

O REGIME CONSTITUCIONAL DOS MILITARES

DR. SÉRGIO DA SILVA MENDES

Da mais alta importância se reveste o texto extraído da Manifestação produzida, em 12 de julho de 2016, pelo Dr. Sérgio da Silva Mendes, Secretário de Recursos do TCU.

A Manifestação, enquanto se refira, propriamente, a recurso interposto contra a admissibilidade das decisões previstas no acórdão 2.314/2015 – Plenário do TCU, no âmbito do TC 034.660/2014-3, e que diz respeito à auditoria realizada no sistema de previdência pública, na verdade, realiza um minucioso exame da situação do militar no contexto jurídico brasileiro, especialmente no nível constitucional.

A análise realizada pelo Secretário de Recursos do TCU, profunda e esclarecedora, traz, ao tema da proteção social dos militares, delineamentos irrefutáveis.

No início do seu trabalho, o Dr. Sérgio Mendes pede vênias pela sua discordância da instrução que vinha sendo dispensada ao assunto e realiza, preliminarmente, uma síntese das razões, em seguida transcrita, da sua divergência em relação à instrução precedente:

I - SÍNTESE DAS RAZÕES DA NOSSA DIVERGÊNCIA EM RELAÇÃO À INSTRUÇÃO PRECEDENTE

1. “Em primeiro lugar, **não é possível fazer analogia com coisas ontologicamente diferentes**. Ontologia que busca reconstruir o sentido originário das coisas, invariáveis, e do qual defluem todas as suas especificidades. Ora, se no começo, **no ponto de partida, há uma diferença fundamental e não uma proximidade intrínseca entre os domínios dos servidores públicos e o domínio dos Membros das Forças Armadas**, não há como partir dos escassos pontos de contato para estabelecer as normas aplicáveis. Segundo Alexandre Ferry, a quem se atribui o conceito de contra-analogia (Analogias, Metáforas e Contra-analogias), o domínio analógico é o ponto de interseção composto de nexos relevantes entre domínios conceituais distintos. Entretanto, **quando tais pontos de interseção são tênues, não é possível recorrer à analogia, pois desembocaremos em uma analogia forçada** (nas palavras de Ricardo Lobo Torres), a qual será **contra legem**. Por isso, para não cairmos no subjetivismo, devemos buscar

aquela objetividade de que fala Bachelard (A Formação do Espírito Científico), ou seja, “a objetividade se determina pela exatidão e pela coerência dos atributos, e não pela reunião de objetos mais ou menos análogos”. Nesse sentido, o uso da contra-analogia, que privilegia as diferenças entre os domínios comparados permite um resultado mais conforme ao Regime Constitucional dos Militares.

2. De outra, este Tribunal não pode atuar como legislador positivo, criando obrigações mais severas que as postas pelos legisladores. Dito de maneira mais específica, assim como na remansosa jurisprudência do STF, o devido processo legal é aquele processo previsto na lei, **o princípio da transparência se realiza nos termos estabelecidos pela norma de regência**. Por isso, a ofensa a eles é indireta, não autorizando o recurso ao STF, pois se trata de controle de legalidade. E se o legislador ordinário estabeleceu mecanismos de publicidade, não cabe a este Tribunal criar obrigações que ampliem a norma, ainda que sob o fundamento de elastecer a concretização do princípio.

3. Feitas essas duas objeções fundamentais, que não permitem a sobrevivência dos comandos impugnados no recurso, passamos ao que entendemos ser conforme o direito, em especial a Constituição, começando por tratar da **admissibilidade do recurso, uma vez demonstrado que a decisão recorrida de 2015 inova** em relação à de 2012 pela inserção do item 9.6, bem como incrementa uma advertência de pena de multa pelo não atendimento injustificado (denominado de “resistência”), contado a partir da reiteração das determinações pretéritas. Como a lógica do possível provimento do recurso relativamente ao item 9.6 tem íntima relação com os demais itens dispostos na decisão de 2012 (9.3.2, 9.4.2, 9.5 e 9.11.1), não há sentido em manter no mundo jurídico algo contraditório com os fundamentos da possível nova decisão a ser proferida por este Tribunal, cabendo à aplicação dos denominados arrastamentos lógico e teleológico (vide conclusão).”

**Logo após a essa síntese, o Dr. Sérgio Mendes trata da
ontologia do conceito militar**

II - A ONTOLOGIA DO CONCEITO DE MILITAR E SUA CONDIÇÃO ESPECIAL COMO FUNDAMENTO DO TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DIFERENCIADO

4. A nação muitas vezes recorreu aos militares em momentos em que a própria integridade do Estado estava em questão. É o caso da Guerra do Paraguai. Conta--nos o cientista político Rodrigo Goyena Soares, em artigo intitulado “Voluntários sem Pátria”, que naquelas batalhas tomaram entre 50 a 60 mil brasileiros dos 139 mil combatentes. Muitos deles se alistaram devido às promessas de amparo às suas famílias. Foram prometidos um soldo diário e um valor mais relevante quando da baixa, bem como 10 hectares de terras nas colônias militares e agrícolas e pensões para a esposa e filhos. Promessas descumpridas e pensões rapidamente corroídas pela inflação foi o resultado de compromissos não cumpridos pelos governantes.

5. As pensões militares remontam a 1790, paralelamente às garantias de sua inatividade, visto como benefício decorrente da função desempenhada, ou melhor, uma recompensa, tal como instituído pela Constituição do Império de 1824. Em verdade, a integralidade dos soldos na “inatividade” operava como uma contraprestação pela dedicação integral dos militares à defesa da pátria “até com o sacrifício da própria vida”.

6. Essa realidade mudou? Em tempos de paz o “Militar” perde suas qualidades ontológicas? Para responder a essas perguntas, de modo bastante simplificado, tratamos Ontologia no sentido de Heidegger (Ser e Tempo), ou seja, a busca pelo ser (**Sein**), como aquilo que transcende além das experiências temporais (**Dasein**), as quais não se desprendem do ter-que-ser, ou seja, a experiência não pode imprimir qualificadores em franca oposição ou que neguem o ser. Na acepção de Waelhens (La Philosophie de Martin Heidegger), os modos possíveis de manifestação, embora nem sempre estejam à luz. Dito de outra forma, não é possível retirar a hierarquia do conceito de Militar, pois essa é uma qualificadora de sua essência. Da mesma forma, não é por estarem aquartelados que os militares perdem sua característica essencial. Veja-se, por exemplo, o conceito naval de **fleet in being**, segundo o qual uma frota em porto e militares em prontidão têm força persuasiva e preventiva de conflitos. Ademais, a visão tradicional de que uma guerra entre forças armadas significa conflito entre Estados (países) está sendo superada pela legitimidade da reação nos locais onde radicam os terroristas responsáveis por atentados (Andrea Baldanza. La Difesa. In Trattato di Diritto Amministrativo, a cura di Sabino Cassese. Tomo Primo).

7. Em sua tese de doutoramento na USP, a Profa. Heloísa Fernandes defende que, dadas as suas características especiais, os Militares são uma Categoria Social. Isso porque ocorre uma dupla socialização que os diferencia dos demais: a hierarquia (disposição ordenada de lugares) e a disciplina (do reconhecimento de lugares vêm as ideias de dever, honra, camaradagem, subordinação, obediência etc). Segundo Vigny, essa dupla socialização leva a que o militar reconheça que “a arma em que serve é o molde em que se forja o caráter e ali se modifica e refunde até tomar uma forma genérica, impressa para sempre. O homem se apaga e fica o soldado”.

8. Note-se que a Constituição de 1988 reforçou a ontologia do sentido de “Militar”, restaurando sua essência a partir do banimento da expressão “servidor público”, constante do seu texto originário, pelo que parte do art. 3º da Lei 6.880/1980 (“formam uma categoria especial de servidores da Pátria”) não permanece vigente dado o fenômeno da não-recepção. **O que veremos com mais detalhes no capítulo 3 desta manifestação.**

9. Sendo assim, é preciso ter muito cuidado ao fazer qualquer analogia com o gênero “servidor público” e o regime dele decorrente, porquanto o Militar já não mais é uma de suas espécies. Karl Engisch (in Introdução ao pensamento jurídico) ensinou de há muito que a conclusão indutiva (do particular para o geral) é logicamente mais problemática, dada a recorrência do salto indutivo, porquanto a partir de pontos

de contato tênues, retiramos conclusões falsas. Segundo ainda o autor, a conclusão por analogia, do particular para o particular, é altamente questionável do ponto de vista lógico.

