporários que comunguem de posições político-ideológicas distintas possam ser deliberadamente excluídos sob o esconso manto de interesse da administração.

O mecanismo que legitima a negativa de reengajamento arbitrária dos temporários cinge a isonomia e impessoalidade inexoráveis aos cargos públicos, pois influencia na destituição sistemática de militares incompatíveis com posições políticas predominantes.

A destituição sistemática importa no surgimento de novas vagas para recrutamento, portanto cria-se um ciclo que ao longo do tempo tende a formar uma imensa maioria de militares temporários compatíveis com aspirações políticas.

A soberania nacional é gravemente afetada, uma vez que a captura ideológica dos integrantes das Forças Armadas converte a instituição de Estado em Governo.

O primeiro capítulo estuda os vícios de constitucionalidade decorrentes da norma, por meio de uma abordagem técnica e jurídica, mas sem se afastar do liame factual castrense.

O segundo capítulo expõe o *deficit* qualitativo causado na Administração Pública pela norma em análise e correlaciona seus efeitos com peculiaridades do Ato Institucional nº 5/68.

O terceiro capítulo analisa a jurisprudência predominante até a entrada em vigor da Lei nº 13.954/19 e destrinchará os principais argumentos em confronto com a nova legislação.

A pesquisa é desenvolvida com procedimento bibliográfico para aferir a lisura dos efeitos decorrentes da norma ora questionada e ampliar o debate sobre constitucionalidade. Também é empregado o método hipotético-dedutivo com o aproveitamento da experiência do pesquisador em ambientes militares, propondo hipóteses conexas aos efeitos diretos da legislação no ambiente administrativo-militar.

1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS VIOLADOS PELA NORMA DO §2º DO ART. 33 DA LEI Nº 4.375/64: UMA ABORDAGEM TÉCNICA E JURÍDICA BASEADA NO LIAME FACTUAL CASTRENSE

A norma do art. 33, §2º da lei nº 4.375/64¹ se tornou uma justificativa autônoma para o indeferimento dos pedidos de prorrogação do tempo de serviço de militares temporários, e não exige maiores motivações.

Motivação e motivo são elementos distintos e não se confundem, este é ligado à causa e àquele à forma, a qual se exige transparência, como é destacado pela Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro²:

[...] motivo é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo e que a motivação é a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram.

A motivação é requisito essencial do ato administrativo e por sua vez é assistida pela Constituição Federal no art. 37, caput, como decorrência do princípio da publicidade dos atos públicos, conforme ensina a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro³:

[...] a motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado. [...]

A obrigação de motivar o ato com fatos e fundamentos jurídicos é essencial, podemos ainda citar as lições do Professor Diógenes Gasparini⁴:

[...] a motivação é necessária para todo e qualquer ato administrativo, pois a falta de motivação ou indicação de motivos falsos ou incoerentes torna o ato nulo devido a Lei n.º 9.784/99, em seu art. 50, prevê a necessidade de motivação dos atos administrativos sem fazer distinção entre atos vinculados e os discricionários,

¹BRASIL. *Lei nº 4.375*, de 17 de agosto de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4375.htm>. Acesso em: 1 mar. 2021.

²DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 212.

³Ibid., p. 211.

⁴GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 23.

embora mencione nos vários incisos desse dispositivo quando a motivação é exigida.

O dispositivo eximiu o administrador público militar das obrigações de motivação e até mesmo de processar o pedido de reengajamento. A prorrogação do tempo de serviço tornou-se uma concessão, ou seja, não apreciação do pedido tem o poder de licenciar qualquer temporário das Forças Armadas. O motivo que leva ao indeferimento passou a ter talante sigiloso e velado o qual torna impossível sua correição.

Corroborar para o entendimento ainda as palavras do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello⁵: “o Princípio da Motivação impõe a administração Pública o dever de expor as razões de direito e de fato pelas quais tomou a providência adotada.”

A aplicação da legislação ora questionada é realizada por meio de publicação em boletim informando que o reengajamento foi indeferido com base unicamente nela de forma autônoma. Apensa-se como exemplo o Despacho Decisório Nº 163/2CM1/3571⁶ publicado Boletim do Comando da Aeronáutica nº 020, de 05 de fevereiro de 2020:

DESPACHO DECISÓRIO Nº 163/2CM1/3571, DE 3 DE FEVEREIRO DE 2020.
(Proc nº 67410.002915/2020-51 - Ref Req em que o militar Nr Ord 6497039, do efetivo do HFAB, solicita prorrogação de tempo de serviço, e outros.)
INDEFERIDO, por não haver interesse da Administração, de acordo com o disposto no art. 33, da Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964 (Lei do Serviço Militar), com as alterações da Lei nº 13.954, de 16 de dezembro de 2019.

Não há uma remessa de documentos pormenorizem quais motivos levaram ao indeferimento, a nova legislação revestiu-se de justificativa autônoma.

