



IAB INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
NA VANGUARDA DO DIREITO DESDE 1843

**ILMO. PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE DIREITO
CONSTITUCIONAL DO IAB**

EMENTA: INDICAÇÃO Nº 002/2020.
DECRETO Nº 10.210, DE 23 DE JANEIRO
DE 2020. CONTRATAÇÃO DE MILITARES
INATIVOS PARA DESEMPENHO DE
ATIVIDADES DE NATUREZA CIVIL NA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.
INCONSTITUCIONALIDADE.

PALAVRAS-CHAVE: CONSTITUCIONALIDADE. DECRETO MILITAR INATIVO.
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1. Relatório

O ilustre Dr. Sérgio Sant'Anna, presidente da Comissão Permanente de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB, apresentou a Indicação em referência, requerendo um estudo sobre a constitucionalidade do Decreto nº 10.210, de 23 de janeiro de 2020, que, ao regulamentar o artigo 18 da Lei nº 13.954/2019, autorizou a contratação de militares inativos para o desempenho de atividades de natureza civil na administração pública. Fui designado relator da matéria em 24/07/2020, tendo aceitado prontamente o encargo.

O artigo 18 da Lei nº 13.954/2019, regulamentado pelo Decreto nº 10.210/2020, possui a seguinte redação:

Art. 18. O militar inativo contratado para o desempenho de atividades de natureza civil em órgãos públicos em caráter voluntário e temporário faz jus a um adicional igual a 3/10 (três décimos) da remuneração que estiver percebendo na inatividade, cabendo o pagamento do adicional ao órgão contratante, conforme estabelecido em regulamento.

Parágrafo único. O adicional a que se refere o caput deste artigo:

I - não será incorporado ou contabilizado para revisão do benefício na inatividade;

II - não servirá de base de cálculo para outros benefícios ou vantagens; e

III - não integrará a base de contribuição do militar.

Embora não esteja explícito no texto legal, a motivação da referida norma foi viabilizar a contratação temporária de agentes públicos para desempenhar suas funções junto ao INSS, tendo em vista a necessidade de redução das filas de espera de atendimento aos cidadãos. Tanto é assim que foi lançado edital de chamamento público para a contratação de inativos (tanto militares quanto servidores aposentados do próprio INSS) justamente para atuar junto ao INSS, cuja publicação ocorreu no DOU de 30/04/2020.

O Decreto nº 10.210/2020 estabeleceu as regras gerais de contratação, tendo previsto a necessidade de lançamento de chamamento público. Previu, ainda, que tais atividades constituem serviço remunerado, voluntário e não caracterizam a ocupação de cargo ou emprego público nem o exercício de função pública (art. 5º). Possíveis faltas funcionais praticadas pelo militar em serviço deverão ser apuradas e julgadas pela Força à qual ele pertença (art. 6º).

As contratações podem ser de até 4 anos (para o órgão contratante), sendo que o militar pode permanecer até 8 anos trabalhando, em diferentes órgãos. A remuneração a ser paga aos militares é de 3/10 da remuneração que estiver percebendo na inatividade, independentemente do cargo civil ocupado em caráter temporário.

2. Inconstitucionalidade material do art. 18 da Lei nº 13.954/2019 e do Decreto nº 10.210/2020

Tratando-se de ato de natureza secundária, é sabido que a validade do Decreto está condicionada à da Lei que ele se propõe a regulamentar. Se esta for inconstitucional, tem-se o fenômeno da inconstitucionalidade por arrastamento. No caso específico aqui analisado, cuida-se do art. 18 da Lei nº 13.954/2019, já reproduzido mais acima.

Penso que a norma que autoriza a contratação de militares para o desempenho de atividade de natureza civil na administração pública padece de vício de

inconstitucionalidade material. Viola-se, a meu sentir, o art. 37, *caput* e respectivos incisos II e IX.

Como sabido, **a forma de acesso aos cargos públicos que a Constituição de 1988 impõe é por meio de concurso público**. Tratando-se de necessidade permanente da Administração, a atividade há de ser desempenhada por servidor público especificamente aprovado em concurso para aquele cargo, não se admitindo que seja ocupado cargo distinto daquele para o qual o servidor prestou o concurso (como acontecia antes de 1988 com o instituto da transposição). Sendo assim, para o desempenho de atividades permanentes da Administração, o Decreto nº 10.210/2020 é inconstitucional por autorizar que militares desempenhem funções para as quais não prestaram concurso público.