10. Por isso é que a ontologia do “Militar”, sua essência, deve ser retirada da própria Constituição e do seu Estatuto, naquilo que permanece vigente. O problema da verdade no Estado Constitucional, na expressão de Häberle, pode vir das falsas premissas decorrentes de conceitos inaplicáveis aos militares, tais como déficit, regime previdenciário, equilíbrio atuarial, sustentabilidade, entre outros. Essas imprecisões conceituais são transferidas para a sociedade através da mídia, com o que se perde o conceito essencial: os militares não contribuem hoje para se aposentar no futuro, mas a sociedade arca com as despesas em troca das exigências mais severas a que são submetidos.

11. Segundo o art. 142, as Forças Armadas, integradas por um contingente de pessoas e bens, são instituições nacionais permanentes e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e da lei e da ordem. Não é por coincidência que os valores por elas tutelados estão nos dois primeiros artigos da Constituição, complementados pelo quarto. Ou seja, defendem os próprios fundamentos da República e, portanto, a existência do Estado, e com ela, a própria sobrevivência da Constituição.

12. É por isso que seu Estatuto (a sociedade em verdade) impôs a eles uma série de sacrifícios: Art. 27. São manifestações essenciais do valor militar: I - o patriotismo, traduzido pela vontade inabalável de cumprir o dever militar e pelo solene juramento de fidelidade à Pátria **até com o sacrifício da própria vida**; II - o civismo e **o culto das tradições históricas**; III - **a fé na missão elevada** das Forças Armadas; IV - o espírito de corpo, orgulho do militar pela organização onde serve; V - o amor à profissão das armas e o entusiasmo com que é exercida; e Art. 31. Os deveres militares emanam de um conjunto de vínculos racionais, bem como morais, que ligam o militar à Pátria e ao seu serviço, e compreendem, essencialmente: I - a dedicação e a fidelidade à Pátria, cuja **honra, integridade e instituições devem ser defendidas mesmo com o sacrifício da própria vida**; II - o **culto** aos Símbolos Nacionais; III - a probidade e a lealdade em todas as circunstâncias; IV - a disciplina e o respeito à hierarquia; e V - o rigoroso cumprimento das obrigações e das ordens.

13. Como se vê, dos militares são exigidos não apenas o sacrifício da vida, maior bem do ser humano (o que no limite implica sua própria negação, só assim podemos compreender aquele ensinamento de Vigny, acima transcrito). Mas isso não basta: ao contrário das outras categorias, exige sentimentos de “amor”, “fidelidade”, “culto” e “fé”. E só assim podemos compreender a capacidade do militar seguir as ordens em respeito à hierarquia. Em sendo assim, a ontologia do Militar não envolve apenas determinações jurídicas, mas a transformação de um ser, agora voltado para a força que serve.

14. Como decorrência assim, **as Forças Armadas, seus recursos humanos e materiais, são um uno indiviso**, custeados pela sociedade através de tributos. Só assim podemos compreender a expressão dada ao

militar desaparecido por mais de 30 dias, qualificado como “extraviado”. Como aponta Andrea Baldanza, “o vínculo disciplinar – pressuposto sobre o qual se baseia um penetrante poder hierárquico – representa a regra fundamental para garantir a máxima coesão, eficiência e flexibilidade do aparato” (La Difesa. In Trattato di Diritto Amministrativo, a cura di Sabino Cassese. Tomo Primo). **Não é a mutação do conceito de previdência social que irá mudar a natureza das verbas utilizadas para o pagamento do soldo dos militares da reserva e reformados, ou as pensões de seus dependentes.** Como consta no Recurso Especial (STJ. Resp. 1.455.607), “O tratamento diferenciado dos militares, portanto, tem sua origem que remonta a período anterior à própria concepção de previdência social. [...] o militar nunca contribuiu para a sua aposentadoria, pois tal benefício inexistia na lei castrense”.

15. E se o Militar dá a sua própria vida pela Pátria, essa mesma Pátria entendeu que seria possível exigir-lhes mais: a) trabalho noturno sem o pagamento do respectivo adicional; b) laborar para além de um expediente normal de trabalho, sem a correspondente remuneração com horas-extras; c) ser preso administrativamente e não ter direito a **habeas corpus**; d) atribuir-lhes funções de chefia e assessoramento e não ter direito a ocupar cargos em comissão; e) o achatamento salarial e ser-lhes negado o direito de greve.

16. E se tem reduções significativas de direitos, nada mais justo que a contraprestação constitucional da paridade, da integralidade dos soldos e da dignidade de permanecer militar por toda a vida (ativa, reserva e reforma), não se utilizando da expressão aposentadoria. Nas palavras de Ives Gandra da Silva Martins, “o servidor civil é simplesmente aposentado; com o militar isto não ocorre, ele é transferido para a inatividade” (Regime Jurídico Diferenciado da Previdência para Servidores Públicos Civis e Militares – a correta inteligência do artigo 40, § 7º, da Constituição Federal).

17. Não cabe ao intérprete, ainda que sob a alegação de concretizar princípios, preencher o conceito de militar com outros elementos a eles estranhos, que retiram sua própria essência, aproximando-lhe por analogia dos servidores públicos.

18. Nesse sentido é que devemos ser fiéis à Constituição e na sua interpretação, conforme (**verfassungskonforme Anslegung**), hoje tão empregada pelo Supremo Tribunal Federal, buscar nela sua redução teleológica, eis que, sem reduzir a essência de seu texto, não seremos capazes de limitar os sentidos possíveis da norma ao que for mais adequado a sua finalidade (vide Karl Larenz. Methodenlehre der Rechtswissenschaft). Essa será nossa próxima tarefa: buscar respostas na Constituição.

III - O REGIME CONSTITUCIONAL DOS MILITARES E O SIGNIFICADO DO SILÊNCIO CONSTITUCIONAL PARA O REGIME DE PREVIDÊNCIA DOS MILITARES

19. O nosso fenômeno de mutação constitucional através do poder de emendar em relação aos **Militares tem uma característica especial:** o Regime Constitucional dos Militares está **mais**

caracterizado pela supressão de dispositivos constitucionais e pela negativa consciente de acréscimos de outros, do que propriamente pela inserção de normas na redação originária.

20. Em sendo assim, devemos trabalhar mais com o “silêncio eloquente” do que com a exegese das normas constitucionais. O Ministro Roberto Barroso, do STF, resume bem a diferença entre “silêncio eloquente”, “lacuna” e “omissão”: **“Silêncio eloquente é quando você, ao não dizer, está se manifestando.** Lacuna é quando você não cuidou de uma matéria. E omissão é quando você não cuidou, tendo o dever de cuidar” (em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas--academicas-luis-roberto-barroso-i>).

21. Segundo a doutrina (Carlos Maximiliano e Juliano Bernardes) e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o silêncio pode ser interpretado de modo a revelar o que constitui, ou não, o conteúdo da norma. Nessa acepção, o “silêncio eloquente” (*beredtes Schweigen*), a simples ausência de disposição constitucional significa a proibição de determinada prática pelos órgãos públicos e o próprio legislador ordinário (STF, RE 130.552, MS 30.585 e MS 31.375).

22. O ponto central está em saber se existe uma “lacuna” que autorize este Tribunal a utilizar de analogias (por exemplo, para ampliar o conceito de regime previdenciário dos servidores públicos da LRF, aplicando seus dispositivos aos Militares), ou se é o caso de “silêncio eloquente” que veda a integração analógica. Para melhor precisão dos institutos, de “lacuna” só se pode falar quando uma lei aspira uma regulação completa de uma determinada matéria, mas foi incapaz de prever todas as suas hipóteses (Karl Larenz. Metodologia da Ciência do Direito). Já o “silêncio eloquente”, quando o Constituinte não disse por que não quis, impede o recurso à chamada interpretação corretiva ou integração corretiva, pois agindo assim o aplicador do Direito penetra indevidamente no Poder Constituinte (J. J. Gomes Canotilho. Direito Constitucional e Teoria da Constituição). Por isso, para que o Juiz utilize da analogia, deve provar que há uma lacuna no direito e que a **ratio legis** da norma que será estendida cobre o caso em questão (Kock e Rüssmann).