Já a expressão “interesse da administração”, busca abrigo à luz do princípio da separação dos poderes e camufla eventual arbitrariedade atrás de um juízo de conveniência e oportunidade atribuído aos atos discricionários.

Os vícios atinentes à motivação ofendem os princípios da publicidade do art. 37, caput da CRFB/88 e do acesso à informação do art. 5º, XIV da CRFB/88⁷.

O art. 33 §1º da Lei nº 4.375/64⁸ define que as condições de prorrogação serão estabelecidas em ato dos Comandantes Forças Armadas e para tanto contam com publicações assinadas por seus Comandantes que regulamentam o dispositivo, como a ICA 36-14/2018⁹:

⁵MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 70.

⁶FORÇA AÉREA BRASILEIRA. *Despacho Decisório Nº 163/2CM1/3571*. Disponível em: <<https://www.sislaer.fab.mil.br/>> Acesso em: 05 mar. 2021.

⁷BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 mar. 2021.

⁸BRASIL, op. cit., nota 1

⁹BRASIL. Força Aérea Brasileira. *Instrução do Comando da Aeronáutica 36-14*. Disponível em: <<https://www.sislaer.fab.mil.br/>> Acesso em: 05 fev. 2021.

a) o interesse do serviço, com base nas demandas regionais; b) ter sido julgado(a) apto em Inspeção de Saúde (...); c) ter parecer favorável de seu Comandante, Chefe (...); e) a existência de vagas (...); e f) não ter restrições em relação aos conceitos moral e profissional (...).

É possível inferir da leitura a *contrario sensu* do §1º do art. 33 da Lei nº 4.375/64¹⁰ que uma vez satisfeitas suas condições haverá a prorrogação do tempo de serviço. Ocorre que como o §2º do mesmo artigo inseriu uma justificativa autônoma para o não reengajamento, mesmo que todos os requisitos do parágrafo 1º, definidos em ato administrativo sejam satisfeitos, é possível um indeferimento sem maiores explicações obscurecendo a expressão: “discricionária”.

Di Pietro¹¹ ensina que as decisões discricionárias são passíveis de controle judicial, o qual deve se pautar na motivação, sem a qual não é possível haver garantia de legalidade.

[...] a motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado.

Tanto a arbitrariedade quanto a discricionariedade são em essência formas de tomada de decisão, mas se diferem pois esta se submete aos limites da legalidade e razoabilidade e aquela não. O art. 33 §2º da Lei nº 4.375/64¹² concede poder ilimitado ao administrador para excluir militares temporários como forma de burlar o disposto no parágrafo 1º do mesmo artigo ofertando abrigo para decisões desproporcionais.

A legislação em tela concedeu ao administrador público militar o poder de decidir àquilo que será ou não exposto em um processo administrativo de prorrogação de tempo de serviço, conforme sua conveniência e por isso gerou ofensa ao art. 5º, LX da CRFB/88¹³.

A norma analisada reforça o rebaixamento dos militares temporários em detrimento dos de carreira. Por exemplo, o militar temporário, não faz jus ao Próprio Nacional Residencial (PNR), pois a precariedade de seu vínculo institucional pode ensejar tempo de moradia curto. Tal proibição raramente é questionada judicialmente, pois é implícito prenúncio de que em assim fazendo o reengajamento será indeferido. A discriminação entre as classes é evidenciada pela AC 0001142-82.2003.4.03.6121/SP¹⁴ do TRF3.

[...] PRÓPRIO NACIONAL RESIDENCIAL (PNR). (...) VEDAÇÃO DE

¹⁰BRASIL, op. cit., nota 1.

¹¹DI PIETRO, op. cit, 2008, p. 211.

¹²BRASIL, op. cit., nota 1

¹³BRASIL, op. cit., nota 7.

¹⁴BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. AC nº 0001142-82.2003.4.03.6121. Relator: Desembargador Luiz Alberto de Souza Ribeiro. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual>>. Acesso em: 31 mai. 2021.

DISCRIMINAÇÃO ENTRE MILITARES TEMPORÁRIOS E DE CARREIRA. (...) 4. O tratamento dispensado violou o princípio da igualdade (...) distinção entre Militares de Carreira e Militares Temporários, evidentemente ultrapassou as raia de mero dissabor (...) a carreira castrense segue rígido padrão de abordagem, fazendo com que os subordinados, por estes motivos, sejam desencorajados a realizar questionamentos a seus superiores (...) a sociedade em geral nutre preconceitos dos mais diversos gêneros (cor, raça, opção sexual, religiosa etc), assim não se afigurando irrazoável que os Militares de Carreira se sentissem "superiores" aos Militares Temporários, (...) o atingimento da honra autoral está robustamente comprovado [...]

O dispositivo tornou o militar temporário refém de qualquer arbitrariedade. É passível de ser compelido a agir com menor ou maior rigor na fiscalização de contratos, sindicâncias, inquéritos policiais militares com receio de não ser reengajado.