Apenas em situações excepcionais e temporárias é que a Constituição admite contratações por tempo determinado, previsão que se encontra no inciso IX do art. 37 (*“a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”*). Tal dispositivo é regulamentado pela Lei nº 8.745/1993, que prevê diversas hipóteses que autorizam a contratação temporária.

Aqui reside a primeira inconstitucionalidade da Lei nº 13.954/2019 e, consequentemente, do Decreto nº 10.210/2020: **como as contratações neles previstas não se restringem a situações temporárias e excepcionais, viola-se a regra de acesso a cargos públicos por meio de concurso público, prevista no art. 37, inciso II, da Constituição de 1988**.

Este ponto poderia ser superado com a realização de uma interpretação conforme a Constituição. Bastaria, para tanto, que se reconhecesse a possibilidade de contratação de militares inativos apenas nas situações excepcionais a que alude o inciso IX do art. 37 da Constituição.

Ainda assim, outro vício, este insanável, segue a macular o art. 18 da Lei nº 13.954: **a violação ao princípio da isonomia** no acesso aos cargos e funções públicas. Isso ocorre porque a Lei autoriza um favorecimento na contratação de militares inativos, impedindo

que outros cidadãos tenham acesso aos processos seletivos de contratação temporária em questão.

É de se observar que o processo seletivo concretamente lançado com base no Decreto nº 10.210/2020, para contratação de agentes para atendimento ao público nas repartições do INSS, também foi aberto aos servidores inativos daquele próprio órgão. Neste caso, contudo, a discriminação se justifica, uma vez que os servidores inativos do INSS desempenharam por anos as funções para as quais serão contratados temporariamente, ao contrário dos militares, que não possuem qualquer qualificação especial para o cargo que justifique conferir-lhes qualquer tipo de preferência sobre os demais possíveis postulantes para a vaga.

Não bastasse isso, veja-se que o Decreto nº 10.210/2020 ainda incorre em inconstitucionalidade quando prevê que a atividade não caracteriza exercício de função pública (art. 5º). Ora, é sabido que **a função pública não é definida pela forma de ingresso ou por alguma qualidade do seu ocupante, mas sim pela atividade em si**. Mesmo agentes particulares podem ser considerados no exercício de função pública, como acontece com os mesários e jurados convocados para o Tribunal do Júri. São chamados, nessa qualidade, de “agentes públicos”, definidos por Maria Sylvia Zanella di Pietro como *“toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta”*¹.

Se tais militares irão prestar serviços à Administração Pública (como, por exemplo, ao INSS, que é uma autarquia federal), é evidente que deve ser reconhecido o desempenho de função pública, ainda que não haja a ocupação de cargo ou emprego público. Esta constatação é importante, por exemplo, para a configuração de ilícitos como os atos de improbidade administrativa, previstos na Lei nº 8.429/92.

Também causa espécie a previsão do art. 6º do Decreto nº 10.210/2020, que submete os militares inativos, em caso de falta funcional, ao julgamento pela Força à qual pertença. Encontrando-se ele lotado em outro órgão público, é naturalmente muito mais adequado que o processamento e julgamento de eventuais infrações ocorra no órgão de

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª ed. P. 431. São Paulo: Atlas, 2004.

lotação, ou seja, aquele no qual o militar desempenha sua atividade. Admitir o contrário, além de dificultar as apurações, abre margem para um corporativismo indesejado e uma possível proteção aos referidos agentes públicos em caso de apuração de atos ilícitos.

A forma de remuneração estabelecida no Decreto nº 10.210/2020 também se afigura inconstitucional, uma vez que o valor é fixado em um percentual da remuneração que o militar recebe, sem levar em consideração a função que ele irá desempenhar. Assim, além de se ter uma remuneração totalmente desconectada da função desempenhada, o que caracteriza **violação ao princípio da proporcionalidade**, também se permite que agentes contratados para desempenhar a mesma função recebam remunerações diferentes, em flagrante **quebra de isonomia**.

3. Conclusão

Pelas razões expostas acima, voto no sentido de se reconhecer a inconstitucionalidade do Decreto nº 10.210/2020. Além das autoridades mencionadas pelo Indicante, sugiro ainda a remessa deste parecer para os Ministros do TCU, tendo em vista a existência de procedimentos administrativos em curso naquela Corte de Contas já noticiados na imprensa.

Rio de Janeiro, 27 de julho de 2020.



JOSÉ GUILHERME BERMAN

OAB/RJ 119.454