23. Efetivada essa breve aproximação teórica, é de se notar que, na **Assembleia Nacional Constituinte**, o Projeto A (24/11/1987) foi a primeira vez que apareceu a remissão ao aprovado art. 40 da Constituição originária. **Havia ali completo contato entre os militares e os servidores públicos civis:**

Art. 51. § 9º. Aplica-se aos servidores a que se refere este artigo, e a seus pensionistas, o disposto no art. 48”.

24. Já no início do segundo turno das votações, o ponto de contato foi reduzido para os § 4º e 5º daquele dispositivo, depois renumerado para art. 40. Eis a redação original do dispositivo constitucional:

Art. 42. São servidores militares federais os integrantes das Forças Armadas e servidores militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal os integrantes de suas polícias militares e de seus corpos de bombeiros militares.

§ 10 Aplica-se aos servidores a que se refere este artigo, e a seus pensionistas, o disposto no art. 40, §§ 4º e 5º.

25. A Emenda Constitucional 3/1993, vindo em sentido contrário, **estabeleceu um novo ponto de contato, para fins previdenciários, no sentido de equiparar os regimes de previdência, de natureza contributiva do empregador (União) e dos servidores:**

Art. 1.º Os dispositivos da Constituição Federal abaixo enumerados passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 40.§ 6.º As aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com Art. 42.§ 10 Aplica-se aos servidores a que se refere este artigo, e a seus pensionistas, o disposto no art. 40, §§ 4.º, 5.º e 6.º.

26. A partir daí, há uma guinada na Constituição, no sentido da gradual cisão completa entre o conceito de servidor público e de Militar, inclusive para fins de regime previdenciário. O primeiro movimento foi a Emenda Constitucional 18/1998, decorrente da aprovação, com ajustes, da PEC 338/1996. Eis os dispositivos emendados, no que interessa:

Art. 1º O art. 37, inciso XV, da Constituição passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 37..... XV - os vencimentos dos servidores públicos são irredutíveis, e a remuneração observará o que dispõem os arts. 37, XI e XII, 150, II, 153, III e § 2º, I;...”

Art. 2º. A seção II do Capítulo VII do Título III da Constituição passa a denominar-se “DOS SERVIDORES PÚBLICOS” e a Seção III do Capítulo VII do Título III da Constituição Federal passa a denominar-se “DOS MILITARES DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS”, dando-se ao art. 42 a seguinte redação:

“Art. 42 Os membros das Policias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. [...] Art. 3º. O inciso II do § 1º. do art. 61 da Constituição passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 61.....

§ 1º.....

II -

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva”. Art. 4º. Acrescente-se o § 3º. ao art. 142 da Constituição: “Art. 142 § 3º. Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições: VIII - aplica-se aos militares o disposto no art. 7º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV e no art. 37, incisos XI, XIII, XIV e XV; IX - aplica-se aos militares e a seus pensionistas o disposto no art. 40, §§ 4º, 5º e 6º; X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.”

26.1. Nota-se que os Militares das Forças Armadas foram completamente apartados dos Militares das Polícias e Corpos de Bombeiros Militares (estes sim aproveitaram parte das regras dos membros das Forças). De outra, os Militares das Forças Armadas deixaram de figurar como espécie do gênero servidor público, sendo mantidos pontos de contato da paridade entre ativos e inativos, bem como a contributividade do regime previdenciário.

26.2. Compulsando os debates havidos na PEC, nota-se que o Deputado Hélio Rosas apresentou emenda para inserir o inciso X ao § 3º do art. 142, no qual fazia referência a um regime previdenciário dos militares, uma vez que “o artigo 4º, da PEC 338/96, revoga o regime previdenciário próprio dos servidores públicos militares das Forças Armadas”. Houve ainda proposta de emenda aglutinativa modificativa pelo líder do bloco PT/PC do B/ PDT, com o fito de alterar o novel § 3º do art. 142 para assim constar “os membros das Forças Armadas são denominados servidores públicos militares”. **Ambas as tentativas foram rechaçadas.**

26.3. A exposição de motivos 152 traduziu o que inspirou o Poder Executivo na proposta de emenda: A presente proposta pretende dar aos membros das Forças Armadas, doravante denominados militares, por suas características próprias, um tratamento distinto no que concerne a deveres, direitos e outras prerrogativas [...] Justifica-se a alteração do dispositivo proposto, visto que os militares não são servidores dos Ministérios Militares; eles pertencem às Instituições Nacionais permanentes que são a Marinha, o Exército e Aeronáutica. O perfil da profissão militar é a defesa da Pátria, tendo por isso peculiaridades inigualáveis com as outras categorias. [...] Esta condição institucional (nacional e permanente) vincula primordialmente as Forças Armadas ao Estado e transcende o plano público [...] A situação do militar enquadrado como funcionário ou servidor público é prejudicial tanto ao exercício de sua profissão como às

próprias Instituições Militares que, dessa forma, ficam impossibilitadas justa contrapartida por imposições e deveres normalmente pesados.

26.4. Da análise na Comissão Especial constituída para a discussão da PEC n. 338-A, de 1996, sob a relatoria do Deputado Werner Wanderer, cabe destacar a rejeição específica “das sugestões de referências explícitas aos regimes previdenciários próprios dos militares”.

27. Prossegue o constituinte derivado com seu poder de reforma à Constituição, redundando agora na EC 20/1998, assim redigida no que interessa: Art. 1º - A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 142 - § 3º -IX - aplica-se aos militares e a seus pensionistas o disposto no art. 40, §§ 7º e 8º;

27.1. Note que os dispositivos do art. 40, único ponto de contato residual entre os Militares das Forças Armadas e os servidores públicos, assim passavam a ser redigidos: “Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. § 7º - Lei disporá sobre a concessão do benefício da pensão por morte, que será igual ao valor dos proventos do servidor falecido ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento, observado o disposto no § 3º. § 8º - Observado o disposto no art. 37, XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

27.2. É fácil observar que não há mais ponto de contato entre o regime previdenciário contributivo, de caráter equilibrado, financeiramente e atuarialmente, disposta então na cabeça do art. 40. Isso porque quando a Constituição quis a aplicação do próprio **caput** do artigo o fez explicitamente (Art. 10, inciso I, do ADCT). De outra, fôssemos compreender que o **caput** estaria implícito, quando houve menção a incisos do art. 7º da CF, isso significaria dizer que os militares estariam equiparados aos “trabalhadores urbanos e rurais”?

27.3. Entretanto a prova cabal está na PEC 33/1995, que está na gênese da EC 20/1998. Ali constavam os §§ 9º e 10º do art. 42, assim redigida a proposta em relação aos militares das Forças Armadas: § 9º. Aos integrantes das Forças Armadas e seus pensionistas é assegurado regime previdenciário próprio, custeado mediante contribuições dos ativos e inativos, dos pensionistas e da União, obedecidos critérios que

preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, na forma de lei complementar prevista no art. 201, que deverá refletir as peculiaridades da profissão militar [...]

27.4. O Relator da CCJR da Câmara dos Deputados, Deputado Rodrigues Palma foi explícito ao rechaçar a proposta inserta nos referidos §§ 9º e 10, mas sob o argumento de que os regimes para os militares das forças armadas deveriam guardar isonomia com os militares da polícia e do corpo de bombeiros, os quais ficaram ainda acoplados aos servidores civis em geral por força da redação do § 10.

Com isso ofereceu a Emenda n. 1, assim redigida: § 9º. Aos integrantes das Forças Armadas e das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares, e aos respectivos pensionistas é assegurado regime previdenciário próprio, custeado mediante contribuições dos ativos e da União, obedecidos critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, na forma de lei complementar prevista no art. 201, que deverá refletir as peculiaridades da profissão militar [...]

27.5. Nada melhor para demonstrar que o coletivo da Câmara foi quem rejeitou a referida emenda, nas palavras do próprio parlamentar:

“convencido das razões expendidas pelo Plenário, decidi reformular as Emendas de minha autoria”. E apresentou uma nova Emenda n. 01, para “no art. 2º da PEC n. 33/95, suprimam-se os §§ 9º e 10 do art. 42”. **Sepultada estava a tentativa de instituir um regime previdenciário próprio para os militares.**

28. Chegamos à PEC 41/2003, a qual consolida a completa separação dos contatos entre servidores públicos e Militares das Forças Armadas. Eis os dispositivos emendados, no que importa: Art. 10. Revogam-se o inciso IX do § 3º do art. 142 da Constituição Federal, bem como os arts. 8º e 10 da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998.