É inerente ao militarismo a exposição ostensiva do poder hierárquico, logo, para que qualquer militar concretize suas atribuições ele deve ter a capacidade de exercer seu poder de comando de forma plena e eficaz.

O dispositivo em análise diminuiu o alcance do poder hierárquico dos temporários, pois não há garantias legais para o exercício do poder-dever, e como consequência há prejuízo ao exercício pleno das funções. O mesmo ocorre com as atribuições técnicas cuja autodeterminação também é alijada.

É possível presumir que advém da ausência de direito subjetivo à renovação um arcabouço de práticas discriminatórias que causam verdadeira erosão no binômio poder-dever. O poder passa a ser limitado por fatores oblíquos ao interesse público e não alcança a dimensão exigida pelo dever, em contrariedade ao art. 3º, IV da Carta Constitucional¹⁵.

A legislação ora examinada não obsta o acesso à justiça, mas retira a eficácia da tutela jurisdicional e exauri a impetração de mandado de segurança, pois não é possível se falar em direito líquido e certo quando sequer há direito subjetivo.

A lei não pode afastar a ameaça ou lesão ao direito da apreciação pelo Poder Judiciário, mas afastou o próprio direito e tornou a busca pela tutela jurisdicional vazia.

A garantia constitucional do acesso à justiça não é suficiente à satisfação do direito, é necessário a existência de uma carga de efetividade sobre a prestação da tutela jurisdicional. Segundo Luiz Rodrigues Wambier¹⁶:

à luz dos valores e das necessidades contemporâneas, entende-se que o direito à prestação jurisdicional (garantido pelo princípio da inafastabilidade do controle judiciário, previsto na Constituição) é o direito a uma proteção efetiva e eficaz, que tanto poderá ser concedida por meio de sentença transitada em julgado, quanto por outro tipo de decisão judicial, desde que apta e capaz de dar rendimento efetivo à norma constitucional.

¹⁵BRASIL, op. cit., nota 7.

¹⁶WAMBIER apud FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 321.

Wambier¹⁷ ainda complementa sobre a eficácia do acesso à justiça:

[...] não se trata de apenas assegurar o acesso, o ingresso, no Judiciário. Os mecanismos processuais (i.e., os procedimentos, os meios instrutórios, as eficácias das decisões, os meios executivos) devem ser aptos a propiciar decisões justas, tempestivas e úteis aos jurisdicionados – assegurando-se concretamente os bens jurídicos devidos àquele que tem razão.

A legislação ofendeu o Art. 5º, XXXV da CRFB/88¹⁸. A espécie mais comum de ações propostas contra ilegalidades de atos administrativos ligados ao reengajamento de militares é o Mandado de Segurança, capitulado no art. 5º LXIX da CRFB¹⁹, cujo enunciado se materializa justamente pela proteção ao direito líquido e certo.

Quando a norma, que foi de iniciativa do Presidente da República, limitou direitos, inclusive fundamentais, como o afastamento do mandado de segurança, extrapolou sua competência e gerou vício formal de iniciativa, nos termos do art. 68, §1º, II da CRFB²⁰.

Conforme prevê o art. 51 do Estatuto dos Militares²¹, é possível recorrer das decisões que prejudiquem o militar. Se há a possibilidade do exercício de contraditório o trâmite de reengajamento tem natureza jurídica de processo e não de procedimento, logo deve obrigatoriamente atender ao art. 15, combinado com o §2º do art. 1.046, ambos do CPC/15²².

Quando o Código de Processo Civil utiliza o vocábulo “subsidiariamente”, se refere que na ausência de normas processuais ele deve ser aplicado, já ao utilizar a expressão “supletivamente”, impõe que as normas do processo administrativo devem ser interpretadas conforme sua inteligência. No mesmo sentido esclarece o Professor Alexandre Câmara²³:

aplicação supletiva não se confunde com aplicação subsidiária. Esta se dá na ausência de disposição normativa específica. Já quando se fala em aplicação supletiva, o que se tem é uma interação entre a lei específica e a lei geral (que, no caso em exame, é o CPC), de modo que será necessário interpretar a lei específica levando-se em consideração o que consta da lei geral.

Alexandre Câmara²⁴ esclarece a subordinação dos processos administrativos: “Certo é que o Código de Processo Civil veicula a lei processual comum, a ser aplicada como regra geral a todos os processos judiciais ou administrativos em curso no Brasil [...]”.

¹⁷Ibid., p. 70.

¹⁸BRASIL, op. cit., nota 7.

¹⁹Ibid.

²⁰BRASIL, op. cit., nota 7.

²¹BRASIL. *Estatuto dos Militares*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm>. Acesso em: 1 mar. 2021.

²²BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 1 mar. 2021.

²³CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 44.

²⁴Ibid., p. 43.

Em um processo de prorrogação do tempo de serviço, haverá atipicamente o exercício da função judicante. Por esse motivo, a decisão final será de natureza vinculada, e deve observar os seguintes critérios: requisitos legais de investidura e permanência no cargo e requisitos administrativos designados pelo Comandante da Força Armada.

Não se confundem a utilização de critérios de reengajamento discricionários, com o julgamento atípico do processo pela autoridade militar. Aquele é discricionário e esse vinculado. O servidor que julga o pedido de reengajamento não tem competência para decidir conforme a conveniência e oportunidade. É possível citar novamente as lições do Professor Câmara²⁵ a respeito da natureza do ato de julgar:

[...] a atividade jurisdicional não é, não pode ser, discricionária. (...) O Direito no Estado Democrático de Direito não é compatível com escolhas discricionárias, pois não se pode admitir a ideia de que seria indiferente para o Direito e para a sociedade que o juiz escolha esta prova e não aquela, ou vice-versa, de modo que, ao final, se chegaria à conclusão de que seria juridicamente indiferente dar-se razão a uma das partes ou à outra.

Em uma interpretação supletiva, o ato administrativo embasado apenas no §2º do art. 33 da Lei nº 4.735/64²⁶ fere o devido processo legal e ofende o Estado Democrático de Direito, afinal a decisão de um processo administrativo torna-se fruto da conveniência e oportunidade do julgador, em que pouco importam os procedimentos e resultados do requerimento de reengajamento, ao final poderão ser indiferentes conforme a escolha do avaliador. É possível traçar um paralelo com as lições do Professor Câmara²⁷:

o papel do juiz, como intérprete, não é inventar uma norma jurídica para solucionar a causa, mas aplicar a norma jurídica adequada no caso concreto. E deve fazê-lo sem exercer qualquer tipo de poder discricionário. A discricionariedade judicial é absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito. Isso porque falar de discricionariedade é falar de “indiferentes jurídicos.

A interferência nos critérios de permanência nas fileiras das Forças Armadas, gera influência direta na seleção de ingresso, pois o *deficit* de contingente é rapidamente suprido com uma nova “leva” de temporários, cujo treinamento é de dois meses. Abre-se espaço para que as forças federais sejam cooptadas por interesses que afetem a própria garantia dos poderes constitucionais, ofendendo o caput do art. 142 da CRFB/88²⁸.

A ofensa acima não se restringe à distorção do recrutamento de pessoal militar, mas também ao §3º, I do art. 142 da CRFB/88²⁹, pois quando a legislação do art. 33 §2º da Lei nº

²⁵Ibid., p. 251 e 252.

²⁶BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁷CÂMARA, op. cit., p.53.

²⁸BRASIL, op. cit., nota 7.

²⁹Ibid.

4.375/64³⁰ afasta o direito à prorrogação do tempo de serviço, fica claro que conforme já explicado há descompasso entre poder e dever, logo o militar temporário em razão da arbitrariedade do processo de reengajamento não tem assegurada a plenitude das prerrogativas, direitos e deveres inerentes ao cargo, principalmente quando oficiais.

A legislação analisada ofende os seguintes princípios: publicidade, art. 37, caput; acesso à informação, art. 5º, XIV; publicidade dos atos processuais, art. 5º, LX; discriminação do art. 3º, IV; inafastabilidade da tutela jurisdicional, art. 5º, XXXV e LXIX; iniciativa, art. 68, §1º, II; devido processo legal, art. 5º, LIV; Estado Democrático de Direito, art. 1º, caput; soberania nacional, caput e §3º, I do art. 142 todos expressos na Constituição³¹

2 RETROCESSO DA ADMINISTRAÇÃO MILITAR: DEFICIT QUALITATIVO CAUSADO PELA NORMA EM ANÁLISE E A SIMILARIDADE DOS SEUS EFEITOS COM O ATO INSTITUCIONAL Nº 5/68

A definição sobre direito subjetivo permite a discussão entre a nota distintiva da corrente positivista e da jusnaturalista. Esta entende que o direito pode surgir diretamente da própria natureza do homem, logo o direito por si só é independente e superior a própria lei, já a aquela afirma que somente a lei pode conceder o direito.

A supressão do direito realizado pela via legal, da forma como foi realizada no art. 33 §2º da Lei nº 4.375/64³² é precipuamente positivista e imprime falsa legalidade ao abuso de poder, pela impossibilidade do exercício de qualquer forma de controle em razão da supressão da motivação do ato administrativo. Tal expediente prejudica o acesso efetivo à justiça e irremediavelmente se mostra como um tijolo que pavimenta a estrada para regimes de exceção.

No prólogo da obra *Arbitrariedade Legal y Derecho Supralegal* de Radbruch comentou María Isabel Azaretto de Vásquez³³:

a experiência nacionalsocialista produz uma tal impressão nele, que o obriga a repensar seu anterior positivismo, e esta reflexão o leva a rechaçá-lo, já que vê na separação do direito e da moral a base em que se apoiou o nazismo para levar a cabo, sob a aparência de legalidade, as maiores injustiças. A formação positivista dos juízes e advogados os inabilitou para defender-se contra a legalidade injusta.