28.1. O referido inciso IX do § 3º do art. 142 da Constituição Federal continha exatamente os últimos pontos de contato entre os Militares e o regime previdenciário dos servidores públicos (“IX – aplica-se aos militares e a seus pensionistas o disposto no art. 40, §§ 7º e 8º;”). Note-se que a mesma referida EC 41/2003 alterou o § 7º do art. 40 para retirar o direito à integralidade da pensão por morte para os servidores públicos civis, bem como excluir o direito à paridade entre ativos e inativos/ pensionistas, pela alteração do §8º do art. 40. **Evidente a intenção de manter, para os Militares das Forças Armadas, a integralidade e a paridade, bem como retirar qualquer ponto de contato com o art. 40, de modo a excluir qualquer tentativa hermenêutica de analogia com os conceitos de “regime previdenciário” e de “servidores públicos”, constantes do caput do art. 40 (“caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial”)**

28.2. Isso não é uma mera conclusão lógica. Ao contrário, o relatório e voto do Relator da Comissão Especial destinada a apreciar e proferir parecer à proposta de Emenda à Constituição n. 40-A, de 2003, Deputado José Pimentel, foi explícito nas razões para exclusão: Essas alterações, de natureza pontual, são plenamente justificáveis e em nada afetam o reconhecimento de que os militares **federais não estão, a rigor, vinculados a um regime previdenciário. Os benefícios a que têm direito, incluindo a reserva remunerada e a reforma, integram o próprio regime militar a que estão sujeitos.** A própria expressão “regime previdenciário dos militares” não condiz com a realidade, constituindo uma mera liberdade de expressão.

28.3. É exatamente o que entende Narlon Gutierrez Nogueira em seu O Equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS: de princípio constitucional a política pública de Estado: A Emenda Constitucional nº 41/2003 revogou as poucas regras que até então relacionavam o regime previdenciário dos militares ao artigo 40 da Constituição, remetendo a sua disciplina para a legislação ordinária, conforme se verifica pelos §§ 1º e 2º do artigo 42 (policiais militares e bombeiros) e pelo inciso X do § 3º do artigo 142 (militares das Forças Armadas). Embora o regime previdenciário dos militares não tenha sido estudado de forma direta nesta pesquisa, é evidente que ele permaneceu à margem dos princípios que estabeleceram o novo marco institucional para o RPPS dos servidores públicos civis, de forma semelhante ao que ocorreu com os militares de outros países da América Latina, cujos sistemas de previdência também não foram alcançados pelas reformas.

29. A resposta para que os benefícios de reserva remunerada, de reforma e as pensões delas decorrentes (preservadas a paridade e a integralidade) **integrarem o Regime Constitucional dos Militares das Forças Armadas e não um regime previdenciário dos militares** está em que **a lógica dele é completamente distante da lógica de equilíbrio financeiro e atuarial dos servidores públicos civis.** Além da manutenção da paridade e da integralidade, **a idade de reforma dos militares é definida não por critérios atuariais, mas por questões de fisiologia humana e por necessidades de progressão nas patentes** dado o caráter piramidal da estrutura da carreira militar. Além disso, conforme visto na análise da mutação constitucional posta neste capítulo, **o constituinte reformador não quis, conscientemente, equiparar a reserva remunerada e a reforma à aposentadoria, bem como rompeu completamente qualquer ponto de contato com o art. 40 da CF, de modo a negar a existência de um regime de previdência contributivo e atuarialmente equilibrado.**

30. A afirmação de que a lei fica descolada da vontade do legislador sequer é acompanhada da boa doutrina contemporânea. Robert Alexy (em seu Teoria da Argumentação Jurídica), Rodriguez Molinero (Introducción a la Ciencia del Derecho) e outros (como Habermas, em Direito e Democracia) retomam esse cânone da interpretação, porquanto a vontade do legislador pode ser aferível através dos dossiês da produção legislativa e representa o respeito à democracia representativa, enquanto a interpretação “descolada” apenas ficaria acoplada à vontade do intérprete.

31. De outra, fica **completamente afastada a concepção de um regime de previdência, porquanto os militares possuem institutos isolados** (reserva remunerada e reforma), e benefícios pensionais, decorrentes do maior bem humano do qual abrem mão quando ingressam nas Forças: a vida. E precisamos apenas recorrer à Constituição para tal conclusão, sendo dispensável o recurso à falta de previsão de um regime próprio de previdência social para os Militares das Forças Armadas no art. 1º da Lei 9.717/1998, afastando a avaliação atuarial de que fala o inciso I do referido artigo.

32. Não há regime, porquanto, no dizer de José dos Santos Carvalho Filho, **Regime Previdenciário** é o conjunto de regras constitucionais e legais que regem os benefícios outorgados aos servidores públicos em virtude da ocorrência de fatos especiais expressamente determinados. Nem mesmo há um **sistema previdenciário**, pois este se caracteriza por um conjunto de partes inter-agentes e interdependentes que, conjuntamente, formam um todo unitário com determinado objetivo e efetuam determinada função. Sistema pode ser definido como um conjunto de elementos interdependentes que interagem com objetivos comuns formando um todo, qualquer conjunto de partes unidas entre si pode ser considerado um sistema, desde que as relações entre as partes e o comportamento do todo sejam o foco de atenção

(Alvarez). “Ora, em verdade, “reforma”, “reserva” e ‘pensão militar’ são institutos isolados, sem qualquer lógica entre eles, no sentido de um sistema previdenciário sustentável e equilibrado, exigindo cálculos atuariais. A lógica é tão somente decorrente do ser “Militar”.

33. Assim sendo, **beira as raias da inconstitucionalidade, pois destitui o telos do Regime Constitucional dos Militares das Forças Armadas**, divulgar conjuntamente as receitas e despesas com opagamento de aposentadorias e pensões e o resultado previdenciário do RPPs da União, abrangendo servidores civis e militares, porquanto **atrai para o Regime Militar federal conceitos estranhos como ‘resultado’, ‘aposentadorias’ e ‘déficit’, gerando na sociedade que se deseja informar uma concepção distorcida da lógica aplicável às Forças Armadas.**

34. Não é por outra razão que Fábio Zambitte Ibrahim, em seu Curso de Direito Previdenciário, conclui que: Em verdade, acredito que nem seria correto falar em regime previdenciário dos militares, pois estes simplesmente seguem à inatividade remunerada, custeada integralmente pelo Tesouro, sem perder a condição de militar. As especificidades da categoria dificilmente permitirão a criação de um regime securitário atuarialmente viável, pois o afastamento do trabalho é precoce, seja pelas rigorosas exigências físicas da atividade militar ou mesmo por critérios de hierarquia.

35. Regime Previdenciário, nos termos constitucionais atuais, é um conjunto de receitas e despesas que visa à sustentabilidade de longo prazo, cujas expectativas de ingressos e dispêndios passam por análises financeiras e atuariais para ajustar, tanto as fontes de recursos (aumento de contribuição, constituição de fundos etc), como os benefícios concedidos (limite de idade, integralidade etc). **Certamente nada disso**

cabe no Regime Constitucional dos Militares das Forças Armadas, o qual tão somente tem os institutos da ‘reforma’, ‘reserva’ e ‘pensão’, sem quaisquer limitações e condicionantes atuariais.

36. Não é possível alegar que a ADI 3105 (incidência de contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e pensões) **se aplica aos Militares das Forças Armadas, tal como consta do item III da ementa do Acórdão 2.059/2012 – TCU Plenário.** Primeiro, porque se tratava de ação ajuizada pela entidade associativa do Ministério Público. Bem de ver que seus dispositivos constitucionais aplicáveis (art. 128, § 5º, inc. I, alínea “c”) se aproximam dos servidores públicos civis (art. 37, inc. XV), nada tendo de contato com os Militares federais. Segundo, porque o RE 475076 Agr., julgado na Segunda Turma do STF, foi o paradigma para aplicar o decidido na referida ADI aos militares, e, de forma imprópria, utilizou como paradigma o RE 435.210 Agr., que versava sobre servidores públicos civis da administração direta. À derradeira, reconhecendo que o precedente foi construído de maneira irrefletida e seguido, monocraticamente de forma automática, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral no RE 596.701, pendente de julgamento, cujo tema foi assim ementado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MILITAR INATIVO. REGIME PREVIDENCIÁRIO APLICÁVEL. COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RELEVÂNCIA JURÍDICA E ECONÔMICA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

37. Reconhecida a repercussão geral, o STF inclusive **tornou insubsistentes decisões já tomadas, mas não transitadas em julgado, que reconheciam a incidência da contribuição social a militares inativos e pensionistas,** tal como o AI 594.104 Agr-ED. Agora a matéria ficará reservada ao seu Plenário.