³⁰BRASIL, op. cit., nota 1.

³¹BRASIL, op. cit., nota 7.

³²BRASIL, op. cit., nota 1.

³³VÁZQUEZ apud HEUSELER, Denise; LEITE, Gisele. *Considerações principiológicas sobre a Constituição Federal Brasileira*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/82912/principiologia-constitucional-brasileira/2>>. Acesso em: 1 mar. 2021.

Isto leva a Radbruch a sustentar que uma lei que contrarie os princípios básicos da moralidade não é direito, ainda que seja “formalmente válida”.

Decisões pautadas nesse dispositivo permitem que haja critérios velados que indefiram a prorrogação do tempo de serviço de militares que por exemplo tenham opiniões políticas divergentes, pertençam a determinados grupos sociais ou tenham comportamento discriminados pelo Chefe do Poder Executivo ou pelo Alto Comando.

O regramento analisado tem a característica central dos estados despóticos, isto é, o temor. Normas como esta do §2º do Art. 33 da Lei nº 4.275/64³⁴ têm como efeito principal a capacidade de gerar em qualquer temporário o medo de ser arbitrariamente ser “demitido”, independentemente da virtude, ou do desempenho do cargo como por exemplo ensina Montesquieu³⁵:

como, numa república, a virtude é necessária, e, numa monarquia, a honra, num governo despótico é necessário o temor. Nesse governo a virtude é absolutamente desnecessária e a honra seria perigosa.

(...) que o temor abata todas as coragens e extinga até o menor sentimento de ambição.

Um governo moderado pode, na medida em que o queira, e sem risco, afrouxar suas molas. Mantém-se por suas leis e por sua própria força. Mas quando, no governo despótico, o príncipe deixa por um momento de erguer o braço, quando ele não pode aniquilar instantaneamente aqueles que ocupam os primeiros postos, tudo está perdido, pois não estando mais presente a mola do governo, ou seja, o temor, o povo não terá mais protetor.

Como apontado no capítulo anterior, a inviabilização do Mandado de Segurança, do ponto de vista administrativo, afasta a responsabilidade daquele que exerce o papel de autoridade coatora, pois nessa espécie de ação, a autoridade deve prestar esclarecimentos.

O dever legal de prestar esclarecimentos, força o exercício do mecanismo conhecido como freios e contrapesos, afinal, também exerce função preventiva e exige transparência.

A inovação legislativa desburocratizou o cometimento de arbitrariedades, agora não há mais preocupação com a prestação de esclarecimentos. A legislação se amolda tanto ao despotismo que é possível se dizer que harmoniza perfeitamente com os arts. 6º caput e 11 do Ato Institucional nº 5/68³⁶, na medida em que retiram direitos e a eficácia da tutela jurisdicional.

³⁴BRASIL, op. cit., nota 1.

³⁵MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. Tradução, introdução e notas Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2004. p. 68.

³⁶BRASIL. *Ato Institucional nº 5*, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

A supressão de direito da legislação é tão rigorosa e arдил que se assemelha um trecho do art. 6º §1º do AI-5³⁷ no que tange à arbitrariedade que os servidores públicos civis e militares, os quais eram submetidos a uma subserviência imoral e irrestrita àquele regime de exceção, principalmente pelo temor de perder o emprego ou cargo arbitrariamente e ter seus direitos afastados.

A administração pública em essência possui seus servidores públicos, os quais, em grande maioria contam com estabilidade dos seus cargos. Alguns agentes em especial, como juizes, promotores públicos contam ainda com proteção constitucional ainda mais elevada, para que possam exercer seus cargos sem que sejam obrigados a se submeter às posições controvertidas por questões hierárquicas.

No ambiente castrense são exercidos diversos deveres, que incluem desde atividades exclusivamente militares como serviços, rondas, a qual lhe é conferida o poder dever de policiar unidades militares, lavrar autos de prisão em flagrante etc. Assim como também são atribuídos aos militares, inclusive temporários as funções administrativas de fiscal de contrato, participação em comissões de recebimento de materiais, participação em contratações e licitações.

Essas atividades administrativas normalmente mobilizam um grande montante de dinheiro público. Em regra, quanto maior o valor, mais próximo o diretor, chefe ou comandante da Organização Militar estará daquele contrato, pois terá maiores prioridades dentre as finalidades da instituição.

Em geral, é comum que contratos públicos de grande monta sejam fiscalizados pelo alto comando, mas o que se verifica é a inserção meramente formal de militares mais modernos como responsáveis legais. Na prática, em sua maioria temporários.

Ocorre que esses militares não possuem autonomia funcional, como já explicado anteriormente, podem ser excluídos sem maiores justificativas, e em geral, como apontado na introdução, o corpo de oficiais é composto profissionais com formação de nível superior, ou seja, *experts* em determinadas áreas.