38. Como diz Juan Alfonso Santamaría Pastor, não apenas o texto constitucional determina que as normas inferiores sejam com ele compatíveis e não contraditórias. Vai mais além, pois condiciona também o momento de interpretação e aplicação desse mesmo direito posto. O primeiro momento, do legislador, é o de **superlegalidade material**, enquanto o momento da aplicação do direito, o **parâmetro interpretativo** de todas as outras normas (in Principios de Derecho Administrativo. Volumen I).

39. Desta maneira, não nos parece correto concluir, como fez a Unidade Técnica, que as despesas com “inativos” militares têm natureza previdenciária pela forma como eram inseridas no orçamento até 2015 e no REEO. Fosse esse o momento decisivo de concluir pela natureza de uma despesa, o fato do orçamento de 2016 (Nota Técnica 261/2015/CGDPS/SEAFI/SOF/MP) e do projeto da LDO para 2017 (NT 4/2016) mudarem tais despesas para a função Defesa Nacional, subfunção Administração Geral, seria o determinante para definir-lhe a natureza. **Ao contrário, não se pode ler a Constituição a partir das normas, relatórios e instruções infraconstitucionais, mas é exatamente o contrário. Daí o acerto das notas técnicas ao tomar tal decisão de reclassificação das ditas despesas porquanto os militares não**

possuem um sistema previdenciário de caráter contributivo, sendo inadequada a aplicação da lógica atuarial, sendo classificado como encargo financeiro do Tesouro Nacional.

40. É por isso que o Acórdão 2.059/2012 – TCU Plenário **atraiu**, fixando em sua ementa, a nosso sentir, **de maneira contrária à Constituição, conceitos completamente estranhos ao Regime Constitucional dos Militares das Forças Armadas**, tais como “regime jurídico dos militares inativos e pensionistas”, “[as Emendas Constitucionais] não afastaram a possibilidade de instituição de contribuição social para o custeio do regime previdenciário dos militares”, “considera-se o seu regime como de natureza previdenciária, independentemente da opção política quanto ao seu caráter contributivo”, o que tornaria “legítima a interpretação pela aplicabilidade da avaliação financeira e atuarial prevista no art. 4º, § 2º, IV, ‘b’, da Lei de Responsabilidade Fiscal” “para fins de permitir um planejamento em longo prazo da sustentabilidade desse regime”. E com o conceito de “sustentabilidade” ingressam indevidamente no Regime Constitucional dos Militares da União os conceitos de “equilíbrio”, “déficit”, entre outros.

41. Como visto, **não há lacuna constitucional que permita tal integração interpretativa**, como se este TCU fosse **legislador constituinte derivado positivo**. Ao contrário, temos um **silêncio constitucional eloquente, que afasta todos os conceitos lista dos no item imediatamente acima**. Trata-se da aplicação da teoria do limite do **wording** da Constituição, a qual imprime os limites semânticos da aplicação do direito constitucional. É por essa razão que Andrea Baldanza (La Difesa. In Trattato di Diritto Amministrativo, a cura di Sabino Cassese. Tomo Primo) afirma que a jurisprudência assentou, quanto aos Militares das Forças Armadas, **“da rendere problematico ogni tentativo di assimilazione analogica [do ‘servizio civile’] o di individuazione di principi generali”**.

IV - A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL, LIDA CONFORME A CONSTITUIÇÃO E OS RISCOS DE IMPORTAÇÃO DE CONCEITOS INAPLICÁVEIS AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS MILITARES

42. Prosseguimos, lembrando as palavras de Santi Romano (Princípios de Direito Constitucional Geral): “A Constituição é o ponto inicial do direito estatal considerado, em seu todo, a base de todas as demais partes, sendo, precisamente, por isto, parte integrante dele”.

43. Entretanto, a instrução precedente persiste em analisar a questão sob o prisma infraconstitucional, adaptando o Regime Constitucional dos Militares à Lei de Responsabilidade Fiscal e não o contrário, como é do Direito. E o fez da seguinte forma:

a) as despesas com “inativos” e pensionistas das Forças Armadas constituem um risco fiscal, nos termos do art. 1º, § 1º, da LRF; e

b) isso porque os **déficits** têm como causa a contribuição exclusiva sobre as pensões, a integralidade, a inexistência de idade mínima para os militares e o grande volume de pensões concedidas a ex-combatentes, sem as correspondentes contribuições.

44. Ora, o que serve para qualificar um **suposto déficit, e submeter o Regime Constitucional dos Militares federais à LRF são exatamente as razões pelas quais o constituinte derivado apartou completamente a figura de um regime previdenciário sustentável e equilibrado. Nessa toada, é lógica e constitucional a assimetria entre o regime previdenciário dos servidores civis e os institutos constitucionais da ‘reforma’, ‘reserva’ e ‘pensão’ militares.** Além desse contrassenso, a prova palavra **déficit** é uma contradição lógica, porquanto **déficit é uma operação matemática de subtração das receitas e das despesas, gerando um resultado negativo** (vide quaisquer definições científicas, muitas delas constantes do Glossário disponível no sítio do Tesouro Nacional.). **Pois bem, se não há receita, como falar em déficits? Para que projetá- los de maneira atuarial?**

45. De outra, o auditor instrutor utiliza de um raciocínio desconforme ao direito ao dizer que, caso não aplicável a alínea ‘a’ do inciso IV do § 2º do art. 4º da LRF, seria atraída a incidência de sua alínea ‘b’, porquanto o pagamento de tais benefícios seria enquadrado como “programa estatal de natureza atuarial”. Eis o dispositivo mencionado: Art. 4o A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no § 2o do art. 165da Constituição e:§ 2º O Anexo conterà, ainda:IV - avaliação da situação financeira e atuarial:

a) dos regimes geral de previdência social e próprio dos servidores públicos e do Fundo de Amparo ao Trabalhador; e

b) dos demais fundos públicos e programas estatais de natureza atuarial;

46. Com todas as vênias, **a inconsistência do raciocínio está centrada em seis objeções fundamentais:**

46.1. A primeira, é que não parte da Constituição para interpretar a LRF, mas o faz a partir da própria lei complementar, como se um sistema fechado fosse, independentemente da vontade constitucional.

46.2. Caso fosse verdade que a despesa com ‘inativos’ e pensionistas militares, um “regime previdenciário” dos militares que supostamente seriam os regimes geral de previdência social e próprio dos servidores públicos também eles seriam espécie do gênero “programas estatais de natureza atuarial”. E como sabemos que o direito não tem palavras inúteis, não é admissível dizer que a alínea ‘a’ é um capricho do legislador. **Em realidade, a existência da alínea ‘a’ significa que os regimes de previdência não se enquadram como programas estatais de natureza atuarial constantes da alínea ‘b’.**

46.3. De outra, demonstramos que o constituinte derivado não quis programar um regime previdenciário para os Militares da União, rechaçou em atribuir caráter equilibrado, sustentável ou contributivo ao

pagamento das ‘reformas’, ‘reserva’ e ‘pensões’ militares, porquanto não adotou de forma voluntária, expurgando de seu texto tais expressões (o silêncio eloquente) e, agindo de forma a **negar qualquer possibilidade de aproximação “atuarial”**, preservou a integralidade das pensões e a regra da paridade, **pelo que está afastada qualquer “natureza atuarial” ao dispêndio**. Como diz Gylles Binel et all (Prática Atuarial na Previdência Social): “O objetivo da avaliação atuarial é descrever a futura situação financeira de um plano de previdência social”. Segundo o autor, o resultado de tal avaliação consiste em: projeções demográficas do número de segurados ativos e beneficiários; projeção de receitas e despesas; razão de custo do sistema projetado PAYG (as contribuições se equilibram com as despesas a intervalos regulares de tempo); GAP para todo o período de projeção (a alíquota de contribuição permanece no mesmo nível “ad infinitum”); níveis projetados de reservas; subsídios governamentais exigidos. E todos os métodos de financiamento e capitalização atuariais (PAYG, GAP, AFS, TFS, SCP, ACC, ENT, AGG) falam em alíquota de contribuição e fundos de reserva. É de se perguntar por que tratar a despesa orçamentária com o pagamento dos militares da ativa e ‘inativos’ como um regime previdenciário? A previsão de dispêndios de tal despesa pública pode ser feita igualmente da maneira como se projetam as despesas com encargos segurança pública, saúde etc. É por isso que, com base em tais métodos, o relatório atuarial propõe recomendações para ajustar certos benefícios ou para restaurar a viabilidade financeira de longo prazo, sua solvência. Daí que as projeções atuariais (novamente com Gylles Binel et all – op cit) são uma série de procedimentos para projetar os componentes de receita e despesa de um plano previdenciário. **Mas isto, o Regime Constitucional dos Militares afastou, propositadamente!** É o que se pode depreender da teoria atuarial aderente à questão, tal como Ducineli Régis Botelho (“Critérios de mensuração, reconhecimento e evidenciação do passivo atuarial de planos de benefícios deaposentadoria e pensão: um estudo nas demonstrações contábeis das entidades patrocinadoras brasileiras.201 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis – Programa Multiinstitucional e Inter-regional de Pós Graduação em Ciências Contábeis da Universidade de Brasília, Universidade Federal da Paraíba, Universidade Federal de Pernambuco e Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Brasília: UnB, 2003), Sylney de Souza (Seguros: Contabilidade, atuária e auditoria. São Paulo: Saraiva, 2002) e Charles Trowbridge (Fundamental concepts of actuarial science).

46.4. Da mesma forma, **não é porque se constitui em um risco fiscal que uma despesa deve se submeter a métodos atuariais ou as aproxima do regime de previdência**. Risco fiscal é um conceito geral (art. 4º, § 3º, da LRF) de qualquer despesa capaz de afetar as contas públicas (saúde, educação, servidores ativos etc. também seriam riscos fiscais). Tal como definido pelo PNUD (http://www.pnud.org.br/recrutamento/20160602_0934.pdf), “o conceito de Risco Fiscal expressa o grau de incerteza associada ao desempenho fiscal esperado ao longo de um dado horizonte temporal e, eventualmente, podem estar associados a eventos fora do controle dos **policymakers**. Em essência, Risco Fiscal se apresenta como um conceito prospectivo que procura dar alguma dimensionalidade à

possibilidade de ocorrência de eventos que podem vir a impactar a previsibilidade do planejamento fiscal no horizonte relevante”.

46.5. Como visto no capítulo III desta manifestação, o Constituinte quis apartar completamente os Militares do conceito de servidor público, não sendo admissível qualquer analogia para fins de aplicação de um dispositivo legal da Lei de Responsabilidade Fiscal.

46.6. As despesas com ‘reforma’, ‘reserva’ e ‘pensões’ militares não se enquadram no conceito de “programa estatal”. Segundo Gonzalo Martner (A Técnica de Orçamentos por Programas e Atividades-FGV), um programa é um instrumento destinado a cumprir as funções do Estado, através do qual se estabelecem objetivos ou metas quantificáveis, a serem cumpridos mediante o desenvolvimento de um conjunto de ações integradas e/ou de obras específicas concedidas, com um custo global e unitário determinado e cuja execução fica a cargo de uma entidade administrativa de alto nível dentro do Governo”. E tais conceitos podem ser entendidos através da Lei de Diretrizes Orçamentárias, de 2016, porquanto: Art. 4º Para efeito desta Lei, entende-se por:

VI - produto, bem ou serviço que resulta da ação orçamentária; VII - unidade de medida, utilizada para quantificar e expressar as características do produto; VIII – meta física, quantidade estimada para o produto no exercício financeiro; IX - atividade, um instrumento de programação para alcançar o objetivo de um programa, envolvendo um conjunto de operações que se realizam de modo contínuo e permanente, das quais resulta um produto necessário à manutenção da ação de governo;

47. Bem de ver que não há qualquer viabilidade constitucional de se aplicar, ao Regime Constitucional dos Militares das Forças Armadas, as alíneas ‘a’ ou ‘b’ do inc. IV do § 2º do art. 4º da LRF.

48. Novamente com as vênias de estilo, **não vemos como submeter à Constituição às balizas da IPSAS**

25. Não bastasse isso, a NBC TSP 25 afirma, em seu item 146: “Quando exigido pela NBC TSP 19, uma entidade pública divulga informação sobre passivos contingentes resultantes de obrigações de benefícios pós-emprego”. E a NBC TSP 19 – Provisões, Passivos Contingentes e Ativos Contingentes – estabelece que “A entidade que elabora e apresenta demonstrações contábeis sob o regime de competência deve aplicar esta norma na contabilização de provisões, passivos contingentes e ativos contingentes, **exceto:** (a) as provisões e passivos contingentes oriundos de benefícios sociais, fornecidos por uma entidade, pelos quais não recebe compensação aproximadamente igual ao valor dos produtos e serviços fornecidos, diretamente em contrapartida dos destinatários dos benefícios; [...] (g) os que surgem dos benefícios a empregados exceto os benefícios da rescisão contratual de trabalho resultado de um processo de reestruturação, conforme tratado nesta Norma”. E prossegue a referida norma contábil: “7. Para os fins desta Norma, “**benefícios sociais**” referem-se a produtos, serviços e outros benefícios fornecidos na busca

dos objetivos de políticas sociais de um governo. Estes benefícios podem incluir:[...] (b) **pagamento de benefícios para famílias, idosos, deficientes, desempregados, ex-combatentes e outros.**

49. Por essa razão os seguintes argumentos do recorrente são escorreitos ao afastar a lógica atuarial da lógica da Carreira Militar, porquanto os seguintes elementos negam a possibilidade da tomada de decisão com base em recomendações atuariais: a) as peculiaridades da carreira militar inviabilizam o papel equilibrador da contributividade; b) a reserva é compulsória e não subsumível a critérios de idade, em função de critérios fisiológicos e como decorrência do fluxo piramidal da carreira militar; c) os militares transferidos para a reserva remunerada permanecem em disponibilidade para a atividade militar, conclusão a que chegou Levi Rodrigues Vaz (in Revista Direitos Fundamentais e Democracia. Vol. 6, 2009), para quem “a única categoria que está excluída da aplicação do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial é a categoria dos Militares da União”.

50. Mesmo nas pensões dos Militares da União, a lógica não é previdenciária, porque a contribuição paga pelos militares da ativa, reformados e da reserva remunerada não tem natureza atuarial, mas apenas uma forma de participação em parte das despesas do Tesouro. É o que está afirmado na Lei 3.765/1960, pois é ao Tesouro que está atribuído o encargo financeiro pela diferença aritmética simples: Art 32. A dotação necessária ao pagamento da pensão militar, tendo em vista o disposto no art. 31 desta lei, será consignada anualmente no orçamento da República aos ministérios interessados.

51. E uma vez que a Constituição afastou qualquer vinculação atuarial aos dispêndios com os Militares e seus pensionistas, bem como a própria classificação das despesas como previdenciárias, não cabe ao intérprete criar obrigações, ainda que para os pensionistas, porquanto elas próprias não constam do art. 1º, incisos IV e VI, da Lei 9.717/1998. Aliás, sequer o Estatuto dos Militares faz qualquer referência a regime previdenciário, equilíbrio, natureza atuarial às despesas com a pensão militar, tal como está em seu art. 71, cabeça.

52. Por tudo exposto, também não é de se aplicar o art. 53, § 1º, inciso II, da Lei Complementar 101: Art. 53. Acompanharão o Relatório Resumido, demonstrativos relativos a: § 1º O relatório referente ao último bimestre do exercício será acompanhado também de demonstrativos: II - das projeções atuariais dos regimes de previdência social, geral e próprio dos servidores públicos;

53. Apenas reafirmando, não há possibilidade de aplicação da analogia ao caso, porquanto a Constituição afastou dos Militares os conceitos de “regime de previdência social”, de “servidores públicos” e de “projeções atuariais”.