Essa condição legal em que há a ausência de prerrogativas cria um campo perfeito para que seja possível militares de alto escalão decidirem acerca de contratações, elaborarem processos aquisitivos, licitações, tomarem decisões quanto a fiscalização, recebimento de materiais, sem que sequer assinem um documento, apenas verbalmente determinando aquilo que deve ou não ser feito.

³⁷Ibid.

Ocorre que a responsabilidade administrativa, penal e frente ao tribunal de contas, não acompanha a mesma velocidade das contratações. Em regra, acontece anos após a realização dos atos administrativos e por sua natureza tende a ser documental.

O fato é que a legislação ora apontada abre brechas não só para que a correição de atos administrativos recaia sobre mero executor sem poder decisório, como também abre espectro para que malfeitores se aproveitem do espaço de poder que lhes é conferido e arquitetem atos ilícitos sem que sejam por eles responsabilizados.

Dentre os critérios velados que possibilitam exclusões arbitrárias também é possível incluir a conivência com atos ilícitos e de corrupção. Tal possibilidade é ainda reforçada pois é recorrente o entendimento pelo Tribunal de Contas da União de que não é possível o administrador público e ordenador de despesas se responsabilizar por todos os contratos de sua gestão sob pena de inviabilizar o serviço público.

Há efetivo prejuízo à administração pública, e retrocesso no combate à corrupção e a moralidade administrativa e até mesmo ao Estado Democrático de Direito ao se permitir que um trecho de lei aparentemente tão discreto cause tamanha erosão nas instituições militares.

3 JURISPRUDÊNCIA VIGENTE ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI Nº 13.954/19 E SEUS EFEITOS: ANÁLISE DOS PRINCIPAIS ARGUMENTOS JURISPRUDENCIAIS EM CONFRONTO COM A NOVA LEGISLAÇÃO

A jurisprudência predominante nos tribunais antes da entrada em vigor da lei, era de que o militar temporário não tinha direito à renovação, entretanto a depender do vício apontado, é possível encontrar decisões em que o ato administrativo de licenciamento foi anulado e o militar reintegrado.

O julgado TRF-4 – Ag nº 5031089-74.2018.4.04.0000³⁸, é exemplo típico de posição contrária ao reengajamento.

ADMINISTRATIVO. MILITAR TEMPORÁRIO. PRORROGAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO. EXPECTATIVA DE DIREITO. LICENCIAMENTO. ATO DISCRICIONÁRIO. 1. O ato de licenciamento é discricionário, sujeito aos critérios de conveniência e oportunidade da Administração, nos termos dos artigos 121 da Lei 6.880/80. [...]

O julgado TRF-2 – AC nº 194365 99.02.07454-5³⁹ é favorável ao reengajamento:

³⁸BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Ag nº 5031089-74.2018.4.04.0000*. Relatora: Desembargadora Marga Inge Barth Tessler. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=%201>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

ADMINISTRATIVO MILITAR TEMPORÁRIO. MOTIVAÇÃO DO ATO. - Viciada a motivação do ato de licenciamento do militar, ao apontar falta de conveniência para renovação de sua prorrogação de tempo de serviço ativo, por fatos ocorridos antes da última prorrogação concedida, considerada irrelevantes á época, viciado está o próprio ato, com o que merece o autor ser reenquadrado ao servidor ativo da FAB.

Embora a jurisprudência as vezes pareça muito com a norma legal analisada, ambas têm significados e efeitos jurídicos distintos. A principal diferença reside inicialmente na aplicação. O texto legal, por definição é abstrato e se dirige ao coletivo, ao passo que a resposta jurídica se dirige somente ao caso concreto.

A nova norma assumiu um papel diferente da jurisprudência, pois passou a servir como justificativa autônoma para a exclusão de militares temporários. A aplicação da jurisprudência e legislação não ocorre da mesma forma, nem têm a mesma finalidade.

A jurisprudência deve ser analisada pela ótica de que os cargos públicos que possuem alguma espécie de estabilidade a possuem porque essa estabilidade é uma proteção necessária ao exercício pleno das funções.

A estabilidade é alinhada ao interesse público, como uma garantia para que os deveres inerentes ao cargo não sejam facilmente constrangidos através de pressões hierárquicas. Essa inferência pode ser extraída do art. 37, V da CRFB/88⁴⁰ que estabelece que as funções de confiança, são exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo.

Em contraposição à jurisprudência a qual entende que o licenciamento é ato discricionário, há de se questionar a natureza da função exercida pelo militar, investigando caso a caso se ela é enquadrada como função de confiança, ou não, afinal, a própria Constituição⁴¹ prevê que há compatibilidade entre cargo efetivo e função de confiança.