V - A “DEVIDO PROCESSO LEGAL” DA TRANSPARÊNCIA DOS GASTOS COM MILITARES

54. Como dito desde o início, o princípio da transparência se concretiza nos termos da lei. É ela quem cria obrigações e deveres, não cabendo ao intérprete ampliá-las, sob pena de legislar positivamente, ainda que sob o manto de potencialização da transparência. Esse cuidado é que divide a fronteira entre a principiologia e a arbitrariedade (Nuria Bellosó Martín. El neoconstitucionalismo a debate: entre la principiologia y la arbitrariedad).

55. O princípio do escrutínio social, do qual a transparência é instrumental, estará atendido em ambas as dimensões: a) a decorrente das urnas, porquanto a sociedade, através de seus representantes, definiu o Regime Constitucional das Forças Armadas; b) é possível fazer um exame minucioso dos gastos por formas alternativas e mais consistentes que uma avaliação atuarial de resultados questionáveis sob o ponto de vista da certeza.

56. Como demonstrado acima, em relação à letra “a” do item anterior, o Constituinte afastou do texto constitucional, por decisão explícita, qualquer aproximação do Regime Constitucional dos Militares das Forças Armadas com “regime previdenciário”, “contributivo”, “equilíbrio financeiro e atuarial” e “servidores públicos”, tomando decisões que negam a própria lógica de tais conceitos, tais como a integralidade e a paridade, preservadas tão somente para os Militares.

57. O princípio da transparência, em sua dimensão de informar de modo a permitir o exame minucioso pela sociedade do orçamento público e da gestão fiscal subdivide-se em duas outras formas de realização:

a) a publicidade das informações, nos termos da Lei;

b) a qualidade das informações, no sentido mesmo de transmitir os dados de forma clara e precisa, permitindo conclusões corretas e esclarecidas

58. Quanto à publicidade das informações, nos termos da Lei, a lição de Marcelo Rebelo de Souza e de André Salgado de Matos é precisa (in *Direito Administrativo Geral - Introdução e Princípios Fundamentais*, Tomo I, 3.^a ed., Lisboa, D. Quixote, 2008): O princípio da transparência tem também uma dupla incidência: sobre a Administração, naturalmente, mas sobretudo, e em primeira linha, sobre o legislador ordinário, que está vinculado a regular a atividade, a organização e o procedimento administrativos de tal modo que este princípio possa ser efetivamente cumprido em toda a linha. Uma vez que a organização administrativa e o processamento da atividade administrativa são matérias da reserva de lei, os princípios constitucionais que lhes respeitem vinculam, em primeira linha, o legislador.

59. E a Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece uma série de mecanismos de transparência: Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de

Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos. Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante:

I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;

II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público;

III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A.

60. Nesse dispositivo estão elencados mecanismos onde aparecem detalhadamente as despesas com pessoal ativo, reformados, da reserva remunerada e com pensionistas militares da União. Assim sendo, não é possível, pois não existe lacuna a ser integrada, fazer analogia para determinar às Forças Armadas e a outros órgãos do Executivo Federal a observância do art. 4º, §2º, inciso IV, alínea “a”, e o art. 53, §1º, inciso II, todos da Lei Complementar 101/2000, cujo conteúdo transcrevemos novamente, em função do alongamento desta manifestação: Art. 4º A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no § 2º do art. 165 da Constituição e: § 2º O Anexo conterá, ainda: IV - avaliação da situação financeira e atuarial: a) dos regimes geral de previdência social e próprio dos servidores públicos e do Fundo de Amparo ao Trabalhador; Art. 53. Acompanharão o Relatório Resumido demonstrativos relativos a: § 1º O relatório referente ao último bimestre do exercício será acompanhado também de demonstrativos: II - das projeções atuariais dos regimes de previdência social, geral e próprio dos servidores públicos.

61. Como dito acima, há princípios que são regulados pela lei, havendo dois controles: um de constitucionalidade, que se dá sobre a própria lei, no sentido de sua suficiência para a concretização do princípio; outro sobre o cumprimento da lei de concretização do princípio. Se este Tribunal entende insuficiente a concretização do princípio da transparência, não pode criar obrigações, atuando como legislador positivo. Presente o conceito de “silêncio eloquente”, afastando a hipótese da existência de lacunas, são vedadas analogias que **inconstitucionalmente aproximam os dispêndios com militares reformados e da reserva remunerada, bem como os pensionistas das Forças Armadas, de conceitos completamente alienígenas e que mais confundem do que esclarecem:** “avaliação da situação financeira e atuarial”, “regime de previdência”, “projeções atuariais” e “servidores públicos”.

62. Adentramos na qualidade da informação, cabendo antecipar que a lógica da “inatividade” e das pensões militares, e da própria estrutura e organização das Forças Armadas, não possuem pontos de contato relevantes com a lógica dos regimes previdenciários. Por essa razão, as informações produzidas distorcem a essência do que se pretende demonstrar, são imprecisas, desequilibradas e levam a conclusões inexatas,

tão somente alimentando discursos legitimadores de supressão de direitos e garantias dos Militares através da reprodução midiática, imprimindo na sociedade compreensões indevidas.

63. Por exemplo, o próprio conceito “déficit” é de impossível aplicação lógica aos militares federais, porquanto déficit é o resultado negativo da subtração entre receitas e despesas. Não havendo receita decorrente de qualquer contribuição, quer da União, quer dos Militares, não há que se falar em “déficit”. Seria como dizer que a segurança pública opera em déficit. Tanto a segurança pública como a defesa nacional representam dispêndios públicos, suportados por impostos recolhidos pela sociedade em troca de sacrifícios exigidos dos militares.

64. Destarte, os números divulgados como Resultado Previdenciário do RPPS da União, englobando servidores civis e Militares e seus pensionistas, é um dado que não permite uma informação correta porque une coisas completamente distintas e antagônicas.

65. Além disso, a própria Lei de Responsabilidade Fiscal possui dispositivos que preservam a publicidade da referida despesa, bem como de seu incremento pela expansão de direitos e garantias aos Militares, inclusive com a determinação de não afetar as metas de resultados fiscais, devendo, seus efeitos, ser compensados com o aumento de receitas (origem de recursos para seu custeio): Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário- -financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes; § 2º Para efeito do atendimento do § 1º, o ato será acompanhado de comprovação de que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo referido no § 1º do art. 4º, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, serem compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa. [...] § 6º O disposto no § 1º não se aplica às despesas destinadas ao serviço da dívida nem ao reajustamento de remuneração de pessoal de que trata o inciso X do art. 37 da Constituição. Art. 17. Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios. § 1º Os atos que criarem ou aumentarem despesa de que trata o caput deverão ser instruídos com a estimativa prevista no inciso I do art. 16 e demonstrar a origem dos recursos para seu custeio.

66. Daí que a publicação que vem ocorrendo nas leis orçamentárias dos “Custos Constitucionais com os Proventos dos Militares Inativos das Forças Armadas” cumpre a obrigação legal de dar publicidade.

67. Reafirmando o escrito durante esta manifestação, as técnicas atuariais existentes (e o que elas visam demonstrar para fins de tomada de decisão que, no caso do direito público, deve ser conforme a Constituição), quando aplicadas, geram resultados distorcidos, pois a abordagem do valor presente é para

regimes capitalizados, avaliando as ações iniciais, como se realizaram e os motivos atuariais para o desequilíbrio. Cabe aqui destacar doutrina trazida pelos recorrentes. Segundo Hsu e Lin, as premissas atuariais para regimes de previdência (constitucionalmente estranhos aos Militares da União) levam em conta a estrutura do plano de benefício, e sua variabilidade está associada à solvência dos planos. E ‘solvência’ e ‘plano de benefícios’ não é o que se aplica ao Regime dos Militares. É despesa pública, como o é a saúde.

68. O registro de um passivo, sem credibilidade, pois de estimativa atuarial não se trata, mais distorcerá o balanço geral da União do que será capaz de produzir informação clara e fidedigna. Não há distorção de longo prazo, simplesmente porque não existe **déficit** atuarial a ser calculado e nem obrigação constitucional ou legal para fazê-lo. Da mesma forma, unir as receitas consistentes da participação dos militares no custeio de suas pensões para financiar os pagamentos do contingente de reformados e da reserva remunerada distorce o dado, dando finalidade não atribuída pela lei a essa contribuição. Publicando tudo como “resultado deficitário pessoal militar” no RREO, utiliza-se de um conceito que o constituinte quis afastar.