A Lei nº 8.112/90⁴² define a expressão “cargo efetivo” em seu art. 10º, como aquele que depende de prévia habilitação em concurso público de provas ou de provas e títulos. Por outro lado, o estatuto militar⁴³ no art. 36 impõe que o oficial é preparado para o exercício de funções de comando, de chefia e de direção, e assegura no art. e 50, I, do mesmo diploma, a garantia da patente em toda a sua plenitude, com as vantagens, prerrogativas e deveres.

³⁹BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *AC nº 194365 99.02.07454-5*. Relator: Desembargador Fernando Marques. Disponível em: < <https://www10.trf2.jus.br/consultas/jurisprudencia/>>. Acesso em: 09 mar. 2021.

⁴⁰BRASIL, op. cit., nota 7.

⁴¹Ibid.

⁴²BRASIL. *Lei nº 8.112*, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁴³BRASIL, op. cit., nota 19.

Com base no recorte constitucional, a qualidade de “cargo efetivo” seria aplicável como regra geral aos militares que exercem função de confiança, precipuamente os oficiais.

Se é inerente ao oficial das Forças Armadas exercer funções de comando, chefia e direção, é natural entender que a função desempenhada é de confiança, ou seja, os militares temporários deveriam ser considerados como ocupantes de cargos efetivos.

Nessas hipóteses caberia uma análise do caso concreto para que o magistrado possa deliberar sobre o direito ou não ao reengajamento, afinal, para as hipóteses em que o oficial seja designado para atividades de chefia, direção, comando e assessoramento, a sua estabilidade profissional deveria ser assegurada até o período máximo de permanência, ou seja, oito anos.

Por outro lado, não seria possível estender essa qualidade de ocupante de cargo efetivo aos militares que executem funções estritamente técnicas, como médicos, enfermeiros, programadores de computador, desde que não haja função administrativa, ou fiscalizatória.

A partir do momento em que funções administrativas como de assessoria, fiscalização de contratos, contratações públicas, sindicâncias, inquéritos policiais militares, passam a ser atribuídas ao militar, a natureza da função passa a ser de confiança e deve contar com o resguardo constitucional até o término do período máximo de renovações.

Como a Lei nº 8.112/90⁴⁴ se aplica somente aos servidores civis, não é possível atribuir a expressão “cargo efetivo” descrita em seu art. 10º o mesmo significado da mesma expressão contida no art. 37, V da CRFB/88⁴⁵ quando se referir aos militares.

Pouco importa se a forma de ingresso nas Forças Armadas foi por meio de concurso público, para um quadro de carreira, ou convocação. Com a mutação constitucional é possível entender a expressão “cargo efetivo” como uma qualidade inerente aos militares que exercem função de confiança.

Um dos significados da expressão confiança, advém de credibilidade ou conceito positivo que se tem a respeito de alguém ou de algo. Intrinsecamente se há confiança depositada em um militar, também existe um juízo de valor positivo sobre as decisões que irá tomar, não devendo submetê-lo ao volátil e arbitrário sistema de renovação anual.

É de praxe a designação de militares temporários para funções que realizam tarefas de contratação e fiscalização de contratos administrativos, sem lhes conceder poder decisório efetivo para prática dos atos. Assim, as ações praticadas por eles são mero cumprimento de ordens hierárquicas, que se equipararam aos despachos de mero expediente, porém ficam

⁴⁴BRASIL, op. cit., nota 42.

⁴⁵BRASIL, op. cit., nota 7.

sujeitos à responsabilidade individual, pela ausência de transparência pública das instituições militares.

É possível constatar que a jurisprudência não analisou a temática com o nível de profundidade e detalhes apontados nesta pesquisa, de forma que as decisões sobre a questão não analisam informações suficientes para definir os casos em que é possível ou não o direito ao reengajamento

A jurisprudência vigente se debruçou sobre as questões mais rasas, costuma analisar o ato de reengajamento com um ato simples, não aprofunda sobre os debates inerentes ao processo renovatório, no geral se limitam ao corolário de que tal ato é discricionário e se restringem apenas as flagrantes hipóteses de anulação do ato quando eivado de vício e ignoram todo o arcabouço de proteção que é dado aos servidores públicos como forma de atender as finalidades constitucionais.

CONCLUSÃO

O estudo revelou ao leitor a possibilidade de conhecer e entender com maior profundidade o universo castrense e a aplicação da nova legislação. O ambiente militar é reservado e dificilmente alguém que não tenha participado da caserna entende a dinâmica das atividades ali desenvolvidas.

O conhecimento da legislação e das técnicas de hermenêuticas de nada adiantam se não houver experiência prática das hipóteses em que a lei é aplicada ao caso concreto. A norma jurídica advém da interpretação do texto legal, e como é sabido no Direito Administrativo moderno, as funções do poder são exercidas também de forma atípica. Assim, a interpretação do art. 33, §2º da Lei do Serviço militar, acrescida pela Lei nº 13.954/19 tem sido aplicada de uma forma claramente inconstitucional pelo poder executivo.