69. O fato de ser inconstitucional determinar a observância do art. 4º, §2º, inciso IV, alínea “a”, e o art. 53, §1º, inciso II, todos da Lei Complementar 101/2000, e seu consequente afastamento, em nada impacta nos Riscos Fiscais, pois não apenas as despesas do regime previdenciário e as de natureza atuarial os compõem.

70. Ademais, reafirmando, a transparência tem mecanismos outros aplicáveis aos Militares na própria LRF, tal como o Relatório de Gestão Fiscal (art. 54), que conterà comparativo da despesa total com pessoal, distinguindo inativos e pensionistas em relação aos limites de que trata a dita lei complementar, Relatório esse a que será dado amplo acesso ao público, inclusive por meio eletrônico (art. 55).

71. O efeito de tudo o quanto foi falado é a visão desconforme ao texto constitucional posta na recomendação feita à Casa Civil da Presidência da República por conduto do subitem 9.11.1, no sentido que esta: “9.11.1. avalie alternativas de financiamento para os encargos da União com militares inativos e seus pensionistas, tendo em vista o significativo e crescente déficit e a falta de perspectiva de equilíbrio no longo prazo”, falando-se no corpo do relatório da unidade técnica de soluções como a alteração dos limites de idade. Alerta-se, a utilização de conceitos afastados pela Constituição pode levar a soluções antagônicas com a própria estrutura, organização e características específicas das Forças Armadas.

72. Novamente citando Peter Häberle (in Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional), o Estado de Direito consagra a ponte para o eterno processo de busca da verdade, já o princípio da publicidade atua paralelamente. E Estado de Direito Constitucional é aquele em que a verdade é revelada pela vontade da Constituição e não de seu intérprete.

VI - CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

73. Como dito no início desta manifestação, os fundamentos utilizados para dar provimento a um item, fazem com que os demais sejam objetos dos arrastamentos lógico e teleológico, pois eles fazem parte de determinações que globalmente emprestam sentido (critério da interdependência) (Jorge Miranda. Direito Constitucional, 6ª. edição revista e ampliada). É o que J.P. Lebreton designa por “solidariedade” entre as diferentes normas da lei [aqui itens dos Acórdãos recorridos], a se traduzir num enlace operacional de permanente inseparabilidade (in “Les particularités de la juridiction constitutionnelle”, RDP, 1983, nº 2, PP. 437/438, apud Rui Medeiros, em “A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os feitos da decisão de inconstitucionalidade da lei”, Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999, p. 424).

74. É de se anotar, ainda, que este Tribunal de Contas, quando do Parecer Prévio das Contas da Presidência da República de 2014, adotou recomendação bastante razoável, no sentido de sugerir “a Casa Civil da Presidência da República e aos Ministérios da Defesa e da Fazenda que realizem estudo conjunto para avaliar as melhores práticas internacionais de prestação de contas dos encargos com militares inativos”. Práticas essas que, logicamente, devem ser aderentes à teleologia do Regime Constitucional dos Militares das Forças Armadas.

75. Também é necessário ressaltar que não houve descumprimento de determinações do TCU, mas o recorrente reiteradamente vem alegando a impossibilidade jurídica e científica de seu cumprimento.

76. Como visto, a resposta para que os benefícios de ‘reserva remunerada’, de ‘reforma’ e as ‘pensões’ delas decorrentes (preservadas a paridade e a integralidade) integrem o Regime Constitucional dos Militares das Forças Armadas e não um regime previdenciário dos militares está em que a lógica dele é completamente distante da lógica de equilíbrio financeiro e atuarial dos servidores públicos civis. Além da manutenção da paridade e da integralidade, a idade de reforma dos militares é definida não por critérios atuariais, mas por questões de fisiologia humana e por necessidades de progressão nas patentes, dado o caráter piramidal da estrutura da carreira militar. Além disso, conforme visto na análise da mutação constitucional posta neste capítulo, o constituinte reformador não quis, conscientemente, equiparar a reserva remunerada e reforma à aposentadoria, bem como rompeu completamente qualquer ponto de contato com o art. 40 da CF, de modo a negar a existência de um regime de previdência contributivo e atuarialmente equilibrado.

77. Bem vistas as coisas, o que serve para qualificar um suposto déficit, e submeter o Regime Constitucional dos Militares federais à LRF, é exatamente as razões pelas quais o constituinte derivado apartou completamente a figura de um regime previdenciário sustentável e equilibrado. É da lógica e constitucional a assimetria entre o regime previdenciário dos servidores civis e os institutos constitucionais da reforma, reserva e pensão militares. Além desse contrassenso, a própria palavra déficit é uma contradição lógica, porquanto déficit é uma operação matemática de subtração das receitas e das despesas,

gerando um resultado negativo (vide quaisquer definições científicas, muitas delas constantes do Glossário disponível no sítio do Tesouro Nacional).

78. A vontade do constituinte derivado, para além do “silêncio eloquente”, pode ser aferível pelas normas explícitas que mantiveram para os militares da reserva remunerada e reformados, bem como seus pensionistas, as regras da paridade e da integralidade, as quais são completamente antagônicas e negam do ponto de vista lógico, a existência de um Regime Constitucional dos Militares da União, na parte dos dispêndios com “inativos” e pensionistas, de um regime previdenciário, baseado na contributividade e no equilíbrio financeiro e atuarial.

79. Noutro giro, o “devido processo legal da transparência” é aquele regulado na lei, sendo inconstitucional o uso da analogia para a aproximação das despesas com militares “inativos” e pensionistas com a dos regimes de previdência dos servidores públicos, existindo outras normas da LRF que criam mecanismos de transparência aderentes ao tema debatido neste processo.

80. Tudo a confirmar o reconhecimento da sociedade e a devida contrapartida por saber que suas Forças Armadas estão prontas a defender a Pátria, inclusive com a própria vida de seus integrantes. Reconhece o pesado ônus que carregam tais como passar dias em extenuantes treinamentos, embrenhados em florestas e com alimentação limitada, para aprender como sobreviver em condições extremas. Retribui aqueles que vão para batalhões isolados em fronteiras, em especial no Norte do país, com o risco presente de contrair doenças como malária e febre amarela. Aprecia os que passam dias isolados em alto mar, negando-lhes o convívio com a família. Compensa os que não possuem os mesmos direitos que os trabalhadores da iniciativa privada e do setor público. Dedicam seus impostos (que não possuem destinação específica), aos que mudam constantemente de sede, impedindo-lhes de fixar raízes, como é dado a quaisquer outros cidadãos. E a família dos militares a tudo isso suporta. É por isso que o “ser” do Militar contamina o próprio conceito de família, formando o indivisível conceito de “família militar”. Daí as pensões também operarem como uma retribuição ao sacrifício.

81. Em conclusão, propomos que este Tribunal conheça do pedido de reexame interposto para, no mérito, dar-lhe provimento de modo a:

a) declarar insubsistentes os itens 9.5 e 9.6 do Acórdão 2.314/2015 – Plenário, bem como retirar do seu item 9.7 a menção aos subitens 9.3.2, 9.4.2 e 9.5 do Acórdão 2.059/2012 – Plenário;

b) como decorrência dos arrastamentos lógico e teleológico, declarar insubsistentes os subitens 9.3.2, 9.4.2, 9.5 e 9.11.1 do Acórdão 2.059/2012 – Plenário;

c) deixar de formular recomendações alternativas em decorrência daquela posta no Acórdão 1.464/2015-Plenário, consistente em recomendar “à Casa Civil da Presidência da República e aos Ministérios da

Defesa e da Fazenda que realizem estudo conjunto para avaliar as melhores práticas internacionais de prestação de contas dos encargos com militares inativos, incluindo no escopo do estudo a necessidade de registros contábeis ou elaboração e divulgação de demonstrações específicas sobre a situação das despesas futuras com os militares”, cujos resultados devem ser coerentes com a teleologia constitucional do Regime dos Militares das Forças Armadas”.

É o quanto submetemos à elevada consideração do Exmo. Senhor Ministro Relator.

Brasília, 12 de julho de 2016.

Assinado eletronicamente

SÉRGIO DA SILVA MENDES

Secretário de Recursos