A pesquisa apontou que existe uma fragilidade grave no universo militar, a qual em uma abordagem mais direta flerta com a improbidade administrativa, como um verdadeiro hiato à República, a qual pressupõe controle dos atos públicos, com possibilidade a responsabilização individual.

O microsistema castrense revelado ao longo do artigo restou comprovado que é um arquétipo para uma estrutura que impõe responsabilidade aos militares temporários e isenta por completo os verdadeiros comandantes das tomadas de decisões.

Esse mecanismo distancia os verdadeiros mandantes de eventual atividade, dando a entender aos órgãos de controle que eventuais contratações ilícitas foram realizadas por meio de um corpo técnico composto por uma fração com grau hierárquico inferior.

Nessa esteira, o Tribunal de Contas da União consolidou o entendimento de que nem sempre é possível responsabilizar chefes e diretores de organizações militares, assim como o ordenador de despesas, sob pena de engessar a administração pública.

Em que pese esse entendimento até parecer lógico, ele é facilmente camuflado ao utilizar militares de baixa patente como escudo, induzindo em erro qualquer correição acerca dos fatos.

É ainda mais grave a problemática abordada pela captura das Forças Armadas por ideologias ou posições de governo. A nova legislação possibilita que diante de posturas indesejadas de militares: sejam partidárias, homoafetivas, ou até mesmo ligadas a posições étnicas ou religiosas ensejem em um desligamento arbitrário.

O artigo apontou diversos pontos que reforçam a inconstitucionalidade da legislação em comento, inclusive quanto o acesso à justiça, a probidade administrativa, mas o fator de maior peso e determinação é a ausência da transparência pública pela supressão da exposição dos motivos.

É possível que a própria vítima de ato arbitrário seja excluída sem saber por exemplo que se trata de um caso de racismo ou homofobia, afinal em seu ato de desligamento constará a expressão: interesse da administração.

A nova legislação afeta diretamente a hierarquia da cadeia de comando militar, afinal os elementos limitadores da hierarquia são as leis e princípios que regem o Estado Democrático de Direito. Ocorre que com a norma o tratamento passa a ser similar ao Estado de Exceção, e aqueles que não apresentam a obediência extrema, ficam sujeitos à vontade do Administrador.

O artigo não insinua que o tratamento nas Forças Armadas é sempre disfórico, nem discriminou militares de alto escalão como se todos fossem arbitrários, corruptos ou incompetentes, mas sim que a legislação abre espaço para que mal-intencionados possam se valer de cargos para implementar um projeto de poder e ainda se locupletar.

Certamente a nova legislação causou uma erosão no plexo democrático nacional, bem como na soberania do país por meio da fragilização das Forças Armadas por meio de mecanismo que facilita a captura político-ideológica.

A pesquisa mostrou que a nova alteração legislativa tem a capacidade de produzir efeitos parecidos com alguns dispositivos do AI-5 e aproxima o país de um Estado despótico.

As notas de semelhança são: a fragilização da estabilidade do militar, mesmo que temporários; a ausência de transparência pública reflexa da lei com a proteção das camadas hierárquicas mais altas; e a redução da eficácia da tutela jurisdicional. Motivos esses que fomentam o caráter de urgência para que a norma seja expurgada do ordenamento jurídico, pois seus efeitos podem ser irreversíveis para a democracia.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Ato Institucional nº 5*, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 mar. 2021.

_____. *Estatuto do Militar*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16880.htm>. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. Força Aérea Brasileira. *Instrução do Comando da Aeronáutica 36-14*. Disponível em: <<https://www.sislaer.fab.mil.br/>>. Acesso em: 5 fev. 2021.

_____. *Lei nº 4.375*, de 17 de agosto de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14375.htm>. Acesso em: 1 mar. 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *AC nº 194365.99.02.07454-5*. Relator: Desembargador Fernando Marques. Disponível em: <<https://www10.trf2.jus.br/consultas/jurisprudencia/>>. Acesso em: 9 mar 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *AC nº 0001142-82.2003.4.03.6121*. Relator: Desembargador Luiz Alberto de Souza Ribeiro. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual>>. Acesso em: 31 mai. 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Ag nº 5031089-74.2018.4.04.0000*. Relatora: Desembargadora Marga Inge Barth Tessler. Disponível em: <<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=%201>>. Acesso em: 9 mar. 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FORÇA AÉREA BRASILEIRA. *Despacho Decisório nº 163/2CMI/3571*. Disponível em: <<https://www.sislaer.fab.mil.br/>>. Acesso em: 5 mar. 2021.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. Tradução, introdução e notas Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2004.

VÁZQUEZ apud HEUSELER, Denise; LEITE Gisele. *Considerações principiológicas sobre a Constituição Federal Brasileira*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/82912/principiologia-constitucional-brasileira/2>>. Acesso em: 1 mar. 2021.

WAMBIER apud FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